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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXXVI PRIMER SEMESTRE NUMERO 2475

VOLUMEN I

SANTAFE DE BOGOTA, D.C. COLOMBIA 1995

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED EN COLOMBIA

Por Biblioteca Jurídica Diké



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

PRIMER SEMESTRE DE 1995
ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO Y JUNIO

SALA PLENA

Doctor *Carlos Esteban Jaramillo Scholss,* Presidente
Doctor *Ramón Zúñiga Valverde*, Vicepresidente
Doctora *Blanca Trujillo de Sanjuan,* Secretaria General

SALA LABORAL

Doctor *Rafael Méndez Arango,* Presidente
Doctoras *Luz Emilia Jiménez de Molina*
Laura Margarita Manotas G., Secretarias

MAGISTRADOS Doctores

Rafael Méndez Arango
Francisco Escobar Henríquez
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA CIVIL

Doctor *Nicolás Bechara Simancas,* Presidente
Doctores *Héctor Moreno Aldana*
Lina María Torres González, Secretarios

MAGISTRADOS Doctores

Francisco Javier Tamayo Jaramillo
Carlos Esteban Jaramillo Scholss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra

S A L A P E N A L

Doctor *Nilson Pinilla Pinilla,* Presidente
Doctor *Carlos Alberto Gordillo Lombana,* Secretario

MAGISTRADOS Doctores

Ricardo Calvete Rangel
Nilson E. Pinilla Pinilla
Guillermo Duque Ruiz
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Didimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Juan Manuel Torres Fresneda
Jorge Enrique Valencia Martínez
Fernando E. Arboleda Ripoll

R E L A T O R E S

SALA LABORAL

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz

SALA CIVIL

Doctora Liliana Polanía Alvarez

SALA PENAL

Doctora Ayda Lucy López de Giraldo

TUTELAS

Doctora Beatriz Eugenia Cortés Becerra

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

Tomo CCXXXVI - Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia, D.C. - Año 1995 - Número 2475

SALA DE CASACION PENAL

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / IN DUBIO PRO REO

En relación con la duda, la violación indirecta solo es procedente cuando el juzgador la rechaza, porque en tal evento el juzgador debe demostrar su existencia, para lo cual tendrá que acudir a controvertir el material probatorio, con el fin de demostrarle a la Corte que el fallador incurrió al analizarlo en errores de hecho o de derecho, y que por ello descartó el comentado estado de necesidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado acta No. 002

Mediante esta providencia procede la Corte a resolver si la demanda de casación presentada a nombre del sindicado CESAR AUGUSTO MURCIA CHAVARRO, satisface las exigencias formales señaladas en el artículo 225 del C. de P. P.

I. Antecedentes

1. Los hechos que originaron la formación de este proceso fueron resumidos, así, por la Fiscalía del Tribunal Superior de Orden Público.

> "Se contraen a la retención que de César Augusto Murcia Chavarro, llevaran a cabo unidades del grupo antiextorsión y secuestro de la Policía Metropolitana de Santa Fe de Bogotá, a las 18:00 horas del día 8 de noviembre de 1991, en momentos en que se hiciera presente en el taller de mecánica propiedad de Esperanza Romero de Frayle, para recibir de parte de los familiares de ésta el dinero que se exigía por su liberación. Romero de Frayle, fue secuestrada en la mañana de la citada fecha, por un grupo conformado por cuatro (4) hombres que invocando calidad de miembros de la Policía Judicial, pretendieron dar como cierto el hallazgo en el establecimiento comercial propiedad de la plagiada, de una sustancia al parecer alcaloide, amparando así la retención de la misma. Una vez retirada del lugar y obligada a abordar el vehículo Renault 9 placas LY 4708 se le ordenó efectuar comunicaciones telefónicas a sus familiares, para lograr la entrega de seis millones de pesos por su liberación. Igualmente se formularon amenazas de muerte para Romero de Frayle y para su cónyuge recluido en un establecimiento carcelario, de no ser atendida las exigencias expuestas por los facinerosos" (fls. 4 y 5)

2. Un juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá mediante fallo del 10 de febrero del año en curso (fls. 318 y ss), declaró a Murcia Chavarro responsable de estos hechos, que habían sido calificados como secuestro extorsivo, y lo condenó, en consecuencia, a la pena principal de 22 años de prisión.

Apelada la anterior determinación por el defensor del acusado, el Tribunal Nacional la confirmó por medio de sentencia fechada el 30 de mayo último, que fue recurrida en casación por aquél.

II. La demanda

Con apoyo en el cuerpo segundo del primer motivo de casación (art. 220.1 del C. de P. P.), el censor argüye que a causa de los errores de hecho manifiestos en que incurrió el Tribunal, se produjo el "desconocimiento de

la situación fáctica condicionante del Art. 445 del C. de P. P., violando indirectamente, en consecuencia, la ley sustancial", por aplicación indebida de los artículos 21 y 268 del C. P., en concordancia con el 6 del Decreto 2790 de 1990.

Luego de transcribir el memorialista un fragmento del fallo impugnado, en el cual, como se verá más adelante, el Tribunal desechó por completo las "dudas planteadas", expresa:

> "Como puede verse, se admiten los fundamentos de la duda pero con esta premisa la conclusión no es consecuente, al tomar esos aspectos favorables al procesado (contraindicios) como prueba para inferir o suponer una seguridad en una empresa criminal en la que los agentes comprometidos iban armados. Ahora, que el no pertenecer a la institución policial de la que formaban parte los autores `no descarta' el haberse concertado con ellos (que no han sido juzgados) se constituye en una paradoja que desconoce todo principio procesal" (fls. 60)

A continuación y bajo el epígrafe de "motivo" agregó el libelista:

> "La omisión que sobre el caudal probatorio hizo el H. Tribunal Nacional, impidió que al señor César Augusto Murcia Chavarro, se le favoreciera en la sentencia con el reconocimiento del principio de presunción de inocencia y en el peor de los casos, que la duda sobre su participación fuera resuelta en su favor, no declarando su inocencia, sino admitiendo que se carece de certeza para condenar, más cuando el Estado tuvo la carga de la prueba y la defensa siempre colaboró en ese sentido. Debió entonces, darse aplicación al artículo 445 del C. de P. P., en sustitución del artículo 247 del estatuto procesal penal. Pero la sentencia se erigió como una antinomia entre la verdad procesal y la resolución del fallador" (fls. 61)

Como "demostración" pretendida de este "motivo", el casacionista intenta la siguiente:

> "Dentro de los hechos debatidos en el juicio, contó el plenario, además de la evidente carencia de elementos (placas, armas, etc) que vincularan a Murcia Chavarro con el grupo de agentes que ejecutó el irregular `operativo' con el informe de la Dirección Nacional Cuerpo Técnico

de Investigación -División de Investigaciones- Sección Información y Apoyo Operativo (folio 275, cuaderno original) en donde puede verse que los agentes Ordóñez Fonseca Edgar y el Cabo Segundo Funeso Sandoval José María cumplían con orden No. 004 del Grupo Delitos Financieros y Enriquecimiento Ilícito (anexando fotocopias de la actuación). Como también que el Cabo Segundo Danilo García Acosta hacía parte del grupo, detenido para entonces en la cárcel de Facatativá por otro delito diferente al que nos ocupa. Todo lo anterior, además de las dudas enumeradas por la defensa en el alegato de fondo, ameritaba el reconocimiento y la absolución de Murcia Chavarro" (fls. 62)

Como consecuencia de su escrito, el censor demanda de la Corte "emitir fallo sustitutivo de carácter absolutorio en favor de César Augusto Murcia Chavarro, como un sencillo acto de justicia".

III. Consideraciones de la Corte

Fácil es concluir, con base en las transcripciones de la demanda que acaban de hacerse y en las cuales está contenida todo los sustancial de la misma, que ésta, ni de lejos, reúne los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del C. de P. P., toda vez que no se indican, en forma clara y precisa, los fundamentos de la causal invocada.

En efecto. El actor, como ya se anotó, acudió a la violación indirecta de la ley, y sin embargo principia su ataque protestando porque el Tribunal, no obstante haber reconocido la existencia de la duda sobre la responsabilidad del acusado, lo condenó.

De ser cierta la consideración del libelista, él ha debido fundamentar su reproche no en la violación indirecta de la ley, sino en la violación directa, porque como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, cuando el fallador reconoce la existencia de dudas sobre la responsabilidad de un acusado y no obstante ello emite sentencia condenatoria contra él, viola en forma directa la ley sustancial, por abstenerse de dar aplicación al mandato contenido en el artículo 445 del C. de P. P., en virtud del cual "toda duda debe resolverse a favor del sindicado".

En relación con la duda, la violación indirecta sólo es procedente cuando el juzgador la rechaza, porque en tal evento el demandante debe demostrar su existencia, para lo cual tendrá que acudir a controvertir el material probatorio, con el fin de demostrarle a la Corte que el fallador incurrió al analizarlo en errores de hecho o de derecho, y que por ello descartó el comentado estado de perplejidad.

Pero a lo anterior debe agregarse, también, que no es cierta la premisa en que se fundamenta el censor, pues de la simple lectura del fragmento del fallo en que se apoya, se deduce todo lo contrario de lo que él afirma.

Detállese cómo el Tribunal al rechazar la pretensión de la defensa por "desvirtuar la captura en flagrancia", culmina su análisis con estas terminantes palabras: "Pero la verdad es que sus explicaciones se tornan estériles ante tan contundentemente acusación surgida de la declaración del señor Rafael Rojas Martínez, y de los reconocimientos arriba aludidos". Y a continuación inicia el párrafo transcrito por el memorialista como premisa de su censura:

> "Y con las dudas planteadas por el recurrente ocurre cosa similar. El hecho de que no se hubiera hallado en su poder arma o placa demostrativa de autoridad, para nada cambia su situación. Tales situaciones lo único que demuestra es la seguridad con la cual obró, en el sentido de que tanto la secuestrada como sus familiares no iban a acudir a las autoridades y el no pertenecer a la Dijin, como ciertamente se confirmó posteriormente. Pero no descarta el haberse concertado con miembros del citado organismo policial para desarrollar la conducta delictiva aquí deducida" (fls. 39 y 40).

Como se deduce de lo expuesto, el libelista no sólo acogió una vía equivocada para su ataque, sino que además se abstuvo de fundamentarlo en forma alguna, pues ni siquiera enuncia qué prueba fueron omitidas, supuestas o distorsionadas por el juzgador, o cuales, de las tenidas en cuenta por éste para la emisión de su fallo, fueron ilegalmente incorporadas al proceso

Así las cosas, el recurso interpuesto habrá de declararse desierto por no reunir la demanda los requisitos formales exigidos por la ley (art. 226 del C. de P. P.)

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL.

Resuelve

INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado César Augusto Murcia Chavarro. En consecuencia, se declara DESIERTO el recurso.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandía, No, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, No, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESOLUCION DE ACUSACION/DEMANDA DE CASACION

Una correcta interpretación de la causal segunda se traduce en que la sentencia debe versar sobre los mismos cargos determinados de la Resolución Acusatoria, ya aparezca aquella como de condena o de absolución. No es, pues, la índole de la decisión tomada en la sentencia lo que determina si fue congruente con la acusación, sino la identidad que exista entre esas dos estelares decisiones, respecto de los hechos delictivos y la calificación jurídica que se haya dado a los mismos.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. -Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 02 (18-01-95)

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil reconocida en el proceso, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, fechada el 7 de mayo de 1993, que confirmó la de primera instancia, mediante la cual se absolvió a MARTHA INES FALON VDA. DE ALMANZA de los cargos por los que se le había proferido resolución acusatoria.

El recurso fue concedido por el citado Tribunal el providencia de 9 de junio de 1993, en tanto que la demanda fue declarada por la Corte como ajustada a las formalidades legales en proveído de 25 de octubre del mismo año.

Hechos:

La Delegada los sintetiza así:

"Se originaron con base en la denuncia presentada por el doctor Jairo Vargas Martínez en su calidad de apoderado judicial de la Caja Social de Crédito Agrario Industrial y Minero de la ciudad de Montería, en la cual puso en conocimiento que el fallecido señor Elías Almanza Sotomayor constituyó varias hipotecas en favor de la entidad mencionada, la que a su vez concedió préstamos por valor de diecinueve millones quinientos mil pesos ($19.500.000.oo)

"Cuenta el citado profesional, que la procesada MARTHA INES FALON VDA. DE ALMANZA dentro de un proceso ejecutivo laboral que cursa en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cereté, reconoció una suma de Treinta y dos millones de pesos por deudas laborales contra la sucesión de su difunto esposo, en diligencia de conciliación efectuada en el oficina del trabajo de la ciudad de Montería, el día 8 de noviembre de 1989.

"Esta conducta, para el denunciante, constituye un fraude procesal contra los intereses de la Caja Agraria por el hecho de que un solo abogado representa los intereses de todos los trabajadores del difunto Elías Almanza Sotomayor y el corto tiempo en que se instauró el proceso laboral para el cobro de las prestaciones de éstos, pues en su sentir, con ello lo que se pretende es la evasión de las deudas pendientes con la Caja Agraria."

Actuación procesal

En el concepto Fiscal se relaciona de la siguiente manera:

"El Juzgado Veinte de Instrucción Criminal Ambulante de Montería, por auto del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa, ordenó la apertura de investigación con base en denuncia presentada por el doctor Jairo Antonio Martínez.

"Practicadas algunas diligencias, se aceptó demanda de constitución de parte civil presentada por el denunciante, en auto del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa.

"El despacho en mención escuchó en diligencia de injurada a MARTHA INES FALON VDA. DE ALMANZA, a quien se le resolvió la situación jurídica en auto del siete de mayo del mismo año, en el sentido de abstenerse de decretar medida de aseguramiento.

"Con posterioridad se escucharon en declaración jurada a varios trabajadores del fallecido señor Elías Almanza y se practicó diligencia de inspección judicial al proceso ejecutivo laboral referenciado al cabo de lo cual se declaró cerrada la investigación por auto del quince de junio de mil novecientos noventa.

"El mérito del sumario se calificó en proveído del nueve de agosto del mismo año, por el término de tres meses, lapso durante el cual se evacuaron varias diligencias, entre ellas, la ampliación de injurada de la procesada, así como la liquidación de las prestaciones de los trabajadores del fallecido esposo de MARTHA INES, que a solicitud del juzgado instructor realizará la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la ciudad de Montería.

"Vencido el término de reapertura se calificó por segunda vez el mérito del sumario, en providencia del diez de enero de mil novecientos noventa y uno, con una resolución acusatoria en contra de MARTHA INES FALON VDA. DE ALMANZA como autora material responsable del delito de fraude procesal. Allí mismo se le decretó medida de aseguramiento de detención preventiva con el beneficio de libertad provisional mediante caución prendaria; igualmente se ordenó compulsar copias a la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de esa ciudad, para que investigue la conducta del doctor Oscar Sánchez Chaiz, representante de los trabajadores en el acta de conciliación elaborada en la oficina de trabajo y promotor del proceso ejecutivo laboral, por faltas a la ética profesional.

"Apelada que fuera la resolución acusatoria por el defensor de la procesada, el Tribunal Superior de Montería la confirmó en providencia del dos de abril de mil novecientos noventa y uno, por estafa procesal.

Las diligencias pasaron al Juzgado Penal del Circuito de Cereté quien avocó al conocimiento del asunto y ordenó abrir el juicio a pruebas por

el término de ley. Una vez practicadas las que fueron ordenadas mediante auto del siete de septiembre de mil novecientos noventa y uno, se celebró en debida forma la diligencia de audiencia pública y se dictó el fallo de primer grado con los resultados ya conocidos.

"Apelado el fallo, al desatarse el recurso, concluyó con la absolución de la procesada en sentencia que ahora es motivo de esta impugnación extraordinaria".

La demanda

Dos cargos propone el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Montería; uno al amparo de la causal segunda de casación y el otro con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo, así:

Primer Cargo

Se enuncia en los siguientes términos:

"La sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación".

Para demostrarlo el censor expresa que la resolución acusatoria dictada por el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal Ambulante señala a MARTHA INES FALON VDA. DE ALMANZA como autora material responsable del delito de fraude procesal, y seguidamente relaciona las pruebas en que se fundamenta dicha decisión comentando algunas de ellas para llegar a la conclusión de que la procesada actuó de mala fe, al igual que su hermano Miguel Falón, de quien dice ha debido también ser vinculado al proceso.

Agrega que la resolución acusatoria fue confirmada por el Tribunal Superior de Montería, Corporación que acusó además por el delito de estafa procesal.

Según el censor, la sentencia absolutoria centra su análisis en la conciliación celebrada por las partes ante la Inspección del Trabajo, restándole seriedad a las liquidaciones efectuadas por el Jefe de esa Oficina, "... tergiversando la verdadera finalidad de la prueba que fue utilizada como una de las varias bases que existen para proferir resolución de acusación".

Finaliza diciendo que causa inquietud el hecho de que el Juzgado Instructor y el Tribunal no hubiesen tenido en cuenta otras pruebas obrantes, tales como el estado de viudez de la sindicada, su condición de madre de los menores hijos a quiénes perjudicaba con su proceder, no haber esperado la prescripción de algunas obligaciones que favorecieran a sus hijos, la manifestación de la sindicada según la cual hizo la conciliación pensando que así sus acreedores esperarían más para hacerle el cobro, la contradicción entre los declarantes Sánchez Cahiz y José Calazán respecto de quién solicitó los servicios profesionales del primero, y el monto exorbitante de las obligaciones conciliadas.

Segundo Cargo

Se enuncia en la siguiente manera:

> "Violación de una norma de derecho sustancial por error en la apreciación de una prueba".

Para demostrarlo, el censor inicialmente transcribe el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, norma que estima violada debido a que, según su criterio, en el proceso existen numerosas pruebas que brindan certeza sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad de la procesada, razón por la cual ha debido ser condenada y no absuelta como aconteció.

Expresa que los sentenciadores de primer y segundo grado apreciaron erróneamente el acta de conciliación y las liquidaciones efectuadas por la Inspección de Trabajo, pues las diferencias presentadas entre una y otras, demuestran que se trata de "un acta falsa, irreal, fraudulenta, lo que sumado a los demás medios de probatorios existentes (indicios graves, declaraciones, indagatoria de la sindicada e inspecciones judiciales) necesariamente tenía que culminar con una sentencia condenatoria".

Agrega que no se justifica que unas pruebas de tanta importancia, demostrativas de la actitud dolosa de MARTHA FALON, "..sean desechadas, sean ignoradas, pretendiendo el Juzgado que el Inspector de Trabajo aporte la prueba milagrosa que le es imposible aportar..." por haber sido asaltado en su buena fe al creer, como era obvio, que las liquidaciones que

las partes en conflicto le presentaron habían sido elaboradas de común acuerdo.

Finaliza diciendo que resulta irónico que precisamente por haber obrado el Inspector de Trabajo imparcialmente, al punto de que las liquidaciones que hizo difieren ostensiblemente de las conciliadas por las partes, sea la razón para restarles credibilidad, favoreciéndose equivocadamente a la sindicada.

CONSIDERACIONES DE LA DELEGADA Y DE LA SALA

Primer Cargo

Se acusa la sentencia del Tribunal con apoyo en la causal segunda de casación, por no guardar la congruencia debida con los cargos formulados en la resolución acusatoria, bajo el argumento de que esta última se consideró a la acusada autora y presunta responsable del delito de fraude procesal y, no obstante ello, fue absuelta en la sentencia.

Tal planteamiento pone en evidencia el total desconocimiento de la causal invocada, pues siguiendo la interpretación del censor, se llegaría al absurdo de que toda acusación deba concluir en condena so pena de romper la consonancia que se exige entre esas dos decisiones estructurales del proceso (acusación y sentencia) y, en consecuencia, provocar automáticamente la aplicación del numeral segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Tan insólita tesis implicaría que en la práctica se definieran los procesos desde la calificación sumarial, pues inane resultaría aportar nuevas pruebas y plantear toda suerte de alegaciones durante el juicio, si de antemano se sabe que la sentencia tendrá que se condenatoria por el simple hecho de estar antecedida por una acusación con lo que se causaría la más grosera violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Una correcta interpretación de la causal segunda se traduce en que la sentencia debe versar sobre los mismos cargos determinados de la Resolución Acusatoria, ya aparezca aquella como de condena o de absolución. No es, pues, la índole de la decisión tomada en la sentencia lo que determina si fue congruente con la acusación, sino la identidad que exista entre esas dos

estelares decisiones respecto de los hechos delictivos y la calificación jurídica que se haya dado a los mismos.

Por manera que en el caso de estudio no se cometió el yerro endilgado, toda vez que MARTHA INES FALON VDA. DE ALMANZA fue absuelta de los cargos de fraude procesal y estafa procesal, que son los mismos por los que había sido acusada.

La censura no prospera.

Segundo Cargo

En éste se atribuye al sentenciador un yerro en la apreciación del acta de conciliación y las liquidaciones realizadas por la Inspección de Trabajo, que fueron allegadas al proceso.

Empero, el censor incumplió su deber de precisar la naturaleza del error, vale decir, no indicó si se trataba de un error de hecho por falso juicio de existencia o de identidad, o de un error de derecho por falso juicio de convicción o de legalidad.

Sin embargo, aunque en principio podría pensarse, como lo hizo la Delegada, que el libelista quiso plantear un error de hecho por falso juicio de identidad por distorsión de la prueba documental aludida en él, es lo cierto que el desarrollo del cargo corresponde a un error de derecho por falso juicio de convicción, puesto quien desde un comienzo el censor manifestó su desacuerdo con la valoración probatoria realizada por el juzgador, que en su opinión determinó que éste profiriese un equivocado fallo absolutorio cuando en realidad de verdad existía mérito para condenar.

Que esta censura corresponde a un error de derecho por falso juicio de convicción, lo corrobora la afirmación del actor según la cual el acta de conciliación es falsa, irreal y fraudulenta, postura que resulta antagónica con la valoración realizada por el fallador, para quien esa prueba fue real, seria y exenta de fraude.

Y dado que en esta materia tiene prevalencia el criterio del juzgador, su fallo no puede ser invalidado con base en simples apreciaciones discordantes,

como las expresadas aquí, pues éstas no logran desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia acusada.

Por manera que el cargo así entendido está llamado a fracasar.

No obstante, si se interpretara, como lo hizo la Delegada, que el propósito del actor fue el de alegar un error de hecho por falso juicio de identidad, ha debido indicarse, al menos, que en relación con el acta de conciliación el juzgador distorsionó o tergiversó parcial o totalmente su contenido material, señalándose su verdadero significado, para luego confrontarlo con el aparte del fallo donde supuestamente fue deformado, a efecto de evidenciara el yerro equivocado y finalmente demostrar la incidencia del mismo en la decisión impugnada. Pero nada de eso se hizo y, por consiguiente, tampoco frente a esta hipótesis tendría éxito la censura.

No prospera el cargo.

Empero, más que por las fallas de técnica precedente señaladas, la Corte mantendrá incólume la sentencia impugnada al entender ésta como consecuencia lógica del serio y completo análisis probatorio realizado por el Tribunal, al cual debió referirse el demandante de manera íntegra y en forma convincente, para desvirtuarlo, y no insistir solamente en algunos pocos aspectos ya tratados de manera infructuosa en las instancias. Como resumen de lo señalado por el fallador de segundo grado, para ilustrar lo dicho y conforme a su apreciación, se indica:

En primer lugar, se demostró que las obligaciones laborales objeto de la conciliación efectuada sí existían realmente, lo que desvirtúa el carácter de falsa y fraudulenta que se le atribuye a ésta.

Además, fue por mandato de la Ley y no por voluntad de la acusada que se dió aplicación a la prelación de créditos, en virtud de la cual, con el producto del remate, debieron ser canceladas primeramente las obligaciones laborales conciliadas que la acreencia hipotecaria base de la ejecución.

De otro lado, se acreditó que transcurrió más de un año desde la iniciación del proceso ejecutivo hipotecario hasta cuando se realizó la conciliación en cuestión y, además, que la acusada faltó en la primera oportunidad que señaló la Inspección Laboral para suscribir la misma.

Ha quedado establecido también que el pago de las obligaciones laborales conciliadas fue demandando después de haber resultado fallido en tres ocasiones el remate de los bienes embargados, por falta de postores.

Y finalmente, se comprobó que la acusada pagó voluntariamente a la entidad demandante la suma de veinte millones de pesos como abono a la deuda que fuera objeto del cobro judicial, con lo que se refuerza aún más que no tenía intención de defraudarla.

Por último, frente al alegato del no recurrente debe decirse, coincidiendo con la Delegada, que aunque en lo fundamental le asistió razón al defensor de la procesada y por ello la decisión que se adoptará se ajusta a su pedimento, no es cierta su manifestación conforme a la cual el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal es norma de carácter adjetivo o formal, pues sin duda tiene un contenido sustancial, como quiera que establece una garantía para el procesado en el sentido de que mientras no obre prueba de la calidad que allí se exige, no podrá declarársele responsable. Y su connotación sustancial prevalece sobre la simple circunstancia de encontrarse dentro de una codificación esencialmente procesal.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve

NO CASAR la sentencia impugnada de fecha y naturaleza consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, No, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, No, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Esta excepcional figura del cambio de radicación no opera cuando es posible que otro juez del mismo territorio asuma el conocimiento del asunto, sin que la imparcialidad para fallar se vea afectada. Tampoco es de recibo que la solicitud se apoye en simples especulaciones indemostradas del actor, pues como lo dispone el artículo 85 del procedimiento penal, la petición debe ir acompañada de las pruebas que acrediten el motivo que se aduce.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 002

Vistos

De plano decide la Sala la solicitud de cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cartagena de Indias, en contra de Nohemí Cantillo Dager y otros, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad, impetrada por el doctor Hernando Rico Avendaño apoderado sustituto de la parte civil.

Antecedentes

1o. El Gerente del Banco del Estado Sucursal Bocagrande, puso en conocimiento de la Fiscalía la existencia de una serie de operaciones irregulares que llevaron a la entidad crediticia a ser defraudada en más de mil trescientos millones de pesos ($1.300.000.000).

Por estos hechos la Fiscalía DIECISIETE de Cartagena profirió resolución de acusación en contra de Nohemí Cantillo Dager, Carmen del Rosario Carrasquilla Castro, Luz María del Carmen Gulfo Puello, Abrahán Estaritá Marrugo y César Olimpo Jaraba Garay como coautores de los delitos de peculado por apropiación en concurso con Falsedad Ideológica en documento público y falsedad por ocultación.

Acusó igualmente a Clara Milena Marín Zamora, David Ricardo Iglesias, Carmen Acosta Marriaga, Fabio Orlando Marín Monsalve, José Luis Narváez Vásquez, Argenida María Julio Vda. de Romero, Carlos Alberto Arias Arias, Riquelio Arias Arias, Blanca Inés Vásquez Zapata, Yolanda Cecilia Uribe Palacios, Gustavo Uribe Arango, Luz Marina Rojas y Ricardo Jara Olivera como cómplices de los delitos de peculado por apropiación en concurso con falsedad ideológica en documento público y a Enrique Serafín Flórez N., Alvaro Cabarcas Romeros y Carmelo de Jesús de Galezo Rodríguez, por el delito de prevaricato por omisión.

2. Repartida la causa al Juzgado Quinto Penal del Circuito, por auto del 21 de septiembre de 1994, la Juez se declaró impedida para seguir conociendo del proceso fundamentada en la causal 5a. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 15 de la ley 81 de 1993.

3. El Juzgado Sexto Penal del Circuito avocó conocimiento, por considerar que se encontraba acreditadas las razones para el impedimento. Así mismo, mediante auto del 27 de septiembre de 1994 se declaró impedido para seguir conociendo del proceso, planteando la causal segunda del artículo 15 de la Ley 81 de 1993 por ser deudor de un defensor a quien le compró joyas; impedimento que no fue aceptado por el Juez Séptimo, a cuyo favor se pronunció el Tribunal.

4. El apoderado de la parte civil dirige un escrito al Juzgado Sexto Penal del Circuito solicitando el cambio de radicación del proceso, al estimar que es fundamental el trámite en otro Distrito Judicial, ajeno a factores de amistad o de parcialidad donde se adelanta el proceso. Si se tiene en cuenta que los procesados son de status medio o alto, cuyos abogados tienen vínculos con el aparato judicial, impidiendo que la justicia sea imparcial para juzgar a tan alto número de procesados, y los que se hallan detenidos no permanecen en el centro de reclusión.

El memorialista afirma:

> "...Es de nuestro conocimiento la multiplicidad y variedad de relaciones de todo tipo, existente entre los diferentes sujetos procesales, entre jueces y los abogados... la Juez 5a. se declaró impedida por amistad manifiesta con una (sic) de los apoderados de los procesados, siendo el proceso enviado al Juzgado Sexto donde el titular del despacho se declaró impedido igualmente, argumentando tener relaciones comerciales con uno de los procesados, habiendo sido rechazado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito..."

Concluye que el ambiente de la ciudad de Cartagena o del Departamento de Bolívar es impropio para el juzgamiento de los procesados.

Consideraciones de la Sala

1o. De acuerdo con lo establecido en el numeral 8o. del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, la Corte es competente para resolver sobre el cambio de radicación demandado, pues el peticionario pretende que se ordene el traslado del proceso fuera del Departamento de Bolívar, preferencialmente al Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

2o. La solicitud no se acompaña de pruebas que demuestren la existencia de alguna de las circunstancias determinantes del cambio de radicación, previstas en el artículo 83 del Estatuto Procesal.

Sobre lo alegado se responde los siguiente:

El hecho de que se aceptara el impedimento manifestado por la Juez que inicialmente conoció del proceso, y que el funcionario que seguía en turno hiciera sin éxito la manifestación similar por tener relaciones comerciales con uno de los procesados, no es suficiente razón para concluir que en ese Distrito Judicial no existe garantía de que el juicio se adelantará de manera imparcial, pues precisamente la institución de los impedimentos y recusaciones está creada para evitar que en el diligenciamiento intervengan personas que tengan algún motivo que no les permita actuar con independencia e imparcialidad.

El cambio de radicación opera cuando circunstancias externas impiden que los jueces de un determinado lugar puedan actuar sin presiones y con la tranquilidad que requiere el proferimiento de un fallo imparcial, situación muy diferente, a la planteada por el peticionario, ya que lo que cuestiona es la capacidad subjetiva de los jueces de Cartagena para fallar libremente, por los vínculos que tienen con los abogados, problema que se enmarca, siempre y cuando se individualice, en el ámbito de los impedimentos y recusaciones, no entre los motivos que determinan el traslado del proceso a otro distrito.

Esta excepcional figura del cambio de radicación no opera cuando es posible que otro Juez del mismo territorio asuma el conocimiento del asunto, sin que la imparcialidad para fallar se vea afectada. Tampoco es de recibo que la solicitud se apoye en simples especulaciones indemostradas del actor, pues como lo dispone el artículo 85 del procedimiento penal, la petición debe ir acompañada de las pruebas que acrediten el motivo que se aduce.

3o. De otra parte, si bien la afirmación de que los detenidos no permanecen en el centro de reclusión, no sirve de fundamento a la pretensión del memorialista si amerita que se ponga en conocimiento del Director del INPEC para la averiguación correspondiente, por lo tanto se compulsarán las copias pertinentes.

Lo dicho es suficiente para que se niegue la petición formulada.

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

Resuelve

NEGAR el cambio de radicación solicitado.

Por la Secretaria expídanse las copias referidas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIA

El Decreto 2535 de 1993, expresa en su artículo 8o. que son armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, las que contengan las siguientes características:

"a) Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm (0.38 pulgadas) que no reúnan la características establecidas en el artículo 11 de este decreto;"
"b) Pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm (0.38 pulgadas)
"....."

A su turno, en su artículo 11 destaca como armas de defensa personal:
"a) Revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características:
- Calibre máximo de 9.652 mm (0.38 pulgadas)
- Longitud máxima de cañón 15.24 cm (6 pulgadas)
- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática. Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos.

El argumento relativo a que el arma decomisada, por la capacidad de su proveedor se encuentra catalogada como de uso privativo de la fuerza pública, no es de recibo, pues la aclaración de que no contenga las exigencias del citado artículo se hace únicamente respecto de las pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm.

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

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

Aprobado acta No. 02 (18-01-95)

Colisión de Comp. No. 9975

P/ Ederman López Valencia y otro.

Vistos:

Decide la Corte sobre la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, Caquetá, y un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, dentro del proceso adelantado contra EDERMAN LOPEZ VALENCIA y FLORESMINO CHAUX URAZAN, por el delito de porte ilegal de armas.

Antecedentes

El día 22 de Mayo de 1994, alrededor de las once de la noche, en el Municipio de Curillo (Florencia), miembros del Batallón Juanambú ingresaron al establecimiento Los Cámbulos y al efectuar a los sindicados una requisa, encontró en poder de LOPEZ VALENCIA un revólver marca Smith Wesson, No. 3111658, junto seis (6) cartuchos calibre 38 y de CHAUX URAZAN una pistola 7.65 mm MOD 83, de fabricación Checoslovaca, No. 033545 con quince (15) cartuchos, ambas sin el respectivo salvoconducto.

Escuchados en indagatoria los acusados, les fue resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de Fabricación y Tráfico de armas de fuego y municiones (artículo 201 del Código Penal) por parte de la Fiscalía Coordinadora de la Unidad Especializada de Florencia, Caquetá.

Posteriormente se llevó a cabo diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, al cabo de la cual se enviaron las diligencias al Juzgado Unico Promiscuo de Belén de los Andaquíes, Caquetá.

La colisión propuesta

El Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, al entrar a resolver la solicitud de sentencia anticipada, considera que una de las armas decomisadas es de uso privativo de la fuerza pública, decreto 2535 de 1993, de acuerdo al dictamen pericial número 0934, de lo que deduce que la competencia para conocer el asunto radica en los Jueces Regionales, a donde ordena el envío de las diligencias, proponiendo de una vez colisión de competencia negativa.

Por su parte el Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, en proveído de Noviembre dos (2) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), no acepta la competencia que le atribuye el Juzgado colisionante, explicando que la ubicación de las armas como de uso privativo o de defensa personal no depende de la apreciación formulada en el respectivo dictámen de balística.

Para fundamentar su aserto, se apoya en el pronunciamiento que recientemente hiciera ésta Corporación mediante auto de mayo cinco de 1994, Magistrado Ponente, Doctor Guillermo Duque Ruíz, para concluir que es por razón del calibre de las armas, independientemente de su proveedor, que se estiman de defensa personal.

Bajo las anteriores consideraciones acepta la colisión de competencia negativa propuesta por el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito en referencia.

Consideraciones de la Sala

En efecto, el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, Caquetá, invocó como único argumento, para inhibirse de conocer el asunto, lo plasmado en el dictámen de balística efectuado sobre las armas decomisadas, donde el perito que lo realizó indicó que, "El arma pistola calibre 7.65 mm por su capacidad de carga se encuentra clasificada entre las de uso privativo de con base en el decreto 2535 de 1993, el revólver Smith Wesson se encuentra clasificado entre los de uso civil con base en el mismo decreto".

Encuentra la Sala que los argumentos propuestos por el Juez Regional de esta ciudad resultan acertados, habida cuenta que, el Decreto 2535 de 1993, estatuto que fija las normas y requisitos para establecer la clasificación entre armas de uso privativo de la fuerza pública y las de defensa personal en sus artículos 8o. y 11 respectivamente, ha tenido en cuenta para ello su calibre que el mismo legislador ha limitado a 9.652 mm.

Es así como el Decreto 2535 de 1993, expresa en su artículo 8o. que son armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, las que contengan las siguientes características:

"a) Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm (0.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este decreto;"

b) Pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm (0.38 pulgadas)

"....."

A su turno, en su artículo 11o. destaca como armas de defensa personal:

" a) Revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características:

- Calibre máximo de 9.652 mm (0.38 pulgadas)

- Longitud máxima de cañón 15.24 cm (6 pulgadas)

- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática.

- Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos".

"....."

Para el punto que interesa, una de las armas incautadas, y sobre la cual se centra la discusión, es una pistola calibre 7.65 mm con capacidad en el proveedor de catorce (14) cartuchos, longitud del arma 17 cms, longitud del cañón 9.3 cms, funcionamiento semiautomático etc., (según dictámen que obra a folios 60 a 62 de las diligencias) que en manera alguna pueden

catalogarse como de uso privativo de la fuerza pública, pues de los artículos transcritos se desprende que de éste tipo son las armas de calibre superior a 9.652 mm, sin importar ninguna otra característica, y aquellas del mismo calibre que no reúnan las condiciones señaladas en el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993.

Por tanto, el argumento relativo a que el arma decomisada, por la capacidad de su proveedor se encuentra catalogada como de uso privativo, no es de recibo, pues la aclaración de que no contenga las exigencias del citado artículo se hace únicamente respecto de las pistolas y revólveres de calibre 9652 mm., que no es el caso que nos ocupa pues el arma incautada al procesado FLORESMIRO CHAUX URAZAN se reitera, es de calibre 7.65 mm.

Se concluye entonces que como el arma objeto de este pronunciamiento es de defensa personal, el competente para seguir conociendo del proceso es el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, Caquetá, despacho a donde se remitirá de inmediato el expediente, enviándose copia de esta decisión al Juez Regional de Santa Fe de Bogotá, para su información.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de los Andaquíes, Caquetá, a quien se le enviará el expediente para lo de su cargo.

Copia de esta decisión envíese al Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, para su información.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE CASACION

Es la norma bajo cuyo imperio se profirió la sentencia la que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso, como quiera que es a partir del momento en que el fallo se profiere, no antes cuando surge el derecho a la impugnación. Si el artículo 218 del Decreto 050 de 1987 nunca fue aplicable al caso concreto, mal puede acudirse al principio de favorabilidad para demandar su aplicación, pues es de la esencia de esta figura que se presente conflicto de normas, situación a la cual no se llega cuando el precepto que gobierna el caso es uno.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 002

Casación No. 10.092. Bonifacio López Silva

Vistos

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado BONIFACIO LOPEZ SILVA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, de fecha junio 23 de 1994, por el delito de fraude procesal.

Antecedentes

1. El Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de esta ciudad mediante sentencia de abril 20 del presente año, condenó al procesado BONIFACIO LOPEZ SILVA a la pena principal de doce (12) meses de prisión, al hallarlo

responsable del delito de fraude procesal previsto en el artículo 182 del Código Penal, providencia que apelada por el defensor, fue confirmada por el Tribunal mediante sentencia del 23 de junio del corriente año (fls. 239 y ss. del cuaderno Nº 1 y 3 y ss. del Cuaderno del Tribunal).

2. El procesado y su defensor interpusieron recurso de casación contra el fallo anterior y el Tribunal lo rechazó por improcedente, en consideración a que el punible de fraude procesal tiene señalada una pena máxima de cinco años de prisión y "de acuerdo con el artículo 218 del C. de P. P., con la modificación del artículo 31 (sic) de la Ley 81 de 1993 el recurso extraordinario de casación procede entratándose de delitos cuya pena privativa de la libertad sea o exceda de seis años", norma que se estima aplicable cuando surge la opción para ello, es decir para la fecha de la sentencia proferida por el Tribunal.

4. Contra el auto anterior interpuso el recurso de reposición el defensor, y el Tribunal en proveído de septiembre 9 del año en curso decidió reponerlo, y en su lugar conceder el recurso de casación, por estimar que le asiste razón al impugnante, ya que en realidad la ocurrencia de los hechos por los cuales se condenó al procesado, se cumplió durante la vigencia del artículo 218 del Decreto 050 de 1987, y como para entonces de acuerdo con el texto legal en mención era procedente el recurso extraordinario en cuanto tiene que ver con el fraude procesal, el principio de favorabilidad impone la aplicación con carácter retroactivo de la legislación que beneficia la situación del sentenciado.

Cumplidos los traslados de rigor y oportunamente presentada por el defensor la correspondiente demanda, las diligencias fueron remitidas a esta Sala para la continuación del respectivo trámite.

Consideraciones de la Sala

Como se dejó dicho, la sentencia objeto del recurso de casación tiene fecha junio 23 de 1994.

De acuerdo con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, que entró en vigencia el 2 de noviembre de 1993, el recurso de casación procede respecto de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años.

Dada la fecha de la sentencia y la normatividad vigente para ese momento, se tiene que el recurso de casación interpuesto contra el fallo de condena no es procedente, habida cuenta que la pena privativa de la libertad máxima prevista para el delito por el cual se dedujo responsabilidad al procesado es de solamente cinco (5) años.

Ya la Sala, con motivo de la entrada en vigencia de la citada ley, precisó que es la norma bajo cuyo imperio se profirió la sentencia la que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso, como quiera que es a partir del momento en que el fallo se profiere, no antes cuando surge el derecho a su impugnación.

Al respecto, se dijo:

> "El punto fundamental y que es preciso definir, es el relacionado con el momento en el cual surge el derecho para impugnar una sentencia.
>
> Ya la Sala, en una de las providencias que cita el recurrente, había expresado su inclinación por la tesis pregonada por el tratadista Jiménez de Asúa, quien brevemente la consigna en estos términos:
>
> 'La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada'. Por tanto, las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella oposición, apelación, reforma, recurso de casación, etc. De este principio se deriva la consecuencia de que una ley posterior no puede suprimir a la parte el ejercicio de pedir y lograr remedio o casación de las sentencias, cuando este derecho estaba reconocido por la ley vigente en el tiempo en que el fallo fue dictado' (Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada S. A., 1964, tomo II pág. 671)
>
> Para la Sala, ésta es la tesis que debe ser acogida, porque de un lado afirma la aplicación inmediata de las normas de procedimiento, que es la tendencia mayoritaria de la doctrina, y de otro, protege los derechos ya adquiridos por los sujetos procesales, dándole una aplicación ultractiva a la norma que los consagraba.
>
> La tesis auspiciada por el recurrente es inadmisible para la Sala, pues ella conduciría al absurdo de hacer imposible cualquier reforma

procesal, bajo la consideración, absoluta, de que 'El juicio para el doctor... era el previsto en la legislación anterior", afirmación ésta que en ningún momento se demuestra.

"Cuando la sentencia cuya casación se pretende fue emitida por el Tribunal (7 de febrero de 1994), ya estaba en vigencia la ley 81 de 1993, que en su artículo 35 modificó las condiciones para la viabilidad de este recurso extraordinario, y frente a las cuales esta impugnación no procedía. Actuó, pues, bien el Tribunal al denegarla, toda vez que el acusado jamás adquirió este derecho, y por tanto no se le estaba despojando de ninguno.

Por lo demás, no debe olvidarse que la aplicaciñon ultractiva de una norma, exige que en algún momento su vigencia ella hubiera sido aplicable a caso debatido. Por ello se ha sostenido que la ultractividad es un fenómeno más aparente que real, contrario a lo que sucede con la retroactividad, en cuyo caso la nueva ley si resulta aplicándose a situaciones que existían antes de que la nueva ley empezara a regir. Y si como ya se dijo con Jiménez de Asúa, que 'la posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada', es obvio para la Sala que el artículo 218 original del C. de P. P. jamás fue ley aplicable al proceso seguido en contra de ...., porque ya estaba subrogado cuando la sentencia se produjo y por ende, su aplicación ultractiva no es procedente". (auto de 12 de julio de 1994).

Restaría agregar, para reafirmar la improcedencia del recurso, que si el artículo 218 Decreto 050 de 1987 nunca fue aplicable al caso concreto, mal puede acudirse al principio de favorabilidad para demandar su aplicación, pues es de la esencia de esta figura que se presente conflicto de normas, situación a la cual no se llega cuando el precepto que gobierna el caso es uno.

Se declarará, entonces, la nulidad de lo actuado a partir del auto de septiembre 9 de 1994, mediante el cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, al reponer el auto de 9 de agosto del mismo año concedió el recurso, para en su lugar declararlo inadmisible.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL.

Resuelve

1. DECRETAR la nulidad del auto por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al reponer el auto que negó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha y origen anotados, decidió concederlo. En su lugar, se le declara improcedente.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar. Salvamento de Voto, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE CASACION

(Salvamento de voto)

En asunto parecido (Cas. 9776 - Joaquín Portela Lombo) sostuve que eventos como éste no ameritan la declaratoria de NULIDAD y que basta con rechazar el recurso por improcedente.

La razón consiste en que unos son los presupuestos para su trámite y decisión de fondo y otros los de validez de la actuación.

Dicha diferenciación, que aparentemente podría parecer a muchos inútil y meramente teórica, repercute en la consolidación de un principio de carácter procesal como es el del artículo 308.5 del Código de Procedimiento Penal (Principio de necesidad) y en la del postulado que diferencia los requisitos de existencia, de validez y de eficacia del acto procesal.

Por lo demás, tampoco encuentro lógico que se sostenga la incompetencia para conocer del recurso por ausencia de sus presupuestos procesales y en cambio se sostenga la misma para anular. El incompetente no tiene por qué invalidar y la declaratoria de desierto de un recurso supone que no se han reunido los requerimientos para asumir el conocimiento. En eso consiste mi disentimiento.

Con el debido respeto.

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

IMPUTABILIDAD / SUSPENSION DE LA PENA / LIBERTAD PROVISIONAL

Por tratarse de inimputable, su liberación o la sustitución de la medida de seguridad depende de factores diferentes, relativos a la recuperación de su normalidad o el logro de unas condiciones de equilibrio que tornen factible su reintegración a la comunidad, sin riesgos graves para el afectado ni para su entorno social y familiar.

La libertad vigilada a la que alude el artículo 427 del Código de Procedimiento Penal, se haya consagrada exclusivamente para inimputables por trastorno mental permanente.

Ante la ausencia de norma específica que permita a la Corte ordenar la liberación provisional de inimputables en el curso del proceso, la Sala debe dar aplicación al numeral 2o. inciso 4o. del artículo 55 del la Ley 81 de 1993 que le otorga competencia para ello.

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

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

Aprobado acta No. 005

Vistos:

BELISARIO MORENO MORENO, condenado como ininputable a la medida de internamiento mínimo de 12 meses en establecimiento psiquiátrico según sentencia del Juzgado 45 Penal del Circuito de esta ciudad,

confirmada por el Tribunal Superior respectivo por los delitos de homicidio consumado e imperfecto, ha solicitado reiteradamente que se le conceda su libertad, considerando que el tiempo descontado en reclusión y dedicación a actividades laborales, ha superado el lapso impuesto como privación de la libertad.

Consideraciones de la Corte

En providencia de fecha 7 de diciembre inmediatamente anterior, la Sala negó la pretensión del procesado, por cuanto se hallaba pendiente la realización de un nuevo reconocimiento médico - psiquiátrico y el estudio de las condiciones familiares que podrían facilitar su reincorporación social, lo que eventualmente permitiría derivar en la concesión del beneficio, o bien su continuación en el lugar de reclusión para garantizar el éxito del tratamiento al cual se le somete.

La Asesoría Jurídica del Anexo Psiquiátrico de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, hizo llegar a esta Corporación el concepto rendido por la trabajadora social AMPARO SASTOQUE GUTIERREZ con relación a las condiciones familiares de MORENO MORENO, consignando que "Actualmente la esposa está trabajando donde una hermana, ganando el salario mínimo, se dialogó con ella, con su hermano Rafael y con su hija Leonor, quiénes manifestaron brindarle todo su apoyo tanto moral como social y económico, ya que es una familia muy unida, que comparten sus problemas y sus necesidades. Así mismo se comprometieron a rendir los informes necesarios que les exija el Juez 45 Penal del Circuito y el Tribunal Superior de Bogotá, como también asume la vigilancia permanente del interno para que continúe con la asistencia Psicoterapéutica y no incurra en la ingestión de licor".

Por su parte el Instituto de Medicina Legal, en dictamen que se ordenó por auto de fecha 8 de noviembre inmediatamente anterior, suscrito por la forense doctora MARIA IDALID CARREÑO S. concluye que "El examinado BELISARIO MORENO MORENO se encuentra en tratamiento farmacológico en la cárcel. Al examen lo encontramos orientado y conciente. Afecto modulado. Pensamiento lógico coherente sin contenidos delirantes. Verbaliza sentimientos de recuperación. Prospecta salir a trabajar. Presenta mejoría en la memoria. Tiene aceptable capacidad de introspección y

conserva el juicio de realidad. Todo lo anterior nos permite inferir que no constituye un peligro para sí mismo y para la sociedad. Dado el antecedente de hipertensión arterial se recomienda que continúe en tratamiento ambulatorio en la consulta externa de un hospital. Debe tener prohibición total de la ingesta de bebidas alcohólicas y control psiquiátrico ambulatorio, el cual puede restringirse a una vez por semestre".

MORENO MORENO se encuentra privado de su libertad desde el 28 de julio de 1991, lo que equivale a un tiempo de privación de libertad de cuarenta y un (41) meses y veintidós (22) días. Empero, por tratarse de inimputable, su liberación o la sustitución de la medida de la seguridad depende de factores diferentes, relativos a la recuperación de su normalidad o el logro de unas condiciones de equilibrio que tornen factible su reintegración a la comunidad, sin riesgos graves para el afectado ni para su entorno social y familiar.

Cabe anotar que es su proceso se halla actualmente en trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado, es decir, aún no alcanza firmeza y por lo mismo la Corte no puede suspender condicionalmente la medida de seguridad impuesta, tampoco sustituírla y menos declarar su extinción, cuya competencia radica exclusivamente en el juez de ejecución de penas.

Empero, como se hallan acreditados en esta oportunidad todos los requisitos para la suspensión condicional de la medida de seguridad a la que viene siendo sometido Moreno Moreno, la Corte encuentra viable su solicitud reiterada, es decir, su liberación pero por vía *provisional*, pues la libertad vigilada a que alude el artículo 427 del Código de Procedimiento Penal, se halla consagrada exclusivamente para inimputables por trastorno mental permanente, que no es el caso del aquí procesado.

Ante la ausencia de norma específica que permita a la Corte ordenar la liberación provisional de inimputables en el curso del proceso, la Sala debe dar aplicación al numeral 2o., inciso 4o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 que le otorga competencia para ello.

En la forma como lo recomienda la forense y lo determina el artículo 98 del Código Penal, Moreno Moreno estará sometido a la continuación del tratamiento farmacológico que actualmente recibe, controles ambulatorios

y periódicos en un hospital oficial del lugar de residencia, evaluación psicológica semestral por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y se le impondrán como obligaciones, caución juratoria, el no concurrir a lugares donde se expendan bebidas embriagantes, presentarse cada quince días ante el agente del Ministerio Público del lugar quien a su vez rendirá los informes pertinentes sobre la conducta del procesado, y en especial le queda prohibido consumir cualquier sustancia o bebida que pueda alterar su estado psicológico y emocional, entre otras, las que contengan cualquier grado alcohólico.

Se le advierte al procesado que el incumplimiento de cualquiera de las anteriores obligaciones, o el concepto desfavorable del forense, implicarán la revocatoria del beneficio que se le otorga.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

1. OTORGAR a BELISARIO MORENO MORENO el beneficio de libertad provisional, en las condiciones y con las obligaciones a que se hizo referencia en la parte motiva.

2. El procesado, suscribirá diligencia de caución juratoria y compromiso de conformidad con lo puntualizado en precedencia.

3. Hecho lo anterior, por la Secretaría de la Sala se librarán las comunicaciones correspondientes para hacer efectiva la determinación que se adopta.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / ERROR DE HECHO

En esta impugnación extraordinaria, se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar dentro de un estudio comparativo del fallo ante la ley, si esta ha sido o no correctamente aplicada por el Tribunal de Segunda Instancia. Solo por vía de excepción y por expresa voluntad de la ley, la Corte podrá ocuparse oficiosamente de una nulidad que surja manifiesta y ostensible en autos, o en aquellos casos en que sea evidente el desconocimiento de una garantía fundamental.

De ahí que el carácter extraordinario y limitado del recurso imponga al demandante el deber de formular con claridad y precisión los motivos del ataque a la sentencia, con la correspondiente y adecuada fundamentación.

Tratándose de la causal primera, es deber del recurrente citar las normas sustanciales que se consideran violadas de manera directa o indirecta, expresando el sentido y motivo del quebranto; si este se atribuye a errores de apreciación probatoria, es necesario precisar cuales fueron los elementos de juicio en cuya estimación incurrió el fallador en errores de hecho o de derecho, que influyeron de manera determinante en la sentencia.

Sabido es que se incurre en error de hecho, cuando el sentenciador no estima una prueba legalmente aportada al proceso, o da por establecidos hechos o circunstancias sin respaldo probatorio o distorsiona el alcance y sentido de los medios de prueba.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado acta No. 006

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Decisión Penal, profirió la sentencia del tres de mayo de 1993, mediante la cual condenó a JAVIER DE JESUS HERNANDEZ, a la pena principal de treinta y tres meses de prisión, como responsable plenamente de los delitos culposos de homicidio en Sandra Marcela Escobar Chamorro y lesiones personales en Abdón Amador Gómez Gómez y Viviana Escobar Chamorro.

Contra esta determinación se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, por el señor apoderado del sentenciado. Agotado el trámite previo, se procede a dictar la correspondiente sentencia.

Hechos

Aproximadamente a las cuatro de la mañana del dos de agosto de 1991, en la intersección de la calle 50 ("Colombia") con carrera 53 ("Cundinamarca") de la ciudad de Medellín, chocaron la buseta de placas TAF 295 afiliada a Coometropol, que venía de sur a norte por "Cundinamarca" manejada por Javier de Jesús Hernández y el campero Mitsubishi de placas RTA 236, que transitaba de oriente a occidente por "Colombia", conducido por Abdón Amador Gómez Gómez, lo que provocó el incendio de los automotores, el fallecimiento de Sandra Marcela Escobar Chamorro y las lesiones de su hermana Viviana María y de Abdón Amador Gómez Gómez, producidas por golpes y quemaduras múltiples; los tres venían en el campero, junto con Wilson Orozco Monsalbe, quien resultó ileso al igual que el conductor y único ocupante de la buseta.

Los semáforos que existen en la mencionada esquina, funcionaban de manera intermitente como es usual a esa hora y la calle arteria o que tiene prelación para que los vehículos crucen primero que los de la otra vía, es "Colombia".

Las lesiones de Abdón Amador Gómez Gómez le generaron 35 días de incapacidad definitiva y deformidad física de carácter permanente por las cicatrices de las diferentes quemaduras (fs. 155 y 298 cdno orig), mientras que para Viviana Escobar significaron 150 días de incapacidad definitiva, deformidad facial y en los miembros y el dorso de carácter permanente y perturbación funcional permanente del órgano de la presión (fs. 156 y 324).

Actuación procesal

Iniciada la investigación, se recibieron las declaraciones indagatorias de los dos conductores de los vehículos accidentados, y llegado el momento de la calificación del mérito legal del sumario, el Juzgado 55 de Instrucción Criminal de Medellín dedujo posible responsabilidad penal a título de culpa para Javier de Jesús Hernández, contra quien se profirió resolución de acusación, mientras Abdón Amador Gómez Gómez fue favorecido con cesación de procedimiento, en la suposición de que "la embriaguez, ni la velocidad atribuída a Abdón, no obstante su carácter irreglamentario, pueden por falta de imputación jurídica tomarse en consideración para deducir culpa a este conductor. El inesperado y atropellado cruce de la calle 50 por la buseta, imprevisible para abdón Gómez, habría conducido a la colisión, independiente de si al frente de la cabrilla del campero hubiese venido un conductor lúcido." (f 355, auto de fecha marzo 9/92).

El defensor de Javier de Jesús Hernández sustentó extemporáneamente su apelación contra la resolución acusatoria, por lo cual el recurso fue declarado desierto y la providencia en firme.

Cabe observar que la situación jurídica había sido resuelta el 13 de septiembre de 1991, con detención preventiva y libertad provisional para Javier de Jesús Hernández, y abstención de medida de aseguramiento para Abdón Amador Gómez Gómez. Recurrida esta providencia por el defensor del primero, el Tribunal la confirmó, separándose del concepto de su Fiscal, quien pidió revocar la detención de Javier de Jesús Hernández y proferirla contra Abdón.

Agotada la causa, se profirió el 28 de febrero de 1993, por el Juzgado 28 Penal del Circuito de Medellín, sentencia condenatoria contra Javier de Jesús

Hernández, a quien se le impuso como pena principal la de treinta y tres meses de prisión, fallo que fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior mediante el de segunda instancia de fecha mayo 3 del mismo año, el que ahora es objeto de impugnación extraordinaria.

La demanda de casación

Con apoyo en la causal primera de casación de que trata el artículo 220 del C. de P. P., el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de manera indirecta de la ley sustancial, artículo 5o. del C. P., al igual que los artículos 296, 294 y 247 del C. de P. P.

Considera el censor, que el juzgador incurrió en errónea apreciación probatoria, error de hecho, porque "despreció" la confesión que hizo el procesado Javier de Jesús Hernández quien afirma que conducía su buseta con total sometimiento a las disposiciones de tránsito y con el cuidado debido y que fue el campero conducido por Abdón Amador el que por exceso de velocidad vino a chocar contra su vehículo, con los resultados ya conocidos.

Considera que el Tribunal incurrió en error en la apreciación probatoria, al dar entera credibilidad al testimonio de Wilson Orozco, "... cuando las circunstancias al testimonio de Wilson Orozco, "... cuando las circunstancias indican que Orozco no estaba en condiciones de percibir..." aquello que afirma en su declaración.

Luego sostiene que el Tribunal fundamentó su sentencia en los testimonios de "los guardas de tránsito", poniéndolos a decir lo que ellos no percibieron, incurriendo en error de hecho por falso juicio de identidad.

Estima que estos yerros en la apreciación probatoria fueron determinantes en la sentencia de condena porque el juzgador dió por demostrado, sin estarlo, que el sentenciado incurrió en culpa al penetrar a la vía arteria sin efectuar el pare correspondiente y sin el debido cuidado.

Como norma sustancial violada cita el demandante el art. 5o. del C. P. "al condenar por responsabilidad objetiva tomando la prueba glosada como determinante para condenar y de ahí nace... el error de hecho manifiesto, determinante y puntual para el fallo condenatorio..."

Concluye sus alegaciones, impetrando la casación del fallo condenatorio, para que en su lugar se profiera la sentencia de sustitución que absuelva a Javier de Jesús Hernández.

El ministerio público

Considera el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que la demanda interpuesta a nombre del sentenciado Hernández, adolece de innumerables errores de técnica y graves deficiencias, que llevan a su desestimación.

Expresa que el recurrente no cita las normas sustanciales quebrantadas por presuntos errores de apreciación probatoria y que si bien habla en el libelo de errores de hecho, se limita a la sustentación del cargo a poner en tela de juicio la valoración probatoria trasladando su inconformismo al error de derecho, y agrega:

"... se convierte la demanda, en estas condiciones y ante los manifiestos defectos de técnica en un simple alegato propio de las instancias, completamente ajeno a esta excepcional vía, en donde el casacionista pretende que se acojan sus personales criterios frente a la convicción que debe llevar el material probatorio contrario a como efectivamente se hizo por el Tribunal; lo cual se refleja claramente en la manera inconcreta, sin distingo ni especificación alguna con que se refiere a las piezas procesales que acusa como afectadas en su apreciación, bastándole manifestar que para la indagatoria, no se creyó lo dicho por el procesado; para la versión de Wilson de J. Orozco, se le creyó cuando no se encontraba en condiciones de "percibir" lo ocurrido; y para las versiones de los agentes de tránsito, igualmente se les dió credibilidad cuando no podían deponer acerca de los hechos por no encontrarse en el sitio en que estos ocurrieron...".

De ahí que concluya su concepto el señor Procurador, solicitando a la Corte desestimar el cargo y no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Debe repetirse una vez más, que la casación no es una nueva instancia que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones

jurídicas, reviviendo debates ya concluídos en las instancias. En esta impugnación extraordinaria, se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar mediante un estudio comparativo del fallo ante la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el Tribunal de segunda instancia. Sólo por vía de excepción y por expresa voluntad de la ley, la Corte podrá ocuparse oficiosamente de una nulidad que surja manifiesta y ostensible en autos, o en aquellos casos en que sea evidente el desconocimiento de una garantía fundamental.

De ahí que el carácter extraordinario y limitado del recurso imponga al demandante el deber de formular con claridad y precisión los motivos del ataque a la sentencia, con la correspondiente y adecuada fundamentación.

Tratándose de la causal primera, es deber del recurrente citar las normas sustanciales que se consideran violadas de manera directa o indirecta, expresando en sentido y motivo del quebranto; si éste se atribuye a errores de apreciación probatoria, es necesario precisar cuales fueron los elementos de juicio en cuya estimación incurrió el juzgador en errores de hecho o de derecho, que influyeron de manera determinante en la sentencia.

En el caso que se analiza, como lo pone de presente el señor Procurador, la demanda adolece de fallas técnicas y vacíos que no puede suplir oficiosamente la Corte.

Invoca el recurrente la violación de la ley sustancial, pero cita como preceptos violados algunas normas adjetivas que no revisten ese carácter, omitiendo cualquier análisis o estudio sobre los tipos penales que describen como constitutivo de delito el comportamiento imputado al acusado, para determinar - como era su deber hacerlo - si ellos fueron o no debidamente aplicados a su defendido.

Pasa luego el censor en la fundamentación del cargo, a hacer la afirmación de que el Tribunal incurrió en errores de hecho en la apreciación probatoria, que lo llevaron a dar por demostrada la culpabilidad del acusado.

Sabido es que se incurre en error de hecho, cuando el sentenciador no estima una prueba legalmente aportada al proceso, o da por establecidos

hechos o circunstancias sin respaldo probatorio o distorsiona el alcance y sentido de los medios de prueba.

El casacionista, en la mayoría de sus reproches, no se dedica a demostrar la existencia del error de hecho alegado, sino a refutar la valoración que del acervo probatorio hizo el sentenciador para arribar al fallo de condena, penetrando a los terrenos del error de derecho por falso juicio de convicción, no existiendo tarifa legal a la cual deba someterse el juzgador.

Así, la objeción fundamental al juicio de fallador la hace consistir en que el Tribunal "despreció" las afirmaciones del acusado vertidas en su indagatoria y según las cuales, la conducta imprudente que ocasionó el accidente se debe predicar no del procesado, sino del señor Abdón Amador Gómez, conductor del campero con el cual chocó la buseta conducida por aquél. Pero al tratar de respaldar su afirmación lejos queda el recurrente de demostrar un error de hecho, pues se limita a realizar conjeturas, en un esfuerzo por liberar de culpabilidad a su defendido y atribuir toda la responsabilidad al señor Gómez, conductor del otro vehículo. En este punto el censor se confunde, porque aquello que entiende por falta de apreciación, no es sino un disenso con el juzgador en cuanto a la credibilidad que le merece el dicho del procesado. En este cargo, el demandante pretende desconocer el juicio del fallador, quien por encontrar desvirtuada la versión del acusado en su injurada, por otros medios a su entender dignos de crédito, no la consideró verdadera para formar su convicción. Y a esta posición lógico-jurídica del fallador, el recurrente se limita a oponer su personal manera de apreciar los hechos, a realizar conjeturas en un esfuerzo por desvanecer la responsabilidad penal de su asistido, contrariando la realidad procesal que señala que el señor Hernández omitió parar en una intersección en donde la prelación corresponde a quiénes transitan por la otra calle. En estas condiciones, no puede prosperar la censura.

En un segundo aspecto del cargo, afirma el censor que el Tribunal incurrió en error en la apreciación probatoria, al dar entera credibilidad al testimonio de Wilson Orozco, cuando las circunstancias indican que este testigo no estaba en condiciones de percibir lo relatado por él. Aquí el casacionista vuelve a plantear un error de derecho por falso juicio de convicción, sobre el valor que en las instancias se le otorgó a dicho testimonio, reproche inadmisible en casación cuando, como en el caso que se analiza, se limita el actor a contraponer su personal criterio sobre pruebas que no se hallan

sometidas a tarifa legal en el ordenamiento penal, y que para su valoración el fallador disfruta de un prudente arbitrio, atemperado por las reglas de la sana crítica. Desde la simple enunciación del cargo se demuestra su improcedencia.

En la última censura manifiesta el recurrente, que el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad, al fundamentar su sentencia en los testimonios de "... los guardas de tránsito...", poniéndolos a decir lo que ellos no manifestaron.

Aquí, no obstante que obrando con amplitud pudiera entenderse que el cargo está técnicamente formulado, su improcedencia es manifestada por contrariar la realidad procesal.

Consta en autos, que momentos después de ocurridos los hechos, se hicieron presentes en el lugar los guardas de tránsito municipal María del Pilar Ruiz y Gustavo Alonso Cadavid, quiénes escucharon a los ciudadanos presentes en el sitio del accidente, elaboraron un croquis y luego rindieron su versión ante las autoridades competentes.

De acuerdo a estos informes, analizados en conjunto con el resto de la prueba testimonial, el juzgador llegó al conocimiento de que la colisión tuvo su ocurrencia aproximadamente a las cuatro de la mañana en el cruce de la calle Colombia con la carrera Cundinamarca. Que a esa hora el semáforo se encontraba con luz amarilla intermitente. Que la calle Colombia es preferencial por ser vía arteria y que por ella transitaba el vehículo conducido por Amador Gómez, a gran velocidad. Que la buseta conducida por el sentenciado Javier de Jesús Hernández, venía por la carrera Cundinamarca y debía en consecuencia hacer el pare antes de atravesar la vía arteria. Toda la prueba aportada al proceso, contando incluso con la declaración indagatoria del acusado, puso en evidencia estas circunstancias.

De estas premisas dedujo el juzgador, que la conducta imprudente generadora del accidente, era la realizada por el encausado, quien no obstante la existencia de la luz intermitente que exige al conductor cuidad y precaución en el cruce y que debía efectuar el pare y dar prelación a quiénes vinieran por la vía arteria, desconoció estas elementales medidas que reglamentan el tránsito de vehículos, siendo con su comportamiento causa determinante de la colisión que produjo el incendio, la muerte de uno de los ocupantes del campero y las heridas de los otros dos.

Fueron entonces estas circunstancias, debidamente comprobadas en el proceso, las que sirvieron de fundamento al Tribunal para deducir la responsabilidad penal del único enjuiciado y no el concepto o parecer de los agentes de tránsito sobre la posible culpabilidad de las personas comprometidas en la colisión. Tan cierto es esto que uno de ellos, la agente María del Pilar Ruíz, llegó a considerar en su declaración como culpable del hecho al señor Abdón Amador Gómez, conductor del campero, por conducir a exceso de velocidad y embriagado (f. 55), lo cual se tuvo en cuenta en los comienzos de la investigación para vincular mediante indagatoria a dicho ciudadano y para que el Fiscal 8º del Tribunal Superior de Medellín conceptuara (fs. 241 a 248) que el merecedor de la detención preventiva era el señor Gómez y no el señor Hernández.

Pero la investigación fue calificada con acusación solamente para el señor Hernández, mientras el señor Gómez fue favorecido con cese de procedimiento, calificación que quedó en firme al ser apelada únicamente por el defensor del enjuiciado quien sustentó extemporáneamente. El hecho de que el casacionistas siga considerando que su cliente "fue víctima, por la conducta del señor Gómez" (f. 453), o que se haya presentado una concurrencia de culpas, resulta actualmente irrelevante porque el uno está procesalmente exonerado y su condonada culpa no hace desaparecer la del otro.

Volviendo atrás, se reitera que el Tribunal no tuvo en cuenta únicamente los testimonios de los dos agentes de tránsito, para deducir la culpabilidad del sentenciado Hernández, ni tergiversó sus dichos para sacar conclusiones contrarias a la realidad. Por el contrario, la sentencia impugnada contiene un estudio sistemático de las pruebas, en el cual se exponen con claridad las razones que tuvo el fallador para afirmar la culpabilidad penal de Javier de Jesús Hernández, única persona a quien estaba juzgando; aunque el actor interpreta de manera distinta los elementos de juicio aportados al proceso, no logra demostrar que las conclusiones a que llegó el Tribunal se motivaron en errores de hecho manifiestos en la estimación del caudal probatorio, razón por la cual el cargo que se formula a la sentencia al amparo de la causal primera de casación, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, en acuerdo con el señor procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

NO CASAR la sentencia recurrida, de fecha, origen y naturaleza anotados en la parte motiva.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

"La técnica de interrogar depende de la capacidad del Juez y de las condiciones concretas del caso", y mostrará el camino de cuando y en qué momento caben ciertos interrogantes, sin que el orden de formulación genere vicio alguno, pues lo indispensable "... es que se interrogue sobre el hecho del cual se sindica al autor".

En el mundo real no hay seis hombres iguales y por eso "la ley apenas fija una pauta: deben ser personas de características semejantes a las del por reconocer, pero no es condición de validez que sean tan próximas que se parezcan".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobado Acta No. 6

Vistos

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado BORIS EDILBERTO SANCHEZ PABON contra la sentencia proferida el veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 8o. Penal del Circuito de la misma ciudad mediante la cual lo halló responsable de un delito de homicidio, sancionándolo a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con el delito.

Hechos

Sucedieron el primero (1o.) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en la ciudad de Barranquilla. Días antes, un sujeto había estado frecuentando un sitio aledaño al depósito de Heriberto Gómez Mora. En un momento determinado una lora que cayó de una residencia cercana fue recogida por el desconocido y colocada en una bolsa que portaba. Al ver esto, Gómez lo increpó por querérsela llevar, recibiendo como respuesta palabras de grueso calibre. El día de autos, estando en un sitio cercano a su establecimiento, Gómez fue repentinamente atacado con un arma de fuego, falleciendo cuando era trasladado a la Clínica Barranquilla. Como agresor se sindicó al sujeto en mención quien a la postre resultó identificado como Boris Edilberto Sánchez Pabón.

Actuación Procesal

La Delegada resumió el avatar del proceso con las siguientes palabras:

> "El Juzgado Primero de Instrucción Criminal Permanente en Turno, de Barranquilla, enterado de los hechos, ordenó en proveído de abril 1o. de 1989, la práctica de diligencias preliminares. En cumplimiento de esta decisión el mismo día practicó diligencia de levantamiento del cadáver de Heriberto Gómez Mora en la Funeraria JUAN XXIII y recepcionó las declaraciones de Edgar Giraldo Aguirre y Clarisa Gómez (fls. 1 a 7 vto.)
>
> El Juzgado 15 de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla, abrió investigación el 6 de abril de 1989; durante el lapso instructivo obtuvo el protocolo de necropsia del señor Heriberto Gómez Mora, remitido por el doctor Oswaldo Velasco Donado, médico forense del instituto Seccional de Medicina Legal Forense de la misma ciudad, en el cual se determina como causa la muerte: "SHOCK hemorrágico por heridas múltiples de pulmones, aorta, por proyectil de arma de fuego" (fls. 17 a 18); informe 00221 del 3 de mayo de 1983 del Jefe de Grupo de Integridad de la Sijín, Departamento de Policía del Atlántico, remisorio de las diligencias preliminares adelantadas por esa dependencia en relación con la muerte de Heriberto Gómez Mora (fls. 32 1 40); se recepcionaron diferentes declaraciones y se ampliaron otras

(fls. 19 a 31, 44 a 74, 97 a 101, 137 a 157 vto.) diligencias de reconocimiento en fila de personas (fls. 93 a 96) e inspección judicial al restaurante "La Macarena" con sus correspondientes planos (fls. 154 a 155, 172 a 174)

"A la investigación fue vinculado Boris Edilberto Sánchez Pabón (fls. 80 al 84 y 133 a 134), a quien se le definió la situación jurídica en auto del 27 de abril de 1992, con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 102 a 111).

La Fiscalía Segunda de la Unidad Especializada de Vida e Integridad Personal, ante la reforma del C. de P. Penal (Decreto 2700 de 1991), avocó el conocimiento del asunto el 10 de julio de 1992, clausuró la investigación el 15 de los mismos mes y año y la calificó el 14 de agosto de 1992, con resolución de acusación en contra de Boris Edilberto Sánchez Pabón (fls. 192 a 214).

Surtidas las formalidades propias del juicio, el Juzgado 80 Penal del Circuito de Barranquilla, el 31 de marzo de 1993, puso fin a la instancia, condenando al procesado Boris Edilberto Sánchez Pabón, a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor material del delito de homicidio simple en la persona de Heriberto Gómez Mora, más las accesorias de ley (fls. 366 a 376). Este fallo fue confirmado en su integridad por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en proveído del 22 de junio de 1993".

La Demanda

En el ámbito de las causales primera y tercera de casación, el actor propone los siguientes reproches.

1. Primer cargo

Lo eleva dentro del ámbito de la causal primera, apartado segundo producto de un error de derecho, señalando como infringidos los artículos 1, 2, 3, 6, 9, 13, 18, 20, 22, 179, 246, 247, 249, 304, 359, 360 y 368 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución Nacional, "... por no ser legal la forma como se autorizó la aducción y producción de pruebas, al momento

de aplicar indebidamente todas las normas ya señaladas". El sustrato de la censura reside, pues, en la ilegal producción y aducción de las siguientes probanzas;

1.1. Declaraciones de Clarisa Gómez Mora y Edgar Giraldo Giraldo Aguirre.

Fueron recepcionadas sin previo auto que así lo ordenara, hecho que vulneró el debido proceso y el principio de lealtad establecido en el artículo 18 del C. de P. P. de 1987, lo que al final condujo a la ilegalidad de la prueba. Así discurre el demandante:

> "El principio general de la prueba es que esta haya sido producida legalmente de acuerdo con el artículo 246, ratificado por el artículo 252 el cual establece que ninguna prueba puede ser apreciada sin auto que haya sido ordenada o admitida (arts. del Decreto 0050 de enero 13 de 1987). De lo expuesto que son principios generales del derecho están unidos al principio del debido proceso que también está señalado en el artículo 1o. del Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991, por lo tanto es evidente que si se comenten irregularidades como las ya anotadas, se ha conculcado el debido proceso, por irrespeto en la práctica y producción de pruebas".

A su modo de ver, el funcionario que practicó el levantamiento del cadáver, "aprovechó" el desarrollo de la diligencia, para "como si se tratara de un Servicio Social ordenar dichos testimonios al término de la distancia".

1.2. Indagatoria del Procesado.

No se atendieron, a su modo de ver, los artículos 381 y 382 del C. de P. P. de 1987. Al indagado, una vez preguntados sus generales de ley y descritas sus características morfológicas, se le debió interrogar sobre el conocimiento de los hechos por los cuales rendía indagatoria.

> "... si esto no se hace así... se estará violando el debido proceso consagrado en el numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal y artículo 29 de la Constitución Nacional".

No obstante, el Juez lo incita a responder luego de informarlo sobre el dicho de un testigo acerca de los rasgos físicos del homicida, encontrando como respuesta la negativa del indagado, a lo que el funcionario replica haciéndolo poner de pie, y observando otros rasgos de los cuales deja constancia. Este proceder, a su juicio, es una clara muestra de prejuzgamiento, vulnerándose el principio de presunción de inocencia, amén de que se incumplió la obligación de investigar los hechos en forma integral y no creando presunciones de responsabilidad.

1.3. Reconocimiento en fila de personas.

Los testigos, en vez de ser interrogados por el Juez instructor sobre las características de la persona a reconocer, les fueron leídos los apartes de lo que con anterioridad habían declarado. Dicho proceder, dice el censor, estuvo encaminado a evitar que el testigo fallara en el señalamiento, máxime cuando el funcionario omitió la exigencia legal de que personas de características morfológicas semejantes acompañaran en la fila a Sánchez Pabón. Lo único que faltó -arguye con reticencia- fue que el Juez les señalara directamente al implicado. Tal proceder, a su juicio, violó el debido proceso.

2. Causal Tercera

En sentir del libelista, el fallo impugnado fue dictado en juicio viciado de nulidad constitucional. Se quebrantó, sostiene, el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política desarrollado en el artículo 304.2 del C. de P. P. por "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso".

Como tales señala la recepción de los testimonios de Clarisa Gómez Mora y Edgardo Giraldo, sin auto previo que las hubiese ordenado ni admitido, violando "en forma indirecta" los artículos 246 y 252 del C. de P. P. También la recepción de la injurada, y el reconocimiento en fila de personas, razonando -si bien se ve- de la misma manera que en el cargo anterior. Insiste en la defectuosa aducción y producción de las mismas tres pruebas para por este camino sostener que la sentencia impugnada se dictó violando las garantías del inculpado.

Concluye impetrando de la Sala la invalidación del fallo acusado para que de regreso a la Unidad de Vida de la Fiscalía de Barranquilla se haga el

reparta correspondiente a efectos de reponer "el procedimiento afectado de nulidad".

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Luego de resaltar que la demanda es en extremo confusa y repetitiva encuentra la Delegada que el ataque formulado con base en la causal tercera de casación es "antitécnico" dado que el reparo versa sobre los medios probatorios, por lo que la demostración debió plantearse como violación indirecta de la ley sustancial y no por la vía de la nulidad. Un cargo en tales condiciones, dice, "no puede ser acogido".

Después se ocupa de la causal primera para de entrada advertir sobre la sin razón del reproche. La Juez, contrario a la afirmación del censor, ordenó mediante auto del primero de abril 1989 "recibir declaración jurada a todas las personas" que les resultare cita durante la práctica del levantamiento del cadáver; y como en el curso de la diligencia se conocieron los nombres, la orden de recepcionar sus deponencias fue apenas reiterada.

En este sentido a las declaraciones de Clarisa Gómez Mora y Edgar Giraldo, no les cabe tacha alguna.

Cuanto a la indagatoria, tampoco es cierta la falencia acusada. Para el representante del Ministerio Público, la diligencia se realizó con apego a la normado en los artículos 381 y 382 del estatuto procesal vigente para la época. Al margen, apunta, la naturaleza del hecho, las condiciones personales del indagado y la capacidad del Juez para orientar el interrogatorio son circunstancias definitivas en la práctica de una diligencia, sin que sea dable pregonar vicio alguno cuando el sindicado de todas maneras ha sido interrogado sobre el hecho delictivo que se le atribuye.

Sobre el reconocimiento en fila de personas, la legalidad en la práctica de la diligencia también es evidente. El artículo 390 del Código de Procedimiento Penal -Decreto 050 de 1987- imperante para la fecha del acto, no exigía la ritualidad notada de menos por el casacionista, además, continua la Delegada, si la funcionaria leyó algunos apartes de la declaración rendida por los testigos citados al reconocimiento, lo hizo por no estar prohibido en la mencionada disposición, lo que implica la inexistencia de irregularidad alguna como para pregonar la ilegalidad de la prueba.

Ahora, que el imputado no haya estado acompañado en la fila por seis personas iguales, "es otro de los superficiales formalismos" a que acude el censor. La exigencia legal, entiende la Delegada, es de semejanza no de igualdad.

Finalmente y no sin antes advertir que dentro del expediente militan otros medios persuasivos de responsabilidad penal en contra de SANCHEZ PABON, impetra la desestimación de las objeciones.

La Corte

1. Sea lo primero advertir que los dos cargos elevados en la demanda presentan idénticos soportes argumentales, constituyéndose en simple repetición de razones, normas infringidas y falencias probatorias. Le habría bastado al actor presentar el primer reproche por violación indirecta para cumplir con su cometido pues el que formula en el terreno de la causal tercera, aparte de ser reiterativo del primero, se basa en una crítica a los medios probatorios, cuestionando su juricidad, cuyo lugar natural para procurar su desquiciamiento en esta sede era el de quebranto indirecto de la ley sustancial, por error de derecho proveniente de un falso juicio de legalidad.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el segundo cargo, su improsperidad es evidente y así lo predica la *Sala* desde ya, sin entrar en mayores consideraciones, ocupándose exclusivamente de analizar lo concerniente al primer ataque planteado.

2. El enunciado de este primero reproche es correcto. Recuérdese que invoca una violación indirecta -**error de derecho por falso juicio de legalidad**-, por lo que se espera que señale las pruebas, los requisitos de ley que impone el ritual procesal para generar su validez y la actuación del juzgador quien, al practicarlas o evaluarlas, dio por sentada su legitimidad sin tenerla o se las desconoció pese a cumplir con los presupuestos necesarios para su aducción.

Aunque la redacción es confusa, los argumentos dispersos y las conclusiones entremezcladas, lo que genera ambigüedad y desconcierto, de todas maneras se extrae que las pruebas, objeto de esta controversia, son las

declaraciones de dos testigos, la injurada y el reconocimiento en fila de personas. En ese orden, por consiguiente, se contestarán sus objeciones.

3. Y bien:

Cuanto a los testimonios, débese recordar que presenta Sandra Patricia Pardo Gómez, sobrina del occiso, en la diligencia del levantamiento del cadáver, comunicó a la Juez 1a. de Instrucción Criminal Permanente que *Clarisa Gómez Mora y Edgar Giraldo Aguirre* se encontraban con su familiar *Gómez Mora* "en el momento de los hechos". La orden de escuchar a estas especificas personas no dio espera, cumpliéndose así lo que previamente había advertido aquella funcionaria, en abstracto, mediante auto de sustentación en el sentido de "recibir declaración jurada a todas las personas que les resultare cita" en la práctica del levantamiento del cadáver.

No se ve, pues, cuál la razón del reparo por este aspecto si, además, es claro, que el artículo 259 del Decreto 050 de 1987, imponía al Juez el deber de "efectuar todas las actuaciones que considerare necesarias para el aseguramiento de las pruebas".

Insólito resulta, por consiguiente, que se pretenda descalificara la actuación de una juez diligente y escrupulosa, quien siguiendo el mandato de una pronta y cumplida justicia, procura allegar en forma ágil y certera las pruebas necesarias para conseguir el esclarecimiento de los hechos. Llegar a los extremos formalistas de invalidar una probanza simplemente porque no se especifica con nombres y apellidos la declaración de un individuo en un auto previo como si no valiera para el caso la orden de recibir los testimonios de todas y cada una de las personas que pudiesen dar sus luces durante la diligencia de levantamiento del cadáver, según auto del primero (1o.) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), no es más que un desatino, por decir lo menos.

La legalidad de estas pruebas es indiscutible y así lo declara la Sala.

4. Ahora bien, una desprevenida lectura del acta que recoge la diligencia de indagatoria, pone en evidencia la distorsionada afirmación del demandante. Véase: Anotadas las características morfológicas del indagado, de inmediato se le interrogó sobre los hechos que motivaron su captura, revelando su pronta respuesta el conocimiento de que se trataba de un

homicidio "... el cual no he cometido pero su estuve presente, pero si capté los hechos", dijo.

Y estando el instructor en la labor de escudriñar las afirmaciones de Sánchez Pabón quien negaba la autoría del crimen atribuyéndola a un tercero simplemente prosigue por la senda que le muestra el imputado quien a continuación aclara: "Yo creí que había sido detenido porque iba a servir de testigo o algo así por haber presenciado los hechos". Bien avanzada la diligencia, le reclama el funcionario una respuesta a la descripción física que el testigo Adalberto Franco Maldonado hiciera del "sujeto que disparó contra Gómez Mora".

La inquietud del Juez a esa altura de la diligencia no entraña ninguna irregularidad ni nada que se le parezca. Como bien apunta el Ministerio Público la "técnica de interrogar depende de la capacidad del Juez y de las condiciones concretas del caso", y mostrará el camino acerca de cuando y en qué momento caben ciertos interrogantes, sin que el orden de formulación genere vicio alguno, pues lo indispensable "..es que se interrogue sobre el hecho del cual se sindica al autor...", como fue evidente para el caso de ahora.

Tampoco en este evento, se observa ningún atropello a la legalidad.

5. De otra parte, el reconocimiento en fila de personas se realizó dentro de las formalidades jurídicas, con asistencia del defensor del procesado, sin que ninguna protesta suya no de su prohijado se escuchara sobre la manera como se había realizado la diligencia.

Que no haya existido "igualdad" física entre las seis personas escogidas para acompañar en la fila a Sánchez Pabón, comporta un extremo formalismo que concita el necesario rechazo. En el mundo real, como bien apunta la Procuraduría, no hay seis hombres iguales y por eso "la ley apenas fija una pauta: deben ser personas de características semejantes a las del por reconocer, pero no es condición de validez que sean tan próximas que se parezcan, como parece entenderlo el recurrente".

Y aquí, agréguese, que ciertamente el texto de dicha diligencia señala que al acusado se le hizo acompañar de otras seis personas, "internos de características físicas semejantes", constatando así mismo el Juez, ante una inquietud del defensor de entonces, que a pesar de no existir "similitud" entre

el "mentón" saliente (prognatismo) del procesado con el de las demás personas, de todas maneras "la diferencia de esa parte de la cara de este último con los de la fila" no era notoria.

La Sala llama la atención sobre las palabras del demandante, quien busca apoyo en un precepto que para la época de la diligencia aún no ha entrado en vigor -artículo 368 del Dto, 2700 de 1991-, con miras a encontrar sustento a su reparo, es decir que el juez se encuentra obligado a interrogar al testigo para que describa la persona de quien se trata y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen. En cambio, en el compendio de 1987, únicamente se exigia poner al frente a quien iba a ser objeto del reconocimiento (art. 390). Evidente el yerro del censor que excusa cualquier otra consideración.

6. No estará demás anotar, que esta prueba positiva de reconocimiento no fue la única que sirvió de fundamento para deducir la responsabilidad del encartado. Otras más sirvieron para señalarlo como autor del punible que se le imputó. Recuérdese que si bien Manuel Guerrero Cruz, indicó como autor del homicidio a Félix Barros Epiayú a raíz de un presunto incidente que, según sus aseveraciones, tuviera con el occiso por una lora, su credibilidad se resiente, cuando trata de explicar la ausencia de Boris -su cuñado- del lugar aunque más tarde asevera, contradiciéndose, que éste presenció en crimen.

Además, un grupo de declarantes que observó el suceso en mención, no solo señalan a Boris como la persona que se enfrentó al occiso por culpa del animal, sino que también informan sobre las frecuentes visitas de éste a Guerrero y la acusación que antes de morir la víctima dirigiera contra el acriminado autor de la agresión. Uno de los testigos que confirma estos hechos es Alberto Polo Vanegas y José Silgado Orozco, en similares términos, también lo ratifica.

Así las cosas, no existe duda de que el autor del disparo que le truncara la vida a Gómez Mora fue Boris Edilberto Sánchez Pabón y no otro.

La demanda no prospera.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelve

NO CASAR el fallo impugnado. Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, (No Firmó), Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda (No firmó), Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

RECURSO DE CASACION

El recurso extraordinario de casación tal como se encuentra concebido procede contra las sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior Penal Militar por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

De igual manera se consagró, de manera discrecional, para situaciones distintas a las enunciadas anteriormente, cuando tenga como finalidad el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, caso en el cual, al momento de interponerse, así se hará saber a la Sala em escrito que deberá ajustarse a las exigencias propias de esta especialísima sede.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 06

Vistos

Decide la Corte el recurso de hecho que el doctor Efraín Gonzalez Alba, defensor de la procesada MARIELA BAHAMON DE CESPEDES, condenada como coautora del delito de fraude procesal, interpuso contra la providencia del 25 de noviembre de 1994, por medio de la cual el Tribunal

Superior de Cundinamarca se negó a conceder el recurso extraordinario de casación.

Antecedentes

El día 19 de octubre de 1994, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca resolvió la apelación interpuesta por los defensores de los procesados Arturo Roldán Paiba y Mariela Bahamón de Céspedes contra la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Promiscuo de Guaduas en el que se les impuso la pena principal de un año de prisión y las accesorias de rigor como coautores responsables del delito e fraude procesal, confirmándola con algunas aclaraciones en lo que respecta a la tasación de perjuicios causados por la conducta ilícita.

Inconforme con la anterior decisión, el defensor de la procesada Mariela Bahamón Paiba interpuso el recurso extraordinario de casación dentro del término legal. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca con proveído del 25 de noviembre de 1994 negó la impugnación interpuesta al considerarla improcedente en virtud de que el delito por el cual fueron sentenciados los procesados, es decir, el de fraude procesal, tiene como pena privativa de la libertad máxima de cinco (5) años de prisión, quantum punitivo inferior al estatuído en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal para que proceda la Casación.

Con escrito del 5 de diciembre de 1994, el defensor de la procesada manifestó que recurre de hecho ante esta Corporación y para tal motivo solicitó que se le expidiera copias autenticadas de las providencias impugnadas.

En la sustentación del recurso, el defensor de la procesada le solicita a la Sala de Casación Penal de la Corte que conceda el recurso extraordinario de casación interpuesto, por cuanto se hace "necesario para la garantía de los derechos fundamentales", pues su defendida no cometió delito de fraude procesal que se la ha imputado al tener la libre disposición sobre los bienes y al girar las letras no cometió ninguna infracción penal.

Advierte que el delito de fraude procesal no se estructura a cabalidad porque la persona que se embargó es la legítima propietaria según la normatividad civil y de acuerdo a los títulos valores en que se respaldaba la obligación.

Concluye que "mi defendida hizo una simulación y como tal ésta figura no es delito. Por lo anterior solicito respetuosamente se conceda el Recurso de Casación pues se está atentando contra la honorabilidad, el buen nombre, la honra, honestidad y al ejercicio de la profesión de abogado".

Consideraciones de la Corte

El recurso extraordinario de Casación tal como se encuentra concebido procede contra las sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior Penal Militar por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

De igual manera se consagró, de manera discrecional, para situaciones distintas a las enunciadas anteriormente, cuando tenga como finalidad el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, caso en el cual, al momento de interponerse, así se hará saber a la Sala en escrito que deberá ajustarse a las exigencias propias de esta especialísima sede.

Sobre los anteriores tópicos se examinará si el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada Mariela Bahamón de Céspedes se ajusta a las formalidades anteriormente enunciadas.

Una vez que el Tribunal Superior de Cundinamarca desató la impugnación contra la sentencia de primera instancia el día 19 de octubre de 1994, confirmando la condena que se le había impuesto a los procesados como coautores del delito de fraude procesal, el defensor inconforme y dentro del término legal, presentó escrito en donde manifestó que "con el debido respeto interpongo el RECURSO DE CASACION".

Tal como fue presentado el escrito de inconformidad se vislumbra que la intención del letrado es recurrir la sentencia de segunda instancia conforme a lo reglado en el inciso primero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, pues en ningún momento manifestó de manera específica y fundadamente que la impugnación extraordinaria interpuesta tenía como finalidad el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, que hoy y de manera extemporánea pretende aducir en la sustentación de este trámite.

Entonces, la negativa del Tribunal de Cundinamarca de conceder el recurso extraordinario se ajusta a las previsiones legales, pues el delito por el cual se pretende la casación de la sentencia no cumple el requisito del quantum punitivo que contempla en artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, el delito de fraude procesal se encuentra tipificado en el artículo 182 del Código Penal que textualmente reza así:

> "Art. 182 -Fraude Procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca de fecha 19 de octubre de 1994 no es suceptible del recurso extraordinario de casación, habida cuenta que el delito por el cual fueron condenados los procesados no tiene señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años de prisión.

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

Resuelve

DENEGAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 19 de octubre de 1994, proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

Remítase este trámite al Tribunal de origen para que se anexe al respectivo expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, (No firmó), Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, (No firmó), Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REPOSICION

El auto que decide una reposición no es suceptible de mingún recurso, salvo que contenga puntos nuevos no analizados en la anterior.

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

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

Aprobada Acta No. 006

Vistos

La procesada EDILMA VARELA, quien se halla detenida en la Reclusión de Mujeres de Cali, interpuso recurso de reposición contra la providencia de fecha trece (13) de diciembre de 1994, mediante la cual la Corte no repuso su proveído del nueve (9) de noviembre del mismo año, que le negó la libertad provisional.

Consideraciones de la Corte

En providencia de fecha 9 de noviembre del año inmediatamente anterior, la Corte negó la libertad provisional reclamada por la implicada EDILMA VARELA por no reunir el requisito objetivo previsto por el artículo 72 del Código Penal y en relación con el certificado de trabajo presentado por la sindicada dijo la Sala:

"Precisa la Sala que del certificado de trabajo y estudio distinguido con el número 109 del 25 de octubre del corriente año, expedido por el Director de la Reclusión de Mujeres de Cali, Valle, únicamente se tuvieron en cuenta las horas trabajadas y estudiadas por la peticionaria, con excepción de los domingos y festivos, en razón a que ese centro de reclusión no dio cumplimiento a lo previsto por el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, esto es, que ese documento no se acompañó de la certificación debidamente justificada sobre las horas trabajadas y estudiadas durante tales días".

La procesada interpuso el recurso de reposición contra la providencia anterior, impugnación que fue resuelta adversamente por auto 13 de diciembre de 1994, con apoyo en la siguiente argumentación:

"Con el escrito de reposición la libelista acompaña constancia del Jefe de Talleres de la Reclusión de Mujeres de Cali con el visto bueno de la Directora (E), en la cual se expresa que EDILMA VARELA 'se desempeña como SUPERVISORA en el taller de semilleros puliendo, organizando y encargada de la disciplina del personal de internas que se encuentran realizando el trabajo en ese mismo taller. La interna debe responder a la Dirección del Establecimiento y a la empresa por el trabajo pulimiento y puntualidad del mismo', es decir, que en nada se afecta la rebaja de pena que determinó la Corte pues dicha certificación no indica que la reclusa haya laborado dominicales y festivos, tal como lo exige el artículo 100 de la Ley 65 de 1993".

Respecto de la reposición de la providencia de fecha trece (13) de diciembre de 1994, en la cual no se repuso el auto de noviembre 9 del mismo año, es bueno precisar que contra el auto que decide una reposición no es suceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos nuevos no analizados en la anterior, cosa que no sucede en el presente asunto, puesto que el certificado que anexó la procesada ya fue punto de discusión.

Por consiguiente, es improcedente el recurso interpuesto.

Ahora bien, tomando el escrito de EDILMA VARELA como nueva solicitud de libertad, procede la Sala a decidir lo pertinente.

La acusada fue condenada por el Juzgado 4o. Penal del Circuito de Cali, Valle, a la pena privativa de la libertad de 48 meses de prisión, como autora

responsable del delito tipo de infracción a la Ley 30 de 1986, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en fallo del 18 de marzo del año en curso, el que es ahora objeto del recurso de casación.

La incriminada se encuentra privada de su libertad desde el nueve (9) de enero de 1993, es decir, ha descontado de la sanción veinticuatro (24) meses y quince (15) días, por trabajo acredita 2200 horas que le dan derecho a una redención de cuatro (4) meses y diecisiete (17) días, por estudio 1546 que le representan una rebaja de pena de cuatro (4) meses y ocho (8) días, factores que sumados arrojan un total de treinta y tres (33) meses y diez (10) días, superiores a las dos terceras partes de la pena impuesta en instancias que equivale a 32 meses.

En el Acta del Consejo de Disciplina que adjuntó a la petición anterior la conducta de la enjuiciable fue calificada de buena; sus antecedentes personales y familiares han sido buenos, pues no registra ningún fallo condenatorio en su contra por delitos o contravenciones, la mayoría del tiempo lo ha dedicado la trabajo y estudio, todo lo cual, permite a la Sala realizar un pronóstico favorable sobre su readaptación social, que la hace acreedora al derecho previsto en el numeral 2º del artículo 55 de la ley 81 de 1993, previa caución prendaria por la suma de doscientos mil pesos ($200.000.oo) que deberá consignar a la cuenta del Juzgado de Primera instancia y suscribir diligencia de buena conducta y compromiso al tenor del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

1º RECHAZAR por improcedente el recurso de reposición interpuesta contra el auto de fecha 13 de diciembre de 1994.

2º CONCEDER a EDILMA VARELA la libertad provisional, previa caución prendaria por la suma de doscientos mil pesos ($200.000.oo) que deberá consignar a la cuenta del Juzgado 4º Penal del Circuito de la ciudad de Cali y suscribir diligencia de buena conducta y compromiso al tenor de lo preceptuado en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

3º Satisfechos los anteriores requisitos, se librará la correspondiente orden de libertad con destino a la Reclusión de Mujeres el Buen Pastor de la ciudad de Cali, con la advertencia de que solo producirá efecto en el evento de no hallarse solicitada por otra autoridad en razón de asunto diferente.

4º Para el cumplimiento de esta providencia, se comisiona al Juez 4º Penal del Circuito de Cali a quien se le librará la correspondiente comunicación telegráfica.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CONFESION / REFORMATIO IN PEJUS

Frente al texto legal hoy vigente (art. 220.1), no es indispensable que de manera explícita se consigne el sentido de la violación, pues es sufficiente que del contenido del libelo pueda la Corte comprender si se reclama la falta de aplicación de una norma, o su aplicación indebida o una interpretación errónea de la que se aplico.

El artículo 61 (Código Penal) preve la discrecionalidad que tiene el juzgador para tasar la pena, teniendo en cuenta los factores consagrados en dicha disposición, atinentes a la gravedad del hecho, a la personalidad del procesado y a las circunstancias agravantes y de atenuación punitivas. Es decir, que la confesión, por ser una actitud rigurosa procesal del acusado, no entra entre los parámetros del artículo 61.

Los artículos 31 de la Constitución y 17 del Código de Procedimiento Penal prohiben al juzgador de segundo grado agravar la pena al procesado si éste es apelante único y, en consecuencia, si dicha alzada apenas pretendía obtener un beneficio en su favor.

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

Magistrado Ponente Dr: Guillermo Duque Ruiz.
Aprobado Acta No. 08

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de junio de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha condenó a EMIGDIO ROGELIO OCHOA GOMEZ a 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. El 28 de enero de 1991, en las horas de la mañana, Guillermo León Celedón Romero, quien descansaba sentado sobre una piedra en la esquina de la calle 10 con carrera 13 de la ciudad de Riohacha, fue sorprendido por dos sujetos que descendieron de una camioneta toyota, cuatro puertas, color negro, y le dispararon causándole la muerte.

Ejecutado el crimen, los victimarios huyeron del lugar de los hechos en el citado vehículo, en compañía de otras personas que esperaban dentro del mismo.

El 30 de enero, Emigdio Rogelio Ochoa Gómez, en versión ante la Policía, admitió haber conducido la referida camioneta el día del homicidio, pero aseguró que el autor de los disparos contra Celedón Romero había sido Carlos Morcillo, alias "El Mono", en el convencimiento de que la persona contra quien disparaba era Ricardo Pinto, sujeto a quien culpaba de la muerte de Raúl Gómez, ocurrida el día anterior.

2. El Juzgado Octavo de instrucción Criminal de Riohacha abrió investigación y escuchó en indagatoria a Ochoa Gómez, quien en esta y en todas las demás intervenciones procesales insistió en su inocencia (fls. 24, 185 y 245).

Se practicaron otras pruebas y se resolvió la situación jurídica de Ochoa Gómez con auto de detención (fls. 69); igual decisión se tomó con respecto a Asdrúbal Jesús Pimienta, al considerársele cómplice de la muerte de Celedón Romero (fls. 128 y ss.)

En diligencia de reconocimiento en fila de personas, los testigos Jorge Redondo Codina y Máximo Palacios, reconocieron a Ochoa Gómez como uno de los autores de los disparos letales.

Fueron declarados reos ausentes Yuris Gómez, Juan Vicente Gómez, Aldo Gómez, Raulito Gómez y Carlos Morcillo, por estimárseles partícipes en el referido homicidio (fls. 147).

3. Cerrada la investigación, se la calificó mediante auto de 30 de mayo de 1991 (fls. 281 y ss), con las siguientes decisiones:

- Resolución acusatoria por el delito de homicidio agravado por la sevicia, contra Emigdio Rogelio Ochoa Gómez, Yuris Rafael Gómez Gómez, Juan Vicente Gómez Castrillón y Asdrúbal Jesús Pimienta Torres.

- Cesación de procedimiento en favor de Aldo Gómez Castrillón, Carlos Morcillo y Raúl Gómez Guerra.

Apelada esa providencia por los defensores de los acusados, el Tribunal, por medio de la suya de 28 de agosto de 1991 (fls. 324 y ss), confirmó el procesamiento de Ochoa Gómez, pero revocó las demás determinaciones, ordenando su lugar la reapertura de la investigación.

4. El Juzgado Segundo Penal del Circuito celebró audiencia pública (fls. 474 y ss) y con fecha 30 de marzo dictó sentencia por medio de la cual, en armonía con la acusación, condenó a Ochoa Gómez a 128 meses de prisión y a interdicción de derechos y funciones públicas (fls. 482). No obstante haber anunciado en los considerandos la condena en perjuicios (fls. 488), no la dispuso en la parte resolutiva del fallo. El Juzgado concedió la rebaja correspondiente a la confesión del procesado.

Apelado el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal, mediante el suyo que recurrió en casación aquél, lo confirmó, pero quitándole al delito la agravante por sevicia. Decidió igualmente que no procedía la rebaja de pena por confesión, toda vez que el procesado jamás reconoció su responsabilidad en el delito.

La Demanda

El casacionista sostiene que se violó de modo directo al artículo 61 inciso primero del Código Penal "referente al criterio para fijar la pena, relacionado con las circunstancias de atenuación al no reconocerse en el fallo de segunda instancia la reducción de pena por confesión consagrada en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal" (fls. 536 y 537).

Para sustentar el cargo, argumenta así, el actor:

> "Como los sostiene también la sentencia de primera instancia, el procesado se presentó voluntariamente y desde su primera versión y

demás actuaciones, él aparece confesando ante autoridad competente ser el conductor del vehículo automotor acompañado de otros individuos plenamente identificados, entre ellos unos parientes, Jesús Asdrúbal Pimienta Torres, Carlos Morcillo, quien disparó contra la humanidad de Guillermo León Celedón Romero, causándole la muerte.

"En lo que respecta a la presentación voluntaria, la corrobora el agente de la Policía Nacional señor Francisco Lindao Restrepo, en el correspondiente informativo y ratificación del mismo obrante en el expediente.

"Todo lo anterior fue tenido en cuenta como suficiente en el aludido fallo de primera instancia.

"No está por demás advertir que las declaraciones juradas de los señores Jorge Antonio Redondo Codina y Máximo Palacio Parodi, rendidas tardíamente merecen muchas reservas, ya que por otro lado, entran en contradicciones sus dichos iniciales... de donde se infiere que solo por comentarios tuvieron conocimiento de la autoría de los hechos"' (fls. 537).

Así, pues, demanda la casación del fallo y pide que como consecuencia de ello se le reduzca la pena al procesado.

Concepto de la Procuraduría

Estima el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que constituye un yerro afirmar que se ha violado el artículo 61 del Código Penal, a más de que el censor no señala el concepto de la violación (si es por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea). Agrega, además, que "las consideraciones sobre algunas pruebas del proceso están desfasadas según la vía escogida por el actor, y como ellas sirvieron de base al ad quem para revocar la disminución de pena, será claro que es menester eliminarlas previamente del juicio del sentenciador de segundo grado para llegar a la finalidad de la impugnación. Pero ello no cabe por la violación directa, como antes se dijo" (fls. 48 cuaderno Corte).

Más adelante la Delegada insiste en su tesis al afirmar:

> "Pero además el recurrente considera que la reducción de punibilidad por confesión, prevista en el artículo 299 del C. de P.P., hacen parte de las reglas prefijadas en el artículo 61 del Código Penal, para fijar la punibilidad en concreto, lo que no resulta exactamente cierto. En efecto, tal rebaja no mira a la gravedad del delito en sí, ni conforma modalidad alguna del mismo, ni es circunstancia agravante o atenuante del delito, por lo que lo demandado no corresponde a la norma de derecho que se considera mal interpretada y aplicada por el Tribunal. La reducción por confesión es un descuento por la conducta procesal asumida por el sujeto pasivo de la acción penal, que no se relaciona con el delito propiamente y que exigía una presentación diversa en casación".
>
> "En razón de lo expuesto -concluye- el cargo no debe prosperar".

Sin embargo, al finalizar su concepto, la Delegada pide que se case oficiosa y parcialmente la sentencia impugnada, para decretar la nulidad de la misma en cuanto violó los artículos 31 de la Carta Política y el 17 del Código de Procedimiento Penal, porque estima que frente a esas disposiciones el Tribunal no podía quitarle al apelante único (apelación que sólo buscaba eliminar la agravante por sevicia) la rebaja de pena por confesión que le había reconocido el sentenciador de primera instancia. Considera que esta petición es válida no obstante que la pena impuesta en segunda instancia es menor que la dosificada por el a quo, ya que de todas maneras y ello es lo importante, "la disminución por confesión concedida en la primera instancia quedó absorbida por el cambio de adecuación típica efectuado en la segunda instancia en virtud de la supresión de la sevicia. Agrega, además, que de conformidad con el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, la apelación sólo permite revisar los aspectos impugnados, dentro de los cuales no estaba la de rebaja de pena.

Pide entonces que en esos términos se case el fallo, dosificándose la pena de cara a la norma que habla sobre la confesión.

Se considera

Dígase en primer término y con relación a una de las críticas que la Delegada hace a la demanda, que frente al texto legal hoy vigente (art. 220.1),

no es indispensable que de manera explícita se consigna el sentido de la violación, pues es suficiente que del contenido del libelo pueda la Corte comprender si se reclama la falta de aplicación de una norma, o su aplicación indebida o una interpretación errónea de la que se aplicó.

En lo que sí tiene razón la Delegada es en advertir que en el presente caso la norma sustancial violada no sería el artículo 61 del Código Penal, como lo propone casacionista, sino -considera la Sala- el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal por falta de aplicación. En efecto, el citado artículo 61 preve la discrecionalidad que tiene el juzgador para tasar la pena, teniendo en cuenta los factores consagrados en dicha disposición, atinentes a la gravedad del hecho, a la personalidad del procesado y a las circunstancias agravantes y de atenuación punitiva. Es decir, que la confesión, por ser una actitud rigurosamente procesal del acusado, no entra entre los vistos parámetros del artículo 61.

Además, el casacionista se contradice al mezclar en el cargo de violación directa que hace, consideraciones probatorias, cosa vedada en casación, donde si se alega violación directa se admiten los hechos y las pruebas tal como las asumió el fallador.

En tercer lugar, conviene decir que en este caso concreto que se juzga, no ha existido confesión por parte del procesado Ochoa Gómez, quien desde su primera versión (declarada entre otros cosas inexistente por el Tribunal, porque fue recaudado sin presencia de defensor -fls. 329-) negó rotundamente ser el autor o el cómplice del homicidio en la persona de Celedón Romero. Incluso, le atribuyó tal delito a Carlos Morcillo "El Mono", personaje de quien el fallador de primer grado llegó a decir que era mera invención.

Si no admitió participación alguna en el dicho homicidio, no cabe hablar de confesión. El hecho de haber reconocido que conducía el vehículo en el que se transportaba también el homicida, pero con la advertencia de que desconocía las intenciones de éste, es al del todo indiferente con miras a postular una admisión de responsabilidad. Además, téngase en cuenta que a la declaratoria de condena por el delito de homicidio en Celedón Romero, se arribó especialmente por el reconocimiento que en fila de personas hicieron del procesado los testigos Jorge Redondo y Máximo Palacios.

Por lo anterior, estuvo bien la decisión del Tribunal al concluir que la rebaja de pena por confesión no se ajusta a la ley (fls. 513 y 514).

2. Pero sólo a manera de claridad y enseñanza se anota lo anterior, porque, como observa la Delegada, los artículos 31 de la Constitución y 17 del Código de Procedimiento Penal prohiben al juzgador de segundo grado agravar la pena al procesado si éste es, como en este caso, apelante único y, en consecuencia, si dicha alzada apenas pretendía obtener un beneficio en su favor.

Significa ello que al conocer de la apelación interpuesta por l defensor de Ochoa Gómez contra el fallo condenatorio del Juzgado Segundo Penal del Circuito, el Tribunal no podía (so pena de violar la constitución y la ley) desconocerle a dicho acusado la rebaja concedida por el a quo. Como incurrió en tal violación, su fallo vulnera las garantías fundamentales del procesado y por ello se casará la sentencia (art. 228 y 229.1 del Código de Procedimiento Penal). En consecuencia, al procesado se le rebajará, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, la tercera parte de la pena que se le impuso, por lo cual en definitiva será condenado a la sanción de ochenta (80) meses de prisión, y a la interdicción de derechos y funciones públicas por este mismo término.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre del República y por autoridad de la ley,

Resuelve

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada para fijar en ochenta (80) meses de prisión la pena privativa de la libertar a la cual se condena al procesado Emigdio Rogelio Ochoa Gómez, y en éste mismo término la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

En lo demás, el fallo no sufre modificación alguna.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/COMPETENCIA

No le es permitido a la Corte realizar pronunciamientos anticipados, o sea, antes de decidir el recurso de casación, pues ello equivaldría a que a través de un incidente se modificara la sentencia objeto de impugnación extraordinaria, y se repite, con ostensible desconocimiento de su trámite y con violación del debido proceso.

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

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

Aprobado Acta No. 008

Vistos

El procesado WILLIAM BAEZ SAAVEDRA, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de San Gil, impugnó en reposición la providencia de fecha 12 de diciembre último, mediante la cual esta Sala se abstuvo de considerar su petición de rebajas por confesión, colaboración eficaz con la administración de justicia y finalmente, la sustitución de la medida de detención preventiva por detención domiciliaria.

Al recurso se le dio el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

El procesado WILLIAM BAEZ SAAVEDRA se acogió a la terminación anticipada del proceso en audiencia especial con la Fiscalía Seccional 17,

acuerdo que fue aprobado por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bucaramanga mediante sentencia de febrero 8 del año en curso, providencia que lo condenó a la pena privativa de la libertad de 53 meses y 10 días, como autor responsable de los delitos de concierto para delinquir, falsedad de sellos oficiales, falsedad en documento público y estafa, sanción que fue confirmada en fallo de abril 20 siguientes por el Tribunal Superior de esa ciudad y que ahora es materia del recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor.

Insiste en que en su primera versión confesó el hecho y colaboró eficazmente con la administración de justicia delatando a otros partícipes, lo que permite el otorgamiento de los beneficios invocados. Agrega que no pretende desconocer el trámite del recurso extraordinario de casación, ni la violación del debido proceso. Simplemente, que se le conceda el beneficio de libertad provisional de conformidad con lo consagrado por el artículo 55-2 de la Ley 81 de 1993, en razón a que su conducta anterior fue intachable y por ello, desde el momento de su captura su intención ha sido la de enmienda y el de "subsanar la irregularidad o ilícito cometidos", para lo cual acompaña Acta del Consejo de Disciplina y certificado de trabajo.

En la providencia recurrida la Corte puntualizó que "En relación con la primera petición, esta Sala ha sostenido reiteradamente que carece de competencia para atender, en el trámite del recurso extraordinario de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Solamente podrá ocuparse de las solicitudes de libertad apoyadas en las prescripciones del numeral 2 del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, esto porque en forma expresa el legislador dispone que `la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista', es decir, ante el instructor, juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación.

"En lo concerniente a la medida de aseguramiento de la detención domiciliaria, la doctrina de esta Corporación ha sido pacífica y constante al sostener que la Constitución y la ley determinan la competencia de cada funcionario judicial y entre las funciones que le atribuyen a la Corte, no está la de atender peticiones de la naturaleza ya indicada en esta sede.

"El artículo 53 de la Ley 81 de 1993, atribuye competencia al funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva

por la detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, `cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso', no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se le atribuye bajo el presupuesto del análisis de las pruebas de responsabilidad que obran en el proceso, competencia que la Corte solo tiene en los casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente como el aquí propuesto, ya que ello implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa.

Ocurre que ahora para demandar su excarcelación apoyado en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, el libelista pretende que se le dé aplicación al artículo 374 del Código Penal, es decir, reconòcerle que "ante la imposibilidad de la devolución o reintegro de los bienes objeto del delito, no existirá obstáculo para dar efecto a la norma cuando por otra parte el delincuente ha demostrado sincero arrepentimiento y ha hecho posible o procurado la indemnización adecuada..."

En este caso, se imponen las mismas consideraciones presentadas en el proveído atacado con relación a la aplicación de la preceptiva invocada, pues no le es permitido a la Corte realizar pronunciamientos anticipados, o sea, antes de decidir el recurso de casación, pues ello equivaldría a que através de un incidente se modificara la sentencia objeto de la impugnación extraordinaria, se repite, con ostensible desconocimiento de su trámite y con violación del debido proceso.

En consecuencia, la Sala mantendrá su decisión respecto de las pretensiones del libelista antes consideradas.

Finalmente, con relación a la petición de libertad provisional que ahora se reclama por considerar el procesado satisfechos los requisitos del artículo 72 del Código Penal, se tiene que William Baez Saavedra fue capturado el 6 de agosto de 1993, (fl. 45), es decir, ha descontado efectivamente de la pena impuesta diecisiete (17) meses y diecinueve (19) días. Por trabajo acreditado 3040 horas que le representan una redención de pena equivalente a seis (6) meses y diez (10) días para un acumulado de veintitrés (23) meses y

veintinueve (29) días, insuficiente para acreditar el requisito cuantitativo de la sanción que le fuera impuesta en este asunto, razón por la cual, resulta improcedente realizar cualquier consideración relativa a los requisitos de orden subjetivo que exige la norma en comento.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

1. NO REPONER su proveído de fecha 12 de diciembre último, mediante el cual SE ABSTUVO de considerar las peticiones del procesado WILLIAM BAEZ SAAVEDRA (rebajas de pena y sustitución de la medida de aseguramiento), por las razones expuestas en la parte motiva.

2. NEGAR al citado procesado el beneficio de libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase,

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICION

Si en las dos solicitudes de extradición mencionadas (Estados Unidos y Bolivia) se debe actuar con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal Colombiano y si la etapa procesal en que ambas se encuentran es la misma, la petición presentada por el Ministerio de Justicia resulta aceptable, pues un pronunciamiento simultáneo de la Sala conduce no solo a hacer posible la facultad que el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal otorga al Gobierno Nacional, sino también a un mejor entendimiento de las solicitudes, para evitar, con su concepto, que por un mismo hecho se pueda ordenar la extradición a varios Estados.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C., enero treinta y uno de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta No. 09

Con oficio de 6 de enero de 1995, el Ministerio de Justicia y del Derecho remite a la Corte la documentación relacionada con la Nota Verbal No. MRC -77-94, mediante la cual la Embajada de Bolivia solicita la extradición del ciudadano de ese país MARCO ANTONIO ROCA ALI, para que esta Sala emita concepto.

En la misma comunicación, tras advertir que con oficio 009054 del 4 de noviembre de 1994 remitió la Corte la documentación relacionada con la solicitud de extradición presentada, respecto de la misma persona, por la Embajada de Estados Unidos de América, el Ministerio solicita a la Sala

"producir los conceptos relativos a las dos peticiones de extradición de manera simultánea, con el propósito que el Gobierno Nacional pueda dentro del término establecido en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 561 del dicho ordenamiento en relación con la prelación para conceder la extradición" (fls. 2).

Se considera

1. La solicitud de extradición de la Embajada de los Estados Unidos de América se recibió en esta Corporación el 4 de noviembre de 1994, correspondiendo por reparto al suscrito Magistrado Ponente, que, por auto de 29 de los mismos mes y año, ordenó correr traslado al requerido y su defensor por el término de diez (10) días para solicitud de pruebas, conforme a lo previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso según concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores (fls. 1, anexo 1). Dicho término de traslado, a la fecha, no ha empezado a correr.

2. La solicitud que ahora se presenta por parte de la Embajada de Bolivia, respecto de la misma persona, debe también sujetarse en su trámite a las normas pertinentes el Código de Procedimiento Penal Colombiano, pues los Acuerdos "Sobre Extradición de 1911, firmado en Caracas, La Convención Unica sobre Estupefacientes enmendada por El Protocolo de Modificación de la Convención Unica de 1961, 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, que fueron ratificados previa aprobación mediante las leyes 26 de 1913, 13 de 1974 y 67 de 1993", aplicables al caso según concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores (fls. 34 del anexo), prevén que toda petición de extradición debe sujetarse al derecho interno de la parte requerida (art. 8º Ley 26 de 1913 y art 7º - 12 de la Ley 67 de 1993).

3. Si en las dos solicitudes de extradición mencionadas se debe actuar con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Penal Colombiano y si la etapa procesal en que amabas se encuentran es la misma, la petición presentada por el Ministerio de Justicia resulta aceptable, pues un pronunciamiento simultáneo de la Sala conduce no sólo a hacer posible la facultad que el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal otorga al Gobierno Nacional, sino también a un mejor entendimiento de las solicitudes, para

evitar, con su concepto, que por un mismo hecho se pueda ordenar la extradición a varios Estados.

Se accederá, por tanto, a la pretensión del Ministerio de Justicia.

Consecuentemente, que ordenará unificar las solicitudes para que continúe el trámite conjunto.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

1. ACCEDER a la petición presentada por el Ministerio de Justicia y del Derecho en el sentido de que los conceptos correspondientes a las solicitudes de extradición del ciudadano boliviano Precy o Persi Roca Alí ó Marco Antonio Roca Suárez o Marco Antonio Roca Alí, por parte de los Estados Unidos de América y la República de Bolivia, se produzcan simultáneamente.

2. Unificar, bajo un mismo proceso, las solicitudes de extradición.

3. Extender el traslado para solicitud de pruebas a la petición de extradición presentada por la Embajada de la República de Bolivia.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE HECHO/DEMANDA DE CASACION

Expresamente el inciso segundo del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal le impone como carga procesal al impugnante del recurso de hecho, que dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias en la Secretaria lo sustente, esto es, que claramente exponga los motivos de su inconformidad y los fundamentos jurídicos que los soportan, pues de lo contrario tendrá que ser desechado.

No basta ser sujeto procesal para recurrir en casación, ya que la legitimación la da el agravio sufrido con las determinaciones del fallo.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C., enero treinta y uno de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 09

Vistos

De plano decide la Sala el recurso de hecho interpuesto por la representante de los intereses de la Parte Civil, respecto del interlocutorio de noviembre 25 de 1994 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con el que negó el recurso de casación formulado al fallo de segunda instancia. Mediante éste último, se le impartió confirmación a la sentencia anticipada en el proceso seguido en contra OSCAR FABIO MORALES OSORIO.

Antecedentes

1. En contra de OSCAR FABIO MORALES OSORIO, la respectiva Fiscalía de la ciudad de Pereira adelantó investigación penal por los delitos de Peculado por Apropiación y abandono de cargo en perjuicio del Banco del Estado sucursal Pereira, que a instancias del implicado culminó con Sentencia Anticipada del 19 de septiembre de 1994 proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la mencionada ciudad. Como pena principal le impuso 27 meses de prisión y multa de quinientos mil ($500.000.oo) pesos; la accesoria de interdicción de Derechos y Funciones Públicas por el mismo tiempo, y al pago de la suma de $67.048.466.12 por concepto de los perjuicios materiales ocasionados. Así mismo, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

En contra del fallo, tanto el acusado como el defensor interpusieron el recurso de alzada, que al ser desatado por el Tribunal Superior de Pereira le impartió confirmación con las siguientes modificaciones: redujo la pena de multa a la suma de quince mil pesos ($15.000.oo), fijando las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, y la suspensión de la patria potestad en un período igual al de la pena privativa de la libertad.

2. La representante de los intereses del Banco del Estado en memorial fechado el 23 de noviembre de 1994 interpuso el recurso de casación, el cual le fue negado por el Tribunal mediante auto del día 25 del mismo mes y año con base en las siguientes apreciaciones:

a. El proceso se adelantó en forma abreviada por petición que hiciera el procesado de sentencia anticipada, la cual no es oponible a la parte civil por mandato del inciso segundo, ordinal 4°. del Artículo 37B del Código de Procedimiento Penal.

b. La parte civil de no haber estado de acuerdo con la condena en perjuicios, estaba legitimada para apelar el fallo en relación a esa pretensión, lo cual no hizo. En esas condiciones, carece de interés jurídico para recurrir en Casación.

c. "En la audiencia de sustentación se limitó a manifestar que se oponía a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, y rebaja de penal al señor Morales Osorio."

Al interponer el recurso de reposición en contra de la anterior determinación, solicita que de no ser atendida su petición se expida copia de la providencia y demás piezas procesales pertinentes con destino a la Corte Suprema de Justicia, expresando lo siguiente:

> "Considero que la parte civil si está legitimada para recurrir en casación por cuanto ha venido actuando como sujeto procesal. No obstante no haberse impugnado la sentencia de primera instancia, conforme lo dispone el mismo inciso segundo ordinal cuarto del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, considero que la parte civil si está legitimada para apelar en relación con la pretensión puesto que se deduce de su actuación procesal (al estarse ejerciendo la acción civil dentro del proceso penal) implícitamente se está acogiendo a la condena que se ha hecho en perjuicios por tanto existe interés jurídico para recurrir en casación."

Recibidas las respectivas copias en la Secretaria de la Sala y vencido el término previsto en el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, la recurrente guardó silencio, tal como se evidencia del informe secretarial fechado el 20 de enero del presente año.

Consideraciones de la Corte

Expresamente el inciso segundo del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal le impone como carga procesal al impugnante del recurso de hecho, que dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias en la Secretaría lo sustente esto es, que claramente exponga los motivos de su inconformidad y los fundamentos jurídicos que los soportan, pues de lo contrario tendrá que se desechado.

La recurrente en el escrito de impugnación, solamente manifiesta que se considera legitimada para recurrir en casación, en razón a que ha venido actuando como sujeto procesal. En esta sede, como se señaló, ningún argumento expuso para fundamentar el recurso que ahora ocupa la atención de la Sala, lo cual constituye motivo suficiente para predicar su desestimación.

Además, como lo ha sostenido la Corte, no basta ser sujeto procesal para recurrir en casación, ya que la legitimación da el agravio sufrido con las

determinaciones del fallo; en esas condiciones, la manifestación inicial de la impugnante no sirve como fundamento, sustento, del recurso impetrado.

De otra parte agréguese, si lo que pretendía era atacar en casación lo relativo al monto de la indemnización de los perjuicios, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, y por remisión, a los artículos 366 y 370 del Código de Procedimiento Civil, debió señalar y demostrar que efectivamente su pretensión alcanzaba a la suma prevista en las mentadas disposiciones.

Ante el incumplimiento de los mencionados deberes procesales por quien interpuso el recurso de hecho, ninguna otra alternativa tiene la Sala que darle aplicación a lo señalado en el inciso segundo del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, lo cual así se determinará.

En consecuencia, La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelve

DESECHAR el recurso de hecho interpuesto por la representante de los intereses de la parte Civil, en contra del interlocutorio del 14 de diciembre de 1994 del Tribunal Superior de Pereira donde se abstuvo de reponer el suyo del 25 de noviembre del mismo año, negándole el recurso de casación en el proceso seguido en contra de OSCAR FABIO MORALES OSORIO.

Cópiese, devuélvase y cúmplase

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SENTENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Solamente la Corte esta facultada para modificar la pena impuesta en la sentencia de segundo grado, al momento de dictar el fallo que ponga fin al recurso de casación, siempre que prospere la correspondiente demanda. Mientras tanto, la dictada por el Tribunal conserva su valor, pues se presume su legalidad y acierto.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C., enero treinta y uno de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 009

Vistos

El procesado JOSE ANGEL APARICIO GOMEZ, quien se halla detenido en el Centro de Reclusión de la Policía Nacional en Facatativá, impugnó en reposición la providencia de fecha 15 de diciembre último, mediante la cual la Sala le negó el beneficio de libertad provisional.

Al recurso se le dio el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

Dice el procesado APARICIO GOMEZ que su inconformidad con la decisión de esta Sala ''estriba inexorablemente, en que... únicamente hizo

referencia a 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, pero en ningún momento dilucidó lo referente a que la condena carece de ejecutoriedad y firmeza por haber sido recurrida en sede de Casación y la demanda haber recibido aceptación formal por parte de la Corporación, y por ende puede sufrir dicha sentencia reformas sustanciales al ser desatado el recurso interpuesto, por lo que invoco el principio de favorabilidad y el beneficio de la duda y habida la calificación que se le pueda dar a los delitos imputados no superarían a los 24 meses de sanción penal, como me permití explicar en el acápite anterior."

Entonces, al realizar el procesado su propia tasación de la pena que según él le pudiese corresponder, considera que las dos terceras partes de la pena sanción dieciséis (16) meses los que ha satisfecho en detención efectiva y rebajas por trabajo, además que en la demanda se solicitó la nulidad del proceso por varias irregularidades que en esta oportunidad vuelve a consignar.

Equivocados resultan los planteamientos del recurrente, pues al invocar el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 cuyo texto transcribe, hace sus propios cálculos para afirmar que ha cumplido la sanción que le pueda corresponder por su conducta. Olvida que si bien es cierto el proceso se halla en trámite del recurso extraordinario de casación, los juzgadores de instancia dictaron sus respectivos fallos y que en este caso, la sanción ya fue tasada, precisamente con fundamento en la calificación que se le dio a su conducta y el grado de responsabilidad penal.

Solamente la Corte está facultada para modificar la pena impuesta en la sentencia de segundo grado, al momento de dictar el fallo que ponga fin al recurso de casación, siempre que prospera la correspondiente demanda. Mientras tanto, la dictada por el Tribunal conserva su valor, pues se presume su legalidad y acierto.

Entonces, no ha existido ningún error por parte de esta Sala al realizar los cómputos correspondientes sobre la base de que APARICIO GOMEZ se halla condenado a la pena de treinta y seis (36) meses y quince días de prisión como autor responsable de los delitos de extorsión en conato y falsedad en documento público agravado por el uso. Por lo tanto, el recurso interpuesto se torna impertinente, ya que para el 15 de diciembre último acumulaba tan

solo 14 meses y 26 días, o sea, no cumplía el requisito cuantitativo de la pena que exige el artículo 72 del Código Penal, que para el caso concreto equivale a veinticuatro (24) meses y diez (10) días de prisión.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

1. NO REPONER su proveído de fecha 15 de diciembre último mediante el cual SE NEGO al procesado JOSE ANGEL APARICIO GOMEZ el beneficio de libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO

El artículo1 103 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal, señala como causal de impedimento, el hecho de "que el funcionario haya dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado dentro del proceso o sea cónyuge o compañero permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar."

Las causales de impedimento son taxativas en la ley, y, por ende, no admiten interpretaciones extensivas ni analógicas, pues de aceptarse planteamiento contrario, se permitiría su aplicación a situaciones que se salen de su contenido.

La manifestación de impedimento se hace frente a determinada situación, valorada y sopesada con la prudencia que el caso amerita, pero siempre teniendo en cuenta las causales previamente definidas por el legislador.

Resulta errado pensar que solamente se puede manifestar el impedimento una vez se ha adoptado decisión de manera formal por la Sala respectiva, pues no se debe confundir la discrepancia surgida en relación con el caso sometido a estudio, -evento en el cual ameritaría salvamento de voto-, con la manifestación de encontrarse en presencia de una causal de impedimento.

En este último evento el funcionario debe manifestar su impedimento "tan pronto como se advierta su existencia o, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes" (artículo 104 del Código de Procedimiento Penal), sin que para ese, efecto sea necesario que exista tan siquiera una ponencia registrada. Es claro el error en que incurren los magistrados que rechazaron el impedimento manifestado por su compañero de Sala, cuando pretenden que su manifestación solo precedía después de que se adoptara una

"decisión formal", toda vez que ésta no puede tomerse mientras no se resuelva el impedimento y se integre en definitiva la Sala de Decisión competente para resolver.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado acta No. 10

Se pronuncia la Sala acerca del impedimento manifestado por el doctor Guillermo León Bravo Cárdenas, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el proceso que por Homicidio se adelanta contra FREDY GENTIL OJEDA CORDOBA, impedimento que surgió a raíz de la colisión negativa de competencias trabada entre el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Patía-El Bordo.

Antecedentes

1.-El procesado FREDY GENTIL OJEDA CORDOBA fue condenado por el Juzgado Superior de Patía (El Bordo-Cauca), a la pena principal de 16 años de prisión.

2.-Ante la revocatoria del beneficio de la libertad condicional de que venía disfrutando (Fls. 728 y ss.), el defensor del sentenciado impetró la revocatoria de la decisión anterior (Fl. 781), que a su vez le fue negada en auto de fecha junio 14 de 1994, emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Patía (El Bordo-Cauca). (Fls. 785 ss)

3.-Recurrida en apelación la anterior determinación, correspondió conocer en segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, corporación ésta que, mediante decisión de fecha 18 de agosto de 1994 declaró la nulidad de lo actuado a partir e inclusive del auto de fecha junio 14 de 1994, y en su lugar dispuso la remisión del diligenciamiento al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán por competencia. (Fls. 821 ss.)

4.-En esa oportunidad el doctor GUILLERMO LEON BRAVO CABEZAS, Magistrado integrante de la Sala Sexta de Decisión Penal, se apartó del criterio mayoritario y salvó su voto. (Fls. 832 ss.)

5.-En cumplimiento de la determinación anterior, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Patía (El Bordo-Cauca), dispuso la remisión del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán (Fls. 844 ss.), cuya titular, en auto de octubre 5 de 1994, se abstuvo de avocar el conocimiento declarando que el competente es el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Patía, a quien le propone colisión negativa de competencias. (Fls. 847 ss.)

6.-El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Patía, mediante proveído de fecha octubre 20 de 1994, acepta la colisión de competencias planteada, y en consecuencia, en aplicación del artículo 70-5 del Código de Procedimiento Penal, dispone la remisión del expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán para que se adopte decisión sobre el particular. (Fls. 856 ss).

7.-El Magistrado de la Sala Penal de esa Corporación, doctor GUILLERMO LEON BRAVO CABEZAS, mediante escrito de Noviembre 22 de 1994, con apoyo en el ordinal 6 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, manifestó su impedimento para conocer y avocar el estudio del proyecto presentado, por haber expuesto su criterio sobre la competencia transitoria de los jueces ordinarios, y más exactamente, por "haber participado con criterio divergente de la decisión de 18 de agosto de 1994, que declaró la nulidad de lo actuado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito del Patía, en asunto relacionado con un trámite de ejecución punitiva", lo cual le "impide ejercer competencia funcional para resolver sobre lo que es objeto de la remisión (colisión), como respecto de la decisión de abstención proyectada." (Fls. 867 ss.)

8.-La Sala Dual de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por auto de diciembre 16 de 1994, no aceptó lo manifestado por el doctor Bravo Cabezas, al considerarlo improcedente por declararse impedido en frente de un proyecto, no de "una verdadera providencia de aquellas que ya han nacido a la vida jurídica, una vez se cumplen todos y cada uno de los requisitos formales exigidos por el legislador." Además, que "tratándose de un momento procesal cuando ya se definió la responsabilidad del condenado, pero en especial la competencia por un criterio mayoritario por

él no compartido, también estima la Sala, no existiría aquel preconcepto u opinión, que indica la causal 4a. del artículo 15 de la Ley 81 de 1993 que modificó el 103 del Código de Procedimiento Penal.-" y, en su lugar, ordenó la remisión del expediente a ésta Corporación para decidir el asunto. (Fls. 873 ss).

Se considera:

El artículo 103 numeral 6 del Código de Procedimiento Penal, señala como causal de impedimento, el hecho de "que el funcionario haya dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado dentro del proceso o sea cónyuge o compañero permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar."

Ninguna de las circunstancias señaladas en la norma, se presenta en el caso sometido a consideración de la Sala. En efecto, ésta Corporación de manera reiterada ha sostenido que las causales de impedimento son taxativas en la ley, y, por ende, no admiten interpretaciones extensivas ni analógicas, pues, de aceptarse planteamiento contrario, se permitiría su aplicación a situaciones que se salen de su contenido.

Para precisar el alcance de la norma invocada, (artículo 113-6 del Código de Procedimiento Penal), la Sala manifestó:

> "No hay duda que la causal en la cual se apoya el impedimento ha sido interpretada con desbordamiento claro de su preceptiva. En efecto, las varias hipótesis allí consignadas están referidas en forma exclusiva para el Juez de segunda instancia y en relación con actuaciones suyas como juez a quo, funcionario o auxiliar de la justicia en dicho proceso, o tenga nexos de parentesco consanguíneo, afín o civil en los grados allí señalados; jamás se refiere, por supuesto, a actuaciones suyas precedentes como juez de segunda instancia porque se llegaría a un verdadero caos en la tramitación judicial de los procesos. "(M.P., Dídimo Páez Velandia. Septiembre 28 de 1992).

En este orden de ideas, al tratarse en el presente evento simplemente el cumplimiento de su función como Juez de Segunda Instancia, el Doctor GUILLERMO LEON BRAVO CABEZAS no se encuentra impedido para pronunciarse sobre la colisión de competencias planteada, y así se declarará por la Sala.

Cabe aclarar, que la manifestación de impedimento se hace frente a determinada situación, valorada y sopesada con la prudencia que el caso amerita, pero siempre teniendo en cuenta las causales previamente definidas por el legislador.

Por ello, resulta errado pensar, como lo hace la Sala Dual del Tribunal Superior de Popayán, que solamente se puede manifestar el impedimento una vez se ha adoptado decisión de manera formal por la Sala respectiva, pues no se debe confundir la discrepancia surgida en relación con el caso sometido a estudio,- evento en el cual ameritaría salvamento de voto-, con la manifestación de encontrarse en presencia de una causal de impedimento.

En este último evento, obvio es decirlo, el funcionario debe manifestar su impedimento "tan pronto como se advierta su existencia o, a más tardar, dentro de los cinco días siguientes") artículo 104 del Código de Procedimiento Penal), sin que para este efecto sea necesario que exista tan siquiera una ponencia registrada. Es claro el error en que incurren los magistrados que rechazaron el impedimento manifestado por su compañero de Sala, cuando pretenden que su manifestación solo procedía después de que se adoptara una "decisión formal", toda vez que ésta no puede tomarse mientras no se resuelva el impedimento y se integre en definitiva la Sala de Decisión competente para resolver.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

NO ACEPTAR el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Guillermo León Bravo Cabezas para conocer de este asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Establece el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, que el cambio de radicación procede cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación, se presenten circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento y la seguridad del sindicado o su integridad personal.

La petición, entonces, ha de fundarse en cualquiera de las anteriores circunstancias, debidamente probadas, lo cual significa que los elementos de juicio aportados para tal efecto, deben demostrar fehacientemente que el procesado se encuentra ante una real situación de estas, y no ante una mera expectativa que surge de apreciaciones subjetivas.

Por su parte, la precisa causal que aduce el procesado, (parcialidad del juez) es pertinente cuando en aras de asegurar una correcta administración de justicia y la imparcialidad de los jueces, aparezcan circunstancias que puedan afectar el criterio de los funcionarios que administran justicia, de tal manera que incidan en el desconocimiento de los derechos y garantías de las partes que intervienen en el proceso.

Surge entonces necesario distinguir entre aquellos factores sociales, como amenazas de muerte contra el funcionario que esta investigando o se dispone a fallar el proceso, de las personales diferencias que surjan entre los sujetos procesales y los juzgadores, comoquiera que tal circunstancia viene a configurarse en causal de impedimento y recusación conforme a lo consagrado en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Carlos E Mejía Escobar*
Aprobado Acta No. 10 (1 - 02 - 95)

Vistos:

El Juzgado Primero Penal del Circuito de El Espinal Tolima, ha enviado a la Corte la solicitud elevada por el procesado JAIME FELIPE LOZANO REVÉIS, relacionada con el cambio de radicación a este Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, del proceso que por los delitos de hurto, falsedad y estafa se le adelanta en el citado Despacho Judicial.

Fundamentos de la petición

Sostiene en su petición el procesado, que existen circunstancias que afectan la imparcialidad de la Juez Titular del Despacho y el debido proceso según los siguientes aspectos:

Que dentro del proceso en referencia estuvo conociendo la Juez 2o. Penal del Circuito de esa ciudad, quien se declaró impedida "al advertir su propia parcialidad, abusos y atropellos" de las garantías procesales y el debido proceso, cometidos en su contra, que la avocaban a ser investigada por prevaricato.

También, que es de público conocimiento que esta funcionaria vive en permanente camaradería con la Juez que ahora conoce del proceso, y cuyas confidencias han hecho despertar un sentimiento de odio al punto que, por parte de ésta, se le ha dado un trato beligerante y descomedido, cuando el Juez, conforme al principio de inmediación debe escuchar al sindicado a quien debe tratar con respeto.

En cuanto al aspecto objetivo, la señora Juez Primera Penal del Circuito "dolosamente" y no por ignorancia o error, ha aplicado paralelamente dos procedimientos durante el juicio que son excluyentes entre sí y, agrega, cuando es para perjudicarlo, utiliza el que resulte contrario a sus intereses, dependiendo de la naturaleza jurídica de la petición que se le haga.

Por lo anterior, su defensor se mantiene confundido, pese a que se le ha solicitado haga claridad en el punto, pronunciándose en forma incoherente mediante autos de cúmplase y en tal sentido ha impedido la oportunidad de impugnar tales decisiones.

Bajo los anteriores parámetros, considera el peticionario que se ha violado el debido proceso a consecuencia de la influencia que sobre la titular

del Despacho que conoce del asunto, ha ejercido su homóloga, la Juez Segunda Penal del Circuito.

Solicita por todo lo anterior, el traslado del asunto para el Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, para que un Juez Penal del Circuito continúe con su tramitación.

Consideraciones de la Sala

La solicitud impetrada por el procesado JAIME FELIPE LOZANO REVEIZ no puede prosperar, de acuerdo a las razones que se pasan a exponer.

Establece el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, que el cambio de radicación procede cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación, se presenten circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento y la seguridad del sindicado o su integridad personal.

La petición, entonces, ha de fundarse en cualquiera de las anteriores circunstancias, debidamente probadas, lo cual significa que los elementos de juicio aportados para tal efecto, deben demostrar fehacientemente que el procesado se encuentra ante una real situación de estas, y no ante mera expectativa que surge de apreciaciones subjetivas.

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, no obra prueba alguna que permita inferir la existencia de circunstancias que afecten la imparcialidad de la Señora Juez Primera Penal del Circuito de El Espinal, pues el hecho de que frecuente a su homóloga, la Juez Segunda Penal, quien a la postre se declaró impedida para conocer del asunto, no es prueba que demuestre la configuración de dicha causal, como tampoco la supuestas decisiones contrarias a las que alude el peticionario, por parte de la citada Doctora.

Por su parte, la precisa causal que aduce el procesado, es pertinente cuando en aras de asegurar una correcta administración de justicia y la imparcialidad de los jueces, aparezcan circunstancias que puedan afectar el criterio de los funcionarios que administran justicia, de tal manera que incidan en el desconocimiento de los derechos y garantías de las partes que intervienen en el proceso.

Surge entonces necesario distinguir entre aquellos factores sociales, como amenazas de muerte contra el funcionario que está investigando o se dispone a fallar el proceso, de las personales diferencias que surjan entre los sujetos procesales y los juzgadores, comoquiera que tal circunstancia viene a configurarse en causal de impedimento y recusación conforme a lo consagrado en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Tampoco resultan atendibles los argumentos del procesado LOZANO REVÉIZ en cuanto a que se ha desconocido el debido proceso, pues la explicación que da de los hechos, y eso salta a la vista, surge de situaciones que carecen de la connotación necesaria para atender a lo solicitado, y antes por el contrario se convierten en un obstáculo para seguir adelante con los trámites ordinarios de la actuación.

Así, como ninguna de las causales señaladas en el Estatuto Penal se evidencia en este asunto, se hace imposible admitir las razones aducidas por el peticionario tendientes a variar la competencia territorial del proceso.

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

Resuelve:

NEGAR el cambio de radicación solicitada.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase al Juzgado de Origen.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, (No firmó), Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, (No firmó), Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

LEGITIMA DEFENSA / DEMANDA DE CASACION

Al alegarse en el primer cargo falta de aplicación del artículo 29-4 del Código Penal, se esta reclamando el reconocimiento de la legítima defensa, lo cual supone aceptar la comisión voluntaria de la conducta típica aunque en las circunstancias tales que la justifican. En tanto que al invocar en el segundo cargo falta de aplicación del artículo 40'4 del mismo estatuto, se esta reclamando el reconocimiento de un error sobre la antijuridicidad de la conducta, circunstancia que eximiría de culpabilidad al agente.

La contradicción radica en que la fundamentación del primer cargo parte de la base de que la causal de justificación (legítima defensa) tuvo real existencia, mientras que la del segundo implica que dicha justificante no existió en realidad, pero el agente obró bajo el error de que sí había tenido ocurrencia y por virtud de ella se encontraba autorizado para cometer la conducta típica.

La casación es un recurso extraordinario cuyas exigencias técnicas se originan en su naturaleza especial y en los principios que lo orientan, tales como el de taxatividad, el de prioridad y el de limitación. Este último, si bien ha venido siendo atenuado por la legislación en el sentido de que es mayor la cobertura actual de la casación oficiosa (art. 228 C.P.P), no ha sido objeto de dicha amplitud en lo que toca con la prohibición que tiene la Corte para suplir las deficiencias y omisiones argumentativas o para determimar, entre dos causales excluyentes, aquella que procedería eventualmente.

Si la impugnación extraordinaria está conforme a dicha regla general, sujeta al principio dispositivo en cuanto a las causales y a su extensión, no resulta posible para la Sala escoger entre los dos cargos incompatibles uno, en detrimento del otro.

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

Magistrado Ponente; *Dr. Carlos Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 08 (26 - 01 - 95)

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JORGE ERNESTO LEAL MARTINEZ, contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el seis de mayo de 1993, mediante la cual condenó a éste a la pena principal de diez (10) años de prisión al hallarlo responsable del homicidio cometido en la persona de Raúl Cardozo Parra, y lo absolvió por el delito de porte ilegal de armas.

El Tribunal concedió el recurso por auto de nueve de Junio de mil novecientos noventa y tres, en tanto que esta corporación declaró la correspondiente demanda como ajustada a las formalidades legales, mediante proveído de siete de octubre del mismo año.

Hechos

Los resumió la Procuraduría así:

"El veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y uno en horas de la madrugada, en el barrio Sicomoro del Municipio de Melgar, JORGE ERNESTO LEAL MARTINEZ disparó con una escopeta al señor Raúl Cardozo Prada, a consecuencia de lo cual falleció posteriormente en las instalaciones del Hospital San Rafael de Girardot.

"Los hechos se originaron cuando Carolina Cardozo, hermana del hoy occiso, puso en conocimiento de éste y sus familiares, las amenazas que con palabras soeces y con una escopeta le había hecho JORGE ERNESTO, quien le salió al camino momentos en que ésta se dirigía a su casa".

Actuación procesal

El colaborador Fiscal la sintetizó en los siguientes términos:

"Las primeras diligencias fueron adelantadas por el Juzgado Treinta y Dos de Instrucción Criminal del Tolima, quien declaró abierta la

investigación por auto de diciembre veintiséis de mil novecientos noventa y uno.

"El sindicado LEAL MARTINEZ fue escuchado en diligencia de injurada, luego de lo cual se le resolvió su situación jurídica por auto del treinta y uno de diciembre del año en mención con medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de tentativa de homicidio.

"Dentro de las numerosas diligencias que se practicaron con posterioridad, se encuentra el acta de levantamiento del cadáver de Raúl Cardozo Prada, practicado en el Hospital de San Rafael.

"La investigación se declaró cerrada por auto del veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y dos y el mérito del sumario se calificó en proveído del quince de abril del mismo año con resolución acusatoria en contra de JORGE ERNESTO LEAL MARTINEZ como autor y responsable del delito de homicidio en Raúl Cardozo Prada, en concurso material con el punible de porte ilegal de armas de defensa personal.

"Las diligencias pasan al conocimiento del Juzgado Primero Superior de Espinal (Tolima), donde agotado el término para solicitar pruebas ordena la práctica de algunas, para lo cual comisionó al Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal de Melgar.

"No obstante, con la entrada en vigencia del nuevo Estatuto Procesal Penal, la Unidad Seccional de Fiscalía de esa localidad avoca el conocimiento del proceso por auto de julio primero de mil novecientos noventa y dos.

"Con posterioridad a la práctica de algunas pruebas, llegan las diligencias al Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar, el cuál por auto de septiembre veintitrés dispuso la práctica de audiencia especial en la que, una vez celebrada, no llegó a ningún acuerdo, lo que motivó que el proceso pasara a manos del Juzgado Segundo Penal del Circuito del Municipio en mención.

"Luego de múltiples contingencias el Juzgado de conocimiento celebró en debida forma la diligencia de audiencia pública, al cabo de la cual dictó el fallo de primer grado con los resultados ya conocidos.

"Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Ibagué revocó el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver al procesado por el delito de porte ilegal de armas, modificó la pena impuesta a la de diez (10) años de prisión y confirmó en todo lo demás el fallo impugnado, en sentencia que ahora es motivo de este recurso extraordinario".

La demanda

Tres cargos formula el censor, todos ellos al amparo de la causal primera, los dos primeros como principales y el último como subsidiario.

Primer cargo: Se acusa la sentencia como violatoria en forma directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 29, numeral 4o. del Código Penal, en razón de que no se le reconoció a su defendido la legítima defensa, pese a que las pruebas señalan que éste se vio precisado a hacer el disparo mortal por la necesidad de defender su casa de habitación y la integridad de las personas que en ella se encontraban, frente a la agresión violenta que contra ellos ejercían los familiares del occiso.

Para demostrarlo señala, en primer lugar, que Carolina Cardozo Prada, hermana de la víctima, fue quien desató la ira de sus parientes al comentarles el día de los hechos que antes de su llegada a la casa había sido víctima de insultos y amenazas de parte del precesado quien cargó una escopeta en su presencia. Y aunque la veracidad de esa manifestación nunca se demostró, lo cierto fue que los miembros de la familia Cardozo se dirigieron en conjunto hacia la casa del procesado procediendo a lanzar contra ella palos y piedras, al tiempo que proferían palabras en tono pugnaz y belicoso, lo que hizo que éste reaccionara haciendo el disparo con el resultado conocido.

En segundo lugar, expresa que su defendido aceptó ante las autoridades haber realizado el disparo letal pero sin dirección precisa y como medio desesperado de defensa dadas las circunstancias antes comentadas, lo que corrobora con la apreciación hecha por la parte civil, según la cual "....el procesado sencillamente disparó como un energúmeno, sin controles volitivos y sin frenos morales de ninguna naturaleza..".

Y finalmente, señala que se encuentra probado por los testimonios de Mery Polanía Oyuela, Luciano Alberto Saravia Betancourt y Javier Sanabria

Ortegón, que antes del disparo sí hubo insultos y que al haber acudido a las vías de hecho, los miembros de la familia Cardozo Prada violaron el artículo 183 del Código Penal.

Segundo cargo. Se acusa la sentencia del Tribunal como violatoria en forma directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 40, numeral 4o., del Código Penal, teniendo en cuenta que de las explicaciones dadas por el procesado, así como de las demás pruebas allegadas, se deduce que éste jamás creyó que al defender su casa y su familia de la agresión violenta proveniente de los Cardozo Prada el día de los hechos, estuviera violando la ley penal y cometiendo un delito contra la vida e integridad personal.

Para demostrarlo refiere nuevamente que según lo acredita la abundante prueba testimonial, la familia Cardozo Prada estaba agrediendo en forma violenta a la familia Leal Martínez que se encontraba refugiada en su casa y dado que cada vez la agresión se hacía más grave, su defendido hizo el disparo fatal desde dentro de su casa y hacia afuera, aceptando haberlo hecho por considerar que era su deber defender su casa y su familia, razón por la cual no creyó estar cometiendo delito alguno.

Tercer cargo. De manera subsidiaria, se acusa la sentencia del tribunal como violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 30 del Código Penal, en razón de que pudo existir exceso en la legítima defensa por parte de su defendido, toda vez que según lo demuestran las pruebas recaudadas, la agresión de los Cardozo Prada a los Leal Martínez se produjo con palos y piedras, en tanto que el procesado reaccionó en defensa de su casa y su familia disparando una escopeta, medio que podría considerarse desproporcionado, dándose así el exceso en la causal de justificación que inexplicablemente dejó de aplicarse en el presente caso.

Concepto de la Delegada y Consideraciones de la Sala

Los dos primeros cargos fueron propuestos con carácter de principales y el tercero como subsidiario, con el evidente propósito de no contrariar la técnica del recurso extraordinario. Sin embargo, como acertadamente lo señala la delegada, dicha prevención del demandante no es suficiente para lograr su cometido, toda vez que los dos cargos principales no podían formularse simultáneamente con ese carácter debido a que sus respectivas fundamentaciones se excluyen entre sí.

En efecto, al alegarse en el primer cargo falta de aplicación del artículo 29 - 4 del Código penal, se está reclamando el reconocimiento de la legítima defensa, lo cual supone aceptar la comisión voluntaria de la conducta típica aunque en circunstancias tales que la justifican. En tanto que al invocar en el segundo cargo falta de aplicación del artículo 40 - 4 del mismo estatuto, se está reclamando el reconocimiento de un error sobre la antijuridicidad de la conducta, circunstancia que eximiría de culpabilidad al agente.

La contradicción radica en que la fundamentación del primer cargo parte de la base de que la causal de justificación (legítima defensa) tuvo real existencia, mientras que la del segundo implica que dicha justificante no existió en realidad, pero el agente obró bajo el error de que sí había tenido ocurrencia y por virtud de ella se encontraba autorizado para cometer la conducta típica.

Evidenciada la anterior falta contra la técnica propia de este recurso extraordinario, la Corte se abstendrá de pronunciarse de fondo respecto de los dos primeros cargos formulados en la demanda, ambos como principales, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 225 del C. de P.P.

La exigencia de la norma no es gratuita. En efecto, casación es un recurso extraordinario cuyas exigencias técnicas se originan en su naturaleza especial y en los principios que lo orientan, tales como el de taxatividad, el de prioridad y el de limitación. Este último, si bien ha venido siendo atenuado por la legislación en el sentido de que es mayor la cobertura actual de la Casación oficiosa (art. 228 C.P.P.), no ha sido objeto de dicha amplitud en lo que toca con la prohibición que tiene la Corte para suplir las deficiencias y omisiones argumentativas o para determinar, entre dos causales excluyentes, aquella que procedería eventualmente.

Si la impugnación extraordinaria está, conforme a dicha regla general, sujeta al principio dispositivo en cuanto a las causales y a su extensión, no resulta posible para la Sala escoger entre los dos cargos incompatibles uno, en detrimento del otro.

Situación distinta se presenta frente al tercer cargo, que por haber sido formulado de manera subsidiaria sí merece ser estudiado en profundidad.

CARGO TERCERO. Aquí el demandante plantea la simple posibilidad de que su defendido se hubiera excedido en la defensa debido a la despropor-

ción de los medios empleados, en la medida que respondió con disparo de arma de fuego la agresión que se le hacía con palabras, palos y piedras, y sobre tal hipótesis pretende se tenga por configurado el yerro que le atribuye al Tribunal, consistente en no haber dado aplicación al artículo 30 del C.P..

Olvida el recurrente, sin embargo, que la sentencia contra la que dirige el ataque se encuentra fundamentada en un serio y completo análisis probatorio, que no logra desvirtuar, conforme al cual los hechos investigados sucedieron de manera tal que resulta claramente inadmisible la legítima defensa invocada, así se le dé el enfoque de excedida. Recuérdese que el a -quo llegó a la conclusión, avalada por el Tribunal, de que antes del disparo no existió agresión que hubiera requerido una defensa en las condiciones que actuó el inculpado, basándose en el siguiente razonamiento:

> "Si los Cardozo reaccionaron, lo hicieron a través de palabras, lógico que ofensivas, así como Nohemí le respondía o vociferaba, como también la misma Maritza y si bien es cierto los primeros optaron por tal comportamiento, no fue simplemente por las viejas discordias reinantes entre ellos, sino porque JORGE ERNESTO momentos antes había ofendido a CAROLINA, tal como ésta lo adujo y aún la había amedrantado cuando hiciera el disparo al aire, afirmaciones que no están huérfanas de comprobación, evoquemos el dicho de MERY DE POLANIA y MARIA CARLINA MOJICA GOMEZ, testigos excepcionales y citados por las partes, que en una forma desprevenida e imparcial informan lo que percibieron según el momento en que estuvieron atentas, sus versiones en conjunto o aunadas nos dan una orientación cómo ocurrieron los hechos, la primera narra el primer episodio (antes de los hechos en que resultara Raúl herido, como el momento mismo), la segunda observó lo acaecido luego de tal acontecer precisándonos las dos que no hubo lanzamiento de piedra ni botella antes que RAUL resaltara lesionado....".

Surge, entonces, como evidencia que si el ataque de los Cardozo a los Leal Martínez fue únicamente verbal hasta antes de producirse el disparo mortal, el procesado no tenía ningún motivo jurídicamente atendible para accionar su arma de fuego, pues aún en el caso de ser injuriosas las expresiones verbales lanzadas por los Cardozo, no era posible responder a esta perfilada agresión verbal mediante el empleo de una actividad tan calificada como lo fue accionar su arma de fuego. Ni la reparación ni contención del exceso verbal, que tenía cierta razón de ser por el comportamiento asumido por el

procesado para con Carolina Cardozo, podía adecuarse al medio de reacción empleado.

Entonces, lejos de obedecer a una legítima defensa, la conducta del procesado se exhibe como simple ánimo de causar una muerte y de imponer un modo de obrar ajeno a toda justificación, inclusive en su forma de excedida. La total proporción de las situaciones la hace plena, y su desequilibrio relativo, la lleva al terreno de la excusa; pero, cuando la respuesta está totalmente por fuera de este ámbito, como en el caso examinado, ya debe advertirse una integral responsabilidad.

Y siendo ello así, debe rechazarse el planteamiento de que trata este acápite, pues sería contrario a la lógica admitir la ocurrencia de un exceso respecto de lo que no ha existido.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, acogiendo el concepto del Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve

NO CASAR la sentencia impugnada de naturaleza, fecha y origen señaladas en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

LEGITIMA DEFENSA

"Para que (la defensa) sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió."

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente *Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. (26-01-95)

Vistos:

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta, el dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), profirió sentencia contra CARMEN ALIRIO TORRADO VILLAMIZAR como autor responsable del delito de HOMICIDIO perpetrado en David Fernández Solarte, CONDENANDOLO a la pena principal de DIEZ AÑOS DE PRISION, la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, en concreto. Contra la anterior determinación interpuso recurso de apelación el señor defensor del procesado y, al desatar la misma -fallo de veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y tre (1993)- el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, le impartió integral confirmación. Contra esta última decisión se incoó el recurso extraordinario de CASACION, el que se concedió por el auto de agosto veintisiete de la misma anulidad. Y surtido el resto del trámite

que consagra el artículo 224 del C. de P. Penal, se dispuso que el expediente fuera remitido a la CORTE. En esta sede, la correspondiente demanda se declaró ajustada a los requisitos exigidos por el artículo 225 ibídem y, obtenido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, es el momento procesal oportuno para la determinación de fondo. A ello se procede.

Hechos y actuación procesal

Los primeros acaecieron en el atardecer (entre las cinco y media y seis de la tarde) del sábado nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), en la avenida 2a., frente a la casa demarcada con el número 15 - 40 del barrio 'Comuneros' de la ciudad de Cúcuta, que fue precisamente cuando, en motocicleta, llegó a tal sitio CARMEN ALIRIO TORRADO, quien después de hacerle un llamado de atención a David Fernández Solarte, propietario de los billares del establecimiento allí ubicado, le disparó su arma de fuego, alcanzándolo con tres impactos de bala, los que le ocasionaron su muerte. La compañera del occiso, Alix María Conde Santiago, que allí también se encontraba, al presenciar lo señalado, arremetió contra el agresor, con un machete, causándole lesiones, dado lo cual huyó con el revólver en la mano, dejando abandonado el vehículo en que se había transportado. El cadáver de Fernández S. fue levantado por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, mientras que su agresor fue capturado en las instalaciones del Seguro Social en donde se había refugiado buscando alivio para sus heridas.

Y, sobre la 'ACTUACION PROCESAL', así la concreta la Delegada:

> " El anterior suceso fue base para iniciar la correspondiente investigación penal contra CARMEN ALIRIO TORRADO el once (11) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), por orden del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal. Vinculado legalmente al proceso, la situación jurídica del ciudadano TORRADO fue resuelta el 19 de mayo del mismo año con detención preventiva sin beneficio de excarcelación, a tiempo que igualmente indagada la señora Alix María Conde Santiago con proveído fechado el veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) el funcionario se abstuvo de aplicarle medida de aseguramiento -julio veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992)-.
>
> "Practicadas algunas pruebas donde sobresale la testimonial, la unidad especializada de Fiscalía -Primera de Vida- cerró la investigación, acto

contra el cual interpuso el procesado reposición a fin de que se diera curso a la posible terminación anticipada del proceso, auto que a la postre fue revocado el veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992). Levantada acta el treinta y uno (31) de agosto del mismo año, donde presuntamente se daba cumplimiento al artículo 37 del C. de P. Penal, el Ministerio Público solicitó la declaratoria de nulidad de dicha diligencia con fundamento en que aquella no había sido convocada en una única oportunidad por el juez y con los formalismos legales que la norma describe. Impróspera la petición, el representante de la sociedad apeló la decisión. Al desatar el recurso el Tribunal, consideró el acto como inexistente, por lo cual se inhibió respecto a la solicitud de nulidad -octubre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992)-. Realizada en debida forma la audiencia anticipada el trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), el Juzgado Décimo Penal del Circuito decidió el dieciocho (18) de noviembre no aprobar el acuerdo del Fiscal Delegado y el procesado ya que uno de los puntos era el de la rebaja de pena por confesión, improcedente porque el procesado había actuado en estado de flagrancia.

"Cerrada la investigación el primero de diciembre de la misma anulidad, se calificó el sumario con RESOLUCION ACUSATORIA en contra de CARMEN ALIRIO TORRADO VILLAMIZAR y preclusión de la investigación en favor de Alix María Conde Santiago -veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992). Con aunto de diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993) se ordenaron las pruebas por practicar en el nuevo ciclo procesal, las que evacuadas en gran parte dieron paso a la audiencia pública. Finalizada la audiencia el dos (2) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), se produjo el fallo de primer grado con los resultados conocidos. Desatada la apelación propuesta contra el primer pronunciamiento, se confirmó en su totalidad con sentencia que ahora es atacada por medio del recurso extraordinario de CASACION."

De la demanda

"... Invoco la infirmación de la sentencia de segunda instancia por incurrir en la violación de la ley sustancial por VIA INDIRECTA, concretamente,

por error de hecho, en falso juicio de identidad." Al distorsionarse 'la realidad fáctica y existente en el proceso', se conculcaron normas adjetivas como los artículos 247 y 254 del C. de P.P..

Según el demandante, si se observa la experticia médico- legal practicada a TORRADO V., se aprecia que su herida en uno de los dedos en la cara interna de la mano derecha (fl. 183, cuaderno original), no puede coincidir con lo argüído por la señora Alix María Conde, pues según ésta ' le dí en la mano como para tumbarle el revólver', y si ello fue así sería ilógico que recibiera la lesión descrita. De dónde se infiere que tal evento sucedió con anterioridad a los disparos; luego, cuando se sucedieron éstos, "mi asistido ya se encontraba lesionado".

En segundo lugar, el recurrente señala que hubo distorsión probatoria en la segunda instancia y en lo referente al análisis de las heridas recibidas, pues que se apartó de lo consignado en el acta de levantamiento, necropsia y aun más cuando transcribe apartes del profesor Nerio Rojas, en su obra de 'Medicina Legal', para referirse a los efectos de los disparos ocasionados a boca de jarro, donde coinciden de manera total con lo obrado en el proceso.

> "Según el autor referenciado a boca de jarro y quema ropa. A) El desgarro, B) Quemadura, C) Ahumamiento. Ahora veámos lo pertinente en la prueba pericial existente en el proceso.
>
> "LEVANTAMIENTO. Folio 4.
> "1o.- '...con quemonazo en su parte superior en el tercio inferior del tórax izquierdo; 2o.- '...cara interna tercio superior antebrazo izquierdo observamos unas lesiones lineales en número de 3 de + o - 1 cm. de long. y se observa alrededor un negro humo'; 6o.- '...occipital lado derecho tercio medio observamos un orificio ovalado de bordes regulares invertidos, en donde observamos en su interior resto de cabello y una coloración negro-humo'; 7o.- '...observamos un orificio de forma irregular bordes irregulares y en su profundidad se observa una coloración al parecer de restos de pólvora'.
>
> "De lo anterior cabe advertir que la doctora Martha Viviana Núñez, médico cirujano en su declaración (folio 81, copias) se ratifica y expresa: 'recuerdo que había una herida en la cabeza, recuerdo ésto con certeza que presentaba una coloración negro-humo, sobre la tabla ósea, sobre el hueso, lo cual lo comenté con mi auxiliar pero yo

macroscópicamente (subrayado mío) no puedo determinar si es pólvora o tatuaje, eso lo realiza el médico legista que es a la persona que le compete, yo simplemente describo lo que observo en esa herida, que le digo recuerdo bien, me acuerdo que levanté el cuero cabelludo (subrayado mío) y sobre el hueso se veía ese negro-humo, por lo cual se consignó que presentaba una coloración negro-humo en su profundidad, al parecer restos de pólvora, ésto es la número 7.'

"Con todo lo que comporta lo transcrito anteriormente se puede hacer un análisis comparativo con el único propósito de que las heridas determinadas al occiso, si reúnen las tres características traídas en comento por el Honorable Magistrado Ponente. En lo referente a la primera característica, A) desgarro, es propia de las heridas halladas en el hoy occiso, pese a que los funcionarios la denominan bordes irregulares, que en su esencia es lo mismo. B) quemadura, existe y así se constata en el numeral primero del acta de levantamiento. C) ahumaniento, lo hallamos en las tres heridas. De este breve análisis a los estigmas causados por proyectiles de armas de fuego a boca de jarro o corta distancia, es bueno señalar que dicho dictamen se basó por simple observación macroscópica, por lo cual se dejó de practicar el procedimiento científico, que es la prueba microscópica, con el propósito de buscar los residuos a que alude la doctora ya en cita pues es común y de pleno conocimiento en esta clase de procedimientos periciales, que la simple observación macroscópica genera errores de diagnóstico".

En tercer lugar, el censor se refiere a que se presentó distorsionamiento en la sentencia en cuanto que el Magistrado Ponente negó rotundamente que los hechos se hubieran realizado según lo afirma su representado TORRADO V. en su injurada, quien es corroborado por Aura Rosa García Villamizar y Wilson Becerra Segura, los que sí son fieles a lo acontecido a contrario modo de lo que ocurre con la esposa del occiso 'y demás mendaces testimonios, por los planteamientos anteriormente expuestos'.

De todo lo anterior concluye el impugnante que los disparos se produjeron cuando la víctima y victimario tuvieron el forcejeo que terminó en el piso por el apoderamiento del arma. "Disparos que posiblemente los pudo haber ocasionado el procesado, lo cual deja sin ningún asidero fáctico y lógico el argumento de la segunda instancia". Se dejó, pues, de aplicar una norma

sustancial, al no reconocerse una causal de justificación, la LEGITIMA DEFENSA.

La demanda finaliza señalando como normas sustanciales vulneradas el artículo 11 de la Constitución Nacional y el 29, numeral cuarto, del Código Penal y solicitando SE CASE la sentencia atacada, para en su lugar proferir el fallo 'que deba reemplazarle'.

Consideraciones de la Sala y del procurador tercero delegado en lo penal

1.- Primeramente, y de manera muy sencilla, se quiere señalar que la satisfacción que encuentra el impugnante en la diligencia de levantamiento del cadáver de David Fernández Solarte de los requisitos que el autor citado en la sentencia de segunda intancia trae para que pueda predicarse la ocurrencia de un disparo a boca de jarro, tiene por cometido sustentar lo que ha sido su tesis en el descurrir de todo el proceso, esto es, que las heridas que ocasionaron la muerte de Fernández F., lo fueron cuando éste luchaba con CARMEN ALIRIO TORRADO VILLAMIZAR, defendiéndose su representado del ataque del hoy occiso, luego de que su compañera lo había herido gravemente. Se pretende, pues, constituír los hachos propios a una legítima defensa que se busca la CORTE les reconozca ahora, ya que en sede de las instancias procesales les fue denegada.

La Sala, entonces, antes de entrar a tratar el tema referente a los disparos a corta distancia o a boca de jarro, entiende que debe realizar algunas precisiones, así:

Mientras la prueba que alude a que no hubo por parte de David Fernández Solarte, ni de su compañera ataque inicial alguno contra el hoy condenado, es abundante y, en lo sustancial, sólida y conteste y creíble como tal, los únicos dos testimonios que se asegura respaldan lo sostenido por el procesado, sometidos a la sana crítica tiene graves falencias, así: Aura Rosa Villamizar (fls. 481 a 484), al principio de su declaración informa que "ví que sonó algo como un coco, entonces yo voltié a mirar y cuando yo voltié a mirar ví que ALIRIO tenía la mano así (la declarante levanta la mano derecha), la señora Alix tenía un machete en la mano, yo me quedé mirando, entonces venía el señor David, ví cuando él levantó la mano así como un puño y entonces ALIRIO se cayó y en ese momento yo ví que ALIRIO se cayó y el

señor David empezó a sacar algo por ahí, la declarante señala la cintura, entonces ALIRIO se paró y le agarró las manos, él se le botó se le mandó y empezaron a forcejear así los dos y en ese momento salió un tiro y entonces ALIRIO le echó los brazos hacia atrás y ENTONCES SE FUERON AMBOS AL PISO Y SONARON LOS DOS TIROS." Y el remate de su testimonio es así: "Por todos los disparos en el momento en que estaban ellos, con los tiros que Alix le hizo a ALIRIO, fueron seis tiros que yo ví. El primero sucedió cuando el finado estaba sacando eso así, y ALIRIO, lo prensó de las manos y estaban ellos forcejeando así cuando sonó el primer tiro, después empezaron ellos a forcejear y ALIRIO lo abrazó a él y le echó los brazos sobre la nuca Y SONARON DOS TIROS, DESPUES YA ESTABAN ELLOS EN EL PISO y ví cuando la señora Alix cogió algo y era el revólver y le hizo tres tiros.".

Apréciese bien, entonces, que primeramente, asegura que dos de los tiros los recibió Fernández S., en el piso y, al final, afirma que fue después de que los recibió que los dos se fueron al piso. Contradicción esta en materia grave que, unida a las consideraciones que vendrán después, deja sin ningún mérito probatorio sus asertos.

Es bien extraño, que, mientras obra como un hecho cabalmente demostrado que CARMEN ALIRIO TORRADO VILLAMIZAR llegó al sitio en que le ocasionó la muerte a Fernández S. trasladándose en una motocicleta, en la que inclusive le dio una vuelta a la manzana antes de apersonarse en la propiedad de aquél, la VILLAMIZAR nada apreció sobre el particular, en lo que está de acuerdo con Wilsos Becerra Segura, su amigo, aquel que con ella constituyen la única prueba testimonial en favor del hoy condenado. Estos declarantes están por manera tal de acuerdo en todas las minucias de los puntos sustanciales de lo que servirá de defensa al procesado que no puede menos de pensarse en que fueron preparados para corroborar los asertos de éste. Pensamiento que fluye sin esfuerzos, diáfano y apabullante, cuando se analizan estos testimonios rendidos un año (1) después de los hechos. Bien curioso que sí es el testimonio de Becerra S., pues todo indica que no se atreve a manifestar qué fue lo que personalmente él apreció de los hechos aquí juzgados. Y por ello no es capaz de colocarse en primera persona ('ví'), sino siempre en compañía de Aura Rosa García Villamizar, "VIMOS" (si está con otro sí tiene arrestos para ver), como si él sólo no hubiere observado NADA.

Pero en esto de darle pleno crédito a los testigos de cargo contra TORRADO VILLAMIZAR y no a quienes buscan exonerarlo de cualquier responsabilidad el argumento definitivo está en que la García V. y Becerra, colocan al condenado recibiendo primero el ataque a machete de la compañera del occiso, Alix María Conde Santiago, y un golpe que lo aventó al suelo de Fernández Solarte, para ahí sí y cuando vio que éste se llevaba la mano a la cintura, lanzársele encima con el único fin de ejercitar su legítimo derecho de defensa, con tan mala suerte para el hoy occiso, que en la lucha se produjeron los disparos que le ocasionaron la muerte. Olvidan en su afán de defensa un hecho por manera tal trascendental que niega lo por ellos declarado. Según lo así aseverado los golpes de machete recibidos por TORRADO VILLAMIZAR lo hirieron tan GRAVEMENTE (él mismo asevera que "me rajó la cabeza la señora y yo le metí la mano y fue cuando me voló el dedo que me quedó colgando"), a lo que se agregó el bestial puñetazo de Fernández que lo lanzó al piso, que, en tales condiciones, es apenas obvio que mal podía luchar contra aquél y vencerlo. Absurdo desde luego, como también lo es la circunstancia de que, según estas versiones, Alix María Conde Santiago, a quien, precisamente, presentan como una fiera que, antes, lo había herido a machete, ahora se está quieta, con la mansedumbre de una paloma, mientras su compañero lucha a muerte y allí, efectivamente, recibe las lesiones que ocasionan su deceso. Ilógico todo punto de vista.

Finalmente, importa señalar que según la versión del condenado y sus acólitos, el arma la portaba David Fernández Solarte. Ello es obvio dentro de la presentación que ellos realizan del caso. Pero hé aquí que inexplicablemente (a no ser porque ciertamente quien tenía el revólver cuando los hechos era TORRADO VILLAMIZAR), la correspondiente chapuza aparece en poder de éste, quien la entrega a una hermana suya de él y ésta a su turno a la autoridad.

La prueba, pues de responsabilidad para CARMEN ALIRIO TORRADO VILLAMIZAR es contundente, sin que la misma pueda, en sana lógica, ser jamás derruída por las apreciaciones alrededor del criterio de un autor citado por el Tribunal, sobre los disparos a corta distancia o a boca de jarro.

2.- Recuérdese que el censor alude, prima facie, a que la herida recibida por su representado en uno de los dedos de la mano derecha, lo fue en su cara interna, según se puede apreciar al folio 183, donde obra una experticia

médico-legal. Pues bien, observado el documento, allí se lee entre otras cosas que, efectivamente, se presentó amputación de la falange distal y que para el momento de expedición del certificado ya había sido sometido a tratamiento quirúrgico al respecto ("reimplante de falange distal, osteosíntesis y tenorragia"); se refiere también allí la herida que en la región frontal y nasal recibiera el condenado y se fija "una incapacidad médico legal definitiva de treinta (30) días y como secuela le queda una deformidad física en la mano derecha", pero por parte alguna se determina que la herida en el multicitado dedo hubiera sido en su CARA INTERNA. Se aparta, pues, de la verdad en este sentido el censor, como así también lo constató y expresó el Ministro Público en su concepto ante la CORTE y quedan, entonces, sin ningún estribo sus conclusiones sobre que la señora Alix María Conde mintió cuando refirió que fue teniendo TORRADO aún el arma empuñada, luego de propinarle los disparos a su compañero, que ella reaccionó dándole los machetazos de que hablan los autos, pues que de ser ello así, la herida no ha podido ser interna. Lo que el proceso permite asegurar es que la señora sí obró como ella lo concreta y que el recurrente es cuando menos indelicado ya que coloca diciendo al expediente lo que no enseña.

3.- Se empieza por recordar que el censor echa de menos que no se hubiese practicado en orden a la determinación de la distancia a que fueron hechos los disparos las correspondientes pruebas 'microscópicas', pero lo extraordinario es que, habiendo sido él sujeto procesal, en el trámite del mismo, no hubiera solicitado la práctica de tal probanza. Se duele, pues, de que el procedimiento asumido no hubiera sido 'científico', "ya que la simple observación macroscópica genera errores de diagnóstico".

No entiende, entonces, la CORTE por qué si el mismo está predicando la tremenda probabilidad de error en los exámenes meramente 'macroscópicos', se vale exactamente de esta prueba para criticar las conclusiones a que arribó el Tribunal. Postura de esta jaez no tiene ninguna sindéresis y fatalmente debe llevar al fracaso de la pretensión.

Una apreciación elemental en estas materias es que la verificación de que se trata de heridas de contacto o a boca de jarro se realiza en el curso de la necropsia, la que permite observar los destrozos de los tejidos o de los órganos subyacentes con signos de ennegrecimiento y chamuscamiento. Que esto es así lo reconoció inclusive la médico Martha Bibiana Nuñez Ramírez, quien practicó el levantamiento del cadáver de Fernández. Sor-

prende, pues, que a pesar de estas precisiones de la galeno (quien en su declaración claramente expresa que "Yo en ningún momento entro a explorar la herida o a detallarla sino solamente a describirla, el sitio, la región, la forma, la medida; yo nunca digo si es un orificio de entrada o de salida, eso lo determina el médico legista, AL IGUAL QUE EN ESTE CASO LOS TATUAJES, por eso siempre se hace consignar en estos eventos, al parecer rastros de pólvora"), el censor tome lo indicado por ella en el acta de levantamiento como demostración cabal de que las heridas se produjeron por disparos hechos a boca de jarro.

Olvida increíblemente el censor que en la necropsia practicada por el Médico Patólogo Forense, Jefe, por parte alguna se dijo de desgarros, quemaduras, tatuajes, ahumamientos. En efecto, allí se lee:

"HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO
"1.1. Orificio de entrada que mide 1 X 1,2 cms. localizado sobre la región temporo-occipital derecha a 5 cms. por detrás de la línea media de la oreja derecha, a 11 cms. del vértice y 7 cms. de la línea media.

"1.2. Orificio de salida que mide 1.5 x 1.3 cms. sobre el lóbulo de la oreja izquierda a 15 cms. del vértice y 11 cms. de la línea media.

"1.3. Lesiones: fractura hueso occipital región derecha, meninges, lacera pedúnculos cerebrales, fractura peñasco izquierdo, meninges, piel y sale.

"1.4. Dirección: atrás-adelante, derecha izquierda, abajo-arriba.

"2.1. Orificio de entrada que mide 1.2 x 1.1 cms. sobre la región occipital a 8 cms. del vértice sobre la línea media.

"2.2. Orificio de salida que mide 1.4 x 1.3 cms. sobre el pómulo izquierdo a 1.5 cms. por la línea horizontal del lóbulo nasal izquierdo, a 18 cms. del vértice y 4.5 cms. de la línea media.

"2.3. Lesiones: fractura hueso occipital sobre la línea medi, meninges lóbulo occipital izquierdo, lóbulo temporal meninges, fractura silla turca, maxilar superior piel y sale.

"2.4. Dirección: atrás-adelante, derecha izquierda, abajo-arriba.

"3.1. Orificio de entrada de 1.2 x 1 cm. sobre el 8o. espacio intercostal izquierdo con línea clavicular media, a 12 cms. del vértice y 11 cms. de la línea media.

"3.2. Sin orificio de salida.

"3.3. Lesiones: piel, músculos intercostales, peritoneo, colon transverso, asas intestinales, peritoneo, músculos pélvicos, músculos glúteos derechos, se aloja en cuadrante inferointerno de glúteo derecho.

"3.4. Dirección: Izquierda-derecha, arriba-abajo, adelante-atrás." (Fls. 76 a 78).

4.- Así analiza la Delegada este aspecto de la demanda:

"... Pasando al segundo de los reproches formulados con auspicio también en el error de hecho fundamentado en la supuesta tergiversación o distorsión probatoria, es notorio que el memorialista no corrige su error, habida cuenta de que en el párrafo escasamente se detiene a recordar pasajes de la diligencia de levantamiento del cadavér y de la declaración que hizo la doctora Martha Bibiana Nuñez, para colcluír qué de tales piezas, contrario a lo sostenido por el Magistrado Ponente, sí se demuestra que los impactos reunían las características indicadoras de que se habían producido a boca de jarro. Por si fuera poco luego dirigió inexplicablemente su denuncia a que por ser prueba de simple observación macroscópica, con ello se dejó de practicar el procedimiento científico adecuado que era la prueba microscópica -la que nunca pidió; situación con la que sin dudarlo abordó un nuevo tema propio de tratamiento bajo la causal tercera, comoquiera que la no evacuación de una prueba determinante tiene su asiento demandable en la NULIDAD, debiendo no solo el actor mencionar el medio omitido sino también su capacidad frente a los demás elementos de convicción para hacer inevitable la variación del fallo cuestionado. Revela lo precedente que el censor se contentó con discrepar de las deducciones lógicas decantadas por el juzgador por medio de la valoración dada a los diversos elementos probatorios insertos al proceso. Olvidó por contera que con su postura - de ser admitida- sería menos que imposible la labor de juzgamiento. Así las cosas,fluye manifesto, cómo el libelista no pudo destacar error alguno sobre las pruebas mencionadas y por consiguiente permanecen en vigencia las deducciones del sentenciador, las cuales fueron producto de serio y motivado estudio del caudal probatorio donde le dio credibilidad a la versión de la esposa del desaparecido ciudadano y a quienes la respaldaban para llegar luego a la conclusión que jamás existió

forcejeo entre los protagonistas y que todo fue respuesta a una conducta premeditada y calculada del procesado, quien ultimó a quemarropa a la indefensa víctima al extremo que lo remató en el suelo.

"... es que ni siquiera los más conocedores de la materia se han puesto en armonía conceptual respecto a la distancia exacta en que de manera general un arma deja TATUAJE y de allí saber si las heridas fueron hechas a boca de jarro o a quemarropa, es ésto lo que obliga imprescindiblemente a los juzgadores a ampliar el horizonte probatorio para obtener convicción. Eso fue lo que ocurrió en este caso ... ."

Sobre este particular quiere la CORTE señalar que inclusive las expresiones a boca de jarro y a quemarropa, según conocido autor, no son en absoluto acertadas. Si la primera 'es mala', la segunda, "es pésima. En efecto, si con ella se desea expresar un disparo a corta distancia (como generalmente sucede), es preciso saber que en lesiones por armas de fuego no es posible hablar de corta, mediana o gran distancia, por cuanto éste es un factor librado al criterio de apreciación del que lo valora, siendo lo correcto y lo medido hablar del disparo hecho a tantos centímetros o metros de distancia. Decir simplemente 'disparo a quemarropa' no significa nada, ya que hemos visto, al hablar de tatuaje, que la quemadura, que es precisamente la lesión que ha dado pie a esta denominación, varía con las armas y., aún más, con las pólvoras utilizadas. ... .".

4.- La Delegada, indudablemente acierta cuando señala que la demanda no hace cosa distinta a oponer el personal criterio del impugnante al del sentenciador, sin lograr demostrar que el de éste, haya sido alcanzado, vulnerando las reglas de la sana crítica.

Y es bien interesante observar que el libelo en el fondo pretende que la CORTE reconozca una legítima defensa en el obrar de CARMEN ALIRIO TORRADO VILLAMIZAR. Pero como tinosamente lo anota la Delegada al censor "pasó por alto que tratándose de la legítima defensa no admitida por el juzgado en la sentencia le instaba dentro del recurso a que como había elegido el camino de la violanción INDIRECTA, debía entonces no solo demostrar los yerros endilgados al funcionario, sino además cómo en la forma adecuada de la interpretación probatoria, emergían cada uno de los elementos que integran la figura, esto es, la existencia de la agresión, su actualidad e inminencia contra derecho, la necesidad de la defensa por parte del agredido y su proporcionalidad con la agresión".

Pero no es solamente lo anterior sino que, cuando se trata de esta causal de justificación del hecho, desde tiempo atrás la CORTE ha sostenido que "para que (la defensa) sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió." (sents. 25 de julio de 1948, 28 de noviembre de 1950, etc.). Aquí no se trata de esas ligeras referencias que la desdibujan o cuestionan, sino de que la LEGITIMA DEFENSA NO APARECE POR PARTE ALGUNA, y el censor muy lejos que sí estuvo de lograr su demostración.

El tercer aspecto de la demanda no merece comentario aparte, pues el mismo queda destruído con lo ya considerado en el discurrir del presente proveído, ya que allí solo se trata de, dando por demostrados los primeros dos acápites del libelo, predicar que la muerte de Fernándes S. se ocasionó en el indemostrado forcejeo con el condenado, esto es en una inexistente legítima defensa.

Definitivamente, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA. -SALA DE CASACION-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L,. Secretario.

REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / COMPETENCIA

Esta Sala solo puede atender peticiones de esta naturaleza / redención de pena por trabajo), cuando deba pronunciarse sobre el beneficio de la libertad provisional, consagrado en el numeral 2o del artículo 55 de la ley 81 de 1993, o sea, para acreditar el requisito cuantitativo de la pena prevista por el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de la sanción impuesta.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Aprobada Acta No. 15

Santa Fe de Bogotá D.C., ocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Vistos

El procesado FERNANDO MAHECHA PERDOMO, quien se halla detenido en la Penitenciaría Nacional de Ibagué, Tolima, 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 Acta del Consejo de Disciplina.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado 2o. Penal del Circuito de Lérida, Tolima, mediante sentencia de fecha 23 de abril de 1993, condenó al peticionario a la pena privativa de la libertad de 144 meses de prisión, como cómplice del delito de homicidio, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué en fallo de

fecha 12 de agosto del mismo año, la que es ahora objeto del recurso de casación.

El procesado se halla detenido desde el 2 de marzo de 1992, es decir ha descontado efectivamente de la pena impuesta en las instancias, 35 meses y 5 días, tiempo que aún sumado a la rebaja de pena que le pueda corresponder por trabajo de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 82 de la ley 65 de 1993 no alcanzaría para acreditar el cumplimiento de las dos terceras partes de la sanción que equivalen a 96 meses.

Como reiteradamente lo ha puntualizado esta Sala solo puede atender peticiones de esta naturaleza, cuando deba pronunciarse sobre el beneficio de libertad provisional, consagrado en el numeral 2o. del artículo 55 de la ley 81 de 1993, o sea para acreditar el requisito cuantitativo de la pena previsto por el artículo 72 del Código de Penal o para el cumplimiento total de la sanción impuesta, lo cual no se da en el presente caso, razón por la cual se abstendrá de considerar la petición aludida.

Por lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL, SE ABSTIENE de reconocer la rendición de pena que por trabajo que reclama el procesadoFERNANDO MEHECHA PERDOMO.

Notifíquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

IN DUBIO PRO REO / INDICIO / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La Corte, ha verificado distingos, tratándose de la alegación en casación sobre el fenómeno de la duda, para determinar que, cuando el sentenciador acepta que el proceso la arroja y, empero ese reconocimiento, profiere fallo de condena, se manifiesta una vulneración directa de la ley sustancial, por contrario modo a lo que acaece cuando el impugnante es el que pretende demostrar que el proceso ciertamente la presenta, así ésta no haya sido admitida por los juzgadores, pues en tal evento, el ataque debe formularse por violación indirecta, esto es, mediante el análisis de la prueba, siendo imprescindible la demostración concreta de los errores (de hecho y/o de derecho) que llevaron a que se desconociera la duda razonable, y, así, a vulnerar el artículo 445 del C. de P.P. y aplicar indebidamente el precepto correspondiente por el cual se profirió condena.

Es verdad sabida que dos son los aspectos más salientes dentro de la construcción del inicio. El primero, constituido por el HECHO INDICADOR, que no ingresa al proceso, independientemente, libremente, sino que de manera fatal se vale de un medio de prueba. Lo cual comporta que, en tratándose de ésta primera fase, puede, ciertamente, presentarse un error de derecho, por falso juicio de legalidad, esto, es, porque haya un vicio en la aducción o incorporación de la prueba (clásicos e indiscutibles ejemplos, tortura para el logro de la declaración que establece el hecho indicador, o porque se resuelva en obligación de declarar la comparecencia de quien no estaba sometido al deber de testimoniar, arts. 33 C. Política y 283 del C. de P.P.); o porque sin estar ésta afectada de ninguna anomalía en su producción, empero se le repudia como tal.

Alegar el ERROR DE HECHO resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de

la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría hacer por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimiento y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

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

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

Aprobado Acta No. 135 (29 - 11 - 94)

Vistos:

Se define el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá) el quince de marzo de mil novecientos noventa y tres, mediante el cual se confirmó la sentencia a su turno proferida por el Juzgado Unico del Circuito de Belén de los Andaquíes el siete de diciembre de mil novecientos noventa y dos y que impuso a PABLO EMILIO CLAROS ARANDA la pena principal de diez (10) años de prisión como autor responsable del delito de 'homicidio'.

La impugnación fue admitida en proveído de abril veintiocho de mil novecientos noventa y tres y la demanda se declaró ajustada a los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del C. de P.P. el diecisiete de agosto del año inmediatamente anterior.

Hechos y antecedentes procesales

Sobre los primeros se tiene que, comenzando la mañana del tres de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, en el municipio de Belén de

los Andaquíes y en el establecimiento público de Blanca Lilia Pérez Vda. de Castañeda, tomándose unos "tragos", se encontraban Célfides Hoyos Espinosa, Martiniano Cubillos Molina y Libardo Paredes. Decidieron, por ahí de las tres a las cuatro del la madrugada, abandonar el lugar, dirigiéndose al parque principal. Y fue en ese recorrido en que se encontraron con PABLO EMILIO CLAROS ARANDA, quien venía acompañado de un desconocido. Estos invitaron entonces a Hoyos Espinosa a libar aguardiente, ofrecimiento que les fue aceptado, partiendo los tres y separándose así de sus compañeros de jarana. Instantes después y al cruzar la esquina, éstos escucharon tres detonaciones, velozmente corrieron al lugar de donde provenían, encontrando en el piso y sin vida al compañero que acaban de dejar. Cubillos Molina averiguó con la gente que allí se encontraba por dónde habían cogido los homicidas e informado de ello partió tras los mismos, alcanzando a CLAROS ARANDA, a quien le preguntó por lo acontecido, para hallar solo como respuesta la huída de éste, pero arrebatándole eso sí su carriel, en el que se encontraban sus documentos de identidad y otros de carácter comercial. Cubillos M., también accionó su revólver para intimidarlo en orden a que detuviera la veloz marcha y capturarlo, mas todo fue en vano.

Y, sobre la "actuación procesal" se tiene que, cumplidas las diligencias del levantamiento del cadáver de Célfides Hoyos Espinosa y formulada la correspondiente denuncia por la señora Mercedes Sánchez Castro, compañera del occiso, fue declarada abierta la investigación el cinco de febrero de mil novecientos ochenta y nueve por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Belén de los Andaquíes, disponiéndose allí la captura de PABLO EMILIO CLAROS ARANDA, la que se efectuó el dos de marzo de mil novecientos noventa y dos, en el municipio de Currillo (Caquetá) y cuando éste portaba documentos de identidad a nombre de Julio César Vergara Córdoba. Y fue el Juzgado Doce de Inscriminal, también de Belén de los Andoquíes, el que el cuatro de marzo del mismo año, recepcionó la indagatoria del capturado, resolviendo su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva el nueve de marzo de mil novecientos noventa y dos. La investigación se "cerró" el catorce de mayo y el once de junio del mismo año se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra CLAROS ARANDA por el delito de "homicidio".

La actuación pasó al conocimiento del Juzgado Segundo Superior de Florencia y el primero de julio de mil novecientos noventa y dos, por competencia territorial, se remitió el proceso al Juzgado Unico Promiscuo

del Circuito de Belén de los Andaquíes, el que avocó el conocimiento y abrió el juicio a pruebas el día tres del mismo mes y año. Fijada fecha para la celebración de la audiencia pública de juzgamiento, ésta se realizó el veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Y, como quedó visto, el siete de diciembre de mil novecientos noventa y dos, el Juzgado Unico del Circuito de Belén de los Andaquíes, profirió sentencia condenatoria, imponiendo como pena principal la de ciento veinte meses de prisión como autor responsable del delito de "homicidio simple" y, como accesoria la interdicción de derecho y funciones públicas por igual tiempo; lo condenó además al pago equivalente a sesenta gramos oro por los prejuicios materiales ocasionados con la infracción y, por los morales, al valor de cien gramos oro. Impugnada la decisión, el Tribunal la confirmó, determinación ésta sobre la que se interpuso el recurso de casación, razón de ser de la presente providencia.

La demanda

Con fundamento en la causal contenida en el inciso segundo del numeral primero del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991, un solo cargo se formula contra la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, por vía indirecta y por error de hecho, 'consistente' en la apreciación errónea de las pruebas producidas en el precitado proceso" (falso juicio de identidad).

Sostiene la libelista que la segunda instancia 'aplicó indebidamente los artículos 23, 41, 42, 52, 61, 1103 -sic y 323 del C. P. y dejó de aplicar el artículo 445 del C. de P.P.". También que el Tribunal fundamentó la sentencia en los testimonios de Martiniano Cubillos Molina, Libardo Paredes y Mercedes Sánchez Castro, desdibujando la realidad procesal que emerge de las evidentes contradicciones con las declaraciones de William Freddy Tirado González y Arnulfo David España (el fotógrafo). Que las pruebas obrantes a los folios 167 y 168 fueron apreciadas erróneamente y con relación al móvil del delito.

Bajo el título de "SINTESIS EN EL PLANTEAMIENTO DEL CARGO DE MANERA FACTICA", se asevera lo siguiente: 1.- La familia CLAROS ARANDA es enemiga de Cubillos Molina y lo que buscó éste fue tenderle una "emboscada" a uno de sus enemigos. Inicialmente acudió a contarle su versión de los hechos a Mercedes Sánchez C., concubina del occiso y, posteriormente, ya en el Juzgado, la varió, sosteniendo que el móvil

delincuencial fue el hurto que por $300.000,00 le hizo PABLO EMILIO CLAROS A. a Célfides Hoyos E.. Pero ese supuesto motivo se destruye con las certificaciones que se allegaron de los Juzgados Penales Municipales de las ciudades de Florencia y Belén de los Andaquíes (folios 167 y 168) en donde aquel aparece sin antecedentes penales.

2.- En el "proceso ha quedado flotando la duda de cuál era la ubicación de Martiniano Cubillos y Libardo Paredes en el preciso momento en que se escucharon los disparos que cegaron (sic) la vida de Célfides Hoyos Espinosa porque como cosa curiosa la propia concubina o compañera del occiso, la señora Mercedes Sánchez Castro, se encarga de sembrar esa misma duda en el inicio o albores de la presente investigación". En el testimonio rendido por la Sánchez C. -septiembre 5/89-, asegura que Cubillos le comentó que "él estaba tomando en una cantina con el finado Célfides cuando le dispararon, y posteriormente, es el propio Martiniano Cubillos, en su versión rendida ante la SIJIN en Florencia, que afirma que se encontraba por el lado de los pomos y que se hallaban ubicados con Libardo Paredes en la cuadra antes de llegar al parque";

3.- No existen contradicciones en la injurada, pues Marlodis Escarpeta Facundo sostiene que efectivamente CLAROS ARANDA "estuvo el sábado dos (2) de septiembre de 1989 y se tomó como dos o tres cervezas en su establecimiento, junto con otras personas como el señor Hilarión Pizarro y el hijo de Biviano Jóven de nombre Lizardo jóven. Por el tiempo transcurrido es entendible que PABLO EMILIO CLAROS ARANDA en su injurada haya dicho que había estado el domingo y no el sábado. ...";

4.- Ninguna contradicción existe en relación con el préstamo de la yegua a Freddy Tirado González, pues éste sostuvo desde antes de la injurada de CLAROS ARANDA que le había sido infructuosamente solicitada por éste "con el propósito de ir a informar a la policía, pero que debido a la imprevista, repentina y agresiva presencia de un sujeto armado que hacía disparos no le quedó otra alternativa que correr o escapar antes de ser víctima de los disparos de dicho sujeto;

5.- De la declaración de Arnulfo David España, corroborada por la de William Freddy Tirado González, se desprende que el condenado no fue el autor del homicidio, pues éstos vieron a un sujeto distinto armado huir del sitio de los acontecimientos;

6.- El indicio de presencia de CLAROS ARANDA en el lugar de los hechos es contingente, "ya que en dicho lugar se hallaban presentes muchas personas porque como ya dije antes se trataba de un día domingo, día de mercado". La huída de CLAROS A. es explicable ante los disparos de que fué víctima por parte de Cubillos M. . Y, el viaje del ahora condenado a Bogotá no obedeció a la intención de ocultarse, sino a razones de trabajo; y,

7.- El hecho de que cuando se produjo la captura de CLAROS ARANDA se le hubieran encontrado documentos de identidad falsos no constituye indicio en su contra y en el sentido de que hubiera querido así ocultar su verdadero nombre para impedirla, pues si ello hubiera sido así, desde que llegó hubiera adelantado las respectivas gestiones, cosa que no aconteció. La real explicación de tales documentos espurios está en la constancia expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil -fl 91-, donde se manifiesta que la cédula de PABLO EMILIO CLAROS ARANDA "se encuentra dada baja por pérdida de sus derechos políticos, según resolución No. 004751 de 1991".

El demandante, luego de señalar que no basta que se presenten algunos indicios como graves "sino que es absolutamente necesario que la PRUEBA integralmente conduzca a la certeza de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del procesado"; entra a realizar un análisis de las pruebas que, según su criterio, fueron desfiguradas por el sentenciador de segunda instancia, haciendo concreta referencia a los testimonios de Martiniano Cubillos, Libardo Paredes, Mercedes Sánchez C., William Freddy Tirado González y Arnulfo David España.

Desarrolla el cargo analizando la declaración de Cubillos Molina ya que según él su dicho ofrece serias "contradicciones", así: el testigo no puede afirmar que "le quitó los papeles a uno de los homicidas" ya que no se encontraba presente cuando ocurrió el hecho; también existe oposición entre su versión y la de Mercedes Sánchez y con respecto al lugar donde se encontraban en los momentos anteriores al homicidio. Otra inconsistencia está en que no identificó a las personas que le indicaron quienes habían sido los autores del homicidio y el lugar por donde emprendieron la huída.

También señala el censor que la versión de Martiniano Cubillos no concuerda con la de Libardo Paredes respecto a la existencia de una deuda entre CLAROS ARANDA y Célfides Hoyos, tomada por el fallador como móvil del delito. Así mismo, la encuentra inconsistente frente a lo narrado

por William Freddy Tirado G. y Arnulfo David España, a los que el recurrente califica como testigos presenciales que son dignos de crédito por no tener enemistad con ninguna de las partes, por lo que carecen de interés personal en el proceso; además, la descripción del homicidio que ellos presentan es distinta de las características físicas que ofrece el condenado.

El demandante asegura también que el testimonio de Alfonso Cubillos desvirtuó lo afirmado por Martiniano Cubillos con respecto al ofrecimiento económico que le hiciera el abogado de la familia CLAROS, para que cambiara su versión de los hechos. Concluye aseverando que la enemistad preexistente entre Martiniano Cubillos y la familia CLAROS es la causa para que buscara por todos los medios incriminar a PABLO EMILIO por el homicidio de su amigo.

El demandante estima violada como norma sustancial el artículo 445 del C. de P.P. ya que del análisis de los testimonios de Martiniano Cubillos, Libardo Paredes, Mercedes Sánchez, William Freddy Tirado G., Arnulfo David España, Merlody Escarpeta y Alfonso Cubillos, se desprende la "errónea interpretación probatoria o la desfiguración de la prueba que condujo a su violación. También se vulneró el artículo 247 del C. de P.P., que regula lo referente a la prueba para condenar, ya que no se consiguió el grado de certeza que demanda la indicada norma. Se aplicaron indebidamente además, los artículos 23, 41, 42, 52, 61, 103 y 323 del Código Penal y se dejó de aplicar el artículo 445 del C. de P.P., todo ello en correspondencia con lo dispuesto por los artículos 1, 2, 6, 247, 280 y 282 del C. de P.P.

Se debe, pues, casar la sentencia y en su reemplazo proferir un fallo absolutorio en favor de PABLO EMILIO CLAROS ARANDA, "por imponerse el contenido del artículo 445 del C. de P.P. .".

Breves consideraciones de la Sala y del Ministerio Público

A.- No cabe duda de que lo que pretende el censor - y así también lo entendió la Delegada - está en que se le reconozca el principio del IN DUBIO PRO REO, plasmado en nuestro artículo 445 del C. de P.P. que, a la letra reza:

> "PRESUNCION DE INOCENCIA. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado".

La Corte, como lo remembra el recurrente, ha verificado distingos, tratándose de la alegación en casación sobre el fenómeno de la duda, para determinar que, cuando el sentenciador acepta que el proceso la arroja y, empero ese reconocimiento, profiere fallo de condena, se manifiesta una vulneración directa de la ley sustancial, por contrario modo a lo que acaece cuando el impugnante es quien pretende demostrar que el proceso ciertamente la presenta, así ésta no haya sido admitida por los juzgadores, pues en tal evento, el ataque debe formularse por violación indirecta, esto es, mediante el análisis de la prueba, siendo imprescindible la demostración concreta de los errores (de hecho y/o de derecho) que llevaron a que se desconociera la duda razonable y, así, a vulnerar el artículo 445 del C. de P. P. y a aplicar indebidamente el precepto correspondiente por el cual se profirió condena.

Así las cosas, en principio, cuando el censor indica que la impugnación la realiza por la vía indirecta y por error de hecho, 'consistente en la apreciación errónea de las pruebas producidas en el precipitado proceso (falso jucio de identidad)', se dirá que hasta ahí todo es correcto. Mas los vicios en la demanda empiezan a presentarse cuando en el empeño de demostrar los tales errores, convierte el libelo en un mero alegato de instancia, pretendiendo que su personalísima apreciación probatoria prime sobre la vertida por los sentenciadores, la que como es sabido goza de la presunción de acierto y de legalidad, desviando así también la alegación. Sostiene, entonces, con acierto, el Ministerio Público:

> "... Lo primero que señala en su intento es que desdibujó la realidad procesal que emerge, no de las declaraciones de Martiniano Cubillos, Libardo Paredes y Mercedes Sánchez Castro, sino de las contradicciones que tales versiones presentan entre sí y en relación con los testimonios de William Freddy Tirado González y Arnulfo David España. Esta proposición entraña en si misma una propuesta diferente a la inicialmente esbozada, pues los pretendidos errores sobre la materialidad de las pruebas se dejan de lado para aludir exclusivamente al grado de convicción que ellas pueden o no pueden ofrecer en virtud de la contradicción enunciada".

B.- Apréciese, ahora, cómo efectivamente, la demanda se reduce a enfrentar el criterio subjetivísimo del censor, con el del sentenciador. Mientras para el impugnante la acriminación que realiza Martiniano Cubillos M. de ser PABLO EMILIO CLAROS ARANDA el autor de la muerte de

Célfides Hoyos Espinosa (su amigo de aquél) fué sólo fruto de enemistad existente entre Cubillos y la familia del condenado, hasta el punto de que se le denunció por Manuel Claros por calumnia, para el sentenciador - en consulta rigurosa de la realidad procesal- la imputación se realizó por cuanto ese era su real convencimiento. Y si bien es cierto existe esa enemistad ella nació fue a raíz precisamente del señalamiento que Cubillos hizo de Claros A. Como autor del homicidio y del comportamiento que asumió con éste, instantes después de acaecido el crimen, pues que lo persiguió, despojándolo de su carriel, cuando emprendió la huída e inclusive le hizo varios disparos al aire, buscando que la misma no se hiciera efectiva como así, finalmente, aconteció. Esta su conducta molestó tanto a los CLAROS ARANDA que un secuestro que con posterioridad al homicidio de marras se cumplió en un hijo de Martiniano Cubillos M., éste lo atribuyó a la familia CLAROS A., además porque la víctima del mismo le comentó que había reconocido a Laureano CLAROS como el jefe de la banda. De todo ésto, pero se enfatiza, con posterioridad a los hechos que aquí se juzgan, resultó la mencionada denuncia por "calumnia", que inteligente, pero indebidamente, ha querido presentarse como motivo de la indicación delictiva en cabeza de PABLO EMILIO CLAROS ARANDA.

No hay que olvidar sobre este particular que en la primigenia indagatoria rendida por CLAROS A., por parte alguna señala que Martiniano Cubillos M., haya obrado por razones de venganza, y que ésto solo sale a relucir en la ampliación de la misma, cuando ya ha perdido el tono de espontaneidad importante como criterio de valoración del dicho.

C.- El impugnante insiste en que lo declarado por Martiniano Cubillos está contradicho por lo testimoniado por Mercedes Sánchez Castro, compañera del occiso, quien precisó los hechos, dice ella, según le fueron comentados por aquél, pues que directamente no tuvo ninguna relación con los mismos, como sí Martiniano. Ahora, la verdad es que éste sí le comentó a aquella sobre los antecedentes que llevaron a la muerte de Célfides Hoyos E. y lo acontecido con posterioridad. Y que, en muchos apartes de sus declaraciones están de acuerdo, es verdad inconmovible; difieren sí en aquello de que la Sánchez C. señala que Cubillos se quedó en la cantina, con Libardo Paredes, en tanto Hoyos Espinosa se iba en compañía de CLAROS A. y de un desconocido, para al instante, escucharse los disparos que le ocasionaron la muerte a aquel, mientras Martiniano Cubillos declara que ya se habían retirado de la cantina, cuando fueron abordados por PABLO

EMILIO CLAROS y el desconocido, quienes se fueron con Célfides, para -al minuto- oír las indicadas detonaciones. En eso discrepan, pero el crédito que los juzgadores le dieron a Cubillos Molina la circunstancia de que el suyo es testimonio directo, en tanto el de Sánchez C. es "de oídas" y, de otra parte, ninguna certeza existe de que sobre los hechos sólo haya escuchado el testimonio de aquél, sino que -y es lo más lógico- otros debieron aportar a su versión, en su desespero por saber cómo sucedió el homicidió, a más de que Libardo Paredes, también testigo directo, corrobora lo sostenido por Cubillos Molina.

CH.- Cuando se escuchó por primera vez la injurada de PABLO EMILIO CLAROS ARANDA éste manifestó, al colocérsele de presente un documento de identidad en trámite donde él aparece con el nombre de JULIO CESAR VERGARA CORDOBA, No. 804530, expedido el 7 de noviembre de 1991, y el que le fuera encontrado al momento de su captura, que efectivamente portaba el citado documento porque "prácticamente fue que yo perdí mis documentos y fuí a una registraduría y me dieron ese documento porque se me había perdido mi cédula, pero mi nombre no es como quedó escrito ahí". "PREGUNTADO: Si su nombre no es el que aparece escrito por qué no solicitó que se lo corrigieran? CONTESTO: Porque yo lo dije y me dijeron que no tenía ningún problema, no presenté nada porque se me había entrabado la cédula y no tenía más papeles". Y al ser concretado sobre su conducta el día de los hechos y para los instantes en que éstos acontecieron, CONTESTO: "...ese día yo estaba con el señor Hilarión Pizarro y Lizardo Jóven, Misael Murcia, estábamos ahí donde el muchacho donde venden tinto, en ese momento oímos unos disparos, yo en ningún momento pensé nada sino que regresé a comprar un morral para comprar una carne...". PREGUNTADO: Por qué será que autos aparece que usted cuando iba corriendo se encontró con un señor quien en ese momento tenía una yegua y usted se la pidió prestada, diciéndole que iba a avisar a la policía? CONTESTO: No sé eso es negativo, que me están confundiendo con alguien, porque eso es totalmente negativo".

Y, en la ampliación de injurada, diligencia practicada a petición de su defensor, ya sostiene que él no solicitó duplicado de la cédula "por el motivo de que pues escuché el comentario de que si venía por acá los familiares de Célfides me mataban, entonces ese fue el motivo para no haber solicitado cédula'. Y, cuando se le hace ver lo por él mismo sostenido en anterior indagatoria, RESPONDE: "Yo le comenté a un señor que no tenía documen-

tos y entonces él me dijo que si le conseguía una plata me conseguía los documentos, se llama Miguel Rojas, vive en Bogotá, pero no sé su dirección,...'. Y, al ser preguntado sobre por qué dió nombre diferente al suyo verdadero y sabedor de que el documento no le correspondía, empero lo uso para identificarse, CONTESTO: "Yo en ningún momento le dije escríbame este nombre, yo le di mi nombre y le dije tráigame los documentos y él me trajo esos documentos, a mi en ningún momento me pidieron documentos, en ningún momento yo la utilice... Yo le pagué como $30.000.00".

También sostiene (enterado ya de que Hilarión Pizarro, Lizardo Jóven y Misael Murcia, lo habían desmentido) que él estuvo fué con Alberto Cubillos y Lizardo Jóven, pero el día anterior a los hechos, y que se equivocó sobre el particular por el nerviosismo y porque estaba enfermo en su primera indagatoria. Y, ahora sí acepta que, cuando estaba huyendo, se encontró un muchacho que venía con una bestia y le rogó que se la prestara dizque 'para ir a avisar a la policía'; pero es claro que ésta su nueva y oportuna versión se presenta producto de reelaboración, enterado de lo sostenido por William Freddy Tirado González.

Esas patentes, rotundas contradicciones, no existen o no tienen trascendencia alguna para el recurrente, cuando es elemental que no tienen significado distinto al comprometimiento de su representado en los hechos. Que sí buscó éste hacerse -consciente y voluntariamente- a documentos falsos y ello porque sabía que de lograr en la Registraduría los verdaderos e identificarse con éstos, se le capturaría por la muerte de Célfides Hoyos Espinosa de la que se sabía responsable (hizo bien entonces el sentenciador al disponer que se le investigara por el presunto delito de falsedad documental); por aquello fue que tampoco regresó a Belén de los Andaquíes a reclamar sus documentos. Que buscó consolidar una coartada que lo colocara, con otros, distante del lugar escena de los acontecimientos y en circunstancias tales que no pudiera tenérsele por responsable de la muerte de Célfides; pero al enterarse de que aquellos (Hilarión, Jóven y Murcia), fieles a la verdad, lo habían contradicho, varió, con desfachatez, sus primitivas aseveraciones. Que, en su empeño de mostrarse ajeno a cualquier compromiso penal, primero había manifestado que nunca, el día de los hechos, había solicitado prestada una yegua, pero, informado de que el proceso demostraba todo lo contrario, cambió sus asertos; y así se diga que fue 'para ir a la policía', todo indica que lo hacía para facilitar su fuga y de ahí que cuando el dueño del semoviente le niega el préstamo, pero le dice que le concrete qué es lo que hay que

precisarle a la policía 'Y QUE IBA' en su lugar, "entonces, el PABLO salió corriendo para los lados de la hacienda 'Belencito'.

Acierta, pues, el juzgador cuando esas contradicciones las coloca, con otras demostraciones, como pruebas de cargo contra CLAROS ARANDA y desatina el recurrente cuando se obstina en sostener lo contrario. Y se dice que el impugnante persevera en su criterio porque el proceso todo estuvo encaminado al debate de estos matices del asunto; Mírense si no, las alegaciones en la audiencia pública y el memorial sustentatorio de la impugnación contra la sentencia, para que se aprecie que sus argumentaciones de ahora son las mismas de ayer, en lo que constituye también -ya se dijo- un típico alegato de instancia que pretende oponer un personalísimo criterio, al que los sentenciadores tuvieron por verdad procesal, con apoyo indudable en el material probatorio, y sin que pueda afirmarse que tergiversaron o analizaron indebidamente la prueba, sino que, sometiendo la misma a los mandatos de la sana crítica, tuvieron por más válida la que comprometía al procesado que la otra que encontraron indigna de crédito.

Es, exactamente, lo que también sucede con lo del móvil delictivo que, según el censor, no puede estar en los $300.000.00 que se afirma le hurtó CLAROS A. a Célfides Hoyos, pero que es cuestión que no solo asegura Martiniano Cubillos, sino también la mujer del occiso. Que sobre el mismo, que es el argumento central del demandante para negar el hurto, no hubiera sido colocada denuncia, ni quita ni añade a su real ocurrencia, pues, como es sabido, existe la llamada 'criminalidad oculta' (cifra negra obscura del la criminalidad) que es, precisamente, el total de las infracciones cometidas que no se lleva al conocimiento de las autoridades y que es, inclusive, mayor a la 'criminalidad aparente' (la que sí se denuncia).

No es cierto, y así lo corrobora la sentencia, que con las declaraciones de William Freddy Tirado González y Arnulfo David España se demuestre que PABLO EMILIO CLAROS ARANDA no fue el autor del homicidio, así éstos hayan visto que otro individuo, armado de revólver, corría por cercanía del lugar del suceso. Lo que estos declarantes informan no destruye jamás lo testimoniado, principalmente, por Martiniano Cubillos Molina y Libardo Paredes porque el señalado individuo podía estar realizando tal conducta por múltiples razones y no fatalmente por ser el autor del homicidio y porque así lo fuera no debe olvidarse que el proceso lo que arroja es que PABLO EMILIO CLAROS ARANDA y otro desconocido, fueron los autores de la

muerte violenta de Célfides Hoyos Espinosa. No se olvide, además, lo que sobre el particular manifestaron las sentenciadas y en orden a restarles crédito a los indicados testimoniantes.

Se insiste; los sentenciadores no se acogieron a ninguna tarifa legal, hoy por cierto inexistente en materia probatoria. Cumplieron, simplemente, una apreciación en conjunto de las pruebas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Por ello se extraña, con la Delegada, que el recurrente dirija su ataque a cuestionar el grado de convicción de las probanzas, cuando ello es atributo libre de los sentenciadores, con la exclusiva cortapisa ya señalada que aquí no puede predicarse haya sido vulnerada.

D.- Es cierto que Cubillos M. declaró, bajo la gravedad del juramento, que un abogado había ido a su casa en compañía de Alonso Cubillos a ofrecerle plata para que variara su declaración, favoreciendo así a CLAROS ARANDA, y que, con su testimonio, aquel lo desmintió. También es verdad que esta nueva faz del asunto fue declarada cuando ya le habían secuestrado a su hijo y le habían formulado denuncia por calumnia. Pues bien, ese hecho puede ser verdadero o falso. Mas si fuere esto último, el mismo no destruye la otra prueba de cargo que obra en contra de PABLO EMILIO CLAROS ARANDA. Y, la verdad es que sobre el particular la segunda instancia se limitó a ordenar que se continuara investigando por la autoridad competente, pues resulta indudable que no se sabe cuál de los dos Cubillos dice la verdad sobre este específico asunto.

El censor incurre en ocasiones en planteamientos inacogíbles como aquel de restarle mérito a lo testimoniado por Martiniano Cubillos M. porque no identificó y proporcionó al juzgado los nombres de quienes le señalaron el camino que tomaron los victimarios. Es extravagante una tal exigencia, pues que si en esas se hubieran puesto, jamas hubiera podido alcanzar a CLAROS ARANDA., ni tomarle el carriel, ni colaborar en fin, efectivamente, como lo hizo con la justicia. Otra cosa: el viaje para Bogotá, no fue por razones de trabajo, como aseguran condenado y defensor, sino para mejor ocultarse de las autoridades, recién ocurridos los hechos; de lo contrario habría permanecido en Belén de los Andaquíes, para clarificar las cosas, colaborar con las autoridades y reclamar sus documentos, con carrier y todo; pero prefirió el logro delictivo de otros documentos de identidad. Definitivamente, no era ni es inocente.

E.- Los sentenciadores, concretaron en contra de PABLO EMILIO CLAROS ARANDA los indicios de presencia u oportunidad física, actitud sospechosa, mala justificación, móvil delictivo y el de la clandestinidad. Pues bien, esa prueba circunstancial, como también en la doctrina se la conoce, fue atacada por el sensor y a está impugnación así responde, explanándose sobre aspectos del ataque en casación a la indicada prueba, el Ministerio Público:

> "En los numerales 3) y 4) se refirió al censor a dos indicios derivados de las contradicciones en que incurriera el incriminado, sin precisar la existencia de vicios en la apreciación probatoria y tratando de explicar, expost, la confusión de su patrocinado. Ello no constituye cargo atendible en casación. En los siguientes apartes el libelo entra a estudiar el poder de convicción que en su opinión podrían tener los demás indicios que fueron tenidos encuenta por el sentenciador, simplemente para resaltar que ellos son contingentes, o que el hecho indicador aceptado se halla controvertido por prueba diversa a la que se dio credibilidad en la sentencia, o que el indicio motiva una acción penal separada, criterios todos estos que en manera alguna denuncian una equivocación del juzgador en relación con la materialidad de la prueba, sino que son verdaderas críticas probatorias orientadas desde un margen, el de la defensa, que imponen conclusiones diversas pero indemostradas.
>
> "En definitiva, el censor se dedicó a tratar de desvirtuar, según sus propios criterios, cada uno de los indicios que dedujo el sentenciador, pero haciendo un análisis en el que no concreta si el ataque lo dirige contra la prueba del hecho (que es lo que parece) o contra el proceso de inferencia lógica, al que no dedica en verdad espacio alguno.
>
> "Olvida, de esta forma, que la jurisprudencia ha destacado que:
>
> "...la construcción del indicio tiene dos puntales: el primero, el hecho indicador, cuya existencia se revela a través de una prueba: el segundo, la inferencia lógica, mediante la cual se establece la especie, la relación y fortaleza, en relación con el hecho indicado. El ataque en casación, por tanto, ha de intentarse a través del ERROR DE HECHO, por falso juicio de identidad.
>
> "Así las cosas, si lo que se busca es demostrar el yerro respecto del hecho indicador, se deberá establecer cuál fue la distorsión que

hiciera el fallador de la prueba o pruebas que lo ponen en evidencia. Además, su importancia en el contexto de toda la actuación, la cual ha de examinar para comprobar que, pese a ella, la presencia del yerro alegado tuvo la entidad suficiente para cambiar la decisión judicial, en detrimento de los intereses del recurrente.

"Ahora bien, si el juzgador no realiza con propiedad la inferencia lógica de que habla el artículo 300 del C. de P.P. porque se equivoca al deducirla, extrayendo una conclusión diferente, es claro que hubo una distorsión al realizar el proceso lógico" (Cas. 15 junio de 1993, M. P. Dr. Valencia Martínez).

"Dígase en relación con el anterior pronunciamiento que cuando el demandante escoge el proceso de inferencia lógica como el blanco de sus ataques, en realidad sus argumentaciones lo llevarían indefectiblemente al planteamiento de errores de hecho o de derecho (por falsos juicios de identidad, de existencia o de legalidad) en la apreciación de las pruebas del hecho indicador, pues la lógica conclusión no puede tener asiento más que en el yerro sobre los presupuestos de ella, así parezca que la equivocación no tiene conexión con él. Piénsese, en vía de ejemplo, en el siguiente razonamiento del juzgador:

"Está probado que el documento es falso, está igualmente demostrado que juan utilizó el documento como prueba dentro de un proceso cívil; la regla de la experiencia enseña que quien adultera documentos generalmente se vale de un tercero para su utilización, con el fin de eludir su responsabilidad; consecuencia, Pedro es responsable del delito de falsedad en documentos. Aquí la conclusión es evidentemente absurda frente a sus condicionantes. Con todo y que parecería responder, entonces, a un falso juicio de identidad en tanto que el sentenciador distorsionó el contenido del indicio (a través de un error en la inferencia que determinó yerro en la conclusión) porque de sus presupuestos no podía derivar la responsabilidad de Pedro, lo que se advierte es que falta en su construcción una premisa que se ha de derivar de una prueba materialmente recopilada: la relación entre Juan y Pedro.

"De esta forma cabría la proposición de dos tipos de censura: el falso juicio de existencia, predicable de la suposición de la prueba de la relación mencionada, y el falso juicio de identidad, si lo que acontecio

fue que el juzgador asumió que la prueba del uso del documento demuestra la relación entre el falsicficador y quien lo usó.

"Desde esta perspectiva conclúyese, entonces, que la prueba indicaria debe ser siempre atacada a través de las pruebas del hecho indicador por falsos juicios de identidad, de existencia o de LEGALIDAD de éstas. El censor no hizo, en este caso, ninguna mención a ello, pues derivó sus censuras -como se dijo- exclusivamente a la formulación de opiniones sobre las conclusiones del tribunal, sin destacar siguiera su cabal contenido".

Sobre el interesado planteamiento expuesto por la delegada respecto del análisis de la PRUEBA INDICIARIA EN CASACION, quiera la CORTE señalar lo siguiente:

Es verdad sabida que dos son los aspectos más salientes dentro de l a contrucción del indicio. El primero, constituído por el HECHO INDICADOR, que no ingresa al proceso, independientemente, libremente, sino que de manera fatal se vale de un medio de prueba. Lo cual comporta que, en tratándose de esta primera fase, puede, ciertamente, presentarse un ERROR DE DERECHO, por falso juicio de legalidad, esto es, porque hay un vicio en la adución o incorporación de la prueba (clásicos e indiscutibles ejemplos, tortura para el logro de la declaración que establece el hecho indicador, o porque se resuelva en obligación de declarar la comparecencia de quien no estaba sometido al deber de testimoniar, arts. 33 C. Política y 283 del C. de P.P.); o porque sin estar ésta afectada de ninguna anomalía en su producción, empero se le repudie como tal. Déjese de lado, por ahora, lo que pueda relacionarse con el falso juicio de convicción.

Y, desde luego, en el análisis de las pruebas mediante las cuales supuesta o realmente ingresó el HECHO INDICADOR al proceso, es dable la aparición del ERROR DE HECHO, ya por falso juicio de existencia(la equivocación recae sobre la material existencia del medio probatorio como cuando el jusgador supone un medio de convicción que no obra efectivamente en el plenario o desconoce uno que realmente esta allí), ya por falso juicio de identidad (cuando se tergiversa el contenido del hecho que revela la prueba, esto es, que el sentenciador colocó la prueba demostrando cosa diversa de lo que, lógicamente, comprueba).

Es evidente que dándose un falso juicio de legalidad, o, un falso juicio de existencia o de identidad, ya no interesa advertir la índole y características

del desarrollo de la inferencia lógica (sana crítica o persuasión racional), porque con bases tan viciadas la consecuente reflexión no podrá representar nada bueno y, por tanto, ésta tendrá que correr igual suerte de desprestigio e improcedencia, resultando efectivas las censuras montadas sobre esas realidades, sin necesidad de incursionar en el campo de la deduciones, inferencias o resultados.

Trátese ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le suele admitir cuando se vulneran LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA O PERSUASION RACIONAL (experiencia, lógica y postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar, en la práctica, la censura, bajo la consideración de que la prueba, por no ser tarifada, no resiste predicamento de esta clase de error. En síntesis, la impugnación, se atiende si se logra evidenciar un ERROR DE HECHO por falso juicio de existencia o de identidad. Y se desatiende cuando el casacionista, está advirtiendo que la prueba en sí, materialmente estimada, no ha sufrido estos menoscabos, ésto es, que ni se la ha supuesto ni se la ha ignorado, ni se la ha tergiversado. Porque lo que objeta es la inferencia lógica, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que teniéndose una prueba en el nivel real y legal en que aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valoración que quiera dársele pretextándose fiel apego y respeto a esa sana crítica. Tal como se ha considerado hasta ahora, de nada valdría que se recomendase la proposición de ERROR DE HECHO por no acomodarse a lo que se alega y visualiza en las dos eventualidades del mismo. Y, tampoco será viable el ERROR DE DERECHO porque la legislación no ha tarifado el mérito de los medios convicción, ni se ocupa de la pautas que permiten hacer que la deducción o la inferencia se correspondan con la experiencia vital.

Pero alegar el ERROR DE HECHO resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría hacer por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimientos y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso, es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia.

En consecuencia, que las inferencias surgidas de lo que no puede ser, por oponerse a la experiencia, a la lógica o a la ciencia de manera ostensible y grosera, son formas veladas de tergiversación o de suposición de los hechos y no infracciones a norma positiva probatoria alguna, pues que ninguna ley, sino la realidad de la vida social, señala cuáles deben ser en cada tiempo y en cada tema, aquellas. Por eso el error concebido a través de ésta vía, es de hecho y no de derecho.

Resta, ahora sólo señalar que en el caso subjudice el censor al realizar su ataque a la PRUEBA INDICIARIA, no precisó siquiera si lo hacía respecto al hecho indicador o la inferencia lógica y si por errores de hecho o de derecho, y si por falsos juicios de existencia o de identidad o de legalidad o de convicción, limitando lo suyo meramente a la presentación de su personalísimo criterio para enfrentarlo al del Tribunal, el que, ya quedó visto, triunfa, por la presunción de legalidad y acierto de que esta amparado.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA DE CASACION PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Enrique Valencia M. (Aclaración de Voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / FALSO JUICIO DE CONVICCION
(Aclaración de Voto)

No obstante, y en esto radica mi aclaración, no consulta la realidad el predicar tajantemente que con el advenimiento del referido sistema de la persuación racional, "...este error tampoco se da...". Aún subsisten, sin embargo, rezagos de la tarifa legal. Valgan algunos ejemplos:

Lo primero tiene que ver con la duda insalvable. Aparte de los casos en los que puede presentarse una violación directa de la ley (la reconoció pero no la aplicó) o indirecta por error de hecho (no fue posible que surgiera la duda por haberse omitido, supuesto o distorsionado la prueba) es posible también que se de en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción. En su presencia, según la normatividad, debe aplicarse el IN DUBIO PRO REO, lo que indica que unas pruebas que no son suficientes para dictar la sentencia condenatoria, basta que creen la duda insalvable para que adquieran la categoría de plena prueba.

También existe un segundo ejemplo de pruebas tarifadas. Según en inciso segundo del artículo 247 de C. de P.P., en los procesos de que conocen los jueces regionales, las declaraciones de testigos ocultos son insuficientes para dictar sentencia condenatoria. Por consiguiente, solo en conjunción con otras pruebas es posible dictar sentencia condenatoria.

ACLARACION DE VOTO

En ocasión anterior expresé lo que a seguida copio y que representa el criterio que tengo sobre el asunto:

Rad.8653. Casación Pablo Emilio Claros Aranda Homicidio M.P. Mejía Escobar.

> "El fallo de la SALA señala que cuando se alega una falencia un torno a la reglas de la sana crítica, su naturaleza la ubica en los predios del ERROR DE HECHO. Así responde a la inquietud del casacionista quien se muestra en desacuerdo con la determinación del Tribunal por no haberle otorgado valor probatorio al testimonio de CESAR JULIO CRUZ LOPEZ. Por consiguiente, sus palabras hubiesen sido atendidas si hubiese enmarcado su censura en el mencionado error de hecho.
>
> Valgan, pues, las siguientes precisiones a fin de aportar algunos elementos de juicio al tema en cuestión.
>
> 1. Sabido es que los jueces, al administrar justicia, deben enmarcar sus decisiones dentro de los lineamientos legales. Como la potestad que les ha conferido el Estado para resolver los conflictos sociales en representación suya, ha de ser SECUNDUM JUS, cualquier decisión que se desvié de los cauces legales y provoque un agravio a cualquiera de los sujetos procesales, se constituye en un desbordamiento de la dicha potestad y debe ser enmendado a travé de los recursos legales, entre ellos, el extraordinario de casación, dentro de los lindes establecidos por la normatividad vigente.
>
> Por consiguiente, el recurso de casación persigue impedir que el juez, al ejercer su labor de intérprete de la ley, sustituya el querer de ésta por el suyo propio. De ahí que la corrección que se hace en sede de casación, ante un caso de desbordamiento manifiesto, implique dicha actividad al contenido de la norma respectiva.
>
> 2. Varias son las formas de violar la ley sustancial y por ello el ordenamiento ha previsto separarlas de acuerdo con su naturaleza y

efectos. Una de estas maneras es la violación "INDIRECTA", es decir, cuando la vulneración de las normas sustanciales se hace al través de las procesales. El yerro es de HECHO cuando la falencia versa sobre la EXPRESION de la pruebla, es decir, cuando le extrae datos extraños a su contenido, o cuando la omite o la supone. Será de DERECHO cuando se comete en la EVALUACION de la probanza, al darle o quitarle su eficacia legal u otorgarle un mérito que no le corresponde, de acuerdo con lo expresado por la ley.

3. El último caso da lugar a lo que jurisprudencia y doctrina han denominado FALSO JUICIO DE CONVICCION, pues aquí el problema surge cuando el juez desobedece las normas que fijan el valor a las pruebas (tarifa legal), dándoles otros diferentes.

Con el advenimiento del estatuto procedimental de 1987, se consideró prudente terminar con estos rígidos valores, reemplazándolos por las REGLAS DE LA SANA CRITICA, dejando sujeto al juez a su libre convencimiento. Con tal determinación esta especie de falencia no es dable predicarla de ninguna prueba en particular, ni tampoco de la diferentes especies, en general.

4. No obstante, y en esto radica mi aclaración, no consulta la srealidad el predicar tajantemente que con el advenimiento del referido sistema de la persuasión racional, " ...este error tampoco se da...". Aún subsisten, sin embargo, rezagos de la tarifa legal. Valgan algunos ejemplos:

Lo primero tiene que ver con la duda insalvable. Aparte de los casos en los que puede presentarse una violación directa de la ley (la reconoció pero no la aplicó) o indirecta por error de hecho (no fue posible que surgiera la duda por haberse omitido, supuesto distorsionado la prueba) es posible también que se dé en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción.

En su presencia, según la normatividad, debe aplicarse el IN DUBIO PRO REO lo que indica que unas pruebas que no son suficientes para dictar la sentencia condenatoria, basta que creen la duda insalvable para que adquieran la categoria de plena prueba.

También existe un segundo ejemplo de pruebas tarifadas. Según el inciso segundo del artículo 247 del C. de P.P., en los procesos de que

conocen los jueces regionales, las declaraciones de testigos ocultos son insuficientes para dictar sentencia condenatoria. Por consiguiente, sólo en conjunción con otras pruebas es posible dictar sentencia condenatoria.

5. No ha desaparecido, por consiguiente, el error de derecho por falso juicio de convicción. Aún persiste en la normatividad y es posible su alegación en sede de casación.". Nada más.

Cordialmente,

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.
Magistrado

ACCION CIVIL / DEMANDA DE CASACION

:"no cualquier reclamación vinculada con la indemnización de perjuicios, permite acudir a las causales de casación civil, dentro del desarrollo de la acción penal.- la invocación de las causales civiles de casación en el proceso penal solo procede cuando se quiera plantear (únicamente, precisa la Sala) una inconformidad con la cuantía de los perjuicios decretados en la sentencia condenatoria y cuyo monto se ajusta a los presupuestos del recurso de casación en materia civil...".

Fue el propio legislador el que diferenció la situación probatoria del directo perjudicado con el delito respecto de la de sus herederos, señalando con relación a estos últimos, que a la demanda de constitución de parte civil deben anexar la prueba de la calidad con que acudan, sujetándose al efecto a la normatividad civil para allegar la prueba idónea exigida por esa legislación; al paso que los primeros, podrán acudir con esa pretensión amparados en los medios probatorios permitidos en la legislación procesal penal, la cual respecto de éstos y para tales fines no hace remisión expresa a las normas civiles (art. 46 C.P.P.).

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

Magistrado Ponente: Dr: Dídimo Páez Velandia

Aprobado Acta No. 018

Vistos

Conoce la Corte del recurso de casación, incoado por la defensa del procesado BLAS LIBARDO CASTRO ORTEGA, contra la sentencia

proferida el 7 de mayo de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que aclarando la de primera instancia lo condena por el delito de homicidio culposo cometido en la persona de Edelmira Pérez Muñoz.

Hechos

Cuentan los autos que a bordo del vehículo marca Subaru de placas HA-9692, salieron del municipio de Carlosama, en la tarde del 28 de Diciembre de 1990, FANNY ELENA CORAL VALENCIA, sus hijos MARIA CLAUDIA y JESUS GABRIEL, y la empleada doméstica EDELMIRA PEREZ MUÑOZ con destino a la ciudad de Ipiales, siendo el rodante conducido por la primera de las citadas. Cuando hacían ya su arribo a la ciudad de destino y transitando por el barrio Puenes, hizo su aparición en sentido contrario, el camión de placas VS-4095 a cuyo mando se hallaba el ciudadano BLAS LIBARDO CASTRO ORTEGA, quien alicorado conducía en zig-zag, lo que generó un choque de costado con el vehículo guiado por doña FANNY ELENA CORAL, a consecuencia del cual recibió lesiones corporales su consanguínea MARIA CLAUDIA, y golpes EDELMIRA PEREZ quien dejó de existir en el mismo lugar de los hechos.

Actuación procesal

Con base en el acta de levantamiento practicada por el entonces Juzgado 27 de Instrucción Criminal de Ipiales y el informe de captura del conductor del camión BLAS LIBARDO CASTRO ORTEGA, se inició la respectiva investigación por parte del mismo funcionario instructor, que de inmediato citó y escuchó en indagatoria al procesado, resolviéndole en enero 4 de 1991 su situación jurídica provisional, mediante medida de aseguramiento de detención preventiva con derecho a excarcelación, por el delito de homicidio culposo.

Se recepcionó luego la declaración de Luis Hernán Hernández Ortega, persona con quien departió el procesado hasta momentos antes de iniciar su viaje con destino a la ciudad de Túquerres; las de María Claudia Vela y su progenitora María Elena Coral Valencia quienes compartían puesto con la occisa en el vehículo Suburu involucrado; las de los agentes de Policía que se apersonaron del caso Flavio Camelo Flórez y Luis Anselmo Carvajal; la del médico Roberto Recalde ante quien fue llevado Hernández Ortega para

reconocimiento de embriaguez, y se incorporó el informe de tránsito sobre la colisión, acompañado de plano explicativo y álbum de fotografías de los dos automotores comprometidos; acta de necropsia correspondiente al cadáver de "EDELMIRA...", reconocimiento médico legal de la lesionada Maria Claudia Vela Coral, ampliación del dictamen sobre alcoholemia practicado al procesado, reconocimiento en inspección judicial a los vehículos colisionados e inspección en el lugar de los hechos con álbum fotográfico explicativo e informe del perito que asesoró tal diligencia; material probatorio con que afrontó el juez instructor la calificación del mérito del sumario, profiriendo en agosto 26 de 1991 resolución acusatoria en contra del inculpado por el delito atrás referenciado y reiteración de su captura, porque el beneficio de excarcelación le había sido revocado con anterioridad (providencia de febrero 6 de 1991), al hallar el Juez demostrado que para el momento de los hechos se encontraba en estado de embriaguez el procesado.

Durante la etapa de la causa, se allegaron nuevos elementos de juicio, incorporándose entre otros, el acta eclesiástica de defunción correspondiente a EDELMIRA MUÑOZ, ampliación del dictamen de alcoholemia practicado al procesado, dictamen médico definitivo referido a la lesionada Maria Claudia Vela Coral. La audiencia pública se celebró el 14 de diciembre de 1992 y en febrero 9 del año siguiente, el Juzgado 4o. Penal del Circuito de Ipiales, profirió sentencia de primer grado, condenando a BLAS LIBARDO CASTRO ORTEGA a la pena principal de dos (2) años y cuatro (4) meses de prisión, a la suspensión en el ejercicio del oficio de conductor por tiempo igual al de la pena principal y multa de cinco mil pesos. Como accesorias impuso la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, además, la carga del resarcimiento civil en favor de TERESA MUÑOZ, quien en calidad de madre de la occisa se había constituído parte civil, tasando los daños materiales en la suma de seis millones de pesos ($6.000.000.00) y los morales en el equivalente a trescientos gramos oro. Se reconoció en favor del condenado, además, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

El Tribunal Superior de Pasto, conoció por vía de alzada del fallo en cuestión, confirmándolo en mayo 7 de 1993 con la audición consistente en que el monto fijado por daños y prejuicios ocasionados con el delito, sería incrementado por concepto de intereses corrientes a partir de la fecha de ocurrencia de los hechos y hasta el momento en que se hiciera efectivo el pago.

La demanda

Tres cargos plantea el censor al fallo del Tribunal. El primero con fundamento en la causal 1a del artículo 220 del C. P. P. por error de hecho "en la apreciación de las pruebas" y violación de los artículos 43, 46-8, 21 y 335 ibídem, en concordancia con los artículos 5, 73, 101 y 105 del Decreto 1260 de 1970 (Estatuto de registro del estado civil de las personas). En desarrollo de esta censura afirma el libelista que el fallo impugnado erró al condenar civilmente al pago de daños y prejuicios ocasionados con el delito, pues ni está probada la muerte de la persona referida en la sentencia, y menos aún, que aquella a cuyo favor se ordena dicho pago, hubiese sido la afectada con el delito. Lo primero, porque en relación con la víctima del accidente de tránsito que fue objeto de investigación, se cuenta en autos con tres nombres diferentes "EDELMIRA RAMIREZ, EDELMIRA MUÑOZ y EDELMIRA PEREZ MUÑOZ" y no se trajo al expediente el registro civil de defunción respectivo para determinar la verdadera identificación de la obitada, tal como lo manda el Decreto 1260 de 1970, sin que para esos efectos sirva la partida eclesiástica incorporada al proceso, por no ser la prueba idónea para la comprobación de ese hecho, a más de que ni siquiera coincide el nombre que allí se menciona con el citado en la sentencia que se ataca; y lo segundo, porque ante la inexistencia de la prueba alusiva a la identidad de la víctima, mal podía reconocerse personería como parte civil a la persona que acudió al proceso con ese propósito y resultar ahora favorecida con la orden de pago en su favor de los daños ocasionados con el delito, todo lo cual lo lleva a solicitar de la Corte la casación del fallo impugnado, en cuanto al reconocimiento de prejuicios en favor de la parte civil, por haber sido ésta indebidamente reconocida como tal en el proceso.

El segundo cargo lo formula también al amparo de la causal 1a de casación, por violación indirecta de la ley sustancial y lo presenta como un error de hecho al conceder el juzgador mérito probatorio a un documento inidóneo para la comprobación del estado civil, cual es la partida eclesiástica de defunción de EDELMIRA MUÑOZ, que ni siquiera es la misma persona a la que refiere el fallo objetado, con lo que se quebrantó el expreso mandato del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, debiéndose corregir tal yerro en ésta sede, en cuanto atañe a la condenación de perjuicios.

El tercero y último cargo, propuesto a título subsidiario, lo hace consistir en una violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del

artículo 106 del C.P., referido a la indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente, yerro en que dice incurrió el juzgador al condenar a pagar unos gramos oro con tasa de intereses, dado que éstos también lo fueron en gramos oro a una tasa del 3%, en forma tal que los 300 gramos oro a que refiere el fallo, se verían así y con base en esa disposición del Tribunal, incrementados en 279 más, lo que desconoce que "la esencia o la razón de ser o el espíritu de contemplar una sanción en gramos oro resulta del concepto de que el precitado metal no se devalúa o desvaloriza, por el contrario su valor permanece constante a través del tiempo y ajeno a fenómenos como el de la devaluación", proposición que le sirve de soporte al petitum con que remata la misma para que la Corte case la sentencia del Tribunal, aunque sin precisar en qué forma y con qué alcance.

Concepto del Ministerio Público

Para el Señor Procurador Primero Delegado, los cargos formulados por el actor deben desestimarse y no casar por ende el fallo de instancia. En el mismo orden propuesto en la demanda, se ocupa de su análisis así:

Al cargo primero, indica el Procurador, que acierta el casacionista en cuanto se funda en el hecho de que la identidad y muerte de EDELMIRA PEREZ MUÑOZ no está probada en el proceso con el registro civil, sino mediante una partida eclesiástica, solo que equivoca el alcance de esa situación, porque de ello apenas si se inferiría y esto frente a la legislación civil, que no está probada la muerte para efectos sucesorales, cuestión sin incidencia dentro del proceso penal, pues para los efectos civiles que se derivan de él, existe disposición expresa en el sentido de que la constitución de parte civil podrá intentarla "las personas naturales o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas con el hecho punible", acción que deberá ser ejercida en la forma señalada en el Código de Procedimiento Penal (art. 104 C. P.); hipótesis que se repite luego en el artículo 43 del Estatuto Rituario que remite al 46 ibídem, donde con excepción de la regla general se dispone que cuando son los herederos los que aspiran a esa constitución dentro del proceso penal, deberán acreditar esa calidad con las pruebas que para ello demanda la ley civil, lo que se dio en el proceso, hipótesis distinta a la que afronta el libelo.

El señor Procurador concluye afirmando que no es cierto, conforme lo argumenta el censor, que el sentenciador hubiere supuesto la prueba del estado civil para acreditar el fallecimiento de la accidentada ..."puesto que

no es exigida legalmente para determinar quien es el perjudicado con el delito, y en ello se guió y concluyó con la prueba propia del proceso penal, lo que está autorizado por el Procedimiento Penal y lo admite el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970...".

En relación con el cargo de la demanda, destaca el Procurador Delegado que es en últimas el mismo argumento que sustenta el primero, sólo que en éste se acude a un planteamiento desde distinto ángulo, para reprochar el que se hubiese dado valor probatorio a la partida eclesiástica, sin referirse ya a la suposición de la prueba sobre el estado civil. La respuesta frente a ésta censura está dada, agrega el agente del Ministerio Público, en los argumentos que contestan el cargo primero, a los que añade simplemente que ningún error constituye el que se hubiese dado crédito al documento en cita, porque según lo visto la ley procesal penal lo admite y no exige, expresamente que se aduzca la prueba de registro civil para demostrar el hecho de la muerte, ni la condición de directo perjudicado con el delito. En caso de haberse dado tal error, agrega, éste sería de derecho, pues el reproche apunta a la legalidad de la prueba, pero como dicho error no existió, el cargo debe ser rechazado.

El cargo tercero debe correr la misma suerte que los dos primeros, en sentir del Procurador Delegado, porque la adición que hizo el Tribunal al fallo de primer grado previendo tres puntos de interés mensual sobre los 300 gramos oro fijados como monto de la indemnización por los daños morales ocasionados con el delito, consulta reglas de la ley civil, siendo por demás equivocada la interpretación que el censor dá al artículo 106 del C. P., porque tales intereses deben ser liquidados tras la conversión en su momento de los 300 gramos oro fijados como monto de la obligación indemnizatoria por daños morales, y no como erróneamente lo afirma el casacionista, en gramos oro para aplicarlos a los 300 iniciales y previa la liquidación de estos.

Consideraciones de la Corte

Una cuestión previa:

Si bien es cierto que los tres cargos formulados a la sentencia del Tribunal Superior de Pasto tienen en común la formulación de reproches atinentes con el aspecto civil del fallo, lo que en principio podría indicar que el actor debió entonces acudir a las causales de casación en materia civil en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal,

es de señalar que ninguna informalidad o antitecnicismo genera en este caso el haber acudido a las causales de casación en materia penal, como lo ha venido sosteniendo esta Sala: "...no cualquier reclamación vinculada con la indemnización de perjuicios, permite acudir a las causales de casación civil, dentro del desarrollo de la acción penal.- la invocación de las causales civiles de casación en el proceso penal solo procede cuando se quiera plantear (únicamente, precisa ahora la Sala) una inconformidad con la cuantía de los perjuicios decretados en la sentencia condenatoria y cuyo monto se ajuste a los presupuestos del recurso de casación en materia civil..." (Sent. de Junio 22/94 M. P. Dr. Saavedra Rojas) el paréntesis fuera de texto.

La situación es clara porque en éste caso los cargos 1o. y 2o. de la demanda, se dirigen a enervar la legitimidad de la parte civil constituída y por ende, el pago que en su favor decretó el fallo por concepto de daños y perjuicios ocasionados con el delito, mientras que el tercero se centra en discutir no el monto de los prejuicios decretados, sino la tasación del interés que fijó el Tribunal sobre ellos hasta el momento en que se haga efectivo el pago y la forma y aplicación de su liquidación, es decir, aspectos distintos a los referidos en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, hecha esta necesaria precisión, aborda la Corte el estudio de los cargos formulados a la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, así:

Cargo Primero: Con él pretende el censor derrumbar los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de soporte al reconocimiento de la parte civil que se hiciera en favor de la señora TERESA MUÑOZ y del pago que en su favor se dispuso en el fallo de instancia por concepto de daños y perjuicios ocasionados con el delito. En apoyo de su aspiración señala que por parte del sentenciador se incurrió en un error de hecho por indebida apreciación de las pruebas, dado que se supuso la existencia de la prueba referida a la muerte de EDELMIRA RAMIREZ, EDELMIRA MUÑOZ o EDELMIRA PEREZ MUÑOZ que son los varios nombres con que se conoce procesalmente a la persona que perdió la vida en desarrollo de los hechos materia de este proceso, y de la prueba necesaria para acreditar la legitimación en causa de la persona que resultó en últimas favorecida con el decreto de pago por concepto de daños y perjuicios.

Frente a la postura del actor, el Procurador Primero Delegado ha expresado con razón que el motivo aducido en sustento de la tesis propuesta carece de significado, en la medida en que el casacionista olvida que fue el propio

legislador el que diferenció la situación probatoria del directo perjudicado con el delito respecto de la de sus herederos, señalando con relación a éstos últimos, que a la demanda de constitución de parte civil deben anexar la prueba de la calidad con que acudan, sujetándose al efecto a la normatividad civil para allegar la prueba idónea exigida por esa legislación; al paso que los primeros, podran acudir con esa pretensión amparados en los medios probatorios permitidos en la legislación procesal penal, la cual respecto de éstos y para tales fines no hace remisión expresa a las normas civiles (art. 46 C. P. P.).

No es sin embargo ésta la única razón que derrumba la pretensión del actor, sin que ello desdibuje las juiciosas apreciaciones del Señor Procurador Delegado. Observa la Sala, además, cómo el casacionista incurre en una indebida mixtura de hipótesis legales que lo llevan a la confusión y al planteamiento difuso de hechos contrarios a la realidad. Confunde el actor la prueba del aspecto objetivo o material del delito juzgado (la muerte de una persona y la identidad de ésta) con la necesaria y exigida por la ley al heredero o sucesor para obtener el reconocimiento de parte civil dentro del proceso penal; obsérvese como ante las impresiones habidas en el curso de la investigación con relación a los apellidos de la persona cuyo fallecimiento trágico reporta el expediente, discurre en afirmaciones entremezcladas, pretendiendo derivar de aquello la ilegalidad del reconocimiento que como parte civil se hiciera a TERESA MUÑOZ, madre de la occisa, cuando lo cierto es que se trata de cuestiones diferentes no yustapuestas las unas con las otras.

En efecto, nadie ha discutido, pero ni siquiera el casacionista, que como resultado de la acción reprochada a su defendido, murió la mujer de nombre EDELMIRA, deceso acreditado en autos con el acta de levantamiento, el acta de necropsia, el propio informe de tránsito que dá cuenta del resultado de la colisión de los vehículos, el testimonio de las personas que viajaban a su lado a bordo del Subaru accidentado y el de los agentes de policía que se apersonaron del caso, además, con la partida eclesiástica de defunción a que se refiere con ahínco la demanda de casación; pruebas todas ellas permitidas en la legislación procesal penal para acreditar el hecho punible investigado.

Ahora, que no se hubiese aportado al plenario con estos fines copia del registro civil de defunción a que se refiere el casacionista, ello no quebranta el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 citado en la demanda, pues dicha

omisión en nada afecta la comprobación del hecho material objeto de la investigación, no solo porque por otros medios idóneos se había llegado a esa demostración, sino porque en materia penal existe la libertad de medios de prueba incluso respecto a algunos aspectos relacionados con el estado civil de las personas, como este de la muerte en circunstancias que la ley erige como hecho punible, tal como lo permite la legislación civil, y lo ha definido la jurisprudencia de ésta Sala. (Consúltense entre otras, sentencias de mayo 6 y septiembre 6 de 1993, radicaciones 8143 y 7967, respectivamente).

En lo que si acierta la demanda es en señalar las imprecisiones habidas en el curso de la investigación alusivas a los apellidos de la occisa, así a esa cuestión le otorgue el actor para sus propósitos un alcance que no tiene y lo presente, por lo mismo, en unas dimensiones que desfiguran la verdad de lo ocurrido. Obsérvese que la testigo FANNY ELENA CORAL VALENCIA, al explicar los motivos que tuvo su hijo JULIO ANDRES para referirse a la fallecida al inicio de la investigación y ante las autoridades de policía que tuvieron conocimiento del caso, con el nombre de EDELMIRA RAMIREZ, señaló que las dudas de su familia en cuanto al apellido de Edelmira, eran producto del escaso conocimiento personal que de ella tenían, pues apenas unos días antes de la tragedia se había ubicado laboralmente en su casa como doméstica, siendo ella sabeedora, como patrona de la obitada y por informaciones que había recibido de su progenitora, que ésta era hija de TERESA MUÑOZ y un hombre de apellido PEREZ, aunque Edelmira no usaba el apellido paterno tanto por desaveniencias con su progenitor, como porque sus padres nunca fueron casados.

El impreciso dato inicial aportado a las autoridades de policía sobre el apellido de la occisa, sumado al dato suministrado en la partida eclesiástica de defunción que se refiere a EDELMIRA MUÑOZ, generó dudas que fueron despejadas oportuna y realmente con el aporte del registro civil de nacimiento en donde figura con los apellidos PEREZ MUÑOZ por la progenitora de ésta para efectos de constituirse en parte civil.

No existe, entonces, ausencia de datos reales sobre la identidad de la víctima, sólo unas imprecisas referencias a sus apellidos, que tienen según lo dicho, lógica explicación en el poco conocimiento que de ella tenía la familia a la que servía, y tan es así que según consta en la partida eclesiástica de defunción de folio 216 del cuaderno principal, ésta se levantó a nombre de EDELMIRA MUÑOZ, con base en los datos que reportó a la Parroquia

la testigo FANNY DE VELA, que según lo visto llamaba a su criada con ese único apellido, no obstante conocer el paterno, porque sabía que era la presentación que solía darse la obitada.

Conclúyese de lo dicho, que si bien en la partida eclesiástica de defunción se le dio sólo el apellido materno, en el registro de nacimiento aportado por la señora TERESA MUÑOZ para acreditar el parentesco y obtener el reconocimiento de parte civil, se le cita con sus apellidos paterno y materno, de ello no surge error alguno en cuanto a la identidad de la víctima, como que no existe duda de que en uno u otro evento se estuviera refiriendo a la que falleció como consecuencia de las lesiones ocasionadas en la colisión averiguada, cuyo vínculo de consanguinidad con la persona reconocida como parte civil quedó por lo demás debidamente acreditado en el plenario y respecto de la cual se profirió a su favor la condena en daños y perjuicios.

El cargo no prospera.

Cargo Segundo: Este es derivado del primero y propuesto, conforme lo señala el Procurados Delegado, desde ángulo diferente para reprochar por error de hecho el valor probatorio otorgado por el juzgador a la partida eclesiástica de defunción de EDELMIRA MUÑOZ, de imposible aceptación a voces del actor por cuanto no era la prueba idónea para acreditar parentesco y obtener el reconocimiento de parte civil.

Nuevamente incurre la demanda en una distorsionada presentación de la cuestión fáctica que soporta el cargo, pues el documento allegado por el apoderado de la parte civil para acreditar la calidad de madre de su poderdante respecto de la occisa, no fué la partida eclesiástica en mención, sino la copia del registro civil de nacimiento de EDELMIRA PEREZ MUÑOZ (fl. 6 C. Parte Civil), así que la hipótesis creada carece por completo de seriedad y por lo mismo de atendibilidad; emerge de ello, entonces, con toda claridad la improsperidad del reproche y el innecesario ahondamiento en las consideraciones de la Sala.

Este cargo, obviamente tampoco prospera.

Tercer Cargo: Propuesto a título subsidiario y con fundamento en la causal 1a del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial, lo hace consistir el actor en el hecho de que el Tribunal de instancia interpretó erróneamente el artículo 106 del C. P. al

disponer que sobre el monto deducido en gramos oro por concepto de indemnización de los daños morales ocasionados con el delito, se reconociera un interés corriente del 3% hasta el momento en que se hiciera efectivo el pago, porque reconocer intereses en gramos oro constituye grave error en cuanto la suma definitiva (en gramos oro) que deberá pagar el procesado cuando se haga efectiva esa parte de la sentencia, hará que en la práctica el pago por ese concepto sea por una suma considerablemente mayor que el legalmente debido.

Frente a este reclamo del casacionista, observa la Sala que no formula petitum concreto, sino la simple solicitud para que el fallo se case, y además, centra el reparo tan solo en el aspecto atinente con la indemnización por concepto de los daños morales ocasionados con el delito, cuando de lo dispuesto por el Tribunal emerge claro que imposición de intereses legales -no dice en qué porcentaje- lo es tanto en relación con la suma fijada por concepto de daños materialistas como de los morales, circunstancia que deja sin desarrollar el reproche y, por ende, libera a la Corte de su exámen.

Se desecha el cargo.

Advierte sí la Sala, que el actor malentendió lo afirmado por el Tribunal en este tercer cargo, porque jamás dijo la Colegiatura, ni hay manera de entenderlo en ese sentido, que el reconocimiento de intereses por concepto de los daños morales debía ser en gramos oro y aplicados a la cifra inicial tenida como monto del resarcimiento por ese concepto.

Como esa disposición no existe en la sentencia, es de lógica entender que tal liquidación de intereses deberá aplicarse en pesos a la cifra que se deduzca al momento de hacerse efectivo el pago, por concepto de los 300 gramos oro tenidos como monto del resarcimiento por aquel concepto.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR el fallo impugnado. En firme, regrese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, y cúmplase

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

ESTAFA / PRESCRIPCION / COMPLICIDAD

LA PENA MAXIMA privativa de la libertad para los cómplices del delito de estafa, agravado por la cuantía es de 12 años y seis (6) meses, que resultan de la siguiente operación aritmética: 10 años correspondientes a la pena privativa de la libertad prevista para la estafa por el artículo 356 del Código Penal, más 5 años (la mitad de 10) por razón de la cuantía (art. 372.1), para un parcial de 15 años, menos 2 años y 6 meses (1/6 parte) por virtud de la complicidad.

Dicho término reducido a la mitad para efectos de determinar el tiempo de prescripción (arts. 80 y 84 C. P.), arroja 6 años y 3 meses.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado acta No. 18

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuso contra la sentencia de 28 de septiembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó, entre otros, a SEVERO MALAGON CARREÑO y LUIS OLIVO CRUZ AMAYA, por el delito de estafa, en concurso homogéneo sucesivo.

Antecedentes

1.- Los hechos que dieron origen a este proceso los relató el Tribunal de instancia de la siguiente manera:

"Severo Malagón Carreño abrió cuentas corrientes en el Banco de Bogotá sucursales San Martín y transversal 17 calle 25, y su amante Rosa Beatriz Rodríguez González en el Banco de Bogotá sucursal San Victorino, cuando ambos eran empleados de los Seguros Sociales.

"Por disposición de los Seguros Sociales las empresas afiliadas debían realizar los pagos patronales directamente en las cajas del Seguro, ubicadas en la avenida Caracas con calle 19, o en bancos autorizados a través de dinero en efectivo o cheques de gerencia.

"Severo Malagón Carreño, quien por la época de los hechos laboraba en la clínica San Pedro Claver, logró la amistad de los mensajeros de las empresas Manufactureras de cuero La Corona, Colsubsidio, Servi Aseo, Servi Lux, Coltelares y Proseguros a unos proponiéndoles una participación, a otros solo colaboración rápida en las labores de pago patronal evitándoles pérdida de tiempo en esa gestión.

"Así, entonces, los mensajeros acudían a donde Severo Malagón Carreño, quien previamente los citaba, le entregaban los cheques de gerencia adquiridos por las empresas para la cual laboraban junto con el recibo de cobro patronal de los Seguros Sociales. En algunas oportunidades al cabo de la media hora les hacía entrega del recibo citado con el debido registro de cancelación en caja y en otras los entregaba al día siguiente. Esta operación según los mensajeros y funcionarios de las empresas privadas se venía realizando meses atrás, sin que existiera, para ellos, fraude, pues, al mes siguiente llegaba el recibo de cobro patronal sin recargo o exigencia de cuota atrazada, además, las correspondientes tarjetas del Seguro eran entregadas oportunamente lo que implicaba que no había mora en el pago.

"Sin embargo, el día 25 de octubre de 1983, en el Banco de Bogotá oficina San Diego, sucursal no autorizada para el recaudo de cuotas patronales, aparecieron tres consignaciones cada una con tres cheques de gerencia a la orden del Instituto de los Seguros Sociales unos y otros como beneficiario bancos autorizados para esa captación, cheques que según las consignaciones irían a parar a las cuentas corrientes de Rosa Beatriz Rodríguez González y de Severo Malagón Carreño, amantes y compañeros de trabajo en la Clínica San Pedro Claver.

"Para la realización de esa operación en el Banco de Bogotá -San Diego-, no permitida porque los cheques solo podrían ser consignados

por el cruce restringido en cuenta del primer beneficiario, Rosa Beatriz y Severo contaban con la connivencia del cajero principal, señor Fabián Suárez Chávez y la ayuda de Nadia Diva Hernández de Palomino quien certificaba los cheques, cuando en verdad no lo podía hacer, pues, éstos iban a cuentas diversas del beneficiario.

"Ese 25 de octubre de 1983 los funcionarios del Banco de Bogotá San Diego al detectar tan graves anomalías pusieron los hechos en conocimiento de las autoridades evitándose que los nueve cheques de las tres consignaciones, se hicieran efectivos.

"La auditoría del Banco de Bogotá logró establecer que cheques de Gerencia destinados al pago de la cuota patronal fueron consignados en dicho banco -sucursal San Diego- con destino a las cuentas corrientes de Severo Malagón y Rosa Beatriz Rodríguez a través de las cuales sacaron dineros por la suma de $24.784.636.00, consignaciones que en su mayoría fueron timbradas por el cajero principal Fabián Suárez, amigo de Severo Malagón, quien figura girando varios cheques a José Gabriel Salas González, Ligia Andrade de Vasco, Luis Olivo Cruz Amaya y Carlos Eduardo Maldonado Vera" (fls. 26 a 38-7).

2.- El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado 20 Superior de Bogotá, que, mediante providencia de 30 de abril de 1985, calificó el mérito del sumario, llamando a responder en juicio criminal de tramitación ordinaria a varios de los implicados y sobreseyendo temporalmente a otros (fls. 1 a 95 -4). Apelada esa decisión, el Tribunal Superior le impartió confirmación con algunas modificaciones, mediante la suya de 16 de septiembre de 1987 (fls. 9 y ss. -6). Las siguientes fueron, en suma, las decisiones de los juzgadores de instancia:

-Llamamiento a juicio para Severo Malagón Carreño, Rosa Beatriz Rodríguez González y Fabián Suárez Chávez, como coautores de los delitos de falsedad por uso de documento público, estafa consumada en concurso homogéneo sucesivo sobre $24.784.636.00, y estafa tentada en concurso homogéneo sucesivo sobre $8.230.189.00, unas y otras (las estafas) agravadas por razón de la cuantía.

-Llamamiento a juicio para Naída Diva Hernández de Palomino como cómplice en los referidos ilícitos.

-Llamamiento a juicio para José Gabriel Salas González, Ligia Andrade de Vasco, Luis Olivo Cruz Amaya y Carlos Eduardo Maldonado Vera, como

cómplices de los delitos de estafa consumada en concurso homogéneo sucesivo y estafa tentada, también en concurso homogéneo.

-Llamamiento a juicio para Víctor Julio Alfonso Fajardo, Oscar Norberto Guarín Martínez, Nelson Salazar Ospina, Raúl Antonio Aguirre Bustamante y Carlos Alberto Cortés Cortés como cómplices del delito de estafa, en la modalidad de tentado, en concurso homogéneo.

-Sobreseimiento temporal para los procesados Nelson Eddy Mojica Daza, Enmanuel Orestes Contreras Montes, Jorge Enrique Sánchez Mora, Ricardo Sánchez Cruz, Germán Antonio González, Daniel Rodríguez, Miguel Hernández (ó Buitrago), Hernando Rodríguez, Alberto Gómez y Gabriel Malagón Carreño.

-Finalmente a los procesados enjuiciados se les sobreseyó temporalmente por los posibles delitos de falsedad material, falsificación o uso de sellos oficiales y "demás que puedan desprenderse", por razón de los endosos de los títulos valores.

3.- Por auto de 20 de octubre de 1992, el Juzgado de conocimiento, a instancia del Ministro Público, declaró prescrita la acción penal por el delito de falsedad por uso de documento privado.

También declaró la prescripción de la acción penal por los delitos de estafa tentada, respecto de quienes fueron llamados a juicio por dichos ilícitos en calidad de cómplices, es decir, respecto de Naida Diva Hernández de Palomino, José Gabriel Salas González, Ligia Andrade de Vasco, Luis Olivo Cruz Amaya, Carlos Eduardo Maldonado Vera, Víctor Julio Alfonso Fajardo, Oscar Norberto Guarín, Nelson Salazar Ospina, Raúl Antonio Aguirre Bustamante y Carlos Alberto Cortés Cortés (fls. 848 y 874 -4 y fls. 5 y ss - 7).

En decisión posterior, se decretó la prescripción de la acción penal para los autores de los delitos de estafa en la modalidad de tentativa (auto de mayo 20 de 1993, fls. 990 y ss -4)

4. El 7 de julio de 1993 el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal del Circuito dictó sentencia, mediante la cual condenó a los procesados Severo Malagón Carreño, Rosa Beatriz Rodríguez Gonzáles y Fabián Suárez Chávez a la pena principal de 8 años y 4 meses de prisión y multa de $ 83.334.oo, "como coautores del concurso homogéneo de delitos de estafa agravada,

en cuantía de $ 24'784. 636.oo", y a Naida Diva Hernández de Palomino, José Gabriel Salas González, Ligia Andrade de Vasco, Luis Olivo Cruz Amaya y Carlos Eduardo Maldonado Vera, a 4 años y 2 meses de prisión y multa de $ 41.667.oo, en calidad de cómplices de en los referidos ilícitos. A unos y otros, se les condenó a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal (fls. 1052 y ss. -4).

Apelado ese fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante el suyo de 28 de septiembre de 1993, revocó la condena de Ligia Andrade de Vasco, para en su lugar, absolverla. En lo demás, confirmó la sentencia impugnada, aclarando que el pago de los perjuicios debía hacerse a favor del Instituto de los Seguros Sociales (fls. 36 ss-7).

Contra dicha sentencia, como ya se anotó, interpusieron recurso de casación los defensores de los procesados Severo Malagón Carreño y Luis Olivo Cruz Amaya, impugnación que fue admitida por el Tribunal por auto de 29 de octubre de 1993 (fls. 79-7). Presentadas en tiempo las demandas y remitido el proceso a la Corte, esta Sala las declaró formalmente ajustadas a los requisitos de ley mediante proveído de 13 de abril de 1994 (fls. 5 cuaderno de la Corte).

Las demandas.-
Demanda a nombre de Severo Malagón Carreño:

Al amparo de la causal tercera de casación el recurrente sostiene que la sentencia de segundo grado es nula por cuanto, para la fecha de su proferimiento, la acción penal se encontraba prescrita.

Luego de referirse al momento a partir del cual debe contarse el término prescriptivo, afirma que su protegido y los demás precesados fueron condenados por el delito de estafa, en concurso homogéneo, y que como cada uno de los ilícitos que se les imputaron prescribe independientemente, el tiempo de extinción de la acción en ningún caso puede sobre pasar los diez (10) años, que es la pena privativa de la libertad máxima adscrita para la estafa. Dice que al interrumpirse ese término en virtud de la ejecutoria del auto de proceder (septiembre 25/87), debió empezar a correr de nuevo, pero solamente hasta la mitad, de donde concluye que para la fecha en que se dictó la sentencia de segundo grado (sept. 28/93), ya la acción se encontraba prescrita.

Solicita, por tanto, que se case la sentencia impugnada y se decrete la casación de todo procedimiento (fls. 103 y ss-7).

Demanda a nombre de Luis Olivo Cruz:

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, el censor acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial, por vía indirecta, "en virtud de ostensible y manifiesto error de hecho en el análisis de las pruebas aportadas al proceso" (fls. 115, 116-2).

Transcribe apartes de las sentencias de instancia referentes a los motivos que los jusgadores tuvieron para deducir responsabilidad a su patrocinado en calidad de cómplice, y afirma que dichos fallos "no establecieron" en qué consistió la participación o colaboración prestada por Cruz Amaya.

Al respecto anota:

"En el caso sub examine, la sentencia del Tribunal Superior incurrió en graves juicios de identidad sobre los medio de prueba que tuvo en cuenta para fundamentar la presunta complicidad. En efecto, de la demostración dentro del proceso únicamente (sic) que:

"Entre Severo Malagón y Cruz Amaya, hubo relación comercial (giro de cheques) dedujo objetivamente que: LUIS OLIVO CRUZ, es cómplice de este. "....."

"En dónde, Honorables Magistrados, o de qué medio de prueba se deduce o demuestra que Luis Olivo Cruz Amaya, contribuyó a la realización del punible de estafa?

"En qué consistió esa colaboración?

"De qué forma colaboró en la estafa que se produjo?

"Qué medio permite deducir que en cumplimiento de una promesa anterior al punible, Cruz Amaya, contribuyó a su realización?

"El Tribunal, y el fallador de instancia, tal vez para no dejar sensación de impunidad, le da un alcance a los medios de prueba que no lo tienen, y de un hecho deducen una supuesta colaboración que no se determinó y que debió determinarse. No bastaba pues con señalar que hubo giro

de cheques entre Malagón Carreño y Cruz Amaya, debía señalarse a través de qué mecanismo este colaboró en la estafa, y como eso no se demostró, el tribunal lo supuso, violando con ello la ley por la vía indirecta" (fls. 117 y 118-7).

Y concluye:

"El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D. C., en el fallo que se recurre, incurrió en manifiesto error de hecho al dar por demostrada la figura del dispositivo amplificador de la complicidad en el relato de estafa, a través de un falso juicio de identidad realizada sobre los medios de prueba aportados al proceso.

"Así entonces a través de las normas procesales que regulan los medios de prueba (documental e indiciaria arts. 274 y 300 del C. de P.P. O se dio aplicación indebida a los artículos 24 y 356 del Código Penal.

"Con base en lo expuesto, ruego a esta Sala, case, la sentencia impugnada y se profiera sentencia mediante la cual se absuelva al imputado" (fls. 119-7).

Concepto del Ministro Público.-

1.- En relación con la demanda a nombre el procesado Luis Olivo Cruz Amaya, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstiene de emitir concepto, pues estima que la acción penal tanto para él como para quienes fueron llamados a juicio en calida de cómplices, se encuentra prescrita.

Solicita, por tanto, decretar respecto de ellos cesación de procedimiento.

2.- En cuanto a la demanda a nombre de Severo Malagón Carreño, la Delegada sostiene que la prescripción que el censor alega aún no se ha presentado, pues el máximo de la pena fijada en la ley comprende también los aumentos o disminuciones por virtud de las circunstancias específicas de agravación o atenuación concurrentes.

Dice que, en tales condiciones, los 10 años de pena máxima previstos para la estafa deben aumentarse en cinco años (hasta en la mitad) por razón de la cuantía de los ilícitos (art. 372. 1 C.P.), para un parcial de quince (15) años, que reducidos a la mitad por mandato del artículo 84 ibídem arroja (7) años

y seis (6) meses, que es el tiempo en el cual prescribiría la acción. Y que como desde la ejecutoria del auto de proceder (16 de septiembre de 1987) no ha trascurrido aún dicho lapso, es evidente que el fenómeno prescritivo de la acción, respecto de Malagón Carreño, no se ha presentado.

Consecuentemente pide no cesar la sentencia impugnada (fls. 39 y ss. cd. Corte).

Consideraciones de la Corte:

La Sala examinará inicialmente lo relacionado con la prescripción del delito de estafa para quienes se encuentran llamados a juicio en calidad de cómplices, pues de haberse presentado este fenómeno jurídico, no habría lugar a decisión distinta de su declaración.

Como se recuerda, de los distintos cargos que se hicieron en el llamamiento a juicio, solamente se mantiene el relativo a la estafa consumada en concurso homogéneo sucesivo sobre $ 24'784.636.oo, de las que se acusa, en calidad de coautores, a Severo Malagón Carreño, Rosa Beatriz Rodríguez Gónzalez y Fabián Suárez Chávez, y en calidad de cómplices, a Luis Olivo Cruz Amaya, Naida Diva Hernández de Palomino, José Gabriel Salas González y Carlos Eduardo Maldonado Vera.

De acuerdo con el artículo 80 del Código Penal, la acción prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, término que, por mandato del artículo 84 ibídem, debe empezar a correr de nuevo a partir del auto de proceder ejecutoriado, por un tiempo igual a la mitad de aquél.

La pena máxima privativa de la libertad para los cómplices del delito de estafa, agravado por la cuantía, es ciertamente, como lo consigna el Procurador Delegado, de 12 años y seis (6) meses, que resultan de la siguiente operación aritmética: 10 años correspondientes al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para la estafa por el artículo 356 del Código Penal, más 5 años (la mitad de 10) por razón de la cuantía (art. 372.1), para un parcial de 15 años, menos 2 años y 6 meses (1/6 parte) por virtud de la complicidad (art. 24 ibídem).

Dicho término, reducido a la mitad para efectos de determinar el tiempo de prescripción (art. 80 y 84 C.P.), arroja 6 años y 3 meses.

El auto de proceder quedó ejecutoriado en el mes de septiembre de 1987, al se confirmado, con algunas modificaciones, por el Tribunal Superior de Bogotá (fls. 1 y ss. -4 y 9 y ss. -6).

Contados desde entonces los 6 años y 3 meses, se tiene que la acción penal para los cómplices efectivamentes se encuentra prescrita, pues dicho tiempo se habría cumplido en el mes de diciembre de 1993, cuando el proceso se encontraba en traslado a los recurrentes en casación para la presentación de las demandas.

Aunque algunos de los partícipes en este ilícito eran empleados oficiales, pues trabajaban en el Instituto de los Seguros Sociales (fls. 699 cd. 2), es lo cierto que para su comisión en nada influyó su investidura, ni el delito fue cometido en ejercicio de sus funciones oficiales ni con ocasión de éstas, razón por la cual no puede tenerse en cuenta el incremento del término de prescripción, dispuesto por el artículo 82 del Código Penal.

Así las cosas, se impone cesar procedimiento por razón de dicho delito, respecto de los cómplices.

Como esta decisión cobija al recurrente Luis Olivo Cruz Amaya, la Sala queda inhabilitada, por sustracción de materia, para pronunciarse sobre la demanda de casación presentada a su nombre.

Demanda a nombre de Severo Malagón Carreño.-

Se apoya en el hecho de encontrarse prescrita la acción penal para la fecha en que el Tribunal Superior de Bogotá dictó la sentencia de segunda instancia.

Ya en el acápite anterior se dejó dicho que el término de prescripción para el delito de estafa, consumado y agravado por razón de la cuantía, es de quince (15) años.

Reducida esa cifra a la mitad, por virtud del mandato contenido en el artículo 84 del Código Penal, obtenemos como resultado 7 años y 6 meses, que vendría a ser el tiempo requerido para que opere la prescripción de la acción en relación con sus autores.

Más como ese término, contado a partir de la ejecutoria del auto de proceder (septiembre de 1987), no ha transcurrido aún, se concluye que la

acción penal no está prescrita, ni menos aún lo estaba para cuando se dictó la sentencia de segunda instancia.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1.- DECLARAR la cesación de procedimiento en favor de los procesados Luis Olivo Cruz Amaya, Naida Diva Hernández de Palomino, José Gabriel Salas González y Carlos Eduardo Maldonado Vera, en su condición de cómplices del delito de estafa consumada en concurso homogéneo sucesivo sobre $24'784.636.oo, por prescripción de la acción penal.

2.- NO CASAR la sentencia impugnada en relación con las conductas no declaradas prescritas, esto es, en cuanto condena a los procesados Severo Malagón Carreño, Rosa Beatriz Rodríguez Gónzalez y Fabián Suárez Chávez, como coautores de lor referidos ilícitos.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTRADICION / FAVORABILIDAD

El artículo 549 del Código de Procedimiento Penal establece dos requisitos para que el Gobierno Colombiano conceda u ofrezca la extradición de un ciudadano en situaciones distisntas a los delitos políticos o de opinión. El primero de ellos, cuando el hecho que la motiva esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años; asimismo, que por lo menos se haya proferido contra el requerido, en el exterior, resolución de acusación o su equivalente.

Igualmente, el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal impone a la Sala fundamentar el concepto con base en la validez formal de la documentación aportada, 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 del caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

2.- El principio de la doble incriminación, otro de los postulados en que la Sala debe fundamentar el concepto de extradición, hace referencia a la identidad que debe existir en la norma delictiva, es decir, el ilícito por el cual se reclama a un individuo, esté estatuido como delito tanto en el Estado requirente como en el requerido y para nuestra legislación, que tenga como sanción pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años.

3.- Una cosa es el proceso penal que le corresponde a las autoridades extranjeras adelantarlo conforme a su legislación y otro muy distinto es el trámite especial de extradición que se surte en nuestro país, conforme al cual la Corte de manera objetiva examina la procedencia con base en la documentación aportada por el Estado requirente y en la normativa vigente al momento de la petición u ofrecimiento.

El principio de favorabilidad tendría operancia si la Corte en lugar de conceptuar tuviera que cumplir funciones de instancia o de Tribunal de Casación para imponer la pena; pero aquí la pena tiene relevancia únicamente para llenar un requisito de procedibilidad, que evidentemente es de aplicación inmediata por tratarse de una norma procesal sin contenido sustancial.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 016 (Febrero 9/95)

Vistos

Procede la Sala a emitir el concepto de rigor en relación con la solicitud de extradición formulada por el Gobierno Italiano respecto de su súbdito CESARE CIULLA.

Antecedentes

Mediante nota verbal número 2231 del 25 de mayo de 1994 el Gobierno de Italia formalizó la petición de extradición del ciudadano Cesare Ciulla. El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministro de Justicia remitió a esta Corporación, para el concepto del caso, la documentación que le presentó la Embajada de Italia en nuestro país, solicitando la extradición de su nacional.

El requerido en extradición fue condenado por el Tribunal de Apelaciones de Milán el día 1 de febrero de 1985 y el Tribunal de Apelaciones de Palermo con pronunciamiento que lleva fecha del 2 de agosto de 1992 y cuyos cargos los sintetizaron de la siguiente manera:

A) Tribunal de Apelaciones de Milán:

"1) Por haberse asociado con otras personas para crear una organización finalizada tanto a la detención e importación ilegal de grandísimas

cantidades de substancias estupefacientes, del tipo cocaína (por lo menos 170,2 - 180,2 Kg de cocaína), procedentes de América del Sur, como a su sucesiva comercialización en el territorio del Estado.

"En Catania y Milán hasta el mes de marzo de 1982.

"2) Por haber provisto, en concurso con otras personas, la importación desde Bolivia, vía Suiza, y la detención de grandes cantidades de cocaína.

"Hechos que tuvieron lugar en Milán el 11 - 12 12/81 y el 23.1.82 y en Ponte Chiasso el 29.1.1982.

"3) Por haber intentado importar ilícitamente en el territorio nacional -actuando en concurso con otras personas- 20,7 kg de cocaína procedente de Bolivia, vía Brasil y Suiza, no logrando llevar a cabo tal intento porque dicha droga era intervenida en el territorio suizo por la policía de aquel Estado tras señalización de la 'Guardia di Finanza' de Milán.

"Hechos comprobados en Lugano y Zurich el 19.3.82.

Con los anteriores hechos Cesare Ciulla vulneró los artículos 71 (Actividades ilícitas), 74 (Circunstancias agravantes específicas), 75 (asociación para delinquir) de la ley del 22. 12. 1975 n. 685, acarreándole la pena de 12 años de reclusión y 120 millones de liras de multa.

B) Tribunal de Apelaciones de Palermo

"Haberse asociado con la finalidad de cometer varios delitos de producción y comercio de substancias (sic) estupefacientes, ocupándose en particular de la compra y del transporte a Sicilia de los productos químicos necesario para el refinado de la heroína, comprobado en Alcamo hasta el 14.6.85.".

Por los anteriores hechos, el Tribunal de Apelaciones de Palermo condenó al solicitado en extradición a la pena de seis años de reclusión y 50 millones de liras en multa.

Repartidas a este despacho las diligencias, con auto del 20 de junio de 1994 se ordenó con base en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal correr traslado al solicitado en extradición y a su defensor para que solicitaran las pruebas que estimaran pertinentes

Tanto el requerido, éste en forma extemporánea, como su defensor solicitaron varios medios de prueba, los cuales con providencia del 18 de agosto de 1994 se negaron al considerarse improcedentes; sin embargo, de manera oficiosa, la Sala dispuso allegar la resolución número394 DPR1990 por medio la cual, supuestamente, se reconocía la concesión de indulto al solicitado en extradición, tal como él mismo lo pidió.

La resolución número 394 DPR1990, se allegó y en la nota diplomática el Gobierno italiano manifestó que "las normas contenidas en el D.P.R. 394/90 no se aplican en el caso del ciudadano italiano CIULLA Cesare, según lo establecido en el artículo 3 lett. b.n.1 y 2 del D.P.R. 394/90".

Igualmente obra en el expediente oficio dirigido por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho en el que se informa que contra el solicitado en extradición Casere Ciulla, el Fiscal Seccional 252 de la Unidad de Investigaciones Especiales profirió resolución de acusación por el delito de falsedad ideológica en documento público, agravada por el uso, pronunciamiento que lleva fecha del 29 de diciembre del años próximo pasado.

Por auto del 1o. de diciembre de 1994 la Corte ordenó correr traslado al solicitado en extradición y a su defensor por el término de 5 días para que presentaran los respectivos alegatos. Término del que hicieron uso tanto el defensor como el requerido de la siguiente manera:

Alegatos del defensor y del requerido en extradición

El defensor inicia el alegato defensivo informando que los hachos por los cuales la Corte de apelación de Milano condenó al solicitado en extradición, ocurrieron con anterioridad a febrero de 1986, por lo que para determinar la viabilidad de la extradición, la Sala deberá partir de los 3 años que establece el Decreto 1188 de 1974 que es la norma aplicar en estos efectos en virtud del principio de favorabilidad.

Recuerda que los presupuestos para que la Corte emita conceptos favorables son: que exista tratado de extradición entre el país solicitante y el país requerido; que no se trate de delito político; y que tanto el país requiriente "como en Colombia el delito esté sancionado con un mínimo de pena de cuatro (4) años".

Por lo anterior, el tercer presupuesto que hace referencia al quántum punitivo - 4 años- para la procedencia de la extradición no se da a cabalidad en este asunto, habida cuenta que conforme al artículo 29 de la Constitución Nacional señala que la norma aplicar en un litigio de carácter penal es la vigente al momento en que sucedieron los hechos, que en el caso que nos ocupa sería el Decreto 1188 de 1974 que contemplaba como sanción mínima "para el delito de narcotráfico era de tres (3) años".

Por otra parte, el artículo 60 de la Ley 81 de 1993 debe ser tenida en cuenta por la Corte al momento de "decidir", pues se hace necesario que se haga una acumulación jurídica de las penas.

En efecto, afirma el defensor, que luego de proferidas las sentencias condenatorias, el mismo Gobierno italiano ha otorgado algunas amnistías a los condenados "y por ello son aplicables a mi cliente para efectos de saber si ha cumplido la pena impuesta o no".

Después de enunciar la ley conocida en Italia como DPR del 22 de diciembre de 1990 sostiene que su defendido sería acreedor a una rebaja de pena de un año, por lo que considera que la sanción privativa de la libertad que le fuere impuesta estaría cumplida, más aún, cuando Cesare Ciulla "ha guardado excelente conducta durante el tiempo que estuvo recluido en prisión".

Finaliza afirmando que en virtud del principio de la reciprocidad no es posible la extradición de Cesare Ciulla," pues ya ha cumplido la pena y de ser entregado sería motivo de retaliaciones jurídicas e interpretaciones irresponsables de la ley para violar sus derechos, lo cual está expresamente prohibido tanto en nuestra ley como en la Italiana, pero que no se respetan....".

Por su parte, el solicitado en extradición en el escrito que presentó ante esta Corporación refuerza las argumentaciones de su defensor en lo que respecta al principio de favorabilidad y al presunto cumplimiento de la pena que le fuera impuesta por los Tribunales Italianos.

Concepto de la Sala

El artículo 549 del Código de Procedimiento Penal establece dos requisitos para que el Gobierno Colombiano conceda u ofrezca la extradición de un ciudadano en situaciones distintas a los delitos políticos o de opinión. El

primero de ellos, cuando el hecho que la motiva esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años; asimismo, que por lo menos se haya proferido contra el requerido, en el exterior, resolución de acusación o su equivalente.

Igualmente, el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal impone a la Sala fundamentar el concepto con base en la validez formal de la documentación aportada, 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 extrajero y cuando fuere del caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

La documentación que aportó el Gobierno Italiano es válida al provenir precisamente de un Estado plenamente reconocido y al adjuntar las piezas procesales que se exigen en este trámite.

Si bien es cierto el gobierno Italiano fue enfático en señalar en la nota diplomática que las sentencias "fueron traducidas exclusivamente en lo que se refiere al caso del ciudadano Italiano CIULLA Cesare, debido a la extensión misma del material", también lo es que por ese solo motivo no se puede predicar la falta de uno de los requisitos formales que exige nuestra normativa procesal, habida cuenta que, como se sostuvo en proveído del 18 de agosto del año próximo pasado y dentro de este mismo expediente:

> "Cuando el numeral 1o. del artículo 551 exige copia o trascripción de la sentencia, es de entender que este término se refiere a las pruebas y al juicio de responsabilidad que corresponden al requerido y no sobre aquellos que en nada interesa al trámite especial, pues como se ha dicho, para emitir su concepto a la Corte solo le basta establecer los requisitos del artículo 549 y concordantes del Código de Procedimiento Penal que se refiere al requerido, sin que le sea propio entrar a cuestionar el fondo de la providencia, o decisiones allí contenidas que afectan a otros procesados".

También se escuentra plenamente establecida la identidad del requerido no solo con los documentos que se aportaron con la petición de extradición, sino que el mismo defensor como el solicitado confirman este aserto, al aseverar en los varios escritos que han dirigido a esta Corporación que el señor Cesare Ciulla es un ciudadano Italiano; y es la misma persona a que se refieren las sentencias que se allegaron a este trámite especial.

El principio de la doble incriminación, otro de los postulados en que la Sala debe fundamentar el concepto de extradición, hace referencia a la identidad que debe existir en la norma delictiva, es decir, el ilícito por el cual se reclama a un individuo, esté estatuído como delito tanto en el Estado requiriente como en el requerido y para nuestra legislación, que tenga como sanción pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años. Sobre este aspecto debe aclarar la Sala que algunos cargos que se le formularon al solicitado en extradición y que conoció el Tribunal de Apelaciones de Palermo se refieren a conductas que no constituyen delitos en Colombia (contrabando de divisas y de tabaco rubio) y por ello, no se daría el principio de la doble incriminación, lo cierto es, que por estas infracciones a la ley penal italiana no fue sentenciado el requerido, señor Cesare Ciulla.

Es una verdad que los hechos por los cuales, los Tribunales de Apelación de Milán y de Palermo impartieron confirmación a las sentencias de primera instancia que condenaron al requerido en extradición, señor Cesare Ciulla, constituyen delitos en nuestra legislación, los que hacen relación al tráfico de estupefacientes se encuentran regulados en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, al contener esta norma varias conductas que le fueron imputadas tales como: "introduzca al país, así sea de tránsito..." y "transporte", las cuales están sancionadas con pena de prisión que fluctúan entre los 4 y 12 años; y el que denominan asociación para delinquir, también se escuentra tipificado en el artículo 44 de la precipitada Ley 30 o Estatuto Nacional de Estupefacientes, con sanción de prisión mínima de 6 años.

Entonces, se encuentra plenamente establecido que los delitos por lo cuales los Tribunales Italianos condenaron al requerido, también constituyen infracciones a la ley penal Colombiana, reprimidos con penas privativas de la libertad que se ajustan al requisito que exige nuestra legislación para la procedencia de la extradición, es decir, cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años.

Ahora bien, la defensa pretende que la Corte conceptúe desfavorablemente a la petición de extradición, por cuanto los hechos por los cuales se condenó al requerido en extradición sucedieron en los años de 1982 y 1985, siendo aplicable, en virtud del principio de favorabilidad, para estos efectos, el Decreto 1188 de 1974 que contenía una sanción mínima de tres (3) años de prisión.

Ante todo debe recordársele al defensor que la extradición tiene como finalidad, ser un mecanismo de asistencia y cooperación judicial entre

diversos Estados para lograr la entrega del sentenciado o infractor al Estado en cuyo territorio se cometió el hecho y del cual logró evadirse.

La pretendida aplicación del principio de favorabilidad carece de razón, por cuanto que la Sala no debe emitir un juicio de responsabilidad penal contra el requerido, que parece así entenderlo el defensor, sino que con los parámetros que fijó el legislador examina la procedencia o no de ls solicitud de extradición, y uno de esos parámetros es que el quantum punitivo tenga como mínimo, en esta época y no cuando se cometió el delito, pena de prisión de cuatro (4) años, situación que se estructura a cabalidad en este trámite, el cual se inició en vigencia de la Ley 30 de 1986.

Una cosa es el proceso penal que le corresponde a las autoridades extrajeras adelantarlo conforme a su legislación y otro muy distinto es el trámite especial de extradición que se surte en nuestro país, conforme al cual la Corte de manera objetiva examina la procedencia con base en la documentación aportada por el Estado requiriente y en la normativa vigente al momento de la petición u ofrecimiento.

El principio de favorabilidad tendría operancia si la Corte en lugar de conceptuar tuviera que cumplir funciones de instancia o de Tribunal de Casación para imponer la pena; pero aquí la pena tiene relevancia únicamente para llenar un requisito de procedibilidad, que evidentemente es de aplicación inmediata por tratarse de una norma procesal sin contenido sustancial. Las normas que contemplan el trámite de extradición en el Código de Procedimiento Penal Colombiano no tienen el carácter de sustanciales, como parece entenderlo erradamente el defensor y esa es la razón por la cual la garamtía constitucional invocada resulta inaplicab,e en los términos en que ha sido plantada.

Si los argumentos anteriores no fuesen suficientes, debe precisarse que cuando se sucedieron los hechos delictivos en suelo italiano rigiendo en nuestra Patria el Decreto 409 de 1971 como norma procesal que en su artículo 734 preveía los requisitos para conceder u ofrecer la extradición y en su numeral 1o. disponía "Que el hecho que la motiva también este previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años....".

Por su parte el Estatuto Nacional de Estupefacientes vigente para la época era el Decreto 1188 de 1974, que para los delitos de tráfico de este tipo de

sustancias preveía una sanción privativa de la libertad de 3 a 12 años de presidio en su artículo 38.

Lo anterior nos lleva a la clara conclusión que por la pena señalada para este tipo de conductas, las mismas eran susceptibles de extradición puesto que tenían prevista una pena privativa de la libertad no inferior a cuatro años.

Es decir que las conductas por las cuales fue condenado el solicitado en extradición permitían la extradición en aquel entonces y siguen permitiéndola y en tales condiciones no es pertinente la pretendida aplicación de la ley favorable.

Tampoco les asiste razón al defensor y al requerido en cuanto a que no es procedente la extradición al haber cumplido el sentenciado las penas que le fueron impuestas conforme a la acumulación jurídica que de ellas realice la Corte, habida cuenta que esa facultad sería a todas luces contraria al derecho internacional, al suplantar a los Tribunales Italianos que serían los únicos en tener jurisdicción para resolver ese tipo de peticiones extrañas a este trámite especial.

La Corte consideró oportuno que se allegara al expediente la copia autenticada de la resolución número 394 por medio de la cual, supuestamente, se reconocía el indulto al requerido en extradición señor Cesare Ciulla. Incorporada la resolución se observa que ésta en ningún momento hace referencia a que el requerido fuera indultado, sino que se trata de una legislación para obtener este beneficio previo el lleno de requisitos que no serían del caso entrar a examinar, pues como se dijo, esta Corporación carece de jurisdicción para resolver este tipo de peticiones. Además el gobierno italiano fue enfático en sostener que "las normas contenidas en el D.P.R. 394/90 no se aplican en el caso del ciudadano italiano CIULLA Cesare, según lo establecido en el artículo 3 lett. b n. 1 y 2 del D.P.R. 394/90".

Sobre la petición que eleva el jefe de la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación de Colombia, a la Oficina Jurídica de nuestro Ministerio de Justicia y del Derecho, para que decida sobre la procedencia de la entrega diferida del solicitado, por cuando en su contra se profirió resolución de acusación por el delito de falsedad ideológica, evidentemente ningún pronunciamiento debe emitir esta Sala, por cuanto esos aspectos son del resorte exclusivo del Ejecutivo, tal como lo preceptúa el artículo 560 del Estatuto Procesal Penal.

Así las cosas, estando reunidos los requisitos que exige nuestra legislación procesal, la Sala emitará concepto favorable a la petición de extradición solicitada por el Gobierno Italiano de su súbdito Cesare Ciulla.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

Primero: CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE respecto de la solicitud de extradición del ciudadano italiano CESARE CIULLA, fomulada por el Gobierno de su País natal.

Segundo: Disponer que previas las anotaciones del caso se devuelva el expediente a la Oficina Jurídica del Ministro de Justicia para que continúe el trámite legal correspondiente.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz (Salvamento de Voto), Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. (Salvamento de Voto).

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTRADICION / DOBLE INCRIMINACION
(Salvamento de Voto)

La doble incriminación es un asunto calificado, porque no basta con que la conducta que motiva la solicitud de extradición sea típica en el derecho penal del país requirente y en el del país requerido, simo que además es indispensable que dicho comportamiento esté "reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años", tal como lo preceptúa el original primero del artículo 549 *ibídem.*

Yo considero que la citada Ley 30 de 1986 jamás podía tenerse como base para dar por cumplido con ella el requisito de la doble incriminación, en ninguno de sus dos aspectos, por la trascendental razón de que ella no existía para el momento en que se cometieron los delitos que motivan la extradición, y por tanto, su referencia implica una aplicación retroactiva de la ley penal, que por ser en este caso, desfavorable, no es permitida por la Constitución Nacional.

SALVAMENTO DE VOTO

A pesar del gran respeto que profeso por la decisión mayoritaria, no puedo compartirla, toda vez que en mi opinión el concepto para extraditar el señor CESARE CIULLA debió ser negativo, por estas razones:

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 558 del Código Procedimiento Penal, el concepto que debe emitir la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la extradición, se fundamentará "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" (sin subrayas en el original).

Mi discrepancia con la decisión mayoritaria se circunscribe, exclusivamente, al requisito de la doble incriminación, que la Sala da por debidamente estructurado, pero que yo sigo convencido de que no se encuentra satisfecho a cabalidad.

Es importante destacer que la doble incriminación es un asunto calificado, porque no basta con que la conducta que motiva la solicitud de extradición sea típica en el derecho penal del país requirente y en el del país requerido, sino que además es indispensable que dicho comportamiento esté "reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea a cuatro años", tal como lo preceptúa el ordinal primero del artículo 549 *ibídem.*

Para la mayoría de la Sala, el anterior requisito se dio por satisfecho con base en los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986, no obstante que estas normas no existían para la época en que se realizaron las conductas típicas que motivan la extradición del señor Ciulla.

A diferencia de lo que opina la mayoría de la Sala, yo considero que la citada Ley 30 de 1986 jamás podía tenerse como base para dar por cumplido con ella el requisito de la doble incriminación, en ninguno de sus dos

aspectos, por la trascendental razón de que ella no existía para el momento en que se cometieron los delitos que motivan la extradición, y por tanto, su referencia implica una aplicación retroactiva de una ley penal, que por ser en este caso, desfavorable, no es permitida por la Constitución Nacional, que de manera expresa y sin excepciones la prohíbe:

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (art. 29, inciso 3o.).

Si en la misma decisión mayoritaria se afirma que "el Estatuto Nacional de Estupefacientes vigente para la época (se refiere a la época en que fueron realizadas las conductas por el solicitado, aclaro) era el Decreto 1188 de 1974, que para los delitos de tráfico de este tipo de sustancias preveía una sanción privativa de la libertad de 3 a 12 años de presidio", resulta evidente que se le dio aplicación retroactiva a la Ley 30 de 1986 (los hechos sucedieron en 1982 y 1985), que por haber incrementado la pena prevista en el referido Decreto 1188 indiscutiblemente es una ley desfavorable.

La mayoría de la Sala entiende que "la pretendida aplicación del principio de favorabilidad carece de razón, por cuanto que la Sala no debe emitir un juicio de responsabilidad penal contra el requerido... sino que con los parámetros que fijó el legislador examina la procedencia o no de la solicitud de extradición, y uno de esos parámetros es que el quántum punitivo tenga como mínimo, **en esta época y no cuando se cometió el delito**, pena de prisión de cuatro (4) años, situación que se estructura a cabalidad en este trámite, el cual se inició en vigencia de la Ley 130 de 1986".

Con este mismo argumento, habría que aceptar la procedencia de la extradición por un hecho que cuando se cometió no era delito en Colombia, pero que al momento de iniciarse el trámite de la reclamación ya sí lo es, porque como lo sostiene la mayoría, la ley penal que sirve de base para la verificación de este requisito no es la que regía en el momento de la comisión del delito, sino la vigente para la expedición del concepto.

Yo entiendo, y en esto radica mi discrepancia con la decisión mayoritaria, que el requisito de la doble incriminación calificada sólo puede darse por satisfecho, cuando el hecho que motiva la extradición pudiera ser castigado en Colombia con una pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años. Y entendido así el asunto, obvio resulta que el concepto debió ser negativo, toda vez que si se pretendiera juzgar al señor

Ciulla en Colombia, por los hechos que motivan su reclamación, necesariamente tendría que ser sometido a las sanciones previstas por el Decreto 1188 de 1974, ninguna con duración mínima no inferior a cuatro años, porque era la norma vigente para el momento en que se cometieron los ilícitos, y por ser más favorable frente a las previsiones de la Ley 30 de 1986. Creo que sólo con esta interpretación se logra dar una aplicación integral al principio de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, que no reconoce excepciones y que como es bien sabido, dada su trascendencia no sólo aparece consignado en la Constitución Nacional (art. 29), sino que es repetido también en el Código Penal (art. 6) y en el Estatuto Procesal Penal (art. 10).

Una consideración adicional que también sirve a la mayoría para sustentar su tesis, consiste en que si se tuviera en cuenta el decreto 1188 de 1974, también habría que tomar en consideración los requisitos que para la extradición exigían las normas procesales vigentes (Decreto 409 de 1971) para cuando regía tal decreto, y que en estas condiciones la extradición, con base en estos dos estatutos, también sería procedente.

"Es decir =concluye el concepto= que las conductas por las cuales fue condenado el solicitado en extradición permitían la extradición en aquel entonces y siguen permitiéndola y en tales condiciones no es pertinente la pretendida aplicación de la ley favorable".

Poco afortunado este último argumento, no sólo por basarse en una conjetura de imposible realización (que la solicitud de extradición se formulara en vigencia del Decreto 409 de 1971, derogado desde 1987 por el Decreto 050 de ese año), sino porque no demuestra la razón por la cual "en tales condiciones no es pertinente la pretendida aplicación de la ley favorable", que es precisamente lo que se discute. Con esta argumentación claramente se incurre en el sofisma de petición de principio.

Por la fundamentales razones que sucintamente acabo de expresar, me he apartado de la decisión mayoritaria.

GUILLERMO DUQUE RUIZ
Magistrado

EXTRADICION
(Salvamento de Voto)

Las mismas ideas y proposiciones que pensaba escribir para Justificar mi criterio disidente en este asunto -montadas sobre la ausencia en el acto sub examen de los presupuestos inherentes al principio de la doble incriminación- las veo fielmente reflejadas en el salvamento de voto suscrito por el Magistrado DUQUE RUIZ, que está en lo cierto. Así, juzgo, innecesario agregar notas distintas a las expresadas por él y que acaso no necesiten ser más vastamente ilustradas. Me adhiero, pues, a lo conocido y escrito.

Cordialmente,

JORGE ENRIQUE VALENCIA M
Magistrado

Fecha ut supra

ABUSO DE FRANQUICIA POSTAL

Tal como fue confeccionada la precitada legislación (Decreto 0258 de 1958 y Ley 141 de 1961) permite el envío de la correspondencia sin límite alguno, para el cumplimiento de sus funciones oficiales y también para asuntos personales, lo que obviamente no descarta que se trate de asuntos relacionados con campañas políticas, como se puede claramente deducir del texto del decreto citado.
Las únicas restricciones que podrán existir en el envio de la correspondencia son los que hacem referencia al correo en general, en cuanto dimensiones, peso y condiciones de empaque, señalados en el Decreto 1418 de 1945, del entonces denominado Ministerio de Correos y Telégrafos. Y la otra, que el envío se efectúe en territorio nacional.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 23.

Vistos

La Sala de Casación Penal entra a decidir si es pertinente o no abrir investigación penal contra el doctor GUSTAVO GALVIS HERNANDEZ, actual Senador de la República.

Antecedentes

Con base en una publicación del Periódico El Tiempo de fecha 9 de marzo de 1994, intitulado "Uso y Abuso de la franquicia postal", el ciudadano que dijo llamarse Victor Julio González C., puso en conocimiento tal situación a la Sala Penal de la Corte y sostuvo que ese hecho no puede quedar en el vacío y en la impunidad.

El informe publicado hace referencia a una rueda de prensa del entonces Veedor del Tesoro, doctor Jorge García Hurtado, en el que acusó a varios congresistas entre los que se encuentra el doctor Gustavo Galvis Hernández de aprovecharse de la franquicia postal para hacer política.

Con auto del 22 de marzo de 1994 la Sala ordenó la respectiva investigación preliminar con el fin de establecer la competencia y si lo denunciado constituye delito, para lo cual dispuso la práctica de plurales medios de pruebas de los cuales se deduce los siguientes hechos:

1.- Que el doctor Gustavo Galvis Hernández actualmente ostenta la investidura de congresista al haber sido elegido Senador de la República por circunscripción nacional para el período constitucional de 1994 - 1998.

2.- El Decreto Número 0285 de 1958 emanado del Ministerio de Comunicaciones concede la franquicia para la correspondencia de los Senadores y Representantes en el ejercicio de sus funciones y con destino al interior de la República, el cual fue convertido en legislación permanente por la Ley 141 de 1961.

3.- Que en los listados del Senado de la República para los despachos postales el congresista imputado solo envió correspondencia dentro del territorio nacional.

4.- Que la Veeduría del Tesoro no adelantó averiguación disciplinaria en torno a la franquicia postal en contra del doctor Gustavo Galvis Hernández.

5.- En la diligencia de versión libre que rindió el imputado doctor Gustavo Galvis Hernández ante este despacho manifiesta que el uso de la franquicia depende del trabajo de cada congresista y además la ley los faculta para usarla cuando lo estimen a bien, anexando para tal efecto copia de la Ley 141 de 1961.

6.- Que la investigación que adelantó la Contraloría General de la República en las dependencias del Senado de la República por presuntas irregularidades en el uso de la franquicia postal terminó con el archivo de las diligencias.

Consideraciones de la Corte

Es claro que la Sala tiene competencia para pronunciarse en este asunto comoquiera que en la actualidad el imputado Gustavo Galvis Hernández ostenta la investidura de Senador de la República al tenor de lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 235 de la Constitución Nacional.

Los cargos que se le han formulado al precitado congresista consisten en un presunto abuso de la franquicia postal que tienen los congresistas en virtud del Decreto 0285 de 1958 que posteriormente fue convertido en legislación permanente por la Ley 141 de 1961, disposiciones que facultan tanto a los Senadores como a los Representantes a enviar su correspondencia con destino al interior de país siempre que lleve al reverso la firma autógrafa del parlamentario "que la remita y se incluya en la relación de la respectiva Cámara".

Entonces, tal como fue confeccionada la precitada legislación permite el envio de la correspondencia sin límite alguno, para el cumplimiento de sus funciones oficiales y también para asuntos personales, lo que obviamente no descarta que se trate de asuntos relacionados con campañas políticas, como se puede claramente deducir del texto del decreto citado.

Las únicas restricciones que podrán existir en el envío de la correspondencia son las que hacen referencia al correo en general, en cuanto dimensiones, peso y condiciones de empaque, señalados en el Decreto 1418 de 1945, del entonces denominado Ministerio de Correos y Telégrafos. Y la otra, que el envío se efectúe dentro del territorio nacional.

Así las cosas, la conducta del imputado no se puede considerar delictiva, pues es cierto que éste hizo uso de la franquicia postal dentro de los términos de la multicitada normatividad, es decir, que la correspondencia vaya firmada por el Senador o Representante, incluída en la lista de la respectiva Cámara y que no sobrepase las especificaciones de dimensión y peso establecidos como topes máximos. Presupuestos que en últimas deberán controlar los funcionarios de la administración postal y no el congresista, por lo que, en ningún caso habría lugar para deducir una responsabilidad de tipo penal en contra del destinatario de tal dispensa.

Razón tuvo Contraloría General de la República cuando sostuvo en pronunciamiento del 12 de octubre de 1994 que:

"De acuerdo al análisis probatorio antes efectuado, se puede apreciar que no se amerita el establecimiento de responsabilidades fiscales en concreto sobre personas determinadas, porque como ya es conocido en el desarrollo de la presente investigación se constató la existencia de la franquicia postal, de acuerdo con el Decreto 0258 de 1958 y su conversión en legislación permanente pos la Ley 141 de 1991".

"Esta franquicia no es limitada y como su nombre lo indica su servicio es gratuito lo que no constituye erogación del presupuesto del Senado y al no haberlo, lógicamente no se puede hablar de responsabilidad o incidencia fiscal".

"La Administración Postal, deberá en el futuro reglamentar el uso de esa franquicia limitando de manera objetiva el uso por parte de los Honorables Congresistas, evitando con esto las interpretaciones personales para su uso".

Lo anterior significa que el hecho denunciado es atípico, situación prevista en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal como sustento de una resolución inhibitoria, que será la decisión que la Sala adoptará en este pronunciamiento, tal como lo solicita el defensor del imputado.

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

Resuelve

INHIBIRSE de abrir investigación penal contra el Senador Gustavo Galvis Hernández, por cuanto el hecho que se le atribuye es atípico.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Se concluye con claridad que siendo el Fiscal General un funcionario de esa entidad investigadora y acusadora, su competencia para comisionar se circunscribe a la práctica de pruebas para que sean realizadas por funcionarios judiciales o de policía judicial que no sean corporaciones, y esta comisión se debe precisar señalando las diligencias que se han de llevar a cabo y el término en que han de ser cumplidas.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 023 (Febrero 21 de 1995)

Vistos

Decide la Sala la solicitud formulada el 25 de noviembre de 1994 por el doctor Fabio Espitia Garzón, Fiscal Delegado ante esta superioridad, para que se le reconozca como sujeto procesal en este asunto, por virtud de la comisión conferida por el Fiscal General de la Nación.

Antecedentes

El Fiscal Delegado ante esta Corporación advierte que, como consecuencia de la inexequibilidad parcial declarada por la Corte Constitucional el 20 de octubre del año pasado, respecto del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, fallo en el cual se aclaró que el Fiscal General de la Nación

puede comisionar a los Fiscales Delegados para situaciones procesales distintas a la calificación del mérito de la instrucción, y con base en los artículos 19 y 22 numeral 3o. del Decreto 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía), el señor Fiscal General de la Nación, el 8 de noviembre pasado, expidió la resolución número 2482, en cuyo artículo 4o. comisionó a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, "para que, bajo la dirección y vigilancia de este despacho, participen en la fase del juicio".

Por todo lo anterior, solicita a la Corte que se le reconozca como sujeto procesal para actuar en la etapa de juzgamiento en el proceso que se sigue contra Alvaro Gómez Suárez por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien interviene en este proceso como representante del Ministerio Público, puso a consideración de la Sala las razones por las cuales la petición del doctor Espitia Garzón debe ser rechazada.

Consideraciones de la Corte

En efecto, el artículo 121 del C. de P. P., modificado por el artículo 17 de la Ley 81 de 1993, señalaba como atribución del Fiscal General de la Nación "Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución". (Subraya esta Sala).

Sin embargo, en el referido fallo del 20 de octubre de 1994, la Corte Constitucional declaró inexequible la frase resaltada en la transcripción anterior. El fundamento de esa decisión está contenido en las siguientes argumentaciones:

> "La Corte Constitucional debe apartarse de las consideraciones expuestas por el Jefe del Ministerio Público, toda vez que para esta Corporación, las funciones consignadas en el artículo 251 citado, -en particular la de investigar, calificar y acusar a los altos funcionarios del Estado que gocen de fuero constitucional-, *revisten el carácter de indelegables* y, por tanto, solo el señor Fiscal General de la Nación puede asumirlas y ejecutarlas. La anterior posición se fundamenta en tres argumentos principales que, por lo demás, se relacionan entre sí.

Para entender el alcance de la expresión "especial" que utilizó el Constituyente al asignar las funciones del Fiscal General y desentrañar si ellas son o no indelegables, el fallo de inexequilidad acudió al espíritu del legislador y recordó que en la discusión de la ponencia sobre la Fiscalía General de la Nación, se aprobó sustituir el término indelegables por el de especiales. Por ello la sentencia incluyó en su texto los siguientes apartes de tales discusiones del Constituyente:

> "(...) Digamos, la acusación ante la Corte Suprema de Justicia de los altos funcionarios, del Presidente de la República pues no puede estar radicada en un fiscal delegado o en cualquier fiscal instructor, sino en el fiscal general exclusivamente; el nombramiento de los subalternos pues tiene que estar radicado en el fiscal general; el presentar proyectos de ley; el participar en el diseño de la política criminalística del país; el señalamiento de otros organismos que no pertenezcan a la Fiscalía para que asuman permanentemente o transitoriamente y bajo su dirección y responsabilidad, funciones de policía judicial, todas estas son atribuciones que he considerado que deben estar radicadas en cabeza exclusiva del fiscal general".
>
> "Doctor Abello, yo sugeriría que de pronto con el ánimo de unificar la terminología que hemos empleado en el caso del defensor del pueblo, que sucedió exactamente lo mismo, establecimos unas funciones del defensor del pueblo y otras atribuciones, se hablara de atribuciones especiales (...)".
>
> "Doctor Abello, yo creo que la función debe ser investigar también por esto, porque es que es muy importante la medición, estos son procesos muy excepcionales, es muy importante la mediación, la recepción de testigos, la propia indagatoria y es una función indelegable que le debe cumplir exclusivamente el fiscal general, eso va a ser de muy en cuando en cuando, de manera que es muy bueno dejarle así directamente también la investigación (...)".

De lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que:

> "En otras palabras, el espíritu del Constituyente no fue el de que las funciones que se encuentran en cabeza del señor fiscal general pudiesen ser delegadas en sus subalternos. Una simple lectura de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente demuestra en forma evidente

que el propósito fue justamente todo lo contrario: que las atribuciones contempladas en el artículo 251 fueran asumidas y ejecutadas exclusivamente por el fiscal general de la Nación".

"....

"Finalmente, la Corporación no puede ignorar la naturaleza de las funciones que el artículo 251 de la Carta le asigna al señor fiscal general de la Nación. El asunto bajo examen -la investigación y acusación de funcionarios con fuero constitucional-, por ejemplo, exige que dada la naturaleza de los hechos objeto del proceso penal, y de la inmensa responsabilidad política que se encuentra en juego debido a la alta investidura del agente estatal sindicado, las decisiones que se adopten provengan de la inmediata dirección, conocimiento y juicio del fiscal general...".

Y, para terminar, el fallo hace la siguiente salvedad:

"Las anteriores consideraciones no obstan para que el señor fiscal general de la Nación pueda comisionar -que no delegar- en los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el ejercicio de algunas de las funciones contenidas en el artículo 251 de la Carta Política. Sin embargo, la decisión final y el compromiso jurídico y político que ella conlleve, debe el señor fiscal asumirlo siempre, y en todos los casos, en forma personal".

Dentro de los parámetros expuestos, en el numeral segundo del fallo comentado, la Corte Constitucional resolvió:

"Declarar INEXEQUIBLE la expresión "o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia" contenida en el numeral primero del artículo 17 de la Ley 81 de 1993. No obstante, se advierte que el fiscal general de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo". (Subraya esta Sala).

Es de entender que cuando la Corte Constitucional se refiere a las actuaciones subsecuentes a la calificación, está refiriéndose a la alternativa que se le presenta al Fiscal en la audiencia pública, para acusar o no hacerlo.

Entonces, tanto de la parte motiva como de la resolutiva de la providencia parcialmente transcrita, y sin que haya lugar a pregonar contradicción alguna, se deduce con toda nitidez que ciertas actuaciones procesales si pueden ser cumplidas por los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, pero solo a título de comisión y no de delegación.

En este punto conviene recordar que la delegación es una institución eminentemente administrativa y no judicial, conforme a la cual, el titular de una función se despoja de ella y la traslada a otro funcionario, en forma genérica y no para casos particulares, en las condiciones en que lo permitan y reglamenten la Constitución y la Ley. Por tanto, en materia procesal esa figura no es aplicable.

Por el contrario, la comisión es una orden específica, definida y no genérica, circunscrita en un proceso determinado para la práctica de diligencias que un funcionario judicial le da a otro, cuando las circunstancias así lo ameriten, puntualizando los aspectos que se deben desarrollar, sin que al comisionado le sea permitido adoptar decisiones de fondo relacionadas con los objetivos de la acción penal. Esto significa que el comitente bajo ningún aspecto se despoja de su atribución constitucional o legal y el comisionado simplemente se convierte en su instrumento para cumplir con el deber oficial.

Vistas así las cosas, cuando el Fiscal General decidió "comisionar" a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para actuar en la etapa de juzgamiento de todos los procesos que se tramitan ante esta Corporación, en realidad estaba "delegando" una atribución constitucional que le es propia y que como lo aclaró la Corte Constitucional es indelegable.

Ahora bien, si al Fiscal General le corresponde decidir si precluye una investigación o formula acusación, al iniciarse el debate público, es él mismo quien tiene la potestad de insistir en la acusación para que se condene al procesado, o bien, cambiar su criterio de acuerdo a las pruebas que se hayan recaudado en el juicio, y pedir su absolución. Decisiones tan importantes com la que se acaba de reseñar involucran, en los términos de la Corte Constitucional, un compromiso político y jurídico, a cargo exclusivo y personal del fiscal general.

Interpretando la decisión de inexequibilidad como ya se anticipó, el Fiscal puede comisionar para determinadas diligencias, y esta capacidad es

reconocida por la Corte Constitucional cuando en la parte motiva de la sentencia tantas veces mencionada dijo: "Las anteriores consideraciones no obstan para que el señor Fiscal General de la Nación pueda comisionar -que no delegar- en los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, el ejercicio de algunas de las funciones contenidas en el art. 251 de la Carta Política."

Y ratificó en la parte resolutiva al determinar: "No obstante se advierte que el fiscal General de la Nación podrá comisionar a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación ...".

Esta capacidad comisionante débese entender como la potestad que tiene para comisionar en casos específicos y de manera precisa y determinada para la práctica de actividades probatorias en la instrucción o en la causa, en este último caso por fuera de la audiencia pública.

Si lo anterior se desprende del contenido de la sentencia comentada igualmente surge de su contexto la imposibilidad de que el Fiscal deje en manos de sus Delegados ante la Corte, decisiones tales como la apertura de instrucción o inhibirse de abrirla; vinculación procesal del aforado constitucionalmente; la de resolver situación jurídica de éste; determinar si cierra la investigación; efectuar la calificación del sumario; pronunciarse sobre la audiencia especial; resolver sobre la posibilidad de proferir sentencia anticipada; actividades que son de su resorte particular y por tanto indelegables.

Lo anterior, porque en este aspecto la sentencia comentada es clara cuando determina: "El asunto bajo examen -la investigación y acusación de funcionarios con fuero constitucional-, por ejemplo, exige que dada la naturaleza de los hechos objeto del proceso penal, y de la inmensa responsabilidad política que se encuentra en juego debido a la alta investidura del agente estatal sindicado las decisiones que se adopten provenga de la inmediata dirección conocimiento y juicio del Fiscal General". (Subrayas fuera de texto).

La interpretación que se plantea surge clara en cuanto fue querer de la Corte Constitucional que a pesar de que las funciones especiales previstas en la Carta en el art. 251 son indelegables y entre ellas está la de investigar y acusar, el Juez Constitucional estimó que podía comisionar pero que las decisiones aún en el sumario fueran del resorte personal de señor Fiscal General.

La decisión de la Corte Constitucional y la que ahora se toma son concordantes con el artículo 82 del C. de P. P., reformado por el art. 12 de la Ley 81 de 1993 que regula lo relacionado con las comisiones, norma que en su inicio 3º dispone:

> "Los funcionarios de la Fiscalía no podrán comisionar a las Corporaciones Judiciales, pero podrán hacerlo para la práctica de cualquier prueba o diligencia a otros funcionarios judiciales o de policía judicial, conforme a lo dispuesto en el presente código".
>
> "La decisión mediante la cual se comisiona debe establecer con precisión las diligencias que deben practicarse y el término dentro del cual deben realizarse".

De la disposición anterior se concluye con claridad que siendo el Fiscal General un funcionario de esa entidad investigadora y acusadora, su competencia para comisionar se circunscribe a la práctica de pruebas para que sean realizadas por funcionarios judiciales o de policía judicial que no sean corporaciones, y esta comisión se debe precisar señalando las diligencias que se han de llevar a cabo y el término en que han de ser cumplidas.

Lo anterior nos indica que existe una concordancia, de una parte, entre las disposiciones constitucionales que distinguen entre las atribuciones de la Fiscalía General como organismo constitucional y las especiales señaladas de manera específica al señor Fiscal General; y de otra entre la norma legal que se acaba de transcribir de forma parcial con las decisiones de la Corte Constitucional y la que ahora profiere esta Sala, para concluir de manera definitiva que la capacidad comisionante del Fiscal se circunscribe a las de carácter probatorio como antecedentemente se precisó.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve

DENEGAR la petición del doctor Fabio Espitia Garzón para que se le reconozca como sujeto procesal en este asunto, por cuanto esa calidad la ostenta exclusivamente el Fiscal General de la Nación.

COMUNIQUESE esta determinación al Fiscal General de la Nación, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla (Salvamento de Voto), Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar (Salvamento de Voto), Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L,. Secretario.

FISCAL GENERAL DE LA NACION / FISCALIA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
(Salvamento de Voto)

De acuerdo con la motivación, el Fiscal General de la Nación puede comisionar -que no delegar- en los fiscales delegados ante la Corte, "el ejercicio de algunas de las funciones contenidas en el artículo 251 de la Carta Política. Sin embargo, la decisión final y el compromiso jurídico y político que ella conlleve, debe el señor Fiscal asumirlo siempre, y en todos los casos, en forma personal". Según reitera el Fiscal Delegado solicitante, por disposición del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, las sentencias de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (reiteración de lo estatuido por el 247 de la Constitución) y en caso de contradicción entre la parte motiva y la resolutiva del fallo, prima lo dispuesto en ésta última.

Conforme a lo anterior, le corresponde al Fiscal General de la Nación, de manera exclusiva, en procesos contra altos funcionarios aforados, calificar el mérito de la instrucción y lo que sea subsecuente (subsiguiente, QUE LE SIGUE INMEDIATAMENTE), término ambiguo que permite encontradas interpretaciones, como la de que se quiso simplemente hacer referencia a la alternativa procesal que sigue a la CALIFICACION del tipo penal (v. gr. peculado), con la determinación SUBSECUENTE DE FORMULAR ACUSACION a través de la correspondiente resolución O ABSTENERSE DE HACERLO, que es exactamente lo que ocurre con la percusión.

Para determinar el verdadero alcance de lo expresado, debe tenerse en cuenta que la interpretación de la Constitución y la ley no pueden conducir al absurdo de la parálisis de las funciones públicas, mucho menos tratándose de aquellas tan fundamentales como la investigación de los delitos y la acusación a los presuntos infractores; o las de otros altos dignatarios, que también han quedado expuestos a la opresión de tener que hacer por sí solos casi todo lo que el legalismo les mande, de seguir prosperando esta tesis de omnipresencia

SALVAMENTO DE VOTO

Facultad del Fiscal General de la Nación para comisionar en procesos que cursen en la Corte Suprema de Justicia contra altos funcionarios que gocen de fuero constitucional.

Con todo respeto, a continuación expongo algunas de las consideraciones contenidas en el proyecto de providencia, que había presentado a la corporación para su análisis y que al ser objeto de disentimiento mayoritario debe convertirse ahora en salvamento de voto.

1. Le correspondía decidir a la Sala la solicitud del señor Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, doctor Fabio Espitia Garzón, de fecha 25 de noviembre de 1994, para que se le reconociera como sujeto procesal en este asunto por virtud de la comisión conferida por el señor Fiscal General de la Nación en la Resolución Nro. 2482, expedida el 8 de noviembre último como consecuencia de la inexequibilidad parcial que declaró la Corte Constitucional respecto del artículo 121 del C. de P. P., en su fallo de fecha 20 de octubre pasado, Sentencia C. 472/94, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

El peticionario había a su cargo la dirección de la investigación, labor que concluyó con el proferimiento de la resolución de acusación en este proceso contra el doctor ALVARO GOMEZ SUAREZ, ex-Gobernador del Departamento del Amazonas, por el delito de Peculado, para luego adoptar la nueva condición de sujeto procesal en el mismo, tal como lo estatuye el artículo 444 del C. de P. P.

2. Según el señor Fiscal Delegado, en virtud del fallo de inexequibilidad aclaratorio, el Fiscal General de la Nación puede comisionar para todo tipo de actuaciones procesales, con la salvedad que la misma decisión hace respecto de la calificación del sumario, la cual se reserva para el titular de la Fiscalía General. Además, la posibilidad de comisión genérica ha sido ya admitida en la legislación procesal penal, concretamente en el artículo 121A. 4 del C. de P. P., en cuanto faculta al vicefiscal para comisionar a los fiscales delegados ante la Corte para adelantar la investigación previa.

Por disposición de los artículos 3º., numeral 2º., del Decreto 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación) y 439 del C. de P. P., la calificación del sumario opera mediante resolución de acusación o de preclusión de la investigación. Ya en el juzgamiento, el Fiscal carece de competencia para "formular acusación o abstenerse de hacerlo" y se limita, como sujeto procesal, a elevar peticiones.

3. La ponencia desestimada recordaba que de acuerdo con las previsiones del artículo 121.1 del C. de P. P., modificado por el artículo 17 de la Ley 81 de 1993, al Fiscal General de la Nación le correspondía:

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

La Corte Constitucional, en el referido fallo, declaró inexequible parcialmente la citada norma procedimental, a la vez que la aclaró, en la parte que facultaba a investigar, calificar y acusar a los sujetos procesales aforados "por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia".

En la parte resolutiva, el fallo expresó:

> "No obstante, se advierte que el Fiscal General de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes deformular acusación o abtenerse de hacerlo."

De acuerdo con la motivación, el Fiscal General de la Nación puede comisionar -que no delegar- en los fiscales delegados ante la Corte, "el ejercicio de algunas de las funciones contenidas en el artículo 251 de la Carta Política. Sin embargo, la decisión final y el compromiso jurídico y político que ella conlleve, debe el señor Fiscal asumirlo siempre, y en todos los casos, en forma personal".

Según itera el Fiscal Delegado solicitante, por disposición del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, las sentencias de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (reiteración de lo estatuído por el 243 de la Constitución) y en caso de contradicción entre la parte motiva y la resolutiva del fallo, prima lo dispuesto en esta última.

Conforme a lo anterior, le corresponde al Fiscal General de la Nación, de manera exclusiva, en procesos contra altos funcionarios aforados, calificar el mérito de la instrucción y lo que le sea subsecuente (subsiguiente, QUE SIGUE INMEDIATAMENTE), término ambiguo que permite encontradas interpretaciones, como la de que se quiso simplemente hacer referencia a la alternativa procesal que sigue a la CALIFICACION del tipo penal (v. gr. peculado), con la determinación SUBSECUENTE DE FORMULAR ACUSACION a través de la correspondiente resolución O ABSTENERSE DE HACERLO, que es exactamente lo que ocurre con la preclusión.

Para determinar el verdadero alcance de lo expresado, debe tenerse en cuenta que la interpretación de la Constitución y la ley no pueden conducir al absurdo de la parálisis de las funciones públicas, mucho menos tratándose de aquéllas tan fundamentales como la investigación de los delitos y la acusación a los presuntos infractores; o las de otros altos dignatarios, que también han quedado expuestos a la opresión de tener que hacer por sí solos casi todo lo que el legalismo les mande, de seguir prosperando estas tesis de la omnipresencia.

Sin embargo se ha interpretado que el Fiscal General de la Nación sí puede obrar personalmente, también en cada una de múltiples actuaciones, dentro de todos los procesos que la Sala Penal de esta Corte conoce contra funcionarios constitucionalmente aforados, que al contrario de lo considerado en el seno de la Asamblea Constituyente, según cita la Corte Constitucional en su sentencia C. 472/94 y la decisión mayoritaria de esta corporación, no son "muy de cuando en cuando".

Ello repercutirá en adicional estancamiento de las prosecuciones y en desmedro de sus otras actividades constitucionales, tan importantes como la de participar en el diseño de la política general del Estado en materia criminal e informar al ejecutivo para la preservación del orden público; y legales, como las contenidas en los 25 numerales del artículo 22 del decreto 2699 de 1991 y en otras disposiciones.

Sobre el particular, según recuerda la Corte Constitucional, esta Sala había expresado en decisión mayoritaria, que ahora cambia al amplificar interpretativamente lo resuelto por aquella:

> "Basta mirar la lista de funciones que le atribuyen al Fiscal General el artículo 22 del Decreto 2699 de 1991, para de inmediato comprender

> que sólo mediante el mecanismo de la delegación podría atender el cúmulo de compromisos. Supeditada la labor investigativa y el trámite de juzgamiento en los procesos que en única instancia corresponden a la Corte, a que el Fiscal pueda asistir personalmente a cada una de las diligencias, sería creer que el legislador buscó paralizar la actividad de la administración de justicia en esos casos, porque ni aún abandonando todas las obligaciones de carácter administrativo, esto es, olvidando su condición de Fiscal General, para convertirse exclusivamente en Fiscal ante la Corte, podría cumplir satisfactoriamente con estas tareas" (Auto, 14 de diciembre de 1992, expediente No. 4083, M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL).

Esta era la interpretación acorde con la necesidad de evitar la inercia y que, por el contrario, respetaba la dinámica del derecho, como desde hace más de un cuarto de siglo delineó la Sala Civil de esta corporación, en su clásica providencia de mayo 17 de 1968:

> "En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebase los marcos de la gramática y de la indagación histórica: lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evaluación jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa."

Como se insiste, la interpretación jurídica debe ser constructiva y no resulta plausible anquilosar más la administración de justicia, por el mero prurito de defender la equívoca literalidad de unas disposiciones. Es preciso, en cambio, consolidar el concepto de que los procedimientos y las competencias tienen razón de ser y meta inalienable en la efectividad del derecho sustancial, resaltado con fortaleza por la primicía establecida por los artículos 228 de la Constitución, 9º del C. de P. P. y 4º del C. de P. C., que no podrá obtenerse agobiando aún más a los altos funcionarios.

Por lo anterior, la Sala pudo encontrar válido lo establecido en la Resolución 2482 de noviembre 8 de 1994, por medio de la cual, soslayando la indelegalidad de la competencia dentro de las posibilidades que dejó abiertas la Corte Constitucional, se comisiona a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para participar, bajo la dirección y vigilancia del Fiscal General, en actuaciones procesales distintas a la calificación,

dentro de los procesos contra altos funcionarios que gocen de fuero constitucional. O, al menos, haber aceptado que las comisiones fuesen conferidas dentro del respectivo proceso, de manera específica y concreta.

Por el contrario, la decisión mayoritaria de esta Corte va más allá y resulta obligando al Fiscal General a actuar personalmente, no sólo en la audiencia pública, punto central de análisis al interpretársela como el escenario significado por la Corte Constitucional para las actuaciones "subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo", sino en el seguimiento, estudio, fundamentación y firma de buena cantidad de resoluciones, con lo cual queda en nada la autorización de la Corte Constitucional para "comisionar -que no delegar- ... el ejercicio de algunas de las funciones contenidas en el artículo 251 de la Carta Política".

Es notable el cambio de posición que mayoritariamente ha asumido esta Corte, al amplificar lo resuelto por la Constitucional, en contra de anteriores determinaciones propias, como las contenidas en la ya citada providencia de diciembre 14 de 1992, M. P. Ricardo Calvete Rangel, o en la de octubre 24 de 1994, M. P. Nilson Pinilla, pero éllo no debe obstar para que, con ánimo disciplinado y constructivo, se afronten las consecuencias y se continúe en la inaplazable labor de constituir el verdadero Estado social de derecho que reclama Colombia.

(fecha ut supra)

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

FISCAL GENERAL DE LA NACION / COMPETENCIA
(Salvamento de Voto)

La facultad de comisionar por parte del Fiscal General a sus Delegados ante la corte es legítima para todas las actuaciones procesales distintas de la calificación, la acusación o la abstención de hacerlo (que el Código de Procedimiento Penal identifica como preclusión) y esa es la única limitante impuesta por el Juez de Constitucionalidad de manera expresa, clara y categórica, hasta el punto que así lo incluyó en la parte resolutiva de su Sentencia cuya obligatoriedad es asimismo, clara, expresa y categórica.

SALVAMENTO DE VOTO

Con toda consideración expongo enseguida las razones por las cuales no comparto la decisión tomada por la mayoría de la Sala:

1. El tema que se avoca en el interlocutorio del que desiento se apoya en la interpretación que allí se hace sobre la Sentencia C-558 de 1994 proferida por la Corte Constitucional en su condición de máxima autoridad a quien se confían la integridad y la supremacía de la Carta. (Arts. 241 y 243 de la C.P.).

Dichas sentencias gozan, entre otras, de las siguientes características:

a) Las decisiones, por ser de constitucionalidad, son definitivas y tienen valor de cosa juzgada constitucional. Además son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. (Art. 21 Dto. 2067 de 1991).

b) La doctrina constitucional enunciada en ellas, mientras no sea modificada por la Corte Constitucional, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. (Art. 23 ib).

c) Las decisiones sobre la parte resolutiva de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte. Los considerandos

sólo por la mayoría de los asistentes. El voto puede ser salvado o aclarado. (Art. 14 ib).

d) En caso de contradicción entre la parte resolutiva y la parte motiva de un fallo, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutiva. (Id).

En la parte motiva de la Sentencia que sirve de fundamento a la Sala, se dice expresamente:

> *"Las anteriores consideraciones no obstan para que el señor Fiscal General de la Nación pueda comisionar, que no delegar, -en los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia el ejercicio de algunas de las funciones contenidas en el artículo 251 de la Carta Política. Sin embargo, la decisión final y el compromiso jurídico y político que ella conlleve, debe el señor fiscal asumirlo siempre, y en todos los casos en forma personal".*

La parte resolutiva de la Sentencia señala:

PRIMERO: Declarar exequible la expresión "calificar" contenida en el numeral primero del artículo 17 de la Ley 81 de 1993.

SEGUNDO: Declarar inexequible la expresión "o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia" contenida en el numeral primero del artículo 17 de la Ley 81 de 1993. No obstante, se advierte que el Fiscal General de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de TODAS LAS ACTUACIONES PROCESALES DISTINTAS A LA CALIFICACION Y A LAS SUBSECUENTES DE FORMULAR ACUSACION O ABSTENERSE DE HACERLO". (Mayúsculas fuera del texto).

2. Estos apartes de la resolutiva respondían a los pedimentos de los sujetos procesales intervenientes durante el trámite de la acción pública, lo cual puede condensarse de la siguiente manera:

2.1. El actor pretendía la declaratoria de inexequibilidad de la expresión "calificar" con base en que era una función no contenida en el art. 251 de la Constitución. Tanto el Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca, como el Procurador General de la Nación, se opusieron a dicha pretensión al entender que la función de calificar estaba prevista en el art. 250 de la C.P. como deber de la Fiscalía y que la acusación era

precisamente una de las formas de calificación de las investigaciones. Y la Corte señaló que "para poder acusar al sujeto vinculado al proceso como responsable de un determinado delito penal, es requisito sine qua non el poder calificar la conducta de conformidad con la estructuración típica de los hechos. En consecuencia no se entiende cómo podría un funcionario de la Fiscalía realizar una acusación sin calificar, esto es, sin tipificar con precisión el hecho punible y la correspondiente responsabilidad".

Más adelante precisó la Corporación su entendimiento de la expresión en comento así:

En otras palabras, la calificación del hecho punible está implícita en la acusación que el fiscal realiza en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales".

2.2. Sobre la posibilidad de que el Fiscal General delegue la función contenida en el numeral primero del artículo 251 de la Constitución Política la demanda sostuvo que dicha norma no otorgaba facultades al Congreso para que expidiera una ley que le permitiera al alto funcionario delegar en sus subalternos esa función especial de investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional.

Sobre el tópico el Colegio de Abogados, a través de su Presidente, prohijó la pretensión tras considerar que ello conduciría a permitir al Fiscal General deshacerse de una de sus funciones especiales e indelegables y que se contrariaba el principio del Juez Natural, consagrado en el art. 29 de la Carta puesto que el fiscal, al acusar, "está realizando un acto típicamente jurisdiccional que no puede quedar sometido a las delegaciones en terceros funcionarios de inferior categoría a la del Fiscal".

Y el Procurador General de la Nación, al contrario de lo que sostiene su Delegado en éste proceso, deprecó la constitucionalidad del aparte de la norma diferenciando lo especial de lo indelegable en tanto aquello no significaba que las funciones especiales del Fiscal General fuesen privativas y excluyentes, refiriéndose a la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema fechada en Diciembre 14 de 1992 e insistiendo en que los delegados del Fiscal General dependen jerárquicamente de él y por tanto sus actuaciones se despliegan bajo sus directrices sin que pierda el control de los asuntos delegados.

A todo ello la Corte Constitucional responde sentando las siguientes premisas:

Las funciones consignadas en el art. 251 de la Carta, en particular la de investigar, calificar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, revisten el carácter de indelegables y por tanto sólo el Sr. Fiscal General puede asumirlas y ejecutarlas.

El término "especial", consagrado en la Constitución, no es unívoco sino equívoco y oscuro, razón por la cual se hace necesario consultar el espíritu del legislador (en este caso Constituyente) para realizar una interpretación histórica.

La ponencia que sobre el tema se presentó a la Asamblea Constituyente consagraba en principio las funciones aludidas como indelegables y en la Comisión 4a. se acordó sustituir el término por "especiales" únicamente con el ánimo de unificar la terminología utilizada en el texto constitucional pues así se había procedido respecto del Defensor del Pueblo (Gaceta 51). Y que el espíritu del Constituyente, entonces, no fue el de que las funciones que ubicó en cabeza del Fiscal General pudiesen ser delegadas en sus subalternos.

De otro lado, la Carta distinguió las funciones de la Fiscalía de las funciones del Fiscal General, diferenciando así las funciones del órgano de las funciones y la responsabilidad de un funcionario específico; eso permite que jurídicamente se puedan delegar las primeras y que tengan que asumir personal y directamente las segundas.

Y en tercer lugar la naturaleza de la función emerge de la naturaleza de los hechos objeto del proceso penal y de la inmensa responsabilidad política que se encuentra en juego debido a la alta investidura del agente estatal sindicado, por lo que ello impone que las decisiones que se adopten provengan de la inmediata dirección, conocimiento y juicio del fiscal general. No se explicaría tampoco, con otra interpretación, la estructura jerárquica de la institución pues el nivel del cargo no respondería al grado de la responsabilidad.

No obstante, algunas de las funciones contenidas en el artículo 251 de la Carta pueden ser susceptibles de comisión y no de delegación en los fiscales delegados ante al Corte Suprema de Justicia. De ahí que en la resolución se diga que ellos pueden ser comisionados para la práctica de todas las

actuaciones preocesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo.

3. La conclusión a que llega el suscrito es, por lo que acaba de verse, que la facultad de comisionar por parte del Fiscal General a sus Delegados ante la Corte es legítima para todas las actuaciones procesales distintas de la calificación, la acusación o la abstención de hacerlo (que el Código de Procedimiento Penal identifica como Preclusión) y esa es la única limitante impuesta por el Juez de Constitucionalidad de manera expresa, clara y categórica, hasta el punto que así lo incluyó en la parte resolutiva de su Sentencia cuya obligatoriedad es asimismo, clara, expresa y categórica.

Pero no es simplemente la resolución la que así lo indica. Es que el cuerpo de las consideraciones también lo pregona porque la Corte Constitucional precisó el alcance de la expresión calificar y de igual modo procedió con respecto al significado que otorgaba a la función de acusar. Recuérdese que la primera, calificar, la entendió como juicio de adecuación típica y presupuesto del acto de acusar, y éste como el acto que subsigue a aquél, es decir, la resolución de acusación. Así se desprende de la cita que hace la Corte de otra decisión anterior en que sostuvo:

"Este sistema (el mixto colombiano) supone que el fiscal califica y evalúa los hechos para formular una o varias acusaciones sustentadas y que el juez, oída la defensa y admitidas las puebas de esta y su controversia con todas las garantías judiciales, decide con su sentencia sobre la acusación'' (C-93/93).

Para reiterar enseguida:

"Ahora bien, como se vio, una de las atribuciones dadas a la Fiscalía fue la de evaluar y calificar los hechos de forma tal que la acusación se presente bajo un juicioso sustento jurídico. En otras palabras, para acusar -o para abstenerse de hacerlo- resulta indispensable la existencia de las pruebas necesarias para poder determinar si un hecho es típicamente antijurídico, de forma tal que posteriormente, con base en los elementos normativos y subjetivos, se defina la posible responsabilidad del procesado a título de dolo, preterintención o culpa. Además no debe olvidarse que el sindicado se defiende de unos hechos que se le imputan; por ello es indispensable definir en primera instancia, el tipo de delito por medio del cual se está vinculando al sujeto a un proceso penal, es decir, se requiere entrar a hacer la correspondiente adecuación típica, o lo que es lo mismo, calificar''.

Esa definición, obviamente, se produce es en la resolucióno de acusación y por eso la expresión "acusar" tiene, en la decisión de la Corte, esa connotación.

Entonces la decisión en que se apoya la Sala Penal resultaba clara en cuanto a la precisión de los actos jurídicos que el Fiscal General no podía delegar. La parte resolutiva del fallo los citó de manera expresa y la parte motiva los definió en toda la extensión de su sentido. Y además mandó que en todo lo demás se podría comisionar, refiriéndose a las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo. La sentencia que así lo disponía no sólo precisó su propio alcance sino que lo incluyó como parte de la resolución y lo convirtió, por eso, en disposición definitiva y obligatoria, bajo esas premisas, para todas las autoridades de la República.

4. A ello responde la Sala, en la decisión de me aparto, yendo mucho, pero muchísimo más allá, de su texto. Y pretendiendo interpretar el alcance del fallo de inexequibilidad no sólo impide que un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia actúe durante el juicio sino que en el fondo convierte al Fiscal General de la Nación en Fiscal de la Corte Suprema, como si la Nación no lo necesitara y sí la Corte. Y eso se produce porque agranda la prohibición de comisionar para dos actos procesales explícitos (acusación y preclusión como formas de calificar el proceso) hasta tal punto que, sostiene, deberá el Fiscal General abrir las investigaciones o abstenerse de hacerlo, ordenar la vinculación del aforado, resolver situación jurídica, determinar si cierra la investigación, pronunciarse sobre la audiencia especial, intervenir en la audiencia pública, actuaciones procesales todas ellas que no fueron objeto de la prohibición y apenas enunció la Sala quedando en el aire la serie interminable de incidentes que se pueden suscitar en un proceso pero respecto de los cuales se tendría que predicar igual limitación porque respecto de ellos existiría la misma razón, únicamente los actos de impulsión y la producción de pruebas quedarían por fuera.

5. Es posible que algún o algunos Constituyentes hubieran querido eso o algo similar. Pero con todo y ser esa una posibilidad, la hermenéutica no se puede reducir a un acto de constatación histórica del espíritu del legislador para hallar en la norma (y en la sentencia que la interpreta y fija su alcance) precisamente la más distorsionada de las probabilidades de entendimiento que tiene. Los principios de razonabilidad, armonización y proporcionalidad

también sirven en la tarea de desentrañar el alcance de las normas y de los fallos. La misma Corte Constitucional señaló hace algún tiempo (Sentencia de Agosto 19/93) que era "irracional pretender que el Estado deje de cumplir sus deberes esenciales por conformarse a las exigenecias de unos preceptos constitucionales de imposible acatamiento". La norma Constitucional es, aún a pesar de lo que hubiera querido su autor, una disposición que debe acatarse en su sentido racional y desacatarse en su sentido o interpretación contraria al fin para el cual fue expedida.

El fuero surge por razones de Estado que lo legitiman como institución que no viola el principio del Juez natural y que permiten entenderlo como no violatorio del principio de igualdad ante la ley.

Pero el fuero no puede convertirse en patente de corso para que las investigaciones se paralicen y no se administre justicia. El fuero y la indelegabilidad que supone no pueden ser el obstáculo para que un interés político tan vertebral del Estado y tan consustancial a él, el de Administrar Justicia respecto de los altos funcionarios del Estado, se arruine. Bastaría considerar, en el terreno práctico, la estructura y la planta de la Fiscalía Delegada ante la Corte, para comprender que las atribuciones que desempeñan 8 Delegados no va a poderlas desempeñar uno sólo que, además, tiene que cumplir 4 funciones más especiales e indelegables, y atender a todo lo que supone institucionalmente el manejo y la dirección del organismo más grande que haya tenido el País. Datos estadísticos en poder del suscrito referencian alrededor de 600 decisiones inhibitorias, 100 preclusiones, 200 resoluciones interlocutorias varias, y todo lo que se deriva del trámite de 2.000 procesos de única instancia en dos años y medio de funcionamiento de la Unidad de Fiscales Delegados. Eso es lo que ahora se pretende que haga el Fiscal General, él solito.

Allí se puede ver entonces que tanta razón tenía el Constituyente Abello cuando suponía, como fundamento de la norma, que esa función atribuída al Fiscal General "va a ser muy de cuando en cuando...", según cita en que se apuntaló la Corte Constitucional y luego la Sala para su más radical interpretación. Y esto demuestra entonces, no que por razones de conveniencia deba procederse de manera distinta, sino que porque el sentido de la disposición tiene que ser razonable, la interpretación adecuada debe ser muy distante a la acogida por la mayoría.

Creo que las anteriores razones conducen a que la decisión tomada por la Sala hubiera sido la de legitimar la actuación del Fiscal Delegado ante la Corte durante la etapa del Juicio. Y a que en dicha decisión no se hubiera ampliado de manera tan enorme la prohibición del comisionar. Independientemente de que ello se haya realizado por un acto procesal determinado, o por una resolución de comisión general, la Corte debió haber posibilitando la actuación del Delegado como sujeto procesal y no debió haber colocado al Fiscal General a producir prácticamente toda la actuación procesal en los asuntos de los altos funcionarios del Estado sujetos a fuero constitucional.

Mi disentimiento, con todo respeto

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / SENTENCIA

El artículo 412 del Decreto 2700 de 1991 preceptúa que: En cualquier momento de la actuación procesal, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, el funcionario revocará la medida de aseguramiento cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen".

La frase que contiene esta disposición "En cualquier momento de la actuación procesal" no puede interpretarse literalmente poruqe requiere su integración sistemática en el conjunto normativo que conforma el estatuto procesal penal. Cuando la ley establece la posibilidad de revocar la medida de aseguramiento de conformidad con prueba sobreviniente, debe entenderse que los medios de comprobación que apuntan en este derrotero son aquellos que han surgido con posterioridad a su proferimiento en la etapa del sumario.

Ante la presencia de la resolución de acusación ejecutoriada que es el presupuesto para dar inicio a la etapa de juzgamiento, el examen sobre la prueba aportada en esta fase procesal concerniente a la tipicidad, a la antijuridicidad o a la culpabilidad, y cualquier decisión sobre estos aspectos se traslada a la sentencia, porque no puede pretenderse que temas jurídicos que deben resolverse en el fallo se anticipen a ese momento en el cual se decidirá definitivamente sobre al responsabilidad o no del procesado, ni es atendible revivir el debate probatorio previo a la calificación del mérito del sumario. Los cargos que son materia del debate en la etapa del juicio son los contenidos en el providencia calificatoria y no en la medida de aseguramiento, así esta se haya adoptado en aquella.

Cuando el artículo 454 de la ley procesal penal determina que el juez podrá diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que deba tomar respecto de las peticiones hechas por los sujetos procesales en el curso del juicio "A menos que se trate

de la libertad de la detención del acusado, o de la práctica de pruebas", lo que el legislador ha querido es que determinaciones relativas a las causales de libertad provisional que son pertinentes en el juicio (artículo 55 de la Ley 81 de 1993), la suspensión de la detención preventiva (artículo 407 *ibídem*) o la detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio (artículo 409) se resuelvan en las oportunidades que la ley prevé sin que deba esperarse el momento del fallo, pues ellas no afectan el trámite del proceso. Igual acontece con la cesación del procedimiento por casuales objetivas (muerte del procesado, prescripción de la acción penal, desistimiento, etc.), única posibilidad de la terminación excepcional del proceso en el juicio.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado ponente: *Dr. Carlos Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 23

Vistos:

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la Doctora RUBIELA MARIN OROZCO VIUDA DE RAYO contra los autos de octubre 5 y diciembre 5 de 1994, por medio del cual el Tribunal Superior de Buga, negó la "libertad incondicional".

Antecedentes:

1. La doctora RUBIELA MARIN OROZCO VIUDA DE RAYO -ExJuez 15 de Instrucción Criminal de Cartago, Valle-, está siendo juzgada por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Buga, en virtud a los cargos de peculado por apropiación en concurso con falsedad en documento público que le fuero formulados en la resolución de acusación, providencia en la cual se decretó la medida de aseguramiento de la detención preventiva sin derecho a libertad provisional.

2. Actualmente la doctora OROZCO VIUDA DE RAYO se encuentra privada de la libertad en su lugar de residencia en Santa Fe de Bogotá, en virtud a la medida de aseguramiento de la detención domiciliaria.

3. La audiencia pública se inició el 19 de enero de 1994 y está suspendida desde el 23 de febrero, acto procesal en el cual la doctora OROZCO VIUDA DE RAYO hace uso de la palabra y no ha sido reanudada por las dificultades que se han presentado para que la procesada sea trasladada a la ciudad de Buga.

4. Mediante escrito con nota de presentación de septiembre 23 siguiente (folio 41 y s.s. del cuaderno original número 4), la acusada previa aclaración de que no pretende la revocatoria de la resolución de acusación ni la medida de aseguramiento, solicita la "libertad incondicional", pues en su criterio, han surgido "PRUEBAS SOBREVINIENTES", "idóneas para destruir los 'indicios y las inferencias' que determinaron mi detención, me considero ILEGALMENTE PRIVADA DE LA LIBERTAD". Las pruebas en que apoya su pretensión así las precisa: "1. FALLO ABSOLUTORIO PROFERIDO EN EL PROCESO DISCIPLINARIO. 2. CIRCULAR DE LA DIRECCION NACIONAL DE INSTRUCCION CRIMINAL A LOS JUECES DE INSTRUCTORES RESPECTO A LA ENTREGA DE DIVISAS. 3. DECLARACION JURAMENTADA DE TESTIGOS QUE TUVIERON CONOCIMIENTO DE LA ENTREGA DE LAS DIVISAS, ENTRE ELLAS LA DEL DR. JULIO CESAR CHAVEZ. 4. SEGUN DECLARACION RENDIDA POR EL DR. CARLOS ENRIQUE GUZMAN GUERRERO, JUEZ 53 PENAL MILITAR EN EL PROCESO DISCIPLINARIO SEGUIDO CONTRA RUBIELA MARIN, EX-JUEZ 15 DE INSCRIMINAL. 5. DENTRO DEL PROCESO SE ENCUENTRA EL ACTA DE INSPECCION JUDICIAL QUE DEMUESTRA LA EXISTENCIA DE DOS PROCESOS SEGUIDOS SIMULTANEAMENTE POR DIFERENTES FUNCIONARIOS Y POR LOS MISMOS HECHOS CONTRA EL CAPITAN OLIVERIO ESGUERRA MURIEL. 6. APARECE DENTRO DEL PROCESO LA DECLARACION DEL DR. GERARDO GRAJALES JUEZ 1o. ESPECIALIZADO DE BUGA Y LA RESPECTIVA INSPECCION JUDICIAL A LOS LIBROS RADICADORES. 7. AUTOS INTERLOCUTORIOS PROFERIDOS POR EL JUZGADO 15 DE INSTRUCCION CRIMINAL DENTRO DEL PROCESO CONTRA OLIVERIO ESGUERRA MURIEL".

5. El Tribunal Superior de Buga -Sala de Decisión Penal- mediante providencia de octubre 5 (folio 81 s.s. del C.O. No. 4) negó la libertad pretendida y para ello dijo:

"Una vez más la Sala tendrá que negar el otorgamiento de la libertad incondicional solicitada por la procesada RUBIELA MARIN OROZCO VDA. DE RAYO, como ha venido ocurriendo con las múltiples peticiones que, bajo distintos aspectos o fundamentos nulidades, cesación de procedimiento, pruebas sobrevinientes, etc., viene haciendo la misma, con resultados adversos y con lo cual no hà hecho más que prolongar o dilatar y hasta el cansancio la terminación de este proceso.

Efectivamente, la penúltima petición en el mismo sentido de la que aquí se resuelve, la del 8 de abril del presente año, resuelta por esta Sala por auto interlocutorio la del 4 de mayo inmediato (fs. 625 y ss. cdno. original No. 3) y confirmada por la Corte Suprema de Justicia en providencia del 27 de julio último (fs. 35 ss. cdno. No. 6 Corte Suprema de Justicia), tuvo, en esencia, los mismos e idénticos argumentos esbozados ahora. Por consiguiente, si en esa oportunidad se negó el pedimento de libertad, es obvio que esta última corra la misma suerte cuando la situación jurídica probatoria en nada ha cambiado".

6. En la oportunidad prevista por la ley, la doctora OROZCO VIUDA DE RAYO interpuso el recurso de resposición y subsidiariamente el de apelación, pretendiendo con estos medios de impuganción se decrete su "LIBERTAD INCONDICIONAL INMEDIATA". En apoyo de su pretensión dice que el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal prohibe a los juzgadores diferir el estudio, análisis y evaluación de pruebas cuando se trata de una solicitud de libertad y a la vez el artículo 412 ejuzdem, determina que la liberación que ella pretende debe ordenarse "EN CUALQUIER MOMENTO de la actuación procesal" y vuelve sobre los medios de prueba con los cuales considera se demeriten los cargos que le han sido formulados.

7. Por auto de diciembre 5 (folio 286 y s.s. del C.O. No. 4) la Sala de Decisión Civil Penal del Tribunal Superior de Buga, con sutento en providencias de esta Corporación proferidas en este mismo asunto, se abstuvo de reponer la decisión recurrida y concedió el recurso de apelación. En su parte pertinente así razonó:

"Por consiguiente, como, en primer lugar los argumentos de la reposición que aquí se resuelve son los mismos expuestos por la procesada en su petición de libertad incondicional, al igual que los mismos en que sustentó peticiones anteriores (ya citadas); y, en último

término, como procesalmente es improcedente pedir revocatoria de medida de aseguramiento, cesación de procedimiento y libertad incondicional con fundamento en prueba sobreviniente a la resolución acusatoria, iniciada la audiencia pública, máxima cuando hay otro u otros procesados, según el lógico criterio de la Corte Suprema de Justicia que se acaba de exponer, la reposición impetrada no tiene cabida, la Sala no responderá su auto del 5 de octubre del presente año".

8. En escrito adicional la doctora MARIN OROZCO VIUDA DE RAYO precisa que en la etapa del juicio es perentorio que el juez resuelva sobre las peticiones hechas por el procesado y como el artículo 412 del Código de Procedimiento Penal ordena que en cualquier momento procede la revocatoria de la medida de aseguramiento, es el motivo que la condujo a plantear con base en la prueba sobreviniente allegada en el juicio que es pertinente su "libertad incondicional".

La Corte

Es claro que la doctora RUBIELA MARIN OROZCO VIUDA DE RAYO, ExJuez 15 de Instrucción Criminal de Cartago, se encuentra privada de la libertad como consecuencia de la resolución de acusación que en primera y segunda instancia fue proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Buga y que con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1991 confirmó la Fiscalía Delegada ante esta Corporación, providencias que le imputan los cargos de peculado y falsedad en documento público y en ellas se decretó la medida de aseguramiento de la detención preventiva sin derecho a libertad provisional, medida de aseguramiento que posteriormente esta Sala por auto de 21 de febrero de 1994 sustituyó por la detención domiciliaria.

En desarrollo de la audiencia pública la doctora OROZCO VIUDA DE RAYO clamó porque se decretara cesación de procedimiento, revocatoria de la medida de aseguramiento y reiteró el otorgamiento de la "libertad incondicional", aseverando que la prueba sobreviniente al pliego de cargos -en su criterio- ha resentido la presunta responsabilidad que la ha sido atribuida y por lo tanto, debe ser liberada en forma perentoria.

En providencia de julio 27 de 1994, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, la Corte al tratar los planteamientos hechos por la exfuncionaria dijo lo siguiente:

"El Tribunal no ha debido hacer pronunciamiento alguno respecto de la petición de cese de procedimiento, pues el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, faculta al juez para diferir cualquier decisión relativa a la valoración probatoria que incida en la responsabilidad del acusado, para el momento del fallo, luego no resulta práctico para los fines del proceso que sin haber concluido las intervenciones de los sujetos procesales, la audiencia se suspenda para que en forma anticipada, se clarifiquen las pruebas sobrevinientes a la Resolución de Acusación, so pretexto de atender peticiones de la naturaleza ya indicada.

La solicitud de cesación de procedimiento que se presente en el desarrollo de la audiencia pública, con base en las pruebas sobrevinientes a la Resolución de Acusación, el juez debe mirarla como el sustento de una pretensión que debe resolverse en el fallo. Además, en los casos donde se juzga a más de un procesado, ninguno de ellos puede ser afectado con la suspensión del proceso para que el juez atienda, con relación a uno, peticiones de cesación de procedimiento, ya que según el mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política, les asiste el derecho a ser juzgados sin dilaciones injustificadas.

El artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, impone al fiscal en el sumario y al juez en la etapa del juicio, la declaración de cesación de procedimiento cuando aparezcan plenamente demostradas las causales allí previstas. En cambio, una vez concluido el debate público, en la sentencia, tal requisito no resulta perentorio, ya que basta con la presencia de la duda sobre la responsabilidad del procesado, para que éste sea favorecido con un fallo absolutorio. Esta la razón para que el legislador faculte al juez para diferir al momento de dictar el fallo, peticiones de tal naturaleza.

Ante la improcedencia de la petición principal, la revocatoria de la medida de aseguramiento y la consecuente libertad incondicional reclamadas, tampoco puede ser atendidas sin que ello implique el desconocimiento de la excepción prevista en el artículo 454 del estatuto procesal penal, pues no podrán los sujetos procesales, se repite, en forma caprichosa y desordenada, elevar solicitudes que lejos de favorecerlas apuntan a entorpecer el desarrollo de la audiencia pública, con detrimento del debido proceso".

Ahora, la doctora OROZCO VIUDA DE RAYO insiste en obtener su libertad haciendo hincapié en la aplicación del perentorio mandato del artículo 412 del Código de Procedimiento Penal, disposición que el Tribunal

desconoció y que en su caso no es posible diferir la determinación que anhela para el momento de la sentencia (artículo 474 *ejusdem*).

Pues bien. El artículo 412 del Decreto 2700 de 1991 preceptúa que: "En cualquier momento de la actuación procesal, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, el funcionario revocará la medida de aseguramiento cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen".

La frase que contiene esta disposición "En cualquier momento de la actuación procesal" no puede interpretarse literalmente -como lo sugiere la recurrente-, porque requiere su integración sistemática con el conjunto normativo que conforma el estatuto procesal penal. Cuando la ley establece la posibilidad de revocar la medida de aseguramiento de conformidad con prueba sobreviniente, debe entenderse que los medios de comprobación que apuntan en este derrotero son aquellos que han surgido con posterioridad a su proferimiento en la etapa del sumario.

En otras palabras, la revocatoria de la medida de aseguramiento solamente es posible en la fase instructiva del proceso, pues la etapa del juicio se inicia con la ejecutoria de la resolución de acusación que requiere como requisitos sustanciales la demostración de la ocurrencia del hecho y la prueba que comprometa la responsabilidad del imputado (artículos 441 del Código de Procedimiento Penal). Por el contrario, para que sea admisible el proferimiento de una medida de aseguramiento se exige" por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso" (artículo 388), de manera que es posible llegar al momento de la calificación del sumario sin la existencia de una medida de aseguramiento, porque lo que la ley veda es que la investigación pueda cerrarse sino se ha resuelto la situación jurídica del procesado (artículo 56 de la Ley 81 de 1993) y ella bien pudo haberse definido en su momento a través de libertad inmediata si no existió prueba que justificara la medida de aseguramiento. En esta hipótesis si al calificarse el mérito del sumario se encuentran demostrados los requisitos para dictar resolución de acusación es indudable que debe proferirse la correspondiente medida de aseguramiento.

Ante la presencia de la resolución de acusación ejecutoriada que es el presupuesto para dar inicio a la etapa de juzgamiento, el examen sobre la prueba aportada en esta fase procesal concerniente a la tipicidad, a la antijuridicidad o a la culpabilidad, y cualquier decisión sobre estos aspectos se traslada a la sentencia, porque como ya lo dijo la Corte en este mismo

asunto, no puede pretenderse que temas jurídicos que deben resolverse en el fallo se anticipen a ese momento en el cual se decidirá definitivamente sobre la responsabilidad o no del procesado, ni es atendible revivir el debate probatorio previo a la calificación del mérito del sumario. Los cargos que son materia de debate en la etapa del juicio son los contenidos en la providencia calificatoria y no en la medida de aseguramiento, así esta se haya adoptado en aquella como sucedió en este caso en virtud de la ley vigente para ese entonces (Decreto 050 de 1987).

De otra parte, cuando el artículo 454 de la ley procesal penal determina que el juez podrá diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que deba tomar respecto de las peticiones hechas por los sujetos procesales en el curso del juicio "A menos que se trate de la libertad, de la detención del acusado, o de la práctica de pruebas", lo que el legislador ha querido es que determinaciones relativas a las causales de libertad provisional que son pertinentes en el juicio (artículo 55 de la Ley 81 de 1991), la suspensión de la detención preventiva (artículo 407 *ibídem*) o la detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio (artículo 409) se resuelvan en las oportunidades que la ley prevé sin que deba esperarse el momento del fallo, pues ellas no afectan el trámite del proceso. Igual acontece con la cesación del procedimiento por causales objetivas (muerte del procesado, prescripción de la acción penal, desistimiento, etc.) única posibilidad de la terminación excepcional del proceso en el juicio.

Aquí la doctora MARIN OROZCO VIUDA DE RAYO, como ya se dijo, se encuentra privada de la libertad (medida de aseguramiento de la detención domiciliaria) como consecuencia de la resolución de acusación proferida en su contra por los delitos de peculado y falsedad en documento público, de manera que es inadmisible pretender provocar el estudio sobre el alcance probatorio de los medios de prueba existentes en el proceso y aquellos que ella aduce fueron aportados en la etapa probatoria del juicio para esta vía obtener la revocatoria de la medida de aseguramiento y como consecuencia la libertad inmediata, pues el fundamento del proceso descansa en la resolución de acusación y el análisis pretendido se hará una vez concluya la audiencia pública a través de la correspondiente sentencia.

Hizo bien el Tribunal al negar la "libertad incondicional" pretendida.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve :

CONFIRMAR en todas sus partes las providencias de octubre 5 y diciembre 5 de 1994, proferidas por el Tribunal Superior de Buga.

Devuélvase el asunto al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

CALUMNIA / INJURIA

Las personas jurídicas no son sujetos pasivos de ese delito (calumnia) en la medida en que no se les puede imputar a ellas la comisión de hechos punibles. Hipótesis distinta es cuando la calumnia se dirige contra los socios, pero en ese evento corresponde a ellos como personas naturales presentar la querella.

Diferente es la situación respecto de la injuria, puesto que las imputaciones deshonrosas pueden predicarse tanto de las personas naturales como de las jurídicas.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 24

Vistos :

Procede la Sala a resolver la situación jurídica del doctor SALOMON NADER NADER, miembro del Senado de la República, y a tomar la determinación que resulte procedente de acuerdo con los elementos de juicio allegados.

Hechos:

El 20 de septiembre de 1989, el Gobernador del Departamento de Córdoba, JOSE GABRIEL AMIN MANZUR, celebró un contrato con la sociedad comercial INVERSIONES CORDOBA LTDA., representada legalmente por ANIBAL HANNA ARABIA, según el cual el Departamento

autorizaba al contratista a construir en terrenos propios, montar y poner en funcionamiento una empresa industrial con destino a la producción, introducción y venta de licores y vinos espumosos; así como a la producción, distribución y venta de alcohol, sus productos y subproductos, y a revertir tal empresa o fábrica al Departamento de Córdoba al término del contrato sin costo alguno para éste, o sea en forma gratuita. La duración del contrato fue estipulada en 20 años.

Considerando que esa operación comercial era altamente lesiva para los intereses del Departamento, y con motivo del debate electoral previo a las elecciones de octubre de 1991, el doctor SALOMON NADER NADER se dedicó a criticarlo mediante cuñas radiales transmitidas por la emisora de su propiedad RADIO PANZENU, y en un discurso pronunciado el 19 de octubre en la plaza pública de la ciudad de SAHAGUN, el cual fue difundido por el mismo medio.

El señor RAUL HADDAD LOUIS estimó que el comportamiento del doctor NADER NADER era constitutivo de los delitos de injuria y calumnia, razón por la cual, actuando como representante legal de la sociedad INVERSIONES CORDOBA LTDA., formuló la correspondiente qurerella.

Prueba recaudadas

a. - Constancia de que el doctor Salomón Nader se posesionó como Senador de la República para el período constitucional 1994-1998.

b. - Declaraciones bajo juramento de PEDRO CHISAYS CHADID, JORGE GANEM GOMEZ, ALFONSO ODOSGOITIA YARZAGARY.

c. - Transcripción a texto mecanográfico de 2 cassettes Sony EPGO, por el laboratorio de Fonoespectografía del cuerpo técnico, de donde se puede extractar lo siguiente:

Cassette No. 1: Cuña 039 Radio Panzenú.

"...

V.H. Dónde está la paga de los maestros?
V.H. De los Jubilados?
H.H. De los empleados del Departamento?
V.V. Cero treinta y nueve se lo llevó, se lo llevó el maldito ron.

Y los responsables qué?
Son candidatos, son candidatos en esta elección, son candidatos en esta elección, son candidatos en esta elección, son candidatos en esta....
V.M. Qué pasó con la Hacienda Pública de Córdoba?
V.M. Qué se hicieron los dineros del Departamento?
V.V. Cero treinta y nueve, cero treinta y nueve, cero treinta y nueve se los llevó, se los llevó el maldito ron.
Y los responsables que?
Su candidato, su candidato, su candidato, su candidato a esta elección...''.

Cassette No. 2. Manifestación en Sahagún, octubre 19 de 1991.

"...

V.H. Fue necesario para poder cristalizar el contrato que dos sectores políticos importantes del partido liberal se XXXX pusieran de acuerdo, el uno manejando la Asamblea Departamental con el gamonal mayor de Montería como presidente, y el otro manejando la gobernación del Departamento de Córdoba...

V.V. XXXX
V.H. Convirtieron a Córdoba en pordioseros, le quitaron veinte mil millones de pesos de impuestos, de timbre nacional y de impuestos de estampillas departamental, permitieron que los vagabundos que habían venido a Córdoba a acompañarlos a ellos para hacer ese contrato, se quedaron con esos veinte mil millones de pesos, y luego... luego negociación la estabilidad económica del departamento, acabaron con la posibilidad futura de recuperación entregando un contrato que representa para Córdoba no por lo que diga SALOMON NADER...; desde entonces demandamos, exigimos, hicimos debates hasta conseguir que el Consejo de Estado dictaminara que el contrato era inconstitucional XXXX, hasta conseguir que la Procuraduría General de la Nación ordenara al Fiscal que demandara la nulidad del contrato; pero otro señor en la Gobernación cuando se les dió el término, se venció el término para la XXXXX la construcción de lo que mal se llama la fábrica de licores, conociendo lo que ya había dictaminado el Consejo de Estado prorrogó XXXXX la construcción de la obra, para que estos pícaros siguieran robándole a Córdoba...''.

d. - Copia de la documentación referente al contrato de concesión entre la Gobernación de Córdoba y la firma Inversiones Córdoba Limitada.

e. - Copia de la providencia proferida por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa mediante la cual se declaró responsable disciplinariamente al Gobernador y al Contralor Departamental.

f. - Fotocopia del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

g. - Demanda presentada por la Procuraduría General de la Nación ante el Tribunal Administrativo de Córdoba solicitando la nulidad del contrato.

h. - Providencia mediante la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba declaró la nulidad absoluta del Contrato de concesión, suscrito por el Departamento de Córdoba y la Sociedad Comercial Inversiones Córdoba Ltda.

i. - Copia del concepto emitido por la Administración de Impuestos Nacionales, como consecuencia de la consulta elevada por el Dr. Jaime Burgos Martínez.

j. - Indagatoria del Doctor Salomón Nader Nader

Manifiesta que la Gobernación de Córdoba celebró un contrato de concesión para montar una fábrica de licores en el departamento y al mismo tiempo para tener el monopolio de la distribución y comercialización de los licores que se producían en otros departamentos; fue adjudicado por concurso haciendo uso de una ordenanza que les dió facultades al gobernador para celebrarlo, violando la ley, ya que requería de licitación pública porque su cuantía era má de $ 190.974.000 de pesos.

En vista que el contrato era ilegal e inconstitucional se dirigió con otros Senadores y Representantes de Córdoba, al Procurador General de la Nación para que investigara e interpusiera la acción de nulidad.

Como el departamento había sufrido pérdidas sustanciales y al tener conocimiento de que el contrato no fue legalizado en debida forma, solicitaron al Director General de Impuestos Nacionales que aclarara si los contratantes estaban obligados a pagar el impuesto de timbre y efectivamente mediante oficio del 25 de septiembre de 1990, se dió una respuesta positiva.

En razón de los grandes perjuicios económicos que sufrió el Departamento, se dirigieron al Ministerio de Gobierno donde se consultó al Consejo de Estado -Sala de Consulta del Servicio Civil- sobre la legalidad del contrato; en respuesta del 15 de agosto de 1990 conceptuó que el Gobernador no tenía facultad para adjudicarlo.

Agrega que como el contrato era manifiestamente lesivo para los intereses de Córdoba no solamente en $ 23.000.000.000 mil millones de pesos, sino lo que dejara de percibir en 20 años que duraba, por radio y por escrito combatió el contrato con cuñas y en especial las alusivas al ron 039, lo hizo defendiendo los intereses de Córdoba porque cumplía con su deber y esa era su obligación, teniendo en cuenta los conceptos emitidos por el Consejo de Estado, el Ministerio de Hacienda, la Procuraduría y en especial el concepto rendido por el Fiscal Primero del Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba que hizo un estudio de los perjuicios que la suscripción del contrato le causó a la administración pública.

Refiere que es una obligación constitucional vigilar los procesos de contratación, porque es necesario que la opinión pública se entere con claridad sobre las actuaciones de los funcionarios públicos y de las personas que contratan con el Estado. Igualmente afirma que nunca se refirió a personas en particular, sino a la sociedad como responsable del desfalco porque el interés individual no puede primar sobre el general; por lo tanto no ha existido un delito de calumnia o injuria porque los hechos denunciados son ciertos y claramente demostrados.

Consideraciones de la Sala

De las pruebas recaudadas surgen como debidamente acreditados los siguientes hechos:

1o. - El doctor SALOMON NADER NADER es actualmente Senador de la República, razón por la cual esta Corporación es competente para la investigación y juzgamiento de los hechos que se les imputan, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235 de la Constitución Política.

2o. - Como el artículo 322 del Código Penal establece que en los casos de calumnia e injuria solo se procederá mediante querella, resulta claro que la investigación adelantada mediante estas diligencias se refiere exclusivamente a si el indagado calumnió o injurió con sus afirmaciones a la sociedad Inversiones Córdoba Ltda., ya que la queja fue presentada en su nombre por el representante legal.

En estas condiciones, la primera conclusión que surge es que se debe descartar la imputación por calumnia, ya que las persona jurídicas no son sujetos pasivos de ese delito, en la medida en que no se les puede imputar a ellas la comisión de hechos punibles. Hipótesis distinta es cuando la calumnia se dirige contra los socios, pero en ese evento corresponde a ellos como personas naturales presentar la querella.

3. - Diferente es la situación respecto de la injuria, puesto que las imputaciones deshonrosas pueden predicarse tanto de las personas naturales como de las jurdídicas, razón por la cual corresponde concretar, si la conducta atribuida al Senador NADER NADER se adecúa a la descripción típica prevista en el artículo 313 del Código Penal.

Veamos:

Con la lectura de la transcripción de los cassettes se constata, que ni en las cuñas radiales ni en el discurso pronunciado en Sahagún se hizo mención alguna de la sociedad Inversiones Córdoba Ltda., luego las acusaciones del querellante son fruto de la inferencia que él obtiene apoyándose en la alusión que se hace en las grabaciones al ron llamado Cero Treinta y Nueve, y al contrato para la distribución y fabricación de licores.

La circunstancia de no existir ninguna referencia directa a Inversiones Córdoba, lleva al quejoso a sostener de manera reiterada que las afirmaciones del querellado afectan por igual a la compañía y a sus socios, pero no puede concretar cuál es la imputación deshonrosa contra la empresa que gerencia, desviándose a transcribir apartes del discurso en el que el doctor NADER sostiene que para la firma del contrato se pusieron de acuerdo dos sectores importantes del partido liberal, y le quitaron a Córdoba veinte mil millones de pesos en impuestos de timbre nacional. También que "... otro señor en la Gobernación... prorrogó la construcción de la obra, para que estos pícaros siguieran robándole a Córdoba".

Teniendo en cuenta lo analizado, para la Sala es evidente que no se tipifica el delito de injuria contra Inversiones Córdoba Ltda.

4. - Al margen de lo dicho, y para abundar en razones respecto a lo que se debe decidir, es importante destacar las irregularidades que las autoridades competentes encontraron en la elaboración del contrato en mención.

a) Mediante providencia del 17 de marzo de 1992, la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa declaró responsables

disciplinariamente al Gobernador JOSE GABRIEL AMIN MANZUR, y al Contralor General del Departamento GEOVANNY ESPITIA PADILLA, imponiéndoles como sanción veinte días de sueldo a cada uno. Al primero, por haber exonerado a los contratistas de la obligación de pagar los impuestos departamentales, dejando de ingresar aproximadamente tres millones setecientos sesenta y dos mil pesos (3.762.000) en el año 1989. Y al segundo, por aprobar la garantía de cumplimiento del contrato con una vigencia de tan solo un año, cuando ha debido extenderse a un plazo no menor de veinte (20) años.

b) El Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil– el 15 de agosto de 1990 absolvió la consulta sobre el monopolio de la producción, introducción y venta de licores, formulada por el Ministerio de Gobierno, y en ella puntualizó entre otras respuestas las siguientes: Los Gobernadores no están autorizados para celebrar contratos de concesión con empresas particulares para la producción, introducción o venta de licores; el impuesto de consumo debe ser pagado por los productores o introductores de bebidas fermentadas a los departamentos, y las Asambleas Departamentales solamente están autorizadas para expedir las normas que reglamenten los aspectos administrativos de recaudo, gravamen, consumo y las que sean necesarias para asegurar el pago, impedir la evasión y eliminar el contrabando de licores; y, el concesionario no puede celebrar convenios de introducción o intercambio de licores, porque esa posibilidad está reservada a los departamentos por el artículo 123 del decreto 1222 de 1986.

c) El 25 de febrero de 1991, el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba decretó la suspensión provisional de la ordenanza No. 01 del 12 de junio de 1989, mediante la cual la Asamblea autorizó al Gobernador a celebrar el contrato de concesión en representación del Departamento.

d) La Viceprocuraduría General de la Nación solcitó al Fiscal Primero ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, instaurar la acción de nulidad del contrato celebrado entre el Departamento y la sociedad Inversiones Córdoba Ltda., petición que fue atendida, y como consecuencia el Tribunal decretó la nulidad en fallo del 28 de noviembre de 1994.

Como se acaba de ver, las afirmaciones del Senador SALOMON NADER sobre la ilegalidad del contrato y los notables perjuicios económicos que con él se causaba a las arcas departamentales corresponden a la verdad.

Ante la atipicidad de la conducta del acusado, en relación con la querella formulada por el representante legal de la persona jurídica Inversiones Córdoba Ltda., la Sala no sólo se abstendrá de dictar medida de aseguramiento en su contra, sino que decretará la preclusión de la investigación.

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

Resuelve:

1. - ABSTENERSE de proferir medida de aseguramiento contra el Senador SALOMON NADER NADER por los hechos objeto de esta investigación.

2. - DECRETAR la preclusión de la instrucción por las razones dadas en la parte motiva de este proveído. En firme esta decisión, archivar el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar (Aclaración de Voto), Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

CALUMNIA / INJURIA
(Aclaración de Voto)

Propuse a la Sala y no encontré finalmente eco en ello, que se asumiera a fondo el debate sobre la integridad moral de las personas jurídicas a efecto de que quedara en claro cuál era la razón para que la Corte diera por aceptada la discutible tesis de que son susceptibles de ser lesionadas en su honor o su honra y por tanto víctimas del delito de injuria.

La delimitación del bien jurídico tutelado es asunto fundamental para precisar la tipicidad del respectivo hecho punible. Esa función de concepto de bien jurídico termina siendo la que justifica su existencia dogmática. No solo contribuye a interpretar el objeto de la prohibición para determinar su alcance típico, sino que permite definir el límite de lo materialmente antijurídico por la medida del daño o la capacidad de producirlo de la conducta imputada.

En segundo término, según el concepto de integridad moral sea personalismo o permita otras proyecciones, produce esquemas distintos de aplicación del tipo penal, que siempre sería el mismo (art. 313). El contenido del buen nombre de las personas humanas no puede ser igual al del buen nombre de las personas jurídicas, y, dentro de éstas, el de las personas jurídicas de derecho privado no es idéntico al de las personas jurídicas de derecho público. Una indefinición en este último sentido sencilla y llanamente coloca al derecho penal al borde de la consagración del delito de opinión o de la persecución de la disidencia.

En tercer lugar, imputación deshonrosa para una sociedad comercial puede ser desde aquello que critica la bondad de sus productos hasta aquello que resulte ácido por la impugnación de los precios del mercado o por el destino final de las ganancias. Se involucra así el derecho penal en cuestiones atinentes al contenido

económico del buen nombre comercial (y en conductas de competencia desleal) bien jurídico éste que no tiene existencia autónoma y que más bien hace parte del patrimonio de las personas jurídicas, siendo susceptible de ser protegido y –seguramente más eficazmente– a través de las vías previstas en el derecho privado y en las normas de policía administrativa por parte de las Superintendencias.

ACLARACION DE VOTO:

No encuentro objeción alguna a la decisión de precluir la investigación porque existen argumentos jurídicos y probatorios que conducen a ello. Sin embargo, propuse a la Sala y no encontré finalmente eco en ello, que se asumiera a fondo el debate sobre la integridad moral de las personas jurídicas a efecto de que quedara en claro cuál era la razón para que la Corte diera por aceptada la discutible tesis de que son susceptibles de ser lesionadas en su honor o su honra y por tanto víctimas del delito de injuria.

Tradicionalmente en Colombia el punto no fue impugnado; pero porque existía un antecedente de lege data como era el del artículo 344 del Código Penal de 1936, norma expresa que no quedó reproducida en el Código Penal de 1980 y sobre el cual la Comisión Final de redactores se abstuvo de hacer comentario alguno, aún a pesar de que el proyecto que constituyó su punto de partida para el análisis así lo consagraba. (Art. 459) (Cfr. Actas de Nuevo Código Penal Colombiano; Parte Especial, Vol. II; Colección Pequeño Foro. P. 247).

Las derivaciones de la posición que se adopte parecen ser bien importantes y por ello es que considero de importancia que la Corporación se pronuncie sobre el tema.

En primer lugar, la delimitación del bien jurídico tutelado es asunto fundamental para precisar la tipicidad del respectivo hecho punible. Esa función del concepto de bien jurídico termina siendo la que justifica su existencia dogmática. No solo contribuye a interpretar el objeto de la prohibición para determinar su alcance típico, sino que permite definir el límite de lo materialmente antijurídico por la medida del daño o la capacidad de producirlo de la conducta imputada.

En segundo término, según el concepto de integridad moral sea personalísimo o admita otras proyecciones, produce esquemas distintos de aplicación del tipo penal, que siempre sería el mismo (art. 313). El contenido el buen nombre de las personas humanas no puede ser igual al del buen nombre de las personas jurídicas y, dentro de éstas, el de las personas jurídicas de derecho privado no es idéntico al de las personas jurídicas de derecho público. Una indefinición en éste último sentido sencilla y llanamente coloca al derecho penal al borde de la consagración del delito de opinión o de la persecución de la disidencia.

En tercer lugar, imputación deshonrosa para una sociedad comercial puede ser desde aquello que critica la bondad de sus productos hasta aquello que resulte ácido por la impugnación de los precios del mercado o por el destino final de las ganancias. Se involucra así el derecho penal en cuestiones atinentes al contenido económico del buen nombre comercial (y en conductas de competencia desleal) bien jurídico éste que no tiene existencia autónoma y que más bien hace parte del patrimonio de las personas jurídicas, siendo susceptible de ser protegido y –seguramente más eficazmente– a través de las vías previstas en el derecho privado y en las normas de policía administrativa por parte de las Superintendencias.

Por último, una interpretación de éste tenor conduce a una sobresaturación aún mayor del sistena penal, cuando la política criminal más moderna propone reducirlo. Bastantes dificultades tiene para resolver los asuntos que genera la protección de lo más elemental, los derechos del individuo, como para agregarle ahora la más insólita de convertirlo en arma de guerrear por parte de los conglomerados económicos.

Quede claro eso sí que no se opone el suscrito a que el buen nombre de las personas jurídicas sea tutelado. Lo que no me parece es que sea un asunto de integridad moral y que por este camino se prohije la tendencia de que a todas las manifestaciones del conflicto socio economómico se les recete una buena dosis de derecho penal.

Con el debido respeto,

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

TERRORISMO / COLISION DE COMPETENCIA

La persecución a los miembros de la policía, poniéndole precio a sus vidas, fue un medio para crear zozobra y temor en la población, así como para presionar a las autoridades a bajar el empeño puesto en su persecución. No hay la menor duda de que la eliminación sistemática de las fuerzas de seguridad del Estado, constituye para la población un acto de terror que siembra en ella un sentimiento constante de inseguridad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., Febrero veintidós de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 24

Vistos

Decide la Sala sobre la colisión negativa de competencias surgida entre el Tribunal Nacional y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí (Antioquia) respecto del proceso adelantado contra José Earles Bedoya Cardona por el punible de lesiones personales de que trata el Decreto 180 de 1988.

Antecedentes

1o. El día 10 de noviembre de 1990, la policía metropolitana de Medellín tuvo conocimiento por una llamada telefónica, de que en una residencia ubicada en la carrera 48 con calle 48 de Itagüí, se encontraba Johnny Rivera Acosta, alias el Palomo, reconocido jefe de las bandas de sicarios del cartel de Medellín, reunido con varios individuos.

Miembros de la Sijín se traladaron a la dirección antes señalada con el fin de constatar la información. El dragoneante Evelio Delgado Delgado se dispuso a realizar un recorrido, momentos en que fue atacado a tiros por la espalda, siendo herido en el codo y en la planta del pie izquierdo que le ameritó una incapacidad de 60 días. Ante esta actitud se presentó un enfrentamiento entre los integrantes de la patrulla y 5 hombres que componían el grupo de agresores, dando como resultado la captura de José Earles Bedoya Cardona sobre el tejado de una casa donde se rindió, luego de agotada la munición.

El Juzgado Once de Orden Público de Medellín avocó conocimiento y resolvió la situación jurídica del indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva por lesiones personales con fines terroristas.

Mediante providencia del 29 de enero de 1992, se profirió resolución de acusación en contra de JOSE EARLES BEDOYA CARDONA por el punible de lesiones personales con fines terroristas, consagrado en el art. 31 del Decreto 180 de 1988, adoptado como lesgislación permanente.

Por interlocutorio del 7 de octubre de 1992, el Tribunal Nacional confirmó el auto donde se había negado la libertad del procesado. Mediante providencia del 16 de septiembre de 1992, se decreta su libertad por pena cumplida.

El 6 de enero de 1994 se condenó a José Earles Bedoya Cardona a una pena de 33 meses de prisión y multa de 10 salarios mínimos, como autor responsable del delito de lesiones personales con fines terroristas.

3o. El proceso es remitido al Tribunal Nacional con el fin de surtir la consulta, pero en proveído del 7 de octubre de 1994 el Tribunal se abstuvo de actuar como *ad-quem* y dispuso remitir las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Itagüí para que asumiera la competencia de segunda instancia, proponiendo colisión negativa de competencia en caso de que no esté de acuerdo con la decisión. Al efecto expresó:

> "... 4. Así las cosas, no cabe duda que el punible materia de este proceso se adecúa al tipo descrito en el artículo 331 del Código Penal, y sancionado por el 332 *ibídem*, no al que contempla el artículo 31 del Decreto 180 citado, ya que, aún cuando la víctima fue un agente de policía en servicio activo, está claro que la acción delictiva no tuvo propósito terrorista, y por otra parte, lo que prima en estos casos para

la adecuación del comportamiento, no es la calidad del sujeto pasivo, así este pertenezca a una institución armada del Estado -como parecen entenderlo la Fiscalía y el *a quo*-, sino que en la Comisión del delito concurra aquél ingrediente subjetivo, o sea cuando en la acción delictiva esté evidente el ánimo de causar estupor y zozobra en el conglomerado social, tal como, según nuestra reciente historia criminal, ocurrió con los graves atentados perpetrados por el narco-terrorismo indistintamente contra las autoridades y/o la población civil, encaminados a esa finalidad y, en el subfondo, a obtener cuentas, concesiones políticas-legales por parte del Gobierno...

b. Ergo, son los Jueces Municipales en primera instancia, y los del circuito en segunda, los encargados de adelantar este proceso, y no la justicia regional, como quiera que el delito aquí investigado no tuvo finalidad terrorista; de consiguiente la Sala se abstendrá de acutar como ad quem dentro de él, y en su lugar, dipondrá su remisión al JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO-reparto de Itagüí a efecto de que asuma su conocimiento en segunda instancia, provocándole colisión de competencia negativa, en el supuesto de que no comparta nuestros planteamientos...''.

4o. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, por tratarse de un punible de lesiones personales y no existir la consulta en este procedimiento, lo remitió al Juzgado Penal Municipal reparto por competencia. Le correspondió al Primero Penal Municipal, despacho que lo devolvió al Circuito para que se pronunciara sobre la colisión propuesta, la cual fue aceptada por auto de noviembre 24 de 1994, aduciendo lo siguiente:

''... El Código de Procedimiento Penal no prevé el grado de consulta de las decisiones (sentencia) dictadas respecto de tales ilicitudes. Por eso, pues, en el supuesto de que el fallo de que trata en este expediente lo hubiera proferido un Juez Penal Municipal, no habría lugar a que conociéramos de él, en segunda instancia, por consulta. De otra parte, Juez Penal del Circuito no es superior jerárquico del Juez Regional. Esto es, instantáneo, otra razón válida y jurídica para que esta oficina se abstenga de pronunciarse respecto de la sentencia emitida por el señor Juez Regional de Medellín... Sin embargo, y con el único fin de no propiciar más dilaciones en este asunto, sintiéndonos absolutamente incompetentes para emitir cualquier pronunciamiento en este proceso (y entendiendo, también que el Tribunal Nacional debió anular,

entonces, el fallo que se le consultaba y enviar el expediente al Juez Municipal, como vía más expedita y jurídica), entendiendo todos estos aspectos, decimos, es pertinente aceptar la colisión negativa de competencias...''.

De esta manera se traba la colisión, remitiendo el proceso para que esta Corporación decida quién es el competente para conocer el proceso.

Consideraciones

1o. Como se trata de una colisión de competencias trabada entre el Tribunal Nacional y un Juzgado Penal del Circuito, corresponde a la Corte dirimirla, al tenor de lo dispuesto en el artículo 68 numeral 5o. del Código de Procedimiento Penal.

2o. El Tribunal conoció de la apelación del auto que negó la libertad en la etapa del juicio, oportunidad en la cual no manifestó nada respecto de la competencia. Pese a ello, cuando debía resolver la consulta de la sentencia condenatoria, se abstuvo de hacerlo proponiendo una colisión y decidiendo algo más completamente absurdo, como lo es el que haya dispuesto enviar las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Itagüí.

3o. Está establecido en el proceso, en que una patrulla de la Policía Nacional (SIJIN), fue atacada con armas de fuego en momentos en que adelantaban labores de inteligencia tendientes a la captura del delincuente JOHNY RIVERA (alias el Palomo), reconocido como uno de los sicarios del cartel de Medellín. En esos hechos resultó herido el Dragoneante EVELIO DELGADO DELGADO.

El *a-quo* con un razonamiento muy claro y ajustado a la realidad de lo sucedido, estima que la norma aplicable es la del Decreto 180 de 1988, puesto que se trató de una encerrona contra miembros de la Fuerza Pública, que por la intensidad y duración del tiroteo, así como por las armas empleadas, no deja la menor duda de que se pretendía acabar con la vida de los agentes del orden. Además, encuentra el sentenciador como muy probable, que la llamada realizada por una persona anónima haya sido con el fin de tender una celada a los policiales, ya que por la época todo miembro de la policía se había convertido en un blanco apetecido por los sicarios del cartel de Medellín.

No ha debido olvidar el Tribunal Nacional, que la persecución a los miembros de la policía, poniéndole precio a su vidas, fue un medio para crear zozobra y temor en la población, así como para presionar a las autoridades a bajar el empeño puesto en su persecución. No hay la menor duda de que la eliminación sistemática de las fuerzas de seguridad del Estado, constituye para la población un acto de terror que siembra en ella un sentimiento constante de inseguridad.

Resulta ingenuo inferir, como lo hace el *ad-quem*, que "la arremetida de las fascinerosos contra los integrantes de la patrulla solamente tuvo el propósito de evitar la eventual captura del líder de los delincuentes, el prementado Johny Rivera, y no el de crear un temor generalizado en la comunidad,...". Si en el operativo no se había establecido ningún contacto con los delincuentes, ni el "Palomo" había sido visto, cuál la razón para agredir a los policiales, especialmente si en esas condiciones les resultaba más fácil huir sin hacer despliegue de violencia.

Lo que ha debido deducir por la forma como se desarrollaron los hechos, es que si los agentes iban de civil, en un carro sin distintivos de la policía, y aún no existía una acción concreta contra los delincuentes, no obstante lo cual fueron atacados con armas de fuego, fue porque los estaban esperando y los hicieron ir allí para eliminarlos.

Este tipo de actos, que para el período en que ocurrió el que aquí se procesa fueron múltiples, generaron terror Y zozobra en la población, de tal modo que el gobierno se vió precisado a proferir normas especiales para su juzgamiento. Resulta entonces inaudito que el Tribunal no vea en un hecho tan grave, como lo es que en ese contexto histórico un grupo de sicarios atacara a una patrulla policial, la connotación terrorista, y que de una manera tan simplista y elemental, se limite a decir que los delincuentes solo querían proteger a su líder, como si esa fuera una conducta lícita, o por lo menos aceptada como común y corriente.

No es que por el solo motivo de que la víctima sea un agente de la policía, el hecho de califique como terrorista, es es un aspecto que sumado a todas las demás circunstancias que rodearon los sucesos, da como resultado lo que en su oportunidad acertadamente decidió el Juez Regional respecto a la competencia.

Por lo dicho, la Sala considera que corresponde al Tribunal Nacional conocer de la consulta de la sentencia, para lo cual le será remitido el proceso.

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

Resuelve :

Declarar que la competencia para conocer del presente proceso corresponde al Tribunal Nacional. En consecuencia, remítase el expediente a dicho Tribunal y dése aviso de esta decisión adjuntando copia de la misma al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí (Antioquia).

Comuníquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO / TIPICIDAD

No basta para su represión penal como enriquecimiento ilícito que exista en la persona acriminada acrecentamiento patrimonial, sino que es necesario, para que la conducta tenga cabal encuadramiento en la ley, que no sea "justificado", elemento normativo sin el cual tornaríase irreprochable jurídicamente por atipicidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., febrero 24 de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 025-11-23-95

Vistos :

Ejecutoriado el auto mediante el cual se declaró cerrada la investigación y vencido el término de que disponían las partes para presentar sus solicitudes, dentro del cual el defensor del imputado pidió preclusión de la investigación, debe la Corte impartir calificación al proceso.

Antecedentes inmediatos

Fueron resumidos en pasada oportunidad por la Corporación, así:

"Con base en un escrito anónimo, en donde se denunciaba el uso indebido de auxilios otorgados a Cooperativas y Asociaciones con la intervención del excongresista ALFREDO LUIS GUERRERO ESTRADA, la Procuraduría

General de la Nación adelantó una indagación preliminar en desarrollo de la cual practicó diligencias que al ser evaluadas permitieron considerar al funcionario investigador que posiblemente se había incurrido en una destinación indebida de los auxilios que como como congresista y concejal de Bogotá distribuyó el señor GUERRERO ESTRADA y, además, en un posible incremento de patrimonio no justificado, sugiriendo en con-secuencia, dar traslado a la justicia ordinaria y a la Procuraduría Delegada pa-ra la Vigilancia Administrativa para las investigaciones correspondientes".

"La oficina de Investigaciones Especiales acogió, en providencia de diciembre 23 de 1991, el informe y envió fotocopias de esa actuación a la Corte".

"El Magistrado a quien correspondió el asunto consideró que como se trata de dos cargos diferentes que no guardan relación de conexidad que amerite su investigación conjunta, dispuso compulsar copias respecto al posible enriquecimiento ilícito las cuales correspondieron en reparto a quien aquí funge como ponente". (Auto resolvió situación jurídica, Oct. 28/92, Fol. 192).

Actuación procesal

La investigación penal se abrió el 10 de agosto de 1992 (fl. 31), una vez se comprobó que el señor ALFREDO LUIS GUERRERO ESTRADA fue elegido miembro del Congreso de la República para la H. Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca para los períodos de 1982-1986 y 1986-1990, funciones que desempeñó con las interrupciones que constan a folio 13, apertura sumarial que tuvo como fundamento la averiguación preliminar adelantada por funcionarios de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, cuyo informe evaluativo deduce incremento patrimonial injustificado en cuantía superior a ciento cincuenta y sies millones de pesos ($ 156'000.000,oo) entre 1984 y 1988, además de que manejó en cuentas corrientes del Banco de Colombia y Banco de Trabajadores algo más de un mil cuatrocientos catorce millones de pesos ($1.414'000.000,oo) entre 1984 y 1990, sumas que constituyen desfase que debe ser explicado, pues no se les pudo ubicar el origen o naturaleza a esos movimientos.

Por estos cargos el señor GUERRERO ESTRADA fue oído en indagatoria (fl. 44), diligencia en la cual hizo completa relación de los bienes que eran

de su propiedad antes de ingresar al Congreso de la República, cuya explotación le permitió tener boyante situación económica, relievando que la construcción de más de treinta mil viviendas, actividad a la que también se dedicaba de tiempo atrás, le permitió movilizar más de doscientos mil millones de pesos ($200.000'000.000,oo), en costos de terrenos, materiales de construcción, pago de ingenieros, maestros, obreros, etc., razón por la cual ninguna necesidad tenía de apropiarse de un centavo del erario público, mucho más cuanto que los auxilios que gestionó como Representante a la Cámara y como Concejal fueron destinados a las obras sociales para las cuales fueron solicitadas y sobre los mismos la Contraloría expidió los correspondientes finiquitos.

Se adjuntaron al proceso copias de las escrituras de los inmuebles de propiedad del incriminado, se trasladó como prueba la diligencia de inspección judicial llevada a término por la Fiscalía Delegada 171 de la Unidad Especializada Delitos Admón. Pública en las instalaciones de la fábrica "DURO-GRES Ltda.", acto en el cual se hizo la descripción de las distintas dependencias que comprenden el inmueble, su maquinaria, valorada en tres millones de dólares (fl. 305) y se les recibió testimonio a ALVARO VELASQUEZ BERMUDEZ (fl. 180), JORGE ENRIQUE ROCIASCOS (fl. 188), y YADIRA BUITRAGO CASTRO (fl. 203), quienes se refirieron a las realizaciones del imputado como líder comunal de barrios del sur y de los beneficios que directamente recibieron al favorecerlos con becas de estudio sin exigencia alguna a cambio.

Perfeccionada en lo posible la investigación, se clausuró.

Consideraciones de la Corte

El señor ALFREDO LUIS GUERRERO ESTRADA es pasible de juzgamiento por parte de esta Corporación, porque aunque en la actualidad no ostenta la condición de congresista que le daba fuero, también es cierto que por virtud Constitucional la competencia de la Corte se prolonga cuando el hecho atribuido hubiere tenido relación con sus funciones, como aquí acontece (Parágrafo Art. 235 C. Nal.).

En este momento procesal, en el que se trata de la calificación del mérito probatorio del sumario, sólo es dable adoptar por una de dos determinaciones, a saber: resolución de acusación, si obra dentro del informativo la prueba

que establezca la existencia del hecho y, además, que exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, documento, peritación u otro medio de persuación que gravite sobre la responsabilidad penal del imputado (Art. 441 C.P.P.); y, preclusión de la investigación, si no apareciere la prueba que conduzca al proferimiento de la resolución de acusación (Art. 439 C.P.P.).

El hecho incriminado al señor GUERRERO ESTRADA, sería el de enriquecimiento ilícito, elevado a la categoría de punible por el artículo 148 del C.P., así:

"El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en...".

Como se advierte del desprevenido examen de este precepto, no basta para su represión penal como enriquecimiento ilícito que exista en la persona acriminada acrecentamiento patrimonial, sino que es necesario, para que la conducta tenga cabal encuadramiento en la ley, que no sea "justificado", elemento normativo sin el cual tornaríase irreprochable jurídicamente por atipicidad.

Recuérdese que la notitia criminis resultó de una comunicación anónima a la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación el 19 de septiembre de 1990, conforme a la cual el "...doctor GUERRERO ESTRADA sacaba partidas a nombre de Cooperativas y asociaciones, la última que sacó fue de TREINTA MILLONES ($ 30.000.000,oo) de pesos y con este dinero montó una fábrica de ladrillo, sobre la Avenida Boyacá vía al Llano, barrio Alfonso López de propiedad del señor Guerrero, para terminar de pagar los terrenos que fueron adquiridos al doctor Alvaro Gómez Hurtado..." (fl. 1 Cdno. Procuraduría), para cuya constatación se integró comisión investigadora, la cual tras prolongada y voluminosa recopilación de datos específicamente no llegó a comprobar la veracidad de la queja, mas sí concluyó en que hubo incremento patrimonial que debía ser explicado por el acusado, así como las altas sumas de dinero que movió en dos de sus cuentas corrientes de origen y naturaleza desconocidas.

La Corte se ha detenido en el estudio exhaustivo del acopio probatorio y ha encontrado que las razones dadas por el imputado para justificar el desfase patrimonial deducido han de ser aceptadas, puesto que hallan sustento en los medios de convicción allegados.

Efectivamente, en ese caso no puede decirse válidamente que el incriminado tuvo marcado mejoramiento económico a raíz de que accedió a la dignidad de congresista, porque antes de que ello ocurriera aparecía como propietario de bienes muebles e inmuebles de cierta consideración como para catalogar de acomodada su situación patrimonial y si bien es verdad que luego realizó algunas otras transacciones importantes, ello fue como consecuencia del giro normal que le venía dando a sus negocios.

Los bienes, avalúo y explotación de los mismos, los relaciona el imputado en su indagatorio, así, luego de aclarar que su actividad principal es la de empresario de la construcción en la producción y comercialización de materiales de construcción, negocios de finca raíz y explotaciones de canteras y producción y comercialización de elementos agropecuarios:

"...Mis bienes son los siguientes: una fábrica de materiales de construcción denominada DUROGRES... con unas doscientas cuarenta fanegadas urbanizables aledañas, la correspondiente mina de materiales de gres... cantera de materiales pétreos de donde se extraen arenas, recebos, piedra, etc., la fábrica comprende todo el equipo moderno de procesamiento de la industria cerámica y de la construcción como son extrusoras, cajones alimentadores, molinos, transportadores, trenes de transporte, volquetas, buldozeres, cargadores, montecargas y en general todo el equipamento de una planta moderna para este tipo de industrias. La fábrica tiene un área cubierta de unos quince mil metros cuadrados, presumo que en la actualidad esta planta con sus terrenos de canteras y minas puede estar costando alrededor de tres millones de dólares. También poseo bodegas dedicadas a la comercialización de materiales de construcción y expendio de abarrotes, una de ellas está situada en el barrio Diana Turbay, tiene un área de ochocientos metros cuadrados y tiene un avalúo comercial actualizado de ciento veinte millones de pesos, el establecimiento se denomina MERCADOS GUERREROS, poseo otra bodega ubicada en la carrera 10a. No. 12A-83 sur dedicada a la comercialización de automotores de segunda, esta bodega puede tener un precio actualizado de sesenta millones de pesos. Poseo otra bodega ubicada en la carrera 10a. No. 14-40 sur dedicada también al comercio de automotores de segunda, tiene el valor similar al anterior. Poseo un establecimiento comercial denominado "Pescadero los Mares del Sur" ubicado en la calle 22 sur No. 19-15, el costo de este establecimiento puede estar entre ciento veinte o ciento treinta millones de pesos. Poseo una

explotación agrícola-ganadera y panelera en el casco urbano de la ciudad de Villeta de aproximadamente cincuenta fanegadas de extensión con todo el equipamento moderno para la explotación antes dicha y su unidad panelera para la producción de este insumo que se comercializa directamente a los barrios construidos por el suscrito. Poseo una explotación cafetera y frutera en el municipio de Cachipay-Cundinamarca, una explotación agro-ganadera en el Municipio de Pasto-Nariño, el predio de Villeta vale más o menos doscientos cincuenta millones de pesos, el de Cachipay valencinos sesenta y cinco millones de pesos, el de Zipacón dado que se trata de un conjunto residencial campestre está en proceso de comercialización, puede valer unos doscientos millones de pesos, la finca agro-ganadera que queda a dieciocho kilómetros de la ciudad de Pasto que tiene una extensión superficiaria de setenta hectáreas puede costar entre treinta y cinco y cuarenta millones de pesos. Otra explotación agrícola y ganadera ubicada en el municipio de Buesaco Departamento de Nariño con una extensión superficiaria de noventa hectáreas con todo su equipamento de tractores, aparejos y la infraestructura existente como energía eléctrica, agua potable y teléfono inclusive, puede costar ciento veinte millones de pesos. Poseo otros lotes urbanos en Bogotá, uno con destino a parqueaderos ubicado en la carrera 12 Bis, entre las calles 26 y 27 sur, cuya nomenclatura no me acuerdo por el momento este inmuele puede estar costando unos quince millones de pesos. He tenido muchos inmuebles urbanos, pero han sido objeto de comercialización, por lo que no lo relaciono en esta declaración; quiero dejar expresa constancia de que el noventa por ciento del patrimonio antes mencionado fue adquirido con anterioridad a mi ejercicio como Representante...'' (Fls. 45 y 46).

No es de extrañar, entonces, que la puesta en producción de esa cantidad de bienes sobre los cuales viene ejerciendo el derecho de propiedad el acusado, generará movimientos bancarios que, precisamente por no haberse intentado conocer su origen y naturaleza por los investigadores de la Procuraduría acudiendo a la fuente misma, crearon sombras de duda sobre su licitud que obligaron a que por parte de aquel se diera las explicaciones del caso y que presentara la prueba documental de sus asertos, como así lo hizo aportando las escrituras a través de las cuales se constituyó la propiedad de los inmuebles.

El desfase patrimonial hallado por tales funcionarios resultó de haberse tomado como único índice de ingresos del ex-congresista los emolumentos que por tal concepto recibía, ignorando que la explotación de aquellos bienes

implicaba entradas superlativamente mayores que obviamente también le permitía hacer más adquisiciones y gastos.

No desconocieron los investigadores que el imputado detentaba el derecho de propiedad sobre algunos inmuebles que venía registrando en sus declaraciones de renta y patrimonio, pero tomaron como referencia lógica los valores allí consignados, dejando pasar por inadvertido que tales cuantías son inferiores, en mucho, al valor real.

Valga como ejemplo, que el precio de adquisición de la fábrica "FAMACO Ltda." (Hoy "DUROGRES") se estipuló que en la escritura de venta No. 3.897 de 27 de diciembre de 1986 en la suma de OCHENTA MILLONES DE PESOS, mientras que en la promesa de contrato de compra-venta se señaló como precio TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS, que fue efectivamente pagado por el acusado (fl. 291), de seguro para eludir el pago de mayor impuesto, cuestión que fiscalmente puede ser reprochable, más no desde el punto de vista penal.

Por lo demás, en relación con los auxilios que gestionó ya como Representante a la Cámara, ora como Concejal de Bogotá, (algunos no se cancelaron por no haberse presentado la cuenta de cobro correspondiente, (fl. 369), que sumados dan un total muy inferior a los movimientos contables bancarios que se exigió fueran explicados, sobre los cuales los funcionarios investigadores hicieron especial seguimiento, no aparece que se le hubiera formulado cargo referido a una eventual apropiación que ilícitamente hiciera el señor GUERRERO ESTRADA de esos caudales públicos, que fueron en su oportunidad fiscalizados por la Contraloría, y que lleve siquiera a insinuar que por ese medio incrementó su patrimonio.

En estas condiciones probatorias resulta necesario concluir que en este caso la determinación que más consulta la realidad procesal y la ley, es la preclusión de la instrucción.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal.

Resuelve

PRECLUIR la instrucción que se adelantará contra ALFREDO LUIS GUERRERO ESTRADA, ex-miembro de la Cámara de Representantes, por los hechos que por Enriquecimiento Ilícito se les imputarán en este proceso.

En firme esta providencia, ARCHIVESE la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, 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

Sin que la Corte sea dable dentro de un conflicto de competencia ocuparse de la definición de temas diferentes del análisis de los factores que determinan el conocimiento de un particular asunto por parte de la jurisdicción, tendrá que advertir que al margen de un estudio sobre la legalidad del desconocimiento de la resolución de acusación por parte de la Fiscalía, constituida ya en parte acusadora, restringirá la Sala su atención al punto del lugar donde debe continuar el curso de la causa.

No es del resorte de una colisión de competencia ingresar a una discusión sobre la validez de las actuaciones procesales porque las decisiones que se encaminen a la adopción de los remedios procesales se encuentran privativamente reservadas al funcionario a quien compete el conocimiento del asunto.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 25, Feb. 24 de 1995

Vistos:

De plano dirime la Sala el conflicto negativo de competencia que enfrenta a los Juzgados Quinto Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, D.C., y Segundo Penal del Circuito de Ubaté, para conocer de la causa seguida en contra de JOSE GUILLERMO GIL RUBIANO, LUIS CRISANTO VASQUEZ VELOZA y MESIAS RAIMUNDO VASQUEZ VELOZA,

cuya diligencia de audiencia aparece suspendida en trámite de una variación de la calificación propuesta por la Fiscalía.

Antecedentes

El nueve de octubre de 1991 fue hurtado en Santa Fe de Bogotá el vehículo de servicio público de placa SF-0248, de propiedad de Ana Elvia de las Mercedes Sánchez (fl. 55), y que conducía su dependiente Orlando Camargo Díaz.

Años más tarde (el 6 de agosto de 1993), mediante diligencia de allanamiento ubicó el Cuerpo Técnico de Investigación el anotado automotor en la finca Aguas Claras ubicada en la vereda Ranchería del municipio de Guachetá, dando lugar a la apertura de la investigación por parte de la Fiscal 304 Seccional de Ubaté, despacho que oyó en injurada y definió la situación provisional a LUIS CRISANTO VASQUEZ VELOZA, ordenando su detención preventiva por el delito de hurto agravado y calificado, valoración que motivó el envío del proceso a Santa Fe de Bogotá como lugar de ocurrencia del apoderamiento.

Por reparto conoció del caso a la Fiscalía 202, ante la cual rindieron indagatoria MESIAS RAIMUNDO VASQUEZ VELOZA y JORGE GUILLERMO GIL RUBIANO, este último por el delito de receptación. El sumario se calificó el 24 de febrero de 1994 con resolución de acusación por el delito de hurto agravado y calificado para los hermanos VASQUEZ VELOZA, y por el de receptación para GIL RUBIANO, correspondiendo el adelantamiento de la causa al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

2o. - Recepcionado el testimonio del conductor Camargo Díaz con quien se llevó a cabo diligencia de reconocimiento en rueda de personas, descontó este que LUIS CRISANTO VASQUEZ VELOZA hubiera sido uno de sus asaltantes, así que en la segunda sesión de la audiencia la Fiscalía propuso la variación de la calificación jurídica de la infracción para que todos los acusados respondieran por el punible de receptación.

El Juzgado, acudiendo al artículo 174 del Código de Procedimiento Penal, dispuso un término de cinco días para que las partes solicitaran las pruebas que a bien tuvieran en relación con esta novedad, sin que alguno de los sujetos procesales se manifestara sobre el particular.

Sin embargo antes de ocuparse oficiosamente sobre el decreto y práctica de pruebas, consideró del caso remitir las diligencias bajo al competencia del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, en cuanto el delito de receptación imputado a los procesados había sucedido en el Municipio de Guachetá de esa comprensión territorial, proponiendo desde entonces colisión negativa de competencia.

3o. - Para el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté la averiguación se ha orientado desde un inicio respecto de un delito de hurto agravado y calificado, infracción por la cual se halla proferida la resolución de acusación en contra de los hermanos LUIS CRISANTO y MESIAS RAIMUNDO VASQUEZ VELOZA, así se comprenda en la actuación el delito de receptación en contra de JORGE GUILLERMO GIL RUBIANO.

Entendiéndolo así, entra a criticar la propuesta de la Fiscalía encaminada a la modificación de la adecuación típica en la calificación, ya que en ella no se analiza en profundidad la problemática de la participación criminal y la coautoría respecto del punible de hurto cuya investigación debe adelantarse en un solo proceso y bajo una misma cuerda con la segunda infracción, hasta tanto no opere la ruptura de la unidad procesal.

Discute luego sobre la personalidad de los inicialmente involucrados, y el hecho de que no hubieran sido indagados por el delito de receptación, considerando que ello conduciría a una incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, y con base en esas consideraciones concluye en "No aceptar la colisión de competencia negativa propuesta por el Juzgado de Santa Fe de Bogotá" (sic), optando por remitir el expediente a esta Corporación para lo de su cargo.

Consideraciones de la Corte

1o. Pese a los términos equívocos que utiliza el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté al sostener que inadmite la colisión pero a su vez envía el expediente a la Corte, tiénese de su argumentación y de la remisión que hace de la actuación, que su voluntad y determinación fueron las de inadmitir la competencia y acoger como consecuencia el conflicto, de donde se infiere que éste ha quedado formalmente planteado, correspondiendo su conocimiento a la Corte por trabarse entre jueces Penales del Circuito de distintos Distritos Judiciales.

2o. Según queda anotado, la argumentación de los funcionarios enfrentados se suscita a raíz del pronunciamiento de la Fiscalía en el curso de la diligencia de audiencia, cuando con base en la versión rendida por la víctima del desapoderamiento consideró que los procesados VASQUEZ VELOZA no deberían responder ya por el delito de hurto sino por el de receptación, valoración quela presidencia de la audiencia acogió de inmediato con el solo argumento de que quien realiza la variación es el titular de la respectiva acción penal. De allí infirió que como delito de receptación tuvo ocurrencia en el Municipio de Guachetá, debería ser en el Circuito de Ubaté donde culminara la respectiva actuación.

Sin que a la Corte le sea dable dentro de un conflicto de competencia ocuparse de la definición de temas diferentes del análisis de los factores que determinan el conocimiento de un particular asunto por parte de la jurisdicción, tendrá que advertir que al margen de un estudio sobre la legalidad del desconocimiento de la resolución de acusación por parte de la Fiscalía, constituida ya en parte acusadora, restringirá la Sala su atención al punto del lugar donde deba continuar el curso de la causa, bajo la calificación exclusiva de receptación que dar por aceptada el Juzgado que preside el debate, aspecto esencial en que se dan las diferencias de los colisionados.

3o. En este orden de ideas se advierte con remisión a los hechos dados hasta ahora por probados y sobre los cuales no media discrepancia, que el apoderamiento del taxi propiedad de Ana Elvia Sánchez sucedió en esta capital, lo que ninguna duda admitiría sobre la competencia que el Circuito de Santa Fe de Bogotá tendría para juzgar el caso bajo el cargo de hurto, así fues esa la única infracción imputada, o con ella concurriera el encubrimiento.

Si el cargo por receptación se imputase exclusivamente en contra de JOSE GUILLERMO GIL, según resulta de la resolución acusatoria, porque quedara excluido el hurto, tampoco ofrecería duda la competencia territorial del Juzgado de Ubaté, si la actividad del anotado ciudadano se concreta a la guarda en ese territorio de una parte del objeto material del apoderamiento.

Más, comprendiendo ahora, como se pretende, a los hermanos LUIS CRISANTO y RAIMUNDO VASQUEZ, no ya como partícipes del hurto sino en calidad de autores de un encubrimiento por receptación, su situación ha de reexaminarse de frente al artículo 177 del Código Penal que como tipo de conducta alternativa se refiere no solamente a quien oculta o ayuda a ocultar o asegurar el producto de un delito, sino además a quien lo adquiera

o enajena, en cuyo caso el abanico de opciones sobre el lugar de ocurrencia se amplía sin que por parte de la Fiscalía –como era de esperarse– se haya precisado en cual de aquellas eventualidades da por ubicada a la pareja.

Supliendo obligadamente ese silencio, cabe remitir a la versión rendida por JOSE GUILLERMO GIL de quien emana la incriminación en contra de los VASQUEZ, y de la prueba allegada sobre dedicación de éstos para la época del caso, con la cual se entera que LUIS CRISANTO detentaba en compañía un taller de mecánica automotriz en donde se fraguaban otras actividades delictivas, datos sobre los cuales, en cuanto al tema que interesa, conclúyese cuando menos que de darse la hipótesis plasmada a último momento por la Fiscalía y no complicidad o coautoría en el hurto, el encubrimiento habría tenido ocurrencia en varios sitios sometidos a diferente competencia, uno de ellos la ciudad de Santafé de Bogotá, donde se había consumado la infracción y puesto a disposición de los VASQUEZ el objeto material que luego desplazaron hasta la población de Guachetá.

En apariencia es esta la conclusión de la Fiscalía, si entendiéndose autorizada para variar la calificación provisional la hizo ante el Juzgado de Bogotá, a sabiendas de que el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, la obligaba a "acusar ante los jueces competentes para conocer del proceso" y no ante otros.

Pero aún fuera esa circunstancia accidental, también se advierte que la primera noticia sobre los sucesos se puso en conocimiento de las autoridades de Santafé de Bogotá como aparece en el folio 52 del primer cuaderno de originales, entrando a definir en pro de estas las dubitaciones, y si bien es verdad que al mismo tiempo la apertura de la investigación y primera aprehensión de responsables se acredita en Ubaté y Guachetá, también lo es que refiriendo este factor de preferencia del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal a la conveniencia de adjudicar la actuación al funcionario quien más avances tenga sobre el conocimiento de los hechos, dado el estado que registra esta actuación no ofrece dudas que el caso tiene que proseguir ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá en donde avanza la diligencia de audiencia, ya que variar la competencia en vísperas de proferirse la sentencia implicaría inútil dilación y dificultades para la defensa que se ha logrado integrar ya en esta sede.

Por otra parte y si se admitiese viable la variación cumplida en los términos descritos (tema que la Corte insiste en eludir porque a su compe-

tencia escapa en un simple incidente de colisión), interpretando que de ella resultase la ruptura de la unidad procesal, todavía se asumirían razones en soporte de las ofrecidas, surgidas del artículo 14 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 90 del Código de Procedimiento Penal, porque en su final inciso se advierte que en un evento que no varíe la competencia, "el funcionario que la ordenó, continuará conociendo por separado del juzgamiento".

Lo expresado para dirigir la controversia suscitada no se opone para precisar que no es del resorte de una colisión de competencia, como lo entendió equivocadamente el Juzgado del Circuito de Ubaté, ingresar a una discusión sobre la validez de las actuaciones procesales, porque las decisiones que se encaminen a la adopción de los remedios procesales se encuentran privativamente reservadas al funcionario a quien compete el conocimiento del asunto.

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

Resuelve:

PRIMERO: Dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado dentro del presente asunto, declarando que el conocimiento de estas diligencias permanece en el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, al cual debe regresar el expediente.

SEGUNDO: Dése noticia de esta determinación al Juzgado Penal del Circuito de Ubaté.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, 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

El concepto que emita la Corte sobre la extradición de un ciudadano extranjero, si es negativo, obligará al Gobiermo y si es favorable lo dejará em libertad de obrar según las conveniencias nacionales. (Art. 558 del C. de P.P.).

Dicho concepto se fundamentará en la validez formal de la documentación presentada, en la plena identificación del solicitado en extradición, el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, y, cuando fuere el caso, el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos (art. 558 C. de P.).

Por tanto, el traslado que en esta etapa del incidente de extradición se hace a las partes para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes, deberán tender, como es lógico para la defensa, a impedir a que la Sala emita concepto favorable, para que el Gobierno Nacional, posteriormente, si lo estima a bien, proceda a extraditar al requerido.

Los elementos de juicio que se soliciten, entonces, deben ceñirse a los postulados del sistema judicial imperante y a los principios que rigen el sistema probatorio, por lo que ham de guardar relación con los hechos que son materia de debate pues de lo contrario habrán de recharzarse por ser manifiestamente impertinentes y superflúos, ya que así lo determina claramente el artículo 250 del Estatuto Procesal Penal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 28 (28-02-95)

Vistos:

Resuelve la Sala la petición de pruebas formulada por el defensor del solicitado en extradición, señor JUAN EDUARDO RAMIREZ SAAVEDRA, estando dentro del término legal para ello.

Antecedentes:

El Juez 42 en lo Penal de Lima (Perú) ordenó, en auto del veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), la apertura de instrucción y en consecuencia mandato de detención contra JUAN EDUARDO RAMIREZ SAAVEDRA y OTROS por el delito contra la salud pública -Tráfico Ilícito de Drogas- y Lavado de Dinero en agravio del Estado Peruano.

Los hechos se ralacionan con el comercio de droga a nivel internacional desde el aeropuerto de Campanilla y otras ciudades de la selva peruana hacia Colombia, entre los años 1990 y 1993.

Por tal motivo, se dispuso, por parte del mencionado despacho judicial, la captura con fines de extradición de JUAN EDUARDO RAMIREZ SAAVEDRA, quien según se informó al Jefe de la Policía Internacional -INTERPOL-, su modus operandi era el de "piloto encargado del transporte y comercialización de la droga, intervenido en Colombia con Demetrio Limonier Chávez Peña Herrera".

Efectuada la aprehensión del ciudadano peruano, el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó a la Fiscalía General de la Nación, nota verbal por medio de la cual la Embajada del Perú solicita la detención provisional con fines de extradición, petición a la cual dicho organismo accedió mediante auto del veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Por su parte, la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho, en cumplimiento del artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, remite a esta Corporación los documentos presentados por la Embajada del Perú para formalizar la petición de extradición, a fin de que se emita el respectivo concepto.

Llegado el momento procesal de dar traslado al requerido en extradición y su defensor para solicitar las pruebas, este solicitó la práctica de las

siguientes diligencias, sin señalar la conducencia de las mismas, su pertinencia y lo que pretende probar:

1. - Se tenga en cuenta la siguiente documentación que anexa:

– Certificación expedida por el Jefe de la Secretaría común de la Fiscalía Regional de la ciudad de Cali, Valle, en la que consta que el señor JUAN EDUARDO RAMIREZ SAAVEDRA no registra antecedentes, ni se encuentra vinculado al proceso No. 0.649 que allí se adelanta contra Juan Carlos Orejuela y Demetrio Limonier, y del cual solicita se oficie para obtener copia auténtica del mismo.

– Certificación de la Cámara de Comercio del Cauca, donde consta el registro de su representado y la actividad lícita a la que se dedicaba en su establecimiento.

– Declaraciones extraproceso rendidas por María Cenayda Rodríguez y Marleny Muñoz Narváez, acerca de las actividades de RAMIREZ SAAVEDRA.

– Certificaciones de la Dirección General de Transporte Aéreo del Perú, en las que consta que el señor JUAN EDUARDO RAMIREZ SAAVEDRA no registra ni realizó actividades aéreas en las empresas "AEREO SANTA ROSA DE AVIACION Y AEREO STAR" del Perú, así como las empresas aéreas a las cuales estuvo vinculado.

– Los documentos obrantes en el cuaderno de anexos, pero en especial, el oficio 306-S del 18 de noviembre de 1994, emanado del Ministerio de Relaciones Exteriores, remisorio del expediente de Extradición, la decisión de la Primera Sala de Pulcapa, levantando las órdenes de captura existentes contra RAMIREZ SAAVEDRA, por no existir mérito para pasar a audiencia o a juicio oral y los folios 202 a 210 del anexo principal donde obran escritos presentados por su prohijado ante diferentes autoridades peruanas solicitando se les cancelen las anotaciones, órdenes de captura y antecedentes judiciales existentes en su contra, de acuerdo a la decisión tomada por las autoridades judiciales de Pulcapa (Perú).

2. - Se oficie a la Dirección de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad. DAS, para que se informen las entradas y salidas del país del señor RAMIREZ SAAVEDRA, y si ingresó o no por el Aeropuerto Internacional El Dorado y cuál era su procedencia.

3. - Que a través del Ministerio de Relaciones Exteriores se oficie a la Dirección General de Transporte Aéreo de la República del Perú para que certifique:

- Si el señor JUAN EDUARDO RAMIREZ SAAVEDRA, se encuentra registrado como piloto de aviación civil y en caso afirmativo desde que fecha; con qué empresas ha estado vinculado o ha prestado sus servicios y las fechas de prestación de esos servicios; los cursos o especializaciones que ha hecho y el tipo de avión que está autorizado para operar; fechas en que empezaron a operar y fueron clausuradas las empresas Santa Rosa de Aviación y Aerostar Peruanas, así como el Aeropuerto de Campanillas de la República del Perú.

- Oficiar al Juzgado de Pucalpa y a la Corte Superior del Perú al Juzgado Sexto Penal y Séptima Sala Penal de Lima-Perú, para que certifiquen si su representado estuvo detenido por dichos despachos judiciales, el delito, resultado de la investigación, decisión tomada y fecha de su pronunciamiento.

- Oficiar al Secretario General de la ONU para que certifique la fecha en que empezó a regir la Convención de Viena para el estado Colombiano, según lo previsto en su artículo 29.

Consideraciones para resolver

La solicitud de extradición del ciudadano extranjero JUAN EDUARDO RAMIREZ SAAVEDRA que ahora nos ocupa, según se desprende de la documentación obrante en las diligencias, ha de regirse por las normas del acuerdo Bolivariano de extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado por la Ley 26 de 1913 y la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, aprobada por la Ley 67 de 23 de agosto de 1993, en concordancia con lo previsto por el inciso primero del artículo 17 del Código Penal.

De otro lado, el concepto que emita la Corte sobre la extradición de un ciudadano extranjero, si es negativo, obligará al Gobierno y si es favorable lo dejará en libertad de obrar según las conveniencias nacionales. (Art. 557 del C. de P.P.).

Dicho concepto se fundamentará en la validez formal de la documentación presentada, en la plena identificación del solicitado en extradición, el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, y, cuando fuere el caso, el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos (art. 558 del C. de P.P.).

Por tanto, el traslado que en esta etapa del incidente de extradición se hace a las partes para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes, deberán tender, como es lógico para la defensa, a impedir a que la Sala emita concepto favorable, para que el Gibierno Nacional, posteriormente, si lo estima a bien, proceda a extraditar al requerido.

Los elementos de juicio que se soliciten, entonces, deben ceñirse a los postulados del sistema judicial imperante y a los principios que rigen el sistema probatorio, por lo que han de guardar relación con los hechos que son materia de debate pues de lo contrario habrán de rechazarse por ser manifiestamente impertinentes y superflúos, ya que así lo determina claramente el artículo 250 del Estatuto Procesal Penal.

Bajo los anteriores parámetros, no le asiste razón alguna al defensor del solicitado en extradición respecto a la petición de pruebas que eleva a esta corporación, pues las mismas no se circuscriben al objeto del debate, requisitos para que proceda y, al parecer, ellas se orientan más bien a rebatir los hechos por los cuales fue solicitada; un pronunciamiento de esta laya, implicaría invadir las esferas propias de la justicia peruana, posición que se torna totalmente ajena a la finalidad de este trámite especial.

En efecto, el peticionario aporta a su memorial, documentación tendiente a demostrar que el señor RAMIREZ SAAVEDRA se dedicaba al ejercicio de una actividad lícita, además que no se encuentra vinculado a proceso alguno por parte de la justicia colombiana, que carece de antecedentes judiciales tanto en Colombia como en el Perú, todo lo cual pretende se tenga como sustento para demostrar "la improcedencia de la extradición solicitada".

Igual situación se presenta respecto de las certificaciones que solicita se alleguen por parte de la Dirección General de Transporte Aéreo del Perú, para determinar a cuáles de ellas estuvo o no vinculado, con lo que en últimas no se sabe qué pretende demostrar.

Aparte de que solicita, más adelante, se tengan en cuenta las normas de derecho internacional y nacional aplicables a este caso concreto, lo cual ya

obra en el expediente, agrega a su solicitud que se traigan a los autos las decisiones de algunas autoridades peruanas en las que se han cancelado al señor RAMIREZ SAAVEDRA, órdenes de captura.

Al respecto considera la Sala pertinente y de oficio, solicitar al Gobierno Peruano que allegue la actuación relacionada con el proceso No. 6593, como quiera que a Folios 166 y siguientes de la documentación que en fotocopia hace parte de la solicitud de extradición, se observa la determinación de la Primera Sala Penal Superior en el sentido de que se levanten las órdenes de captura recaídas sobre la persona de JUAN EDUARDO RAMIREZ SAAVEDRA, por no haber encontrado mérito para pasar a juicio oral por el delito de Tráfico Ilícito de Droga y así determinar si se trata de hechos diferentes a las que ahora nos ocupan.

Tampoco resulta procedente que se establezcan las entradas y salidas del país, si ingresó por el Aeropuerto Internacional El Dorado y cuál era la procedencia del ciudadano peruano RAMIREZ SAAVEDRA ya que con ello no se está buscando desvirtuar uno cualquiera de los requisitos formales o sustanciales que se exigen para que se conceda la extradición.

El recaudo de tales elementos de juicio, así como los relativos a verificar las actividades del señor RAMIREZ SAAVEDRA (estudios, profesión, empresas a las que estuvo vinculado) tiende a desvirtuar aspectos sobre los cuales la Corte no puede conceptuar, ya que ello haría parte de valoraciones que son de exclusiva competencia de las autoridades judiciales del Perú, y en tal sentido se rompería con el principio de Soberanía que caracteriza a este instituto jurídico.

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:

1. - NEGAR las prueba solicitadas por el defensor del requerido en extradición.

2. - SOLICITESE por secretaría y por conducto de la vía diplomática a que se refiere los artículos 255, 538 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la actuación relacionado con el proceso No. 65-93 que se siguió en contra del ciudadano extranjero RAMIREZ SAAVEDRA y para los fines expuestos en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, 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 / NOTIFICACION / REVISION

El artículo 245 del C. de P.P. determina que el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a los no recurrentes y de no ser posible se les notificará por estado, pero "Si se tratare del absuelto, se le declarará ausente y se le asigmará defensor de oficio con quien se surtirá el recurso".

Esta disposición rige en nuestro sistema procesal con el mismo número de orden, desde la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987, reiterada en el Decreto 2700 de 1991, sin que hubiera sufrido modificaciones en la Ley 81 de 1993.

Ello significa que se mantiene vigente la jurisprudencia que sobre esa preceptiva ha emitido la Sala desde el año de 1988, conforme a la cual, el trámite allí establecido solo es aplicable en el trámite de la denominada acción de revisión, más no en el recurso de casación.

Lo anterior, por cuanto la condición de "absuelto" solo es predicable de aquella persona cuya situación jurídica ya ha sido resuelta definitivamente, esto es, por sentencia en firme, estado que es presupuesto del ejercicio de la acción de revisión.

Por el contrario, cuando en un proceso se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación, ello implica que la actuación procesal no ha culminado en forma definitiva y aún no es posible, desde la óptica jurídica, hablar de absuelto o condenado, sino simplemente de procesado, quien precisamente bajo esa condición se ve obligado a estar al tanto de la sentencia de segundo grado, para participar como convenga a sus intereses en el recurso extraordinario.

Por lo tanto, ninguna sorpresa puede acusar al implicado si se desentiende de la suerte del fallo de segunda instancia, porque a esa altura de la actuación, el proceso no ha terminado. Luego, el

hecho de que no se haya notificado personalmente al procesado el auto que admite el recurso extraordinario, en manera alguna revela alguna violación al derecho de defensa, y tampoco una violación al debido proceso.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 028

Vistos

En el trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto por el fiscal seccional de Cúcuta contra la sentencia por medio de la cual el Tribunal Superior de esa ciudad confirmó la absolución decretada por el Juzgado Décimo Segundo Penal del Circuito de Cúcuta en favor de José Eduviges Bustamante Mogollón, llamado a juicio por el delito de homicidio cometido en perjuicio de Antolino Díaz Palencia, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en la oportunidad para rendir el concepto a que la ley le obliga, solicitó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio del recurso extraordinario. Petición que la Sala procede a resolver conforme corresponda en Derecho.

La petición

Después de hacer el recuento de las actuaciones cumplidas desde la interposición del recurso extraordinario de casación por el Fiscal de Cúcuta hasta la remisión del expediente a esta Corporación, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal manifiesta que advierte una irregularidad en ese trámite, que viola el derecho de defensa del procesado absuelto, José Eduviges Bustamente Mogollón, por cuanto no se le notificó personalmente el auto que admitió el recurso y dispuso surtir los traslados a los no recurrentes, habiendo incumplido el Tribunal lo preceptuado por el artículo 245 del Código de Procedimiento Penal.

Esa irregularidad, en criterio del Delegado, viola el derecho de defensa del procesado absuelto porque, ésta ya se despreocupó de su situación que

fue resuelta con absolución en las dos instancias; decisión que podría variar en el recurso extraordinario sin que haya tenido la posibilidad de controvertir los cargos de la demanda de casación.

En consecuencia, el funcionario colaborador pide a la Sala que declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio del recurso extraordinario de casación y se devuelva el expediente para que le Tribunal Superior de Cúcuta surta en debida forma el trámite correspondiente.

Consideraciones

El artículo 245 del C. de P.P. determina que el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a los no recurrentes y de no ser posible se les notificará por estado, pero "Si se tratare del absuelto, se le declarará ausente y se le asignará defensor de oficio con quien se surtirá el recurso".

Esta disposición rige en nuestro sistema procesal con el mismo número de orden, desde la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987, reiterada en el Decreto 2700 de 1991, sin que hubiera sufrido modificaciones en la Ley 81 de 1993.

Ello significa que se mantiene vigente la jurisprudencia que sobre esa preceptiva ha emitido la Sala desde el año de 1988, conforme a la cual, el trámite allí establecido sólo es aplicable en el trámite de la ahora denominada acción de revisión, más no en el recurso de casación.

Lo anterior, por cuanto la condición de "absuelto" solo es predicable de aquella persona cuya situación jurídica ya ha sido resuelta definitivamente, esto es, por sentencia en firme, estado que es presupuesto del ejercicio de la acción de revisión.

Por el contrario, cuando en un proceso se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación, ello implica que la actuación procesal no ha culminado en forma definitiva y aún no es posible, desde la óptica jurídica, hablar de absuelto o condenado, sino simplemente de procesado, quien precisamente bajo esa condición se ve obligado a estar al tanto de lo sucedido con la sentencia de segundo grado, para participar como convenga a sus intereses en el recurso extraordinario.

Por lo tanto, ninguna sorpresa puede acusar el implicado si se desentiende de la suerte del fallo de segunda instancia, porque a esa altura de la actuación, el proceso no ha terminado. Luego, el hecho de no se haya notificado personalmente al procesado el auto que admite el recurso extraordinario, en manera alguna revela una violación al derecho de defensa, y tampoco una violación al debido proceso porque el fragmento de la preceptiva citada por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal está destinada al "absuelto", esto es el sujeto pasivo de una acción penal ya concluida; condición que no es predicable del procesado, cuando aún se encuentra pendiente una sentencia de casación.

Este es el entendimiento que la Sala le ha dado al artículo 245 del C.P.P. en el pasado y que ahora debe ser reiterado.

El pronunciamiento en referencia data del 4 de febrero de 1988, del cual fue ponente quien aquí funge en la misma condición, y en el se expresa:

> "La parte final del artículo 245 cuando establece "Si se tratare del absuelto, se le declarará ausente y se le designará defensor de oficio, con quien se surtirá el recurso" debe entenderse que hace referencia únicamente al recurso de revisión, porque en tratándose del recurso de casación no podría hablarse de absuelto o condenado, puesto que la sentencia no se encuentra en firma, precisamente porque la de segunda instancia está impugnada y porque su firmeza dependerá de lo que sobrevenga en la decisión del recurso de casación; por ello es que de manera lógica el legislador alude en referencia al recurso de casación al procesado, mientras que siempre que trata el recurso de revisión (para entonces) se habla es de condenados y absueltos, porque en este caso el proceso ya terminó y hay sentencia en firme, que excepcionalmente pierde su fuerza de cosa juzgada al aceptarse la existencia de alguna de las causales expresa y taxativamente prevista para el recurso. Y ahora se alude a absuelto precisamente por la sustancial modificación que la nueva ley procesal introduce a la revisión y porque acorde con ella sería impensable que si la cosa juzgada que perjudica al absuelto, se remueve al aceptarse la existencia de alguna de las circunstancias previstas en los numerales 4 ó 5 del artículo 231, que el recurso pudiera tramitarse de espaldas al principal protagonista e interesado, y puesto que de dicha decisión podría surgir la orden de la revisión del proceso que dentro de sus nuevas alternativas podría dar lugar a una sentencia condenatoria que reemplace a la absolutoria

revisada; en tales condiciones es apenas lógico que se notifique a esta persona y que de no poder hacerse se le designe defensor de oficio para continuar el trámite del recurso extraordinario (anterior denominación). De no existir la previsión comentada se estaría ante una norma francamente inconstitucional por sustancial infracción al artículo 26 de la Carta.

"Mientras el recurso de casación no haya sido resuelto, el proceso no ha terminado...".

"Hay que aceptar sí que es una verdadera impropiedad que la parte del artículo que se comenta aparezca en el capítulo relativo a las disposiciones comunes a los recursos extraordinarios, cuando en realidad y dentro de una sana técnica este fragmento debería hacer parte del capítulo VIII, relativo al recurso de revisión".

Dentro de este marco conceptual, es evidente que la causal de nulidad alegada por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal no se ha estructurado; por ello se denegará su petición anulatoria y se dispondrá que regrese el expediente al despacho del Ministerio Público para que emita el concepto de rigor.

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

Resuelva

DENEGAR LA NULIDAD impetrada por el colaborador del Ministerio Público y disponer que el expediente sea devuelto a su despacho, para que emita el concepto de ley, propio del recurso extraordinario de casación.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTRADICION

La no demostración plena de la identidad del solicitado por parte del Estado requeriente, conduce, cuando dicha deficiencia realmente se presenta, a que la Corte emita concepto negativo a la petición (art. 558 del C. de P.P.), pero no a que se niegue su trámite.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta No. 29

Resuelve la Sala de recurso de reposición interpuesto contra el auto de 31 de enero último, mediante el cual se ordenó tramitar conjuntamente las solicitudes de extradición del ciudadano MARCO ANTONIO ROCA ALI, presentadas por las Embajadas de los Estados Unidos de América y la República de Bolivia.

Fundamentación del recurso

Dos razones plantea el defensor del requerido para solicitar que la Sala revoque el proveído impugnado y reasuma al conocimiento de las solicitudes en forma separada:

1. Que la persona requerida por el Gobierno de los Estados Unidos de América no es la misma que se encuentra detenida, y que, en cambio, dicha persona si corresponde a la que es pedida por el Gobierno de Bolivia.

2. Que en materia de extradición, las normas del Código de Procedimiento Penal colombiano solamente tienen aplicabilidad cuando no existen

tratados públicos, lo cual puede afirmarse de Estados Unidos y Colombia, pero no de Colombia y Bolivia, ya que entre estos Estados existe el Convenio de 1911, que se encuentra vigente y que es de imperioso cumplimiento.

Se considera:

A la primera razón traída por el defensor de Marco Antonio Suárez basta responder, para desestimarla, que la deficiente o defectuosa identidad de la persona requerida no es motivo para que la Corte se abstenga de tramitar la solicitud de extradición. La no demostración plena de la identidad del solicitado por parte de Estado requeriente, conduce, cuando dicha deficiencia realmente se presenta, a que la Corte emita concepto negativo a la petición (art. 558 del C. de P.P.), pero no, como lo pretende la impugnante, a que se niegue su trámite.

Sobre la existencia de un Convenio de extradición entre los Estados de Colombia y Bolivia, argumento que el defensor trae para insinuar que las normas del Código de Procedimiento Penal Colombiano no son aplicables a la solicitud boliviana, dígase que la sala en ningún momento negó o desconoció la existencia de dicho Tratado. Por el contrario, hizo expresa referencia a él, como también a otros Convenios, precisamente para asegurar que, de acuerdo con ellos, era el derecho interno de la parte requerida el que debía aplicarse en esos casos. Hasta citó la norma correspondiente del Convenio que el memorialista menciona.

Para mayor ilustración, se transcribe en seguida la parte respectiva del auto impugnado:

> "La solicitud que ahora se presenta por parte de la Embajada de Bolivia, respecto de la misma persona, debe también sujetarse en su trámite a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal Colombiano, pues los Acuerdos Sobre Extradición de 1911, firmado en Caracas, la Convención Única Sobre Estupefacientes enmendada por el protocolo de modificación de la Convención Única de 1961, 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, que fueron ratificados previa aprobación mediante las leyes 26 de 1913, 13 de 1974 y 67 de 1993, aplicables al caso según concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores (fls. 34 del

anexo), prevén que toda petición de extradición debe sujetarse al derecho interno de la parte requerida (arts. 8° Ley 26 de 1913 y art. 7°. 12 de la Ley 67 de 1993" (fls. 24 y 25 del Cuaderno de la Corte).

El artículo 8° de la Ley 26 de 1913 (aprobatoria del Convenio a que se refiere el impugnante) dice en lo pertinente:

"La extradición de los prófugos en virtud de las estipulaciones del presente tratado se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda".

Y el artículo 5° de la ley aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (67 de 1993), establece:

"La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la parte requerida puede denegar a la extradición".

De manera que ninguna duda queda sobre la aplicabilidad de las normas del Código de Procedimiento Penal Colombiano a la solicitud boliviana.

Por no ser atendibles, entonces, las razones presentadas por el impugnante, la decisión cuestionada no sufrirá modificación alguna.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

NO REPONER la providencia impugnada.

Notifíquese y cúmplase

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresnedas, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COMISION / PARTE CIVIL / NULIDAD / DEBIDO PROCESO

1. El paso del proceso de un juzgado de instrucción radicado a un ambulante no es un acto de comisión, porque por ésta se puede entender como aquel acto que produce el funcionario judicial en el uso de las competencias que le confiere la ley, cuando decide por si y ante sí solicitar a otro funcionario la práctica de algunas pruebas, se trata en este caso de una relación directa de juez a juez y es claro que en este tipo de situaciones, sólo se puede comisionar de superior a inferior o entre funcionarios de la misma categoría, cuando las pruebas se deban practicar fuera de la sede del comisionante.

2. "El Código de Procedimiento Penal, al contemplar en sus artículos 481 y 482 la 'conservación del procedimiento', da prevalencia al procedimiento ordinario sobre el abreviado, impidiendo, pues, que se caiga en vicio de nulidad por haberse escogido equivocadamente aquél en vez de éste".

3. El criterio de la Corte sobre este aspecto (acción civil) ha sido el de desautorizar al Ministerio Público para solicitar esa rectificación, pues no le es dable intervenir en tal sentido cuando los perjudicados, hallándose en posibilidad de hacerlo, no ejercieron los mecanismos con que contaban para el logro de la rectificación.

Son plurales los mecanismos que la Constitución como la ley emplean para la protección y defensa de las víctimas de un delito, sin que queden reducidos al solo ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, acción útil e importante si se quiere, pero tan solo contingente y meramente alternativa.

El normador incluye toda una serie de opciones y garantías como el principio mismo de la gratuidad que facilita el acceso de los ofendidos a los estrados judiciales (art. 19 C.P.P.), la prohibición

temporal de enajenar los bienes por parte del procesado (art. 59), el comiso y la extinción del derecho de dominio (arts. 338, 339 y 340 del C.P.P.), la restitución del objeto material de libre comercio a quien sumariamente pruebe su derecho (art. 60), el embargo especial y la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente (art. 341 y 61), las medidas de embargo y secuestro preventivo y las atinentes sobre remate de bienes encaminadas a la efectividad de la indemnización (arts. 52, 56 y 58 C.P.), la supeditación de la condena de ejecución condicional al pago de perjuicios, etc.

Haciendo parte de todas esas medidas aparece, es cierto, la posibilidad de que la persona ofendida o perjudicada con la infracción haga ejercicio de la acción civil de resarcimiento dentro del proceso penal constituyéndose en parte, y que obtenido ese reconocimiento quede habilitada para intervenir en solicitud y contradicción de pruebas, presentación de alegaciones e interposición de recursos siempre y cuando su intervención se encamine al logro de su pretensión no diferente al reconocimiento de una indemnización del daño proveniente del delito.

El hecho de que los acusados hayan sido más de los finalmente condenados no afecta la estructura del proceso, ni el derecho a la defensa.

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

Magistrados Ponentes *Dres. Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres F.*

Aprobado Acta Nro. 29.

Vistos

Procede la Corte a resolver el curso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados DIEGO FERNAN SALGADO MIRANDA, ARMANDO JOAQUIN ALMEIDA CASTILLO Y LUIS

FERNANDO URIBE CENTANARO contra la sentencia de veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), mediante la cual el Tribunal Superior de Cartagena de Indias, los condenó como coautores del delito de hurto calificado y agravado a la pena principal de treinta y seis meses (36) de prisión y el pago de perjuicios materiales y morales "de manera individual".

Las demandas fueron ajustadas conforme a las previsiones legales y el Ministerio Público emitió su concepto de rigor. La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

Ocurrieron más o menos a la una y media de la mañana el 1 de diciembre de 1988, cuando las autoridades de policía fueron alertadas de la comisión de un hurto de un almacén de computadores ubicado en la Calle Mantilla en el centro de la ciudad de Cartagena.

La información daba cuenta que al parecer había sido realizado por un grupo de jóvenes que se movilizaban en una camioneta roja tipo pick-up y poco después, fueron sorprendidos los procesados cuando descargaban los objetos hurtados en la Ferretería La Campana, de propiedad del procesado Castillo Agamez, de la camioneta blanca y roja distinguida con las placas PA 3467.

Al ser interrogados sobre la procedencia de tales bienes, dieron explicaciones contradictorias.

Actuación procesal

Con auto del 2 de diciembre de 1988 el Juzgado 17 de Instrucción Criminal de Cartagena ordenó la apertura formal de la investigación. Sin embargo, el expediente pasó al Juzgado 13 ambulante de la misma especialidad conforme a la resolución número 001966 emanada de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal.

Como quiera que entre los aprehendidos habían menores de edad, se dispuso por el instructor con auto del 5 de diciembre del mismo año la compulsa de las piezas procesales pertinentes con destino a la jurisdicción de menores.

Escuchamos en diligencia de indagatoria Carlos Astolfo Castillo Agamez, Diego Fernan Salgado Miranda, Luis Fernando Uribe Centanaro, Nixon Parra Rodríguez, Armando Joaquín Almeida Castillo, Eduardo Castillo del Real y Rodolfo Alfredo Vergara Bonfante, la situación jurídica se les resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva y asimismo se dejó en libertad a este último al suspendérsele la medida restrictiva de la libertad por cuanto se demostró que era menor de edad.

Posteriormente, el procesado Nixon Parra Rodríguez es dejado en libertad al comprobarse por medio de experticia médico legal que también se trataba de un menor de edad.

Luego de una contingencia, el Juzgado 6 de Instrucción Criminal Ambulante abocó conocimiento del diligenciamiento y por auto del 10 de marzo de 1989 cerró la investigación y el 13 de abril siguiente, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra los procesados como responsables del delito de hurto calificado y agravado, concediéndoles la libertad provisional previo al pago de caución.

Ejecutoriado el precedente pronunciamiento, el proceso pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, quien por auto del 4 de mayo de 1989 decretó la legalidad de la actuación y posteriormente abrió el juicio a pruebas.

Por auto del 12 de noviembre de 1990, el Juzgado Segundo Penal del Circuito revocó la excarcelación concedida por el Instructor a los enjuiciados.

Celebrada en debida forma la audiencia de juzgamiento se pronunció la sentencia de primera instancia el día 17 de enero de 1991, en la cual se condenó a Carlos Astolfo Castillo Agamez, Diego Fernan Salgado Miranda, Luis Fernando Centanaro, Armando Joaquín Almeida Castillo y Eduardo Castillo del Real a la pena de prisión de 37 meses y 10 días de prisión y al pago solidario de perjuicios materiales por 40.065.905.28 y morales de 30 gramos oro.

Apelada que fuera la anterior decisión, el Tribunal al desatar el recurso concluyó con la confirmación parcial de la condena al modificar el quantun de la pena en 36 meses de prisión e imponiéndoles el pago de perjuicios materiales y morales de manera individual y no solidariamente como lo había estimado el a quo.

Las razones de las demandas

La demanda presentada en representación de Diego Fernan Salgado Miranda y Armando Joaquín Almeida Castillo, lo fue al amparo de la causal tercera de casación por la supuesta existencia de una nulidad que hace consistir, en que habiéndose operado la captura en flagrancia el procedimiento a seguir era el abreviado, como lo disponía código procesal de 1987, vigente para la época de los hechos.

Argumenta así el cargo formulado:

> "Tan grave yerro judicial, de insospechables repercusiones teóricas y prácticas en su nocividad, como quiera que son desconocimiento de los mandatos Constitucionales y legales pretende dejar al arbitrio judicial la selección de uno u otro procedimiento, quebrantando la voluntad del constituyente y el legislador, viola manifiestamente el principio de la legalidad del procedimiento, como una de las cuatro esenciales garantías inherentes al debido proceso que consagra el artículo 29 de la nueva Constitución Política de Colombia, es decir, la de 1991, en concordancia con el artículo primero del Código de Procedimiento Penal de 1987 (principio rector). Ello obviamente se traduce en irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y afecta fundamentalmente su estructura, dada la gran diferencia entre el procedimiento abreviado y el procedimiento ordinario".

Solicita, que la nulidad sea decretada desde el auto que resolvió la situación jurídica de los procesados.

La segunda demanda presentada en representación del procesado Carlos Castillo del Real formula tres cargos, el primero de ellos al amparo de la causal primera, al afirmar que se han vulnerado normas de carácter sustancial, sin precisar si por violación directa o indirecta.

La primera de las normas supuestamente vulneradas es el artículo 40 del C.P. numeral 4, consagratorio de la causal de inculpabilidad sobre error insuperable de derecho que fundamenta así:

> "...la insuperabilidad que determina que la culpabilidad no se dé por ausencia de dolo, al faltarle uno de sus elementos, el convencimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o del aspecto cognoscitivo del actuar falso, se establece cuando para los jóvenes el

> transportar la mercancía tenía como único objetivo la posibilidad de prever la procedencia de los objetos a transportar ni reparar en la conducta de los peticionarios, conclusión a la que se llega sin menor esfuerzo debido a la edad y condiciones de los jóvenes y del dicho de éstos, verbi gratia, la prestación del servicio estaba supeditado a una condición suspensiva para Castillo Agamez''.

Lo anterior sobre la base de lo dicho por el procesado de haber sido contratado de buena fe para transportar los elementos sustraídos, desconociendo esta última circunstancia.

Hace algunas consideraciones sobre la presunción de inocencia y la imposibilidad legal de imponer responsabilidades objetivas, llevando a concluir a la recurrente que en la sentencia se hace una imputación con base de una simple relación de causalidad material, porque ''finalmente se sanciona al procesado por haber contribuido físicamente a la realización del hecho punible, sin intervención de voluntad...''.

Explica su razonamiento de falta de intención dañina en el comportamiento realizado por los jóvenes en el momento de la actuación delictiva, describiéndolo así:

> ''...la que no puede emerger de la conducta de los jóvenes porque quien está ejecutando o ha realizado una ilicitud, trata de ocultarla, para no ser descubierto y ellos hablaban en voz alta, tenían una gran algarabía y pasacintas sonando a todo volumen, como complemento pasaron por retenes policivos, siendo lógico evitar la autoridad, esquivando los sitios donde ella pudiera encontrarse, al igual que los sitios públicos, para evitar ser delatados por alguien...''

Desconoce que ellos hayan sido los autores del hurto y que hubieren participado ejerciendo violencia sobre los candados para poder sustraer la mercancía y hace mención a algunos testimonios para efectos de darles su propia valoración.

Critica que se les haya deducido la causal de agravación de la nocturnidad, pues ese concepto puramente astronómico, ha sido superado por el moderno de la luminosidad, surgido de la moderna tecnología.

Bajo el título de errores de hecho y de derecho inicia su crítica afirmando la existencia de un falso juicio de valor en relación con la afirmación del

testigo Rueda, quien según el Tribunal vio a los jóvenes sacando la mercancía del establecimiento comercial, cuando en realidad lo que afirmó es haberlo visto cargando unas cajas, que es una aseveración totalmente diferente.

Crítica similar formula sobre el elemento violencia sobre los candados que según la providencia motivo de impugnación, se encuentra probada por la diligencia de inspección judicial, pero cita apartes de la misma en la que se lee que en ellas no se constató ninguna forma de violencia, y que por tanto tiene que recurrir al testimonio de Rueda, que considera no es el medio apropiado para demostrar este elemento y además se trata de testigo único y llevado por la parte civil.

Insiste en sostener que valorar estos medios de convicción es darle estimación legal a un medio que no lo tiene por lo que concluye que existe un falso juicio de convicción y de legalidad.

Crítica la concepción de la Sala de decisión en relación con el monto de los perjuicios donde se afirma que se debe individualizar en relación con cada procesado, desconociéndose que a este nivel la responsabilidad es solidaria.

Considera que con esas pruebas no se puede condenar.

Plantea un segundo cargo, al amparo de la causal segunda, por falta de consonancia entre la sentencia y la resolución de acusación que hace consistir en que se dictó resolución de acusación contra siete procesados y sólo se condenó a cinco de ellos, pues dos de ellos fueron desvinculados en la etapa del juicio "afectando la situación de los otros procesados, por no haber concreción de cargos respecto a cada uno de ellos y si como dice la sala se trata de una empresa, no explica en que consiste esa actividad empresarial y si con la salida de la empresa de varios de sus componentes, como queda la evaluación y el juicio de reproche...?"

No hace ninguna petición concreta en relación con este cargo.

La tercera impugnación se hace al amparo de la causal tercera, por considerar que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad que hace consistir en la incompetencia del Juez.

El Juez de instrucción inicialmente comisionado en el auto cabeza de proceso en uno de sus literales, el h, consideró oportuno solicitar a la

Dirección Seccional de Instrucción Criminal para que se designara un Juzgado ambulante y luego de hacer una serie de consideraciones respecto a la competencia instructiva y comisionante de los funcionarios de instrucción concluye que se encargó indebidamente por un Juez de instrucción a otro de igual categoría, situación que está claramente prohibida por la ley y en ello hace consistir la nulidad pregonada y solicitada.

Además de la objeción anterior habla de otras irregularidades trascendentes, pues dice que todos los procesados culparon a terceros como responsables de los hechos, pero que esto no fue motivo de investigación, por haberse realizado sobre personas desconocidas.

Discrepa de los razonamientos de las instancias, porque si para los jóvenes eran desconocidos, si los individualizaron y por tanto han debido ser investigados.

Estima igualmente que se vulneró el derecho a la defensa, porque el procesado Uribe Centenaro revocó el poder a su defensora el 10 de abril de 1989 y se lo confirió nuevamente a otro profesional que comenzó a ejercerlo con posterioridad y que en ese lapso se produjo la calificación del mérito del sumario, la notificación del mismo, el auto de control de legalidad, la apertura del juicio a pruebas, y todo lo relacionado con el dictamen pericial sobre perjuicios, y la fijación de la fecha par la audiencia pública.

Discrepa de la instancia en cuanto afirma que se confundió revocatoria con renuncia, porque se trató en realidad de una verdadera revocatoria y que el poder debe entenderse terminado cuando se presente en la secretaria la respectiva revocatoria o se designe a otro apoderado.

Rechaza las afirmaciones de la instancia, en cuanto ésta consideró que la anterior defensora debía de seguir cumpliendo con sus funciones, mientras no se posesionara la otra y su afirmación de que la parte que generó el vicio no puede luego alegar su propia negligencia.

En un capítulo final solicita se case la sentencia, anulando el proceso desde el inicio de la investigación, o que en su defecto se lo haga desde la resolución de acusación por falta de defensa técnica, o por falta de concreción de los cargos o a partir del cierre por no investigar las eximentes de responsabilidad planteadas por los procesados y que si no se accede a las nulidades se infirme el fallo para producir uno de carácter absolutorio.

El criterio del procurador segundo delegado en lo penal (E)

En referencia a la demanda presentada en representación de los intereses procesales de Diego Fernan Salgado Miranda y Armando Joaquín Almeida Castillo, la Procuradora encargada solicita no se case el fallo impugnado, pues acepta que en este caso particular por tratarse de un caso de flagrancia el procedimiento abreviado era el que se imponía, pero pese a aceptar la existencia de esta irregularidad considera que "no configura un resquebrajamiento de los presupuestos constitucionales y legales, menos aún, cuando con el procedimiento ordinario se rodeó de más garantías a los procesados para su investigación y juzgamiento, verbi gracia: se aumentó las posibilidades de controversia probatoria en la medida que fue más amplio el período de la instrucción y juzgamiento, se concretó claramente la imputación estatal por medio de la resolución de acusación, diferenciándose así, con un criterio más garantístico, las dos etapas del proceso penal".

En referencia a la demanda presentada en representación de los intereses procesales de Eduardo Castillo Del Real, en relación al tercer cargo, el de nulidad por falta de competencia de los funcionarios instructores estima que "un reproche en tal sentido no lleva al desconcierto, en cuanto la casacionista simplemente se limita a manifestar que el proceso adolece de una falta de competencia de los funcionarios de instrucción criminal que auxiliaron la investigación, cuando lo cierto es, que como claramente lo exponía el artículo 73 del Decreto 050 de 1987 aplicable para la época, los jueces de instrucción criminal eran competentes para investigar los delitos de conocimiento de los jueces del circuito y superiores, tal como ocurrió en esta caso".

Estima que si el reparo es porque hayan conocido de la investigación varios jueces de instrucción, no tiene sentido la censura porque la normatividad procesal permitía al Director Seccional de Instrucción Criminal repartir los procesos entre los diversos funcionarios de la misma jerarquía.

En cuanto al cargo relacionado por no investigar las excusas de irresponsabilidad presentadas por los procesados, violándose de tal manera el debido proceso y el derecho a la defensa, estima que igualmente debe ser desechado porque "del material probatorio se extrae claramente que el señalamiento de terceros intervinientes que hacen los indagados no era más que una coartada esgrimada por estos, lo que se desprende no solo de la falta

de credibilidad que nace del hecho que los jóvenes hubiesen accedido a altas horas de la noche a transportar una caja por pedido de personas extrañas, sino de su misma captura en desarrollo de la cual se halló parte de la mercancía en el local comercial de uno de los procesados, y del hecho de señalar a unos desconocidos como los posibles autores del ilícito".

Y en relación a la imputación de Uribe Centanario estima que era tan clara que la vinculación de terceros hubiera resultado verdaderamente intrascendente.

Finalmente considera que la investigación integral no es un principio de carácter absoluto, porque él no obliga al juez a practicar pruebas cuando ellas se vislumbran claramente impertinentes.

En referencia a la nulidad por violación al derecho de la defensa, por haber carecido en una etapa del proceso de defensa técnica estima igualmente que el cargo debe ser rechazado, porque aceptando que durante un período del proceso efectivamente no tuvo defensa técnica, en el mismo, el único acto procesal relevante que se hizo fue el de designar perito para el avalúo de los perjuicios, porque cuando se presentó la revocación del primer poder ya la acusación se encontraba debidamente notificada.

Argumenta que la censora no cumplido con la obligación de demostrar de que manera la inactividad de la defensa nombrada había afectado la garantía presuntamente vulnerada y que finalmente la irregularidad existente deviene de la negligencia de la apoderada designada por lo cual sugiere se le compulsen copias para que se investigue su inactividad profesional.

Refiriéndose al cargo formulado al amparo de la causal primera estima que la misma es confusa y carente de técnica, puesto que no precisa el sentido por el cual en ruta el ataque y cual la clase de error que está demandado.

Dice que la censora protesta por no habérsele dado credibilidad a su poderdante, de haber actuado desconociendo la procedencia ilícita de la mercancía transportada, pero sin encuadrar el ataque en ninguno de los distintos tipos de violación de la ley sustancial y sin precisar si la violación ocurrió por indebida aplicación de la norma, o por su errada interpretación o por falta de aplicación, pero que nada de ello se aprecia en la impugnación.

Critica que se dedique a cuestionar la valoración que el juzgador de instancia dio a los medios de convicción y proponga su propia valoración.

Discrepa del pensamiento de la censora en cuanto está en desacuerdo que habiéndose condenado en la primera instancia a una cifra global, en segunda se hubiera dividido esta suma entre el número de condenados porque estima que "era procedente dividir el monto de los perjuicios, tal como se hizo por la Sala de Tribunal Superior de Cartagena, imponiéndole a cada uno de los procesados la obligación de cancelar a prorrata la suma referida. Circunstancia que posee hondas repercusiones en la efectividad de la indemnización ya que el individualizar los perjuicios sustrae de su pago total a quien tuviese la posibilidad de cancelar el monto de la condena, limitándola en ese caso hasta la suma de lo que erróneamente se señaló para cada procesado".

Finalmente estima que la censora carece de interés jurídico porque para su defendido lo favorece más la suma impuesta en segunda instancia, que la definida en primera.

En referencia al cargo formulado al amparo de la causal segunda estima que es una censura destinada porque la supuesta incongruencia le hace recaer en el hecho de haberse proferido resolución de acusación contra siete procesados mientras que la condena solo cobija a cinco de ellos. Para su rechazo argumenta así:

> "La compleja falta de claridad acerca de las connotaciones mismas de la causal de casación impetrada, es quizá la razón que la lleva a una tal argumentación; pues dicha causal se contrae es a los cargos sustancialmente imputados en la resolución de acusación cuando no guardan armonía con los que figuran como base de la sentencia de condena, pero eso sí, nunca referidos a que el número de acusados deba guardar armonía con el número de condenados, lo cual a todas luces resulta descabellado, en cuanto la responsabilidad penal es individual y su demostración no implica la de otro procesado. Pensar lo contrario, nos llevaría al absurdo de que a quien se acuse tenga necesariamente que impartirséle condena, ya que de no hacerse se tendría una inconsonancia entre la acusación y la sentencia".

Solicita no case la sentencia.

Consideraciones de la Sala

Siguiendo el tradicional criterio de la Corte se analizarán en primer lugar las presuntas irregularidades invalidatorias de la actuación porque de pros-

perar alguna de ellas harían innecesario el pronunciamiento sobre los restantes cargos formulados.

Y como quiera que son dos las preguntas nulidades formuladas, la Sala estudiará en primer lugar aquella que en caso de ser declarada afecte con mayor profundidad y extensión el proceso y dentro de tales circunstancias, es obvio que se debe iniciar el estudio de la causal anulatoria de incompetencia que se le enrostra al funcionario instructor.

La recurrente hace consistir la nulidad por incompetencia en el hecho de que luego de haber sido repartido el proceso al Juzgado 17 de Instrucción Criminal de Cartagena, en el auto cabeza de proceso, en su literal h) determinó solicitar a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de esa ciudad la designación de un Juzgado de Instrucción ambulante.

Esta determinación le sirve de fundamento a la censora para afirmar la transgresión del artículo 76 de la normatividad procesal vigente para el momento de los hechos que permitía a estos jueces para comisionar a funcionarios de su misma categoría, pero solamente fuera de su sede, agregando además que la funcionaria comisionada" actuó como si fuera realmente el Juez investigador" al practicar pruebas que no estaban ordenadas en el auto cabeza de proceso.

Una evidente confusión conceptual entrañan las afirmaciones de la censora, porque es cierto que el Juez al que primitivamente se le repartió el proceso decidió solicitar a la respectiva Dirección Seccional de Instrucción Criminal la designación de otro juez de la misma especialidad pero ambulante y el funcionario competente para tomar tal determinación la hizo atendiendo lo solicitado.

En relación con este punto se debe precisar que el paso del proceso de un juzgador de instrucción radicado a un ambulante no es un acto de comisión, porque por ésta se puede entender como aquel acto que produce el funcionario judicial en el uso de las competencias que le confiere la ley, cuando decide por sí y ante sí, solicitar a otro funcionario la práctica de algunas pruebas, se trata en este caso de una relación directa de Juez a Juez y es claro que en este tipo de situaciones, sólo se puede comisionar de superior a inferior o entre funcionarios de la misma categoría, cuando las pruebas se deban practicar fuera de la sede del comisionante.

Pero en el asunto bajo estudio no se presentó la pretendida comisión, sino que el juez radicado, considerando, posiblemente, la complejidad e

importancia de los hechos o por tener en ese momento muchos procesos de instrucción, decidió solicitar al funcionario competente que designara un juez ambulante, que eran instructores que de manera regular tenían un menor número de procesos y eran destinados para que se hicieran cargo de investigaciones complejas que requerían de manera regular la atención completa del funcionario judicial, o cuando era menester desplazarse a otras regiones del Distrito para la práctica de pruebas.

La solicitud ordenada en el auto cabeza de proceso por el Juez Instructor Inicial fue atendida por la Dirección de Instrucción Criminal quien por medio de la Resolución 001966 de 1988 designó un Juez ambulante que continuó con la investigación y siendo de esa manera, el instructor del proceso que no solo tenía competencia legal para practicar las pruebas ordenadas en el auto cabeza de proceso, sino también todas aquellas que le pareciesen oportunas en su recto y racional criterio.

No se presentó, entonces, ninguna violación a las normas legales que regulaban las comisiones entre funcionarios judiciales y por tanto tal como lo solicita el Procurador Delegado se debe rechazar el cargo de nulidad formulado.

Considera, igualmente, la censora la existencia de irregularidades substanciales que afectan el debido proceso, las cuales hace consistir en no haberse hecho ningún esfuerzo investigativo para verificar las citas de los sindicados, pues en su criterio todos los indagados en tal acto procesal incriminaron a terceras personas y que bajo esa circunstancias no se puede aceptar la excusa del sentenciador que cómo la imputación era contra desconocidos no se podían vincular en forma legal, porque pese a serlo para los sindicados, estos los individualizaron.

La verdad es que este asunto fue debatido en las instancias y es así como el Tribunal en la sentencia cuestionada dijo que la verificación de las citas de indagatoria no era pertinente "...por cuanto la incriminación se hizo contra desconocidos, no pudiendo vincular al proceso por mandato legal, a quienes no vienen identificados (art. 345 del C. de P.P.)".

Y lo afirmado por el Tribunal tiene plena ratificación en los dichos de los sindicatos y basta citar lo manifestado por el procesado representado por la censora par constatar que si bien incriminaron a terceros las filiaciones que dieron de estas personas fueron los suficientemente vagas como para que

fuesen considerados como personas desconocidas y es así como refiriéndose a los posibles responsables del hecho ilícito investigado dijo:

> "El que nos paro o nos hizo la señal, era delgado, más o menos de la estatura mía, no puedo precisar la edad, era joven entre treinta y cinco y treinta años, tenía camisa roja, los otros dos sujetos eran más altos y más acuerpados que el que nos paró y casi no hablaban, mejor dicho no hablaron , a mi se me hizo que el que habló cuando hablaba con el Cocho para contratarlo era paisa, porque decía 'pues si llave, hágame la carrera' y tenía expresiones como de antioqueño y el acento, el que nos paró era de piel blanca, pelo liso, los otros dos lo tenían enredadito como el de mi compañero el Cochi, de color moreno, ambos tenían jeans, daban aspecto de ser hombres fuertes, rudos, sobretodo porque no hablaban y se la pasaban era mirando a nosotros".

Es evidente que con tan precaria descripción no se pueda afirmar que se trata de personas individualizadas o identificadas, como para que el Juez pudiera hacer un esfuerzo racional para tratar de localizarlos y escucharlos en declaración, porque es claro que se trata de seres perfectamente fantasmales y que siéndolos, era materialmente imposible que el Juez realizara siquiera un intento para tratar de localizarlos.

Entonces, se ha de concluir que no se vulneró el derecho a la defensa por no haber verificado el instructor las citas hechas por los sindicados en sus indagatorias.

Se hace un tercer reparo de nulidad por haberse vulnerado el derecho a la defensa, por cuanto la defensora del procesado renunció a ese cargo al día 10 de abril de 1989, y su reemplazo aceptó la designación el 14 del mismo mes y año, pero sin que se posesionara del mismo, habiéndose producido durante ese interregno la siguiente actividad procesal:

1) Calificación del mérito del sumario con resolución de acusación y notificación de la misma providencia;

2) Auto de control de legalidad y notificación de la misma;

3) Apertura del juicio a pruebas;

4) Auto ordenando pruebas y designación de perito para la evaluación de los perjuicios;

5) Cuestionario por el perito;

6) Rendición del peritaje;

7) Traslado del dictamen; y

8) Fijación de la fecha para la realización de la audiencia pública.

Las afirmaciones que con anterioridad se hacen no corresponden completamente a la verdad, porque la resolución de acusación se produjo el 13 de abril de 1989 y el poder por medio del cual el procesado Uribe Centanaro confía su defensa a la Dra. Muriel Pérez Diazgranados, si bien aparece con fecha de presunto otorgamiento del 10 de ese mes, el mismo sólo fue recibido en el despacho judicial el día 14 de abril y ello nos lleva a la conclusión que, cuando se produjo la resolución de acusación aún se encontraba ejerciendo la defensa del procesado la madre del mismo Doctora Carmen Centanaro de Uribe.

La posesión de la nueva apoderada solo se produce el día 6 de marzo de 1990, fecha en la que solicitó el aplazamiento de la vista pública que había sido señalada con anterioridad para el día 8 de marzo siguiente.

El 7 de mayo de 1990 en un memorial suscrito por el propio procesado Uribe Centanaro plantea varias nulidades y entre ellas la de violación del derecho a la defensa, precisamente por no haberse posesionado el nuevo defensor.

El 21 de agosto de 1990 la Doctora Pérez Diazgranados renuncia al poder que le había sido conferido.

El 19 de septiembre aparece un memorial firmado por la profesional antes mencionada solicitando la entrega del título judicial consignado en favor de Uribe Centanaro.

Se le niega lo solicitado por haber renunciado al poder y por habérsele designado un defensor de oficio, ante el silencio del procesado, que fue posesionado el 10 de septiembre.

El 4 de octubre nuevamente confiere poder a su madre, que toma posesión del cargo el 18 del mismo mes y año.

La fecha para la realización de la audiencia pública y su adelantamiento se hizo con la participación de esta última profesional.

Es cierto, entonces, que el procesado estuvo durante un largo período sin defensor en el trámite del juicio, pero se debe precisar que cuando se produce la resolución de acusación estaba el procesado representado por su madre quien actuaba como defensora y es completamente cierto que en ese período se produce entre otros actos procesales, el auto de control de legalidad, la apertura del juicio a prueba si lo relacionado con el avalúo de los perjuicios.

Así mismo, es preciso destacar que la no posesión de la nueva defensora parece haber sido previamente planeado por las partes con el fin de impetrar la nulidad por violación al derecho de defensa, porque es claro que de tal situación era consciente el propio procesado, por cuanto es el mismo quien alega la nulidad, pero pese a conocer esta situación no hizo ningún esfuerzo en realizar la actividad necesaria para solucionar tal irregularidad y es solo después de que la profesional del derecho se posesiona, cuando el propio procesado en su nombre alegara la irregularidad.

Con posterioridad a la posesión de la nueva apoderada no realizó ninguna actividad en favor de los intereses del procesado, excepto el de reclamar el título judicial consignado para cumplir con los requisitos para el otorgamiento de la libertad provisional y eso lo hace después de haber renunciado al poder, de habérsele aceptado la renuncia y posesionado el defensor de oficio.

Se debe enfatizar que durante ese período no se realizó ninguna actividad probatoria o de cualquier carácter, de la que se pudiera deducir que se le ocasionaba un perjuicio al procesado y por ello pese a haber carecido de un defensor, lo cierto es que el derecho a la defensa no fue afectado, porque como ya se dijo ninguna actividad se realizó que lo pudiera perjudicar.

En las condiciones precedentes se rechazará la nulidad solicitada de conformidad con el criterio del Procurador Delegado.

La demanda presentada en favor de los intereses de los procesados Diego Fernando Salgado Miranda y Armando Joaquín Almeida Castillo presenta un único cargo de nulidad, porque estima que habiéndose producido la captura en flagrancia era imperativo que el procedimiento acogido hubiera sido el abreviado.

Razón le asiste al impugnante en cuanto a que es una realidad que los procesados fueron capturados en flagrancia y que en principio era el

procedimiento abreviado el que se ha debido seguir de conformidad con la normatividad vigente en ese momento, pero lo es igualmente, que el hecho de haberse adelantado el procedimiento ordinario al contrario de no constituir una afectación a los derechos y garantías constitucionales de carácter procesal, por el contrario este procedimiento les otorgaba mayores garantías en todos los aspectos y en tales circunstancias es imposible que se vaya a pensar en una nulidad del proceso cuando precisamente se confirieron garantías que las establecidas legalmente.

Así ha sido sostenido por la Sala cuando al respecto se dijo:

"En términos generales puede decirse que sí existió flagrancia en relación con dos de los procesados y que el acusado... confesó: una y otra se reconocieron en la sentencia impugnada, hasta el punto que al último de los mencionados se le otorgó por ese concepto la rebaja de pena correspondiente.

"De ahí que por esos dos motivos procedía el procedimiento abreviado, conforme al artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del 474 del Código de Procedimiento Penal.

"Según esa disposición, el Juzgado ha debido adelantar ese procedimiento con respecto a los tres mencionados justisiables, y expedir las copias de rigor a fin de investigar, por separado y por el procedimiento ordinario, la conducta del resto de implicados en el hurto.

"El haberse omitido ese mandato no engendra nulidad, ya que por el cauce del procedimiento ordinario dispone el procesado de más garantías, debido a la amplitud de los términos y a la misma estructura del proceso, que, en el fondo, le proporciona más oportunidad de aportación de pruebas y de contradicción de las mismas, encarando, de otro lado, una acusación más precisa, delimitada y rigurosa que en el procedimiento abreviado, en el que los cargos se hacen en el mismo auto que resuelve la situación jurídica.

"De otra parte, el Código de Procedimiento Penal, al contemplar en sus artículos 481 y 482 la 'conservación del procedimiento' y el 'cambio de procedimiento', da prevalencia al procedimiento ordinario sobre el abreviado, impidiendo, pues, que se caiga en vicio de nulidad por haberse escogido equivocadamente aquél en vez de éste" (Casación del 29 de septiembre de 1992., M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

En las condiciones precedentes se rechazará el cargo formulado.

Resueltas las peticiones de nulidad formuladas es preciso aludir a los otros cargos contenidos en la demanda, en el primero de ellos se habla de violación de normas sustanciales sin que se precise si tal vulneración lo fue de manera directa o indirecta y la verdad es que por las primeras argumentaciones parece que se inclinara por la primera de las modalidades enunciadas en cuanto habla de una causal de inculpabilidad, pero en relación a ella no precisa si lo fue por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea, aunque por las motivaciones se debe deducir que fue por la primera de las mencionadas; pero lo que inicialmente se deducía como la sustentación de una violación directa, luego la modifica, puesto que en un subtítulo menciona "Errores de hecho y derecho" y en el desarrollo de la censura hace una serie de consideraciones probatorias, propias de la violación indirecta; pero poco antes de finalizar la sustentación de este cargo desvía nuevamente la alegación para censurar en esta ocasión la decisión de la segunda instancia que haya olvidado la condena solidaria que se debe hacer en el momento de condenar en perjuicios y no de manera individualizada como lo propuso de manera antitécnica.

Esta última censura ha de entenderse como una violación directa de la ley sustancial, puesto que implicaría la no aplicación de normas penales y civiles relacionadas con los perjuicios, pero en esta ocasión tampoco indica a que clase de violación se refiere.

Las destacadas falencias técnicas serían más que suficientes para desechar la censura contenida en este cargo, pero pese a ello la Sala hará algunas consideraciones sobre el fondo del asunto para demostrar que tampoco le asiste la razón a la impugnante.

En efecto, la presunta inculpabilidad pregonada para su defendido, - por haber obrado con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal- la fundamenta en el hecho de haber sido contratados los jóvenes que andaban en juerga para transportar unos elementos desconociendo la procedencia ilícita de los mismos; tal circunstancia resulta clara, puesto que andaban haciendo ruido, con el radio a mucho volumen y transitando incluso por sitios donde habían representantes de la autoridad.

La demostrada ingenuidad que ahora se pretende que se les reconozca a los procesados no tiene asideros lógicos ni razonables, porque se trata de estudiantes de bachillerato y de universidad que precisamente por su cultura y experiencia han debido pensar, si es que la coartada planteada fuera cierta, que era sumamente malicioso que estuviera haciendo este tipo de acarreos a horas tan singulares de la madrugada y todavía que se encargara de ello a un grupo de muchachos desconocidos, en plan de juerga y sin ninguna experiencia en dichos trabajos, sobre todo tratándose como se trataba no solo de una mercancía muy valiosa, sino lo delicada de la misma, puesto que era nada menos que elementos de informáticas.

Es claro, entonces, que la explicación dada no satisface la claridad de un comportamiento normal, por el contrario, para la aceptación de la misma habría que salirse del comportamiento cotidiano con que actúan o deban actuar personas de esta experiencia y formación cultural y es por ello que precisamente se haya entendido de manera correcta por las instancias que se trata simplemente de una coartada de último momento para tratar de eludir la responsabilidad penal a que se han hecho acreedores como consecuencia de la ilícita y reprochable actuación.

Tan conscientes eran de la conducta punible que realizaban que el momento de ser sorprendidos por los agentes de la policía trataron de esconderse encerrándose en la Ferretería donde estaban escondiendo la mercancía ilícitamente sustraída.

El argumento de haberse tenido únicamente el criterio objetivo y astronómico de la nocturnidad, desconociendo "el moderno concepto de luminosidad" para efectos de no deducírseles la agravante no tiene razón de ser, porque es claro que el hecho de realizar una actividad ilícita en las horas de la noche, no se agrava por parte del legislador únicamente por la protección que las sombras de la noche proporcionan al delincuente, sino porque esas horas están destinadas al descanso normal de los seres humanos y por tanto la desprotección de los bienes en esas condiciones es mayor y las seguridades de éxito para el delincuente son igualmente mayores.

No se puede pretender que por la simple iluminación artificial de un sector de la ciudad, por ello vaya a desaparecer el agravante previsto legalmente.

Luego en desarrollo y demostración del mismo cargo habla de la existencia de errores y derecho y de hecho y en relación a la declaración rendida por

un vigilante del sector critica la distorsión probatoria que supuestamente hacen las instancias, cuando considera que mientras el testigo habla simplemente de haber visto que las personas luego capturadas cargaban unas cajas, pero en ningún momento que había visto cuando sacaban las cajas del establecimiento donde se ejecutaba el hurto.

Es cierto que en el momento de la realización de la inspección judicial al sitio de los hechos no se encontraron señales de violencia, porque como es natural, cuando ello ocurre, lo primero que hace normalmente la persona afectada con su patrimonio es cambiar de chapas o candados que han sido destruidos por la violencia de los delincuentes, por ello es que en esta diligencia se dejó constancia de la existencia de candados nuevos, pero la violencia ejercida para penetrar al lugar fue debidamente informada por los miembros de la policía que realizaron las capturas, donde manifestaron que los candados fueron cortados con cizalla, situación que fue ratificada por el denunciante, Dr. Eduardo José Miranda León, al colocársele de presente los dos candados partidos con cizallas, que al ser probados con las llaves poseídas por el ofendido coincidieron con la propias para la apertura de tales medios de seguridad.

No existe entonces la más mínima duda del procedimiento utilizado fue el ejercicio de la violencia sobre los candados que habían sido colocados para darle una protección natural a los elementos guardados en el interior del almacén sobre el que se ejecutó el hurto que ha sido motivo de investigación y de tal manera, si bien es cierto que el Tribunal afirma que la violencia se demostró con la inspección judicial y ello no es cierto, no quiere decir que no haya ocurrido y por tanto, la causal de agravación ha sido correctamente deducida para efectos de descartar los presuntos errores de hecho y de derecho demandados, razón por la cual se rechazarán los cargos formulados.

Un punto marginal dentro de este mismo cargo aduce en la demanda inconformidad en la manera como el Tribunal fijó el deber de resarcir, porque con la fórmula de individualizar el monto a cada procesado que se innovó en el fallo de segunda instancia donde el Tribunal optó por dividir la suma de la indemnización entre los cinco procesados fijados a cada uno una cantidad proporcional concreta, se contrariaron los artículos 105 y 44 del Código de procedimiento penal que ordenaban su condena solidaria. A lo anterior todavía se añade que ni siquiera el denunciante o la compañía de seguros tendrían "causa legítima" para reclamar al resarcimiento.

Como ha quedado visto, sobre este aspecto el Ministerio Público replica que el error del Tribunal es evidente y que con él se causa dificultad al perjudicado para el reclamo de toda la suma del daño a aquel de los procesados que si tuviese liquidez para satisfacerla, pero a ello añadió que ni siquiera el procesado acreditaba en ese aspecto interés para recurrir, pues la sentencia impugnada le concedía una situación de ventaja económica, además, que el criterio de la Corte sobre este aspecto ha sido el desautorizar al Ministerio Público para solicitar esa rectificación, pues no le es dable intervenir en tal sentido cuando los perjudicados, hallándose en posibilidad de hacerlo, no ejercieron los mecanismos con que contaba para el logro de la rectificación.

Para la mayoría de la Sala, la primera observación que sobre este particular procede se refiere a la informalidad con que la censora presenta su reparo, pues además de admitirse que razón le asiste al Ministerio Público al aducir que el censor carece de interés para buscar esa modificación, ya que de aceptarse haría más gravoso la condena al pago solidario de $40'065.905.28 que mantenerla en la obligación individual de cancelar $8'013.181.05, se incurre en el error técnico e insalvable de omitir su formulación separada como correspondía, porque ninguna relación guarda este agregado con el cargo primero donde viene planteando como principal alegación la inculpabilidad de los acusados con fundamento en el artículo 40 del Código Penal. De añadido se observa que ni siquiera de admitir hipotéticamente esa formulación contra el aspecto de perjuicios el cargo podría ser analizado, porque ningún rigor técnico lo acompaña como que no se indica la causal bajo la cual opera su proposición y mucho menos se da a saber si lo acusado es una aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de los preceptos sustanciales invocados, lo que afronta tan informal alegación a su fracaso.

Sin embargo y como en la ponencia original, ahora convertida en este aspecto en voto disidente, se proponía la oficiosa modificación de la sentencia acusada para ajustarla al reconocimiento de una condena solidaria al pago de perjuicios, sobre la base de que la proferida vulnera el principio de legalidad, se ha de aclarar que la competencia oficiosa de la Corte para la casación de las sentencias resulta claramente limitada a aquellos casos en que se vislumbra una nulidad no debidamente invocada, o en los que el fallo atacado haya desconocido derechos fundamentales.

A este tema había ya aludido la Sala en fallo precedente (junio 17 de 1994 con ponencia del Magistrado Dr. Gustavo Gómez Velásquez) según recuerda la Procuraduría, tanto al fijar que los errores sobre la forma del resarcimiento de perjuicios no constituyen agravio a las garantías fundamentales ni motivo para la nulidad, como al advertir que solo a la parte interesada le era dable demandar su rectificación en casación.

A lo allí dicho puede adicionarse que son plurales lo mecanismos que la Constitución como la ley emplean para la protección y defensa de las víctimas de un delito, sin que queden reducidos al solo ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, acción útil e importante si se quiere, pero tan solo contingente y meramente alternativa.

Lo primero que puede resaltarse es que en protección de la persona ofendida o perjudicada con el hecho punible se instituye toda una pluralidad de medios y medidas como sucede, por vía de ejemplo, desde la necesaria protección de víctimas y testigos por parte de la Fiscalía (art. 250-4 de la Constitución Política) "para garantizar el restablecimiento del derecho y la cooperación plena judicial"(art. 11 C.P.P.) y la erección del restablecimiento del derecho como norma rectora de este estatuto (art. 14 ibídem) encaminada a hacer cesar los nocivos efectos del delito y procurar que las cosas vuelvan a su situación primera (arts 120, num. 3 y 5 del C. de P.P.), hasta la toma de medidas procesales de consideración por la persona del ofendido a fin de que el proceso concluya sin dilaciones indebidas y su colaboración con la justicia no llegue a constituirse en ocasión de zaherirle, ridiculizarle o hacerle más doloroso el recuerdo de su tragedia personal.

En vía paralela el normador incluye toda una serie de opciones y garantías como el principio mismo de gratuidad que facilita el acceso de los ofendidos a los estratos judiciales (artículo 19 C.P.P.), la prohibición temporal de enajenar sus bienes por parte del procesado (art. 50), el comiso y la extinción del derecho de dominio (art. 338, 339 y 340 del C.P.P.), la restitución del objeto material de libre comercio a quien sumariamente pruebe su derecho (art. 60), el embargo especial y la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente (art. 341 y 61), las medidas de embargo y secuestro preventivo y las atinentes sobre remate de bienes encaminadas a la efectividad de la indemnización (art. 52, 56 y 58 C. de P.P.), la supeditación de la condena de ejecución condicional al pago de perjuicios, etc.

Haciendo parte de todas estas medidas aparece, es cierto, la posibilidad de que la persona ofendida o perjudicada con la infracción haga ejercicio de la acción civil de resarcimiento dentro del proceso penal constituyéndose en parte, y que obtenido ese reconocimiento quede habilitada para intervenir en solicitud y contradicción de pruebas, presentación de alegaciones e interposición de recursos siempre y cuando su intervención se encamine al logro de su pretensión no diferente al reconocimiento de una indemnización del daño proveniente del delito.

Sin embargo de la importancia de esta intervención (art. 149 del C.P.P. en concordancia con el 43 y siguiente ibídem) es de ver que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal es primeramente contingente por cuanto habrá infracción que no necesariamente causan un daño concreto y resarcible, o casos en que el ofendido no persiga ese resarcimiento, y de otro aspecto acción alternativa, en la medida en que aún siendo viable su ejercicio, éste podría intentarse por fuera del proceso penal (artículo 43 del C. de P.P.) sin que por ello se considere violado algún derecho ni forma sustancial de la actuación, característica que todavía se hace evidente cuando en el caso de la sentencia anticipada o de la audiencia especial, el normador advierte que ni siquiera el fallo que se produzca le será oponible a la parte civil (artículo 37-B), cuyo titular, por serlo de unos derechos disponibles, podría, en este como en cualquier otro evento de intervención, desistir a discreción de su interés en el proceso.

Vista la actuación cumplida dentro del presente asunto, es de observar que ningún derecho sustancial se le violó a la parte civil que luego de obtener en él su reconocimiento y de contar con todas las oportunidades de actuación conferidas por la ley, obtuvo la declaración de responsabilidad civil de los procesados en los fallos de instancia en la cuantía que pericialmente logró acreditar, con lo que ha de reconocerse cumplido el objeto de su intervención y la satisfacción de su particular interés en el proceso.

Si a pesar de ello el juzgador se equivocó, porque en lugar de imponer a los responsables el deber solidario de resarcir el daño, fijó en cada uno la cuota proporcional que le correspondía, con ello consumó un error indicando que no autoriza la intervención oficiosa de la Corte para su remedio (salvo que con él se viole una garantía fundamental), en cuanto no es función de la Corporación suplir la voluntad autónoma de los sujetos procesales que actúan en igualdad de garantías y condiciones, a quienes

hubiese bastado acudir a los recursos adecuados, en este caso el de casación que efectivamente interpuso el representante de la parte civil mereciendo su otorgamiento, pero del cual desistió al no hacer presentación de la demanda, dejando con su omisión en claro el desinterés final para la modificación de lo resuelto, y como consecuencia su consentimiento y aceptación de la sentencia.

Es cierto como lo dice el criterio disidente, que la casación es un recurso encaminado a garantizar la conformidad de la impugnación extraordinaria necesita la iniciativa de los sujetos procesales para su interposición, y el cumplimiento de requisitos tales como la presentación oportuna y formal de la demanda y su ajuste a las exigencias del artículo 225 del C. de P.P.

Cumplidas esas condiciones se ofrecerá a la Sala la posibilidad de examinar los cargos y el proceso, y aún entonces de proceder a la casación oficiosa de la sentencia, solo que en este caso con motivación exclusiva en dos razones taxativas y concretas: la violación de derechos fundamentales o la nulidad.

Ninguna causal de nulidad asoma sobre este aspecto que imponga una corrección de lo actuado, como tampoco la violación de una garantía superior, cuando la parte civil logró dentro del ejercicio de todas sus posibilidades legales, obtener como lo obtuvo el reconocimiento que buscaba sobre la existencia de la infracción, la presencia del daño que afecta, la causalidad entre el delito y el mal recibido, la cuantía del resarcimiento de los perjuicios materiales y morales y la responsabilidad penal y civil de sus causantes. Si por encima de esta pretensión debidamente satisfecha, todavía asomaba interés encaminado a la rectificación del fallo de segunda instancia por un error in judicando, era deber de la parte afectada -se insiste-, supeditar la modificación a los requisitos del recurso extraordinario, porque de otro modo la sentencia resultaba como resulta inmodificable como en tal sentido se le mantendrá.

El otro cargo formulado contra la sentencia de segunda instancia se hace con amparo de la causal segunda de casación por la supuesta falta de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, y por cuanto se dictó resolución de acusación contra siete procesados y solo se pronunció sentencia en relación a cinco de ellos.

Nuevamente, la libelista se encuentra completamente desfasada, al desconocer la naturaleza de la causal invocada, porque el legislador la consa-

gró para garantizar fundamentalmente el derecho a la defensa y particularmente el debido proceso, toda vez que de esta manera se propende que el juez al momento de dictar el fallo no vaya a modificar los cargos que le fueron formulados al procesado por la Fiscalía y de tal manera, se lo vaya a sorprender con cargos de los cuales no se ha podido defender.

Pero es apenas obvio que el hecho de que los causados hayan sido más que los finalmente condenados no afecta la estructura del proceso, ni el derecho a la defensa y por ello bien lo pide el Procurador se debe rechazar el cargo formulado.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la sala de Casación Penal de la corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Resuelve

NO CASAR la sentencia motivo de impugnación extraordinaria.

Cópiese, Devuélvase y Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas (salvamento parcial de voto), Ricardo Calvete Rangel, Nilson Pinilla Pinilla, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia,, Juan Manuel Torres Fresnedas, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION CIVIL
(Salvamento Parcial de Voto)

El proceso penal es y debe ser un punto de equilibrio entre los intereses del procesado, de la víctima, de la sociedad y del Estado, y por ello si bien es cierto que la acción civil dentro del proceso penal es accesoria y contingente, al establecerse por el constituyente el restablecimiento del derecho como garantía de raigambre constitucional, que al ser reglamentada legalmente impuso a los jueces la obligación de condenar en concreto de manera oficiosa, es evidente que la naturaleza de la indemnización de perjuicios sufrió cambios notables, porque ya se separa de esa acción civil accesoria y cobra autonomía y trascendencia propia del derecho público.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con nuestro acostumbrado respeto procedemos a precisar los argumentos que nos llevan a discrepar parcialmente del pensamiento mayoritario, solo en lo que hace relación con la condena en perjuicios, porque estimamos que al haberse revocado la condena solidaria de éstos que se hizo en primera instancia, no solo se vulneró el principio de legalidad, sino el del debido proceso y de la misma manera se quebrantó de manera grave el principio constitucional del restablecimiento del derecho y aquel que impone que en las decisiones judiciales debe primar el derecho sustancial. El sensor critica que habiéndose condenado en primera instancia al pago de los perjuicios, de manera solidaria, el Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto dispuso que debía de individualizarse el monto de los mismos en cabeza de todos y cada uno de los procesados.

Es cierto que a pesar de que en la sentencia de primera instancia no se habla de solidaridad, si lo es que aceptando la cuantía de los perjuicios calculada por el perito, condena a los procesados a pagar dicha suma, se ha de entender entonces que el pago impuesto fue de manera solidaria reparti-

do entre todos los procesados y ello es tan cierto que en segunda instancia se corrigió esta acertada decisión y equivocadamente se sostuvo:

> "...debiéndose si, individualizar el monto que se condena a pagar a cada uno de los condenados en atención a que la sanción no se impone colectivamente por cuanto la responsabilidad es de tipo personal y el patrimonio de cada uno de los procesados es independiente del otro, debiendo responder cada uno proporcionalmente. Así si bien es cierto que la suma a pagar por perjuicios materiales es de $40.065.905.28 no es menos que cada uno de los condenados debe cubrir $8.013.181.05". "Lo propio sucede con el señalamiento de los perjuicios morales, debiéndosele condenar a cada uno de los procesados al pago por tal motivo, a suma equivalente a seis (6) gramos oro. Así se modificará la sentencia".

No comparte el suscrito el criterio expresado por la mayoría ni lo sostenido por el agente del Ministerio Público, habida consideración que la modificación de la sentencia de primera instancia de responsabilidad solidaria, por una condena individualizada, no se puede predicar, prima facie, si favorece o perjudica a algunos de los condenados en particular, toda vez que dependiendo del patrimonio con que cuenta cada uno de ellos, la decisión de una sanción individualizada y no solidaria puede o no favorecer a algunos de los sentenciados. Ello para que no se pueda sostener que la recurrente carece de interés para recurrir en relación con el monto de los mismos.

Pese a los yerros técnicos que exhibe la demanda en este punto, es claro que una sentencia así concebida viola el principio de legalidad y consecuentemente el debido proceso y los principios constitucionales del restablecimiento del derecho y de la primacía del derecho sustancial, en cuanto a que la condena de perjuicios desconoce los precisos ordenamientos penales y civiles existentes sobre este tipo de condenas.

La responsabilidad solidaria se consagra en el artículo 1568 del C.C. que estatuye:

> "En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito".

> "Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum".
>
> "La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que la establece la ley".

La responsabilidad solidaria que se establece en principio como originada en la convención, testamento o la ley, es consagrada para las consecuencias del delito por la propia ley al establecerse en el artículo 2344 de la misma obra:

> "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 250 y 2355".
>
> "Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

La anterior disposición concordante con el artículo 105 del C. P. que en relación con el tema dispone":

> "Quienes deben indemnizar. Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar".

Es claro entonces que al haberse dispuesto una responsabilidad extracontractual originada en el hecho ilícito de carácter individual se desconocieron de manera flagrante las normas previamente mencionadas y como la casación es un juicio a la sentencia para efectos de garantizar su conformidad con el derecho positivo y la justicia, es evidente que el fallo de segunda instancia debe ser modificado para que la condenación en perjuicios quede de conformidad con la dispuesto por el funcionario de primera instancia, es decir que la condena al pago de perjuicio materiales y morales debe ser de conformidad con las previsiones legales, esto es, en forma solidaria para todos los condenados.

Admitir como lo hace la Sala mayoritaria que los funcionarios de instancia pueden hacer un olímpico desconocimiento de la normatividad

civil y penal en relación con la condenación en perjuicios, sin que en casación se pueda hacer ninguna modificación, resulta contrario a los fines del recurso extraordinario, porque trastoca el ordenamiento jurídico, crea incertidumbre y finalmente concreta injusticias, desconociéndose el principio rector del proceso penal que demanda la corrección de los actos irregulares.

Es la aceptación del simple formalismo de la casación por encima de los principios constitucionales del principio de legalidad, del debido proceso, del restablecimiento del derecho y de la primacía del derecho sustancial.

El proceso penal es y debe ser un punto de equilibrio entre los intereses del procesado, de la víctima, de la sociedad y del Estado, y por ello si bien es cierto que la acción civil dentro del proceso penal es accesoria y contingente, al establecerse por el constituyente el restablecimiento del derecho como una garantía de raigambre constitucional, que al ser reglamentada legalmente impuso a los jueces la obligación de condenar en concreto de manera oficiosa, es evidente que la naturaleza de la indemnización de perjuicios sufrió cambios notables, porque ya se separa de esa acción civil accesoria y cobra autonomía y trascendencia propia del derecho público.

Es por ello que no entendemos la posición mayoritaria, cuando se afirma que con el desconocimiento de la normatividad constitucional y legal (civil y penal) no se están vulnerando derechos fundamentales de las víctimas e incluso, eventualmente de los mismos procesados.

El restablecimiento del derecho es una garantía constitucional y por tanto al ser vulnerable se impone para la Corte de manera imperativa y oficiosa la reforma de la sentencia ilegal, porque no debe olvidarse que finalmente la casación es un juicio de legalidad a la sentencia y en nuestro modesto criterio, la sentencia objeto del recurso es manifiestamente ilegal.

EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Fecha *Ut Supra.*

CASACION / DESISTIMIENTO

De acuerdo con el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, el desistimiento del recurso extraordinario de casación no es posible cuando el proceso ya está a Despacho para decisión de fondo.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta N°, 28

El procesado DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA CASTAÑO desiste del recurso extraordinario de casación por él interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 26 de julio de 1993, por el delito de hurto.

Se considera

De acuerdo con el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, el desistimiento del recurso extraordinario de casación no es posible cuando el proceso ya esté a Despacho para decisión de fondo.

Esto significa que la manifestación de desistimiento en el presente caso es tardía, pues el expediente pasó a despacho para decidir desde el 6 de septiembre de 1994 y, para la fecha, se encuentra inclusive registrado proyecto (fls. 18 y 37 del cuaderno de la Corte).

En consecuencia, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, inacepta el desistimiento expresado por el impugnante.

Notifíquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresnedas, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NOTIFICACION / PREVARICATO

La notificación de los actos procesales cumple aquella función para que las partes puedan conocerlos e interponer, si proceden, los recursos correspondientes, lo que no significa que cuando el acto procesal no admite recurso alguno le está vedado a alguna de las partes del conocimiento del mismo o pueda excusarse la respectiva notificación. Un ejemplo patético a éste propósito sería la sentencia de única instancia que siendo notificable como es, no fuera notificada con el pretexto de que contra ella no procede ningún recurso.

Si la parte demandada en un proceso contencioso tiene derecho a saber cuándo empieza éste, de la misma manera le asiste la prerrogativa de conocer el momento y el acto procesal que le pone fin al mismo.

"Cuando el sentido de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se aplica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando además ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de prevaricato".

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

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N°. 029

Vistos

Se resuelve el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra el fallo absolutorio que profirió el Tribunal Superior de Florencia (Caquetá) el 18 de marzo de 1994 (fs. 129 a 154 Cdno. 3 orig.), en Sala de Decisión Penal integrada por un Magistrado y dos Conjueces, con aclaración de voto de uno de éstos y salvamento de voto del primero, dentro del proceso que se adelantó por prevaricato por acción, al doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, abogado, ex-Juez 1° Civil Municipal de la citada ciudad, hijo de Fabio y Mauralena, nacido en Barranquilla el 27 de agosto de 1959, casado, identificado con C.C. N°. 16'546.245. de Roldanillo (V.).

Antecedentes

A finales del año 1990 y principio de 1991, en el Juzgado 1° Civil Municipal de Florencia (Caquetá) a cargo en ese entonces del doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, se adelantaba el proceso ejecutivo singular de menor cuantía del doctor Abdón Rojas Claros, contra José Edgar Sandoval y Rincón y Amparo Rendón Mendoza, dentro del cual se había decretado el embargo y secuestro de un automóvil de servicio público, marca Chevrolet, que figuraba en el registro del Instituto de Tránsito y Transportes de Florencia como de propiedad de la segunda.

Paralelamente, el Juzgado 2°, Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro del ejecutivo entablado por Edgar Ernesto Ureña Cadena contra la mencionada Amparo Rendón Mendoza, por auto del 14 de diciembre de 1990, decretó el embargo y secuestro preventivos del remanente que quedare o llegare a quedar en el primero proceso (Fl. 14, anexo #1), y así fue comunicado al Juzgado 1°, Civil Municipal en oficio #1047 del 18 de diciembre de 1990, el cual se recibió allí al día siguiente.

Este día, 19 de diciembre de 1990, el demandante doctor Abdón Rojas Claros en escrito que presentó en el Juzgado 1°, Civil Municipal designó como su apoderado al doctor Edgar Ernesto Ureña Cadena, para que continuara representándolo dentro del referido ejecutivo, y además se hizo constar la cesión por parte del demandante de sus derechos de acreedor en favor de aquél.

Sucedió que el 17 de enero de 1991, el Juzgado 1°. Civil Municipal, regentado por el Doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, a petición

del accionante Abdón Rojas Claros (fl. 41, Cdno. #1), declaró la terminación del proceso por pago de la obligación, seguida de la orden de levantar la medida cautelar preexistente y de comunicar al Juzgado 2°. Civil del circuito que dentro de tal proceso no quedó embargo de remanentes.

La aludida providencia fue notificada personalmente al ejecutante Abdón Rojas Claro, quien renunció al término de ejecutoría, sin tener en cuenta no sólo la cesión del crédito hecho a favor del doctor Edgar Ernesto Ureña Cadena, como el memorial - poder, omitiéndose además toda forma de notificación a los demás sujetos procesales.

Luego, el Juzgado 2° Civil del Circuito, mediante oficio N°. 032 del 18 de enero de 1991, al que anexó fotocopia auténtica del auto respectivo calendario el 18 de "febrero" (sic) del citado año (Fls. 44 y 45. Cdno. #1), pero que fue recibido en el Juzgado 1°. Civil Municipal aquel día a las 4:45 p.m. (Fl. 44 vto., Cdno. #1), esto es antes de que cobrara ejecutoría el auto del 17 de enero de 1991, por medio del cual se daba por terminado el proceso ejecutivo y se levantaban las medidas de embargo y secuestro, comunicó sobre su decreto de embargo y secuestro de los bienes que en ese proceso se llegaren a desembargar, recabándole la observancia del artículo 543 del C.P. Civil.

Sin embargo, el Juzgado 1°. Civil Municipal, por auto del 18 de enero de 1991, desconoció nuevamente aquella orden de embargo de los bienes que llegaren a desembargarse en el proceso que él adelantaba, aduciéndose que éste había terminado por pago de la obligación y por ende "lo ordenado en el Oficio Nro. 032 de enero dieciocho (18) del año en curso, no se pudo tener en cuenta, por cuanto el auto es de fecha febrero 18 de 1991, fecha que aún no se ha cumplido por lo tanto el embargo ahí decretado es inexistente" (Fl. 46, Cdno. # 1).

Con fecha 21 de enero de 1991, el Juzgado 2° Civil del Circuito corrigió aquel desface, en el sentido de "que el mismo corresponde al día dieciocho (18) de "Enero" de mil novecientos noventa y uno (1991)" y así lo comunicó en el oficio Nro. 040 de la primera fecha que por tercera vez se desatendió, por haber quedado en firme la decisión judicial que daba por terminado el proceso ejecutivo.

Actuación procesal

Los anteriores hechos fueron denunciados el 19 de marzo de 1991 por el abogado Edgar Ernesto Ureña Cadena ante el Tribunal Superior de Florencia que dispuso la correspondiente instrucción previa, dentro de la cual el imputado rindió versión libre y espontánea (Fls. 25-29, Cdno. 1 orig.).

Concluida la etapa preprocesal, se declaró abierta la investigación por auto del 14 de mayo (Fls. 78-79 id.) siendo vinculado con indagatoria el imputado doctor FABIO DE JESUS MAYA ÁNGULO (Fls. 141-145), a quien se le resolvió situación jurídica el 25 de julio de 1991, absteniéndose en su contra (Fls. 153- 177), tras considerar que la conducta del implicado no estuvo gobernada por el dolo, sino por un error de interpretación del artículo 543 del C. de P. Civil.

La investigación se clausuró el 29 de octubre de 1991 (Fl. 267). Dentro del término del traslado precalificatorio, la Fiscal 1ª del Tribunal Superior de Florencia solicitó la cesación de todo procedimiento en los términos del artículo 36 del C.P. Penal, por inexistencia de delito (Fls. 268-278).

El apoderado de la parte civil alegó de conclusión y solicitó el proferimiento de resolución de acusación contra el indagado, por el delito de Prevaricato. El sindicado ni su defensor alegaron.

Pero el Tribunal Superior calificó el mérito de la instrucción el 16 de enero de 1992 con cesación del procedimiento, al considerar que el incriminado obró determinado por un error de tipo (Artículo 40.4 del C. Penal) que excluye el dolo. Y acogiendo el parecer de la Agente del Ministerio Público, dispuso la compulsación de copias de lo pertinente para que la Sala Disciplinaria de la Corporación adelante la investigación por posible falta a la ética profesional por parte del denunciante, doctor Edgar Ernesto Ureña Cadena, "por pretender hacer efectiva mediante la ejecución judicial dos veces una misma deuda" (Fl. 325).

Apelada la anterior decisión por el apoderado de la parte civil que la sustentó, esta Sala de Casación Penal le impartió el trámite correspondiente a la segunda instancia que contó con el concepto del señor Procurador 1°, Delegado en lo Penal, propugnando la revocatoria de la decisión impugnada para que en su lugar se profiriera resolución de acusación (Fl. 15, Cdno. Corte).

La Corte, con motivo de la expedición del nuevo C.P. Penal (Decreto 2700 de 1991), ordenó la devolución del proceso al despacho de origen para que se procediera conforme al artículo 9º, transitorio del citado Estatuto.

Al asumir la competencia el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, le correspondió desatar el recurso mediante interlocutorio del 17 de septiembre de 1992, revocando el auto proferido por el Tribunal Superior de Florencia, y en su lugar resolvió "Acusar al Dr. FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, para que responda en juicio por el delito de Prevaricato por acción..." e "Imponer al Dr. FABIO DE JESUS MAYA ANGULO medida de aseguramiento consistente en detención preventiva", concediéndole la libertad provisional caucionada (Fls. 6-14).

Ejecutoriada la citada resolución de acusación, el proceso volvió al Tribunal Superior que como Juez de conocimiento le impartió el trámite al juicio: Corrió los traslados del artículo 446 del C.P. Penal, sin que se produjera alguna modificación probatoria (Fl. 54) y fijó fecha para la celebración de la audiencia (Fl. 55), diligencia que se llevó a cabo con la intervención de todos los sujetos procesales.

Así devino el fallo absolutorio que ahora es objeto de impugnación.

Fundamentos del recurso

A juicio del recurrente, la sentencia absolutoria debe ser revocada porque estima que se encuentran reunidos los requisitos del artículo 247 del C. de P. Penal para emitir fallo condenatorio contra el acusado Doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO.

Según el impugnante, existen circunstancias concomitantes y subsiguientes al proferimiento de la providencia "manifiestamente contraria a derecho, que ponen de manifiesto la voluntariedad, el deseo, el propósito, la intención de desconocer el embargo de remanentes que le había sido comunicado oportunamente por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Florencia, y que constituyen el aspecto subjetivo de la conducta o DOLO".

Tales circunstancias serían:

1. Haber ordenado el Juez 1º. Civil Municipal de Florencia, doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, en la providencia interlocutoria del

17 de enero de 1991, oficiar "al Juzgado 2º. Civil del Circuito comunicándole que dentro de este proceso no quedó embargo de remanentes".

2. Lo improcedente de esa decisión como consecuencia de una errónea interpretación de la ley, concretamente del artículo 543 del C. P. Civil, junto con el texto 537 ibídem, que el procesado debió aplicar, porque son los que regulan la "Terminación del proceso por pago", y la "Persecución en un proceso civil de bienes embargados en otro", las cuales son normas de estricto cumplimiento conforme al artículo 6". Ibídem.

3. Según el testimonio del demandado José Edgar Sandoval Rincón, éste acudió al Juzgado del justiciable una o dos veces, para preguntarle por el trámite subsiguiente a la consignación del dinero con destino al pago de la obligación perseguida, habiéndose informado que el paso siguiente era la declaratoria de terminación del proceso seguida del libramiento de los oficios, los cuales recibió el deponente del Secretario una hora más tarde (aproximadamente a las 4 p.m.).

Agrega que el Doctor Abdón Rojas, en su calidad de demandante, se notificó de la providencia que daba por terminado el proceso ejecutivo y renunció al término de ejecutoría, a pesar de la petición del denunciante doctor Edgar Ernesto Ureña Cadena para que no lo hiciera y le diera la oportunidad de ir al Juzgado 2º Civil del Circuito por el oficio en que se comunicaba el embargo del bien que en ese otro proceso había sido desembargado.

Considera el actor que entre demandante y demandado se orquestó un complot que fue patrocinado por el ex-Juez MAYA ANGULO en orden de horadar el patrimonio económico del denunciante doctor Edgar Ernesto Ureña Cadena, accionante en el proceso ejecutivo que se tramitaba paralelamente en el Juzgado 2º Civil del Circuito.

4. Tener en firme la providencia que dio por terminado el proceso y que levantó las medidas precautelares con la sola manifestación del demandante doctor Abdón Rojas Claros de que renunciaba al término de ejecutoría, sin haberse surtido la notificación a la otra parte, en contravía de las normas reguladoras de la notificación y de la ejecutoría de las providencias judiciales

5. Que los Conjueces optaron por la absolución del procesado en consideración a que las cuestionadas irregularidades son atribuibles al

Secretario, error que se origina por la no consideración del testimonio del demandado José Edgar Sandoval Rincón, según el cual "fue el mismo ex-Juez acusado quien dispuso la entrega de los oficios de desembargo", una vez que el demandante se notificó en exclusividad de la resolución judicial y luego de que manifestara su voluntad de renunciar al término de ejecutoría.

6. Remite a los argumentos plasmados por el denunciante y ofendido Dr. Edgar Ernesto Ureña Cadena en el alegato precalificatorio del 20 de noviembre de 1991 y en la sustentación de la apelación del auto de cesación de procedimiento del 24 de enero de 1992.

Sobre la configuración del delito de prevaricato por acción y la responsabilidad penal del acusado, el recurrente busca apoyo en el concepto que en segunda instancia emitió el Procurador 1°. Delegado en lo Penal; en la resolución de acusación; en la intervención del Fiscal Delega ante el Tribunal Superior de Florencia dentro de la audiencia pública y en el salvamento de voto del Magistrado Ponente, quien había presentado proyecto de sentencia condenatoria, no empece haber adherido a la aprobación que el Tribunal Superior de Florencia le impartió inicialmente a la cesación de procedimiento.

Alegación de defensa

Como en el proceso se halla "demostrado hasta la saciedad que la conducta desplegada por el doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO en modo alguno puede tildarse de dolosa al incurrir en errores de interpretación de unas normas de carácter civil y por ser éstas de orden público", la sentencia absolutoria que es objeto de alzada debe ser confirmada. Obrar en contrario sería darle paso a la proscrita responsabilidad objetiva (fs. 175 a 178 Cdno. 3 orig.).

Fundamentos de la sentencia impugnada

1. La decisión del ex-Juez 1°. Civil Municipal de Florencia, de levantar el embargo como consecuencia de la terminación del proceso ejecutivo por pago de la obligación, desatendiendo la comunicación de embargo del remanente enviada por el Juez 2° Civil del Circuito de la misma ciudad, constituye irregularidad atribuible al procesado, mas no hecho punible, y la

anormalidad que se presentó en la notificación de esa providencia no le es imputable, por ser actuación procesal de la incumbencia del Secretario de tal despacho judicial (Art. 14.2, Decreto 1265 de 1970), quien elaboró y firmó los oficios atinentes a la cancelación del embargo y secuestro, tal como consta a folio 50, Cdno. de pruebas.

2. El procesado mal podía acatar la comunicación de embargo y secuestro de los bienes que se llegaren a desembargar en el proceso que él conocía, porque entonces (18 de enero de 1991, 4:45 p.m., cuando se recibió en el Juzgado 1° Civil Mpal.) el Secretario ya había enviado los referidos oficios materalizando el levantamiento de las medidas cautelares y con esto la entrega del vehículo al accionado José Edgar Sandoval Rincón, tal como consta a folios 52 y vto., Cdno. de fotocopias del pluricitado proceso ejecutivo.

Siendo así las cosas - imposibilidad de acatar la orden de embargo del automotor-, concluye el a quo, tal omisión no constituye conducta reprochable penalmente.

Más adelante aduce el Juez colegiado de primera instancia que la culpabilidad del procesado no se deduce de ninguno de sus actos jurisdiccionales, por estar ausente la conciencia de un obrar contra derecho, como que en el supuesto de que la conducta objetivamente considerada sea manifiestamente contraria a la ley, en el plano subjetivo la misma estaría precedida de la causal 4 de inculpabilidad prevista en el artículo 40 del C. Penal.

Cita en tal sentido varios fallos de esta Sala y transcribe apartes de la decisión disciplinaria del mismo Tribunal Superior en el proceso que de esta naturaleza se le adelantó al mismo sentenciado, según los cuales, éste transgredió algunas de las normas de procedimiento civil, pero tal conducta obedeció a criterio equivocado en su interpretación, tal como lo adujera en su indagatoria, ajena por completo al ánimo de favorecimiento de alguna de las partes intervinientes en el proceso.

Termina el Tribunal Superior aceptando que en la emisión del auto del 17 de enero de 1991, por medio del cual el procesado ordenó la cancelación del embargo y secuestro del vehículo de los accionados, no estuvo presente el dolo indispensable para que se configura el delito de prevaricato por acción.

Consideraciones de la Corte

Dos son las razones que ofrece el Tribunal para sustentar su decisión absolutoria:

La primera, que la conducta es atípica, vale decir que no constituye el delito de prevaricato por acción, porque cuando el Juzgado que regentaba el procesado llegó a la orden de "embargo y secuestro de los bienes que por cualquier causa se llegaren a desembargar", ya se había materializado el levantamiento de tales medidas dentro del proceso ejecutivo que en su oficina se adelantaba, de una parte, y de la otra, el embargo era inexistente por tener el auto respectivo fecha aún no cumplida.

Una segunda tesis que se enarbola es la de la inculpabilidad, montada sobre un error de tipo en el comportamiento cumplido por el justiciable por la vía de un equivocado criterio hermenéutico, con lo cual resulta admitiéndose que realmente su acción tiene las connotaciones de tipicidad y antijuridicidad, pero que, sin embargo, la conducta no es culpable a título de dolo.

Por otra parte se observa que el apoyo fáctico de la causal excluyente de culpabilidad así plasmada está referido al desacato del ex-Juez acusado en torno a la primera comunicación que recibió el Juzgado 2º. Civil del Circuito de Florencia, respecto del embargo y secuestro del remanente en el proceso ejecutivo que se adelantaba contra un demandado común, y es sobre este tópico que se construye esta segunda tesis, vale decir el error de tipo como un desface interpretativo del artículo 543 del C. de P. Civil, primordialmente.

Sin embargo, desde el punto de vista fáctico y para efectos de la decisión que la Sala ha de adoptar, se hace preciso delimitar las varias situaciones que se dieron de manera antecedente, concomitante y subsiguiente al proferimiento de la resolución tildada de prevaricación. Veamos:

1. El Juzgado 2 Civil del Circuito de Florencia, mediante auto del 14 de diciembre de 1990, decretó "el embargo y secuestro preventivo del remanente que quedare o llegare a quedar dentro del proceso ejecutivo de Abdón Rojasa Claros contra Amparo Rendón Mendoza que cursa en el Juzgado Primero Civil Municipal de esta localidad."

En la misma providencia ordenó comunicar tal determinación al citado despacho judicial para que procediera a inscribir el embargo decretado y

expedir la constancia de la medida tomada (Fl. 14, Cdno. fotocopias), lo que efectivamente se hizo el 18 del citado mes y año con el oficio No. 1047 (Fl. 14 vto.)

Quiere esto decir que el 17 de enero de 1991, cuando el Doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, en su condición de Juez 1 Civil Municipal de Florencia, declaró terminado el proceso de ejecución seguido por el doctor Abdón Rojas Claros contra los demandados, ya estaba enterado con mucha antelación de que en el Juzgado 2. Civil del Circuito de la misma localidad el embargo y secuestro preventivos del remanente en tal proceso ejecutivo, y por lo mismo ordenó comunicarle al despacho judicial solicitante "que dentro de este proceso no quedó embargo de remanentes".

Tal argumento que el ex-Juez esgrime en su indagatoria y que el sentenciador de la instancia acepta por mayoría para no haber accedido a su inscripción en los términos del artículo 543 del C. P. Civil, porque "Etimológicamente la palabra remanente según la Real Academia de la Lengua significa el residuo o el sobrante"y allí no quedó en razón de que la terminación del proceso operó por pago de la obligación, lo cual excluye el remate de bienes, en cuyo caso cobraría significación el referido concepto, no es por sí sólo persuasivo para aceptar que la conducta del procesado se circunscribe a un simple error de interpretación normativa (Arts. 537 y 543 C. P. Civil).

En efecto, el artículo 537, inciso 1 del C. de P. Civil expresa, refiriéndose al evento de "Terminación del proceso por pago", que fue lo que ocurrió en el caso subjúdice, que:

> "Si antes de rematarse el bien, se presentare escrito auténtico proveniente del ejecutante o de su apoderado con facultad para recibir, que acredite el pago de la obligación demandada y las costas, el juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviere embargado el remanente" (resalta la Sala).

La diafanidad de esta disposición no admite la interpretación que el sentenciado ensaya, por cuanto el precepto prevé el evento de que el pago de la obligación se realice antes de que el proceso llegue al remate de bienes, que fue lo que aquí acontenció, en cuyo caso de procedencia de la cancelación de las medidas cautelares estaba condicionada a la no existen-

cia de "embargo de remanente", situación que el procesado no podía desconocer, so pena de patentizar la clara voluntad de violar la ley.

La interpretación gramatical que hace el ex-Juez en torno al artículo 543 del Estatuto Procesal Civil no se compadece con el método de la sistemática jurídica imperante, que recomienda cómo la interpretación de un texto legal no debe hacerse insularmente, sino conforme a la filosofía que gobierna la respectiva institución de que se trate, con miras a encontrar la razón de ser de sus previsiones.

En este caso la interpretación se centró en el artículo 543 del C.P. Civil, sin relacionarlo con el citado artículo 537 ibídem que tempranamente contempla el caso del pago de la obligación sin llegar al remate de los bienes embargados y/o secuestrados, lo cual se reitera en el aparte final del antepenúltimo inciso, numeral 2, de la norma citada, al regular otra modalidad de pago de la obligación, por iniciativa del demandado, cuando se trate de ejecuciones por sumas de dinero, sin existir liquidación del crédito:

> En tal situación "...el Juez declarará terminado el proceso y dispondrá la cancelación de los embargos y secuestros, si no estuviese embargado el remanente" (resalta la Sala).

Se olvidó así flagrantemente aquel otro principio de hermenéutica que se recoge en el artículo 27 del Código Civil, según el cual cuando el texto de la ley es claro le está vedado al intérprete averiguar su espíritu.

En tales condiciones le era más expeditivo al ex-funcionario judicial atender la inscripción del embargo del remanente, que negarlo con los muy esforzados esguinces jurídicos.

Por excelencia, eran esas las normas llamadas a regular el asunto, las cuales se caracterizan por su naturaleza de carácter público, de obligatorio cumplimiento y por ende de interpretación restringida, razones éstas que excluyen cualquiera otra interpretación que no sea aquella que claramente se desprende no sólo de sus respectivos textos, sino también de su correlación misma, como de la razón de ser de la institución del embargo y secuestro preventivos, que no es otra que la de garantizar el derecho perseguido, siguiéndose de ello que el deber del entonces Juez 1º. Civil Municipal de Florencia no era otro que el de inscribir el nuevo embargo automático sobre el remanente, entendido como el bien mueble que quedaba libre de gravamen tras la cancelación del embargo y secuestro decretados

con motivo del pago de la obligación antes del remate, y dejar a disposición del Juzgado 2°. Civil del Circuito el automotor embargado junto con las copias de los respectivos documentos.

2. Pero la realidad es que así no se procedió. Por eso, al día siguiente fue notificada personalmente la anterior providencia y de manera exclusiva al actor doctor Abdón Rojas Claros, quien en el mismo acto manifestó que renunciaba a los términos de ejecutoría, habiéndose librado de inmediato los oficios 013, 014, 015 y 14 bis (fl.12 vto., Cdno. fotocopias).

No puede pasar desapercibida la inusitada rapidez con que se procedió a despachar los oficios para materializar la cancelación del embargo y entrega del bien al demandado por parte del secuestre, situación ésta que también cobra relieve frente a la justicia civil, que asimismo ha padecido recargo de trabajo.

Mírese, si no, cómo la notificación del acto ilegal, cuyo contenido por sí sólo prospecta el dolo de la conducta, se reservó únicamente para el demandante, quien en el acto renunció al término de ejecutoría, sin escuchar a la otra parte, es decir a los demandados, a quienes no se les notificó ni siquiera por estado, arguyéndose que el auto los favorecía y por ende no lo impugnarían, y sólo media hora después (4:45 p.m.), cuando llegó corregida la comunicación de embargo, la misma no fue acogida, aduciéndose dos motivos, uno de los cuales se encuentra plasmado en la constancia secretarial de recibo de la referida comunicación, en el sentido de que los oficios cancelando el embargo primitivo ya habían sido enviados a los respectivos destinatarios.

Y no se diga que como la notificación y la elaboración y firma de los oficios corrían por cuenta del Secretario, no era atribuible tal actividad al titular del despacho, pues no debe olvidarse que ella se desenvolvió en razón de la orden que el Juez había impartido en la providencia censurada.

La Sala no encuentra tampoco aceptable tal excusa, si en cuenta se tiene que cuando se recibió ese segundo oficio apenas sí había transcurrido media hora del retiro de los oficios de desembargo y entrega del automotor, por lo que se considera que bien pudo haberse suspendido su curso final si en la mente del ex-Juez hubiera estado presente la voluntad de acatar la orden de embargo de otro Juez, inclusive de superior jerarquía, para de esta manera no hacer nugatorio aquel principio general de Derecho Civil, elevado a la

categoría de norma sustancial, que dice que los bienes del deudor constituyen la prenda general de garantía de los derechos del acreedor.

Sobre la renuncia del término de ejecutoria de la pluricitada decisión, por parte del demandante, si bien es cierto que el artículo 122 del C. de P. Civil autoriza hacerlo a "...los interesados en cuyo favor se concedan" (los términos, aclara la Sala), también lo es que tal providencia no interesaba únicamente al demandante como para que a éste se reconociese el derecho exclusivo de renunciar al término de ejecutoría, con menoscabo del mismo derecho de que estaba asistida la parte contraria.

No debe pasar desapercibido que el proceso ejecutivo se caracteriza por su carácter contencioso. Por esta misma razón el auto que dio por terminado el proceso de ejecución por pago de la acreencia ha debido ser notificado a la parte demandada, en desarrollo también del principio de publicidad hacia el interior del proceso (Art. 313 C.P.C.). La notificación de los actos procesales cumple aquella función para que las partes puedan conocerlos e interponer, si proceden, los recursos correspondientes, lo que no significa que cuando el acto procesal no admite recurso alguno le está vedado a alguna de las partes el conocimiento del mismo o pueda excusarse la respectiva notificación. Un ejemplo patético a este propósito sería la sentencia de única instancia que siendo notificable como es, no fuera notificada con el pretexto de que contra ella no procede ningún recurso.

Si la parte demandada en un proceso contencioso tiene derecho a saber cuándo empieza éste, de la misma manera le asiste la prerrogativa de conocer el momento y el acto procesal que le pone fin al mismo.

3. Pues bien, para seguir el desarrollo secuencial de los hechos, es preciso aludir al segundo motivo de desacato del citado Oficio #032 que se recibió del Juzgado 2º. Civil del Circuito a las 4:45 de la tarde de ese 18 de enero de 1991, comunicando el decreto de embargo y secuestro previo de los bienes que por cualquier causa se llegaren a desembargar dentro del proceso ejecutivo allí adelantado, con la advertencia de que se diera aplicación al artículo 543 del C.P. Civil.

En orden a una mejor claridad del asunto, conviene reproducir este texto legal:

> "Quien pretenda perseguir ejecutivamente en un proceso civil bienes embargados en otro proceso y no quiera o no pueda promover la

> acumulación de ellos, podrá pedir el embargo de los que por cualquier causa se llegaren a desembargar y el del remanente del producto de los embargados.
>
> ...La orden de embargo se comunicará por oficio al Juez que conoce del primer proceso, cuyo secretario dejará testimonio del día y la hora en que la reciba, momento desde el cual se considerará consumado el embargo a menos que exista otro anterior, y así lo hará saber al juez que libró el oficio".

La desatención de tal medida se apuntaló en el hecho de que entonces ya habían sido librados los oficios de desembargo a la oficina de Tránsito de la localidad y al secuestre para la entrega del bien al demandado, y porque el auto respectivo que se acompañó al precitado oficio 032 del 18 de enero de 1991 tenía fecha del 18 de "febrero", la cual aún no operaba.

Esta es en concreto la explicación que rindió el doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, entonces titular del Juzgado 1° Civil Municipal de Florencia, al Juzgado 2° Civil del Circuito de la misma localidad. En su oficio se lee lo siguiente:

> "..., por lo tanto lo ordenado en el Oficio Nro. 032 de enero dieciocho (18) del año en curso, no se pudo tener en cuenta por cuanto el auto es de fecha Febrero 18 de 1991, fecha que aún no se ha cumplido por lo tanto el embargo ahí decretado es inexistente"(Fl. 15, Cdno. fotocopias).

Se observa, cómo el entonces Juez doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO no realiza actividad alguna para tratar de atender la orden de embargo del remanente o, para el caso, de los bienes que llegaren a desembargarse en el proceso ejecutivo bajo su dirección. En esta ocasión no le resulta difícil entender que se trataba de un lapsus cálami; su inactividad hacia la superación de lo que evidentemente era un error, en el cual con frecuencia se incurre en la escritura de fechas, lleva a inferir una voluntad consciente de no colaborar para que se pudiera cumplir la orden judicial.

Lo anterior es así, tomando en cuenta que el Oficio 032 del 18 de enero de 1991 claramente le estaba informando que "por auto de esta fecha", es decir la del oficio, se había dispuesto la medida precautelar. No entenderlo de esta manera, como efectivamente debió hacerlo, es demostración de que en su ánimo estaba desconocer la orden judicial dirigida a cubrir con un

gravamen el bien cuya liberación del proceso había sido dispuesta. La determinación de ese ánimo es razón adicional para no poder aceptar la tesis de que el encausado hubiere actuado bajo una errada e invencible convicción que permitiese excluir la culpabilidad dolosa, o que se le vaya a deducir una responsabilidad puramente objetiva, que está proscrita, sobre la cual recalca el defensor.

4. El Juzgado 2º. Civil del Circuito, por auto del 21 de enero de 1991, corrigió la fecha del auto de embargo y secuestro desechado por el Juez 1º Civil Municipal, no sin dejar expresa constancia de "que la medida cautelar ordenada, se comunicó al Señor Juez Primero Civil Municipal de esta ciudad mediante oficio número 032 del 18 de enero del año que transcurre, en el cual se indica que por auto de la fecha dictado en el proceso en referencia se decretó tal medida, solicitándosele dar aplicación a lo previsto por la norma comentada (Art. 543 C. de P.C.)" - Fl. 18, Cdno. fotocopias-

5. Pero tal comunicación (oficio Nro. 040 del 21 de enero de 1991) no tuvo ningún efecto porque llegó al Juzgado 1º. Civil Municipal, "después de estar debidamente ejecutoriado el auto", según lo anotara el procesado en su indagatoria (Fl. 143 vto. supra), lo cual no corresponde con la realidad procesal, porque ésta lo que traduce es que aquella cuestionada decisión no se notificó a los demás sujetos procesales que en desarrollo del principio de la igualdad procesal tenían igual derecho que el demandante a que se les enterara de la terminación del proceso por pago de la obligación. De suerte que si ella no se omite, la extemporanidad no se hubiera producido.

Así no se hizo "por el afán de consumar la ilegalidad del acto con su inmediata ejecutoría", como se expresa en la resolución de acusación (Fl. 12). Prueba de ello es que ni siquiera se notificó al demandado, indiscutible favorecido, y quien tanto interés enseñó en la terminación del proceso, como que en varias ocasiones se presentó al Juzgado ese 18 de enero de 1991, en una de ellas a reclamar los oficios que el Juez FABIO DE JESUS MAYA ANGULO le dijo que le tendría listos en las horas de la tarde, no empece que el Secretario exprese no recordarlo.

Vistas así las cosas, resulta estéril toda la dialéctica del procesado encaminada a hacer creer que la decisión marcadamente contraria a la ley y objeto de reproche fue fruto de la equivocación o del error, porque nadie que tenga mediano manejo de las disciplinas jurídicas, como el sentenciado, podía tener confusión sobre qué era lo que el Juez 2º. Civil del Circuito

de Florencia le pedía en los reiterados oficios comunicativos de la medida que había ordenado en el proceso a su cargo.

La doctrina nacional más frecuente consulta es muy ilustrativa sobre el particular. En efecto, después de transcribir el inciso 1° del artículo 543 del Código de Procedimiento Civil en su texto actual, Hernando Devis Echandía ("El Proceso Civil, Parte Especial", 7ª edición, Compendio de Derecho Procesal Civil, T.III, V. II, B.J. Diké, Bogotá, 1991, Ps. 944 y 945), expresa:

> "El artículo 543 le puso fin a ese fraude: ahora, si se produce el desembargo de esos bienes, automáticamente quedan embargados a órdenes del Juez que decretó el primer embargo del remanente o de los bienes que se llegaren a desembargar... Es decir, si sólo se ha solicitado el embargo del remanente o de los bienes que se llegaren a desembargar... Es decir, si sólo se ha solicitado el embargo del remanente, de todas maneras, cuando termine el primer proceso de cualquier causa distinta al remate, de todas maneras, cuando termine el primer proceso por cualquier causa distinta al remate de los bienes, como por desistimiento o una transacción, o cuando se desembarguen éstos, aquel embargo se convierte automáticamente en embargo concreto de esos bienes, de manera que el juez del proceso que concluye no podrá decretar su embargo..." (El texto original no está resaltado).

Esto es lo observado después de la reforma introducida al Código de Procedimiento Civil por el decreto 2282 de 1989 (Octubre 7), que para el caso del inciso 1° del artículo 543 descolla en el cambio de conjunción, de la anterior interpretada como disyuntiva o ("...desembargar o del remanente..."), por la actual copulativa y ("...desembargar y del remanente...").

Por supuesto, se observa que los hechos tuvieron desarrollo entre diciembre de 1990 y enero de 1991, por lo cual carece de fundamento efectuar disquisiciones sobre una norma que ya estaba derogada. Pero como podría argüirse que la posibilidad del yerro no doloso acrecería por falta de tiempo o capacidad para haber asimilado o comprendido la nueva disposición, cabe apreciar que ése era el enfoque de la doctrina aún antes de la reforma, de acuerdo con tratadista igualmente asequible, lo cual en nada diluye y antes confirma lo que se ha expuesto sobre la cabal demostración de la culpabilidad por dolo:

"Pero hay algo más: Cuando el proceso termine por desistimiento o transacción, o si después de hecho el pago directo de los acreedores hubiere bienes sobrantes, éstos y todos los perseguidos que no llegaron a rematarse, se consideran embargados por el Juez que decretó el embargo del remanente, o sea que éste se traduce en dichos bienes sobrantes, que por ende no se desembargan...

Como se ve, el remanente cuya existencia antes dependía del arbitrio de ejecutante y ejecutado, al ponerle fin al proceso por pago, se convirtió en los bienes sobrantes, que no se desembargan sino que pasan a responder del crédito del proceso en que el embargo del mismo se decretó, sin necesidad, por economía procesal, de repetir respecto a ellos, el embargo, el secuestro y aún el avalúo, pues tales diligencias pasan a producir efectos en el segundo proceso... El remanente, pues, no es solo la suma de dinero sobrante del producto de los bienes rematados, o del pago efectuado dentro del proceso, sino los propios bienes sobrantes una vez realizado el pago al ejecutante o ejecutantes, o terminado el proceso ejecutivo, inclusive por desistimiento o transacción" (Hernando Morales Molina, "Curso de Derecho Procesal Civil", 9ª edición, Ed. A.B.C., Bogotá, 1986, ps. 287 y 288. El texto original no está resaltado).

La resolución que profirió el procesado, doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, en su condición de Juez 1° Civil Municipal de Florencia, es manifiestamente contraria a la ley (Artículos 537 y 543 del C. de P. Civil) y ostensiblemente perjudicial a los intereses no sólo de la Administración Pública sino, en el plano económico, del acreedor que denunció su conducta, la cual aparece determinada por un afán de favorecimiento a uno de los demandados en el proceso civil que tenía bajo su dirección, con voluntad consciente de transgredir los dictados legales.

En casos similares ha sostenido la Corte que "Cuando el sentido de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando además ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de Prevaricato" (Auto, C. S. de J., 15 de agosto de 1983. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía).

Patentizada como queda la conducta ilícita por la cual se profirió resolución de acusación contra el justiciable (Artículo 149 del Código Penal), y encontrándose plenamente satisfechos los requisitos del artículo 247 del C. de P. Penal, a la Corte no le queda opción diferente a la revocatoria del fallo absolutorio, para en su lugar dictar sentencia condenatoria en contra del procesado doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

La pena a que se hace acreedor, tenidos en cuenta los criterios para fijarla y su buena conducta anterior, se determina a partir de la mínima prevista en el artículo 149 del C.P. (doce meses), aumentada en dos meses por la circunstancia agravante de la posición distinguida que ocupaba en la sociedad, por poder y cargo, para un total de catorce (14) meses de prisión. Por este mismo término se impone, también como pena principal, la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

De otra parte, como el delito cometido por el entonces Juez FABIO DE JESUS MAYA ANGULO causó perjuicios materiales al denunciante doctor Edgar Ernesto Ureña Cadena, los cuales fueron estimados pericialmente en tres millones setecientos cuarenta y un mil pesos ($3.741.000.00), a su indemnización deberá condenarse al procesado. De la misma manera, el hecho de que no se hubiere valorado el daño moral no es óbice para advertir que también fue irrogado perjuicio de esta naturaleza, especialmente por la desazón que produce que se resuelva ilícitamente en contra de un derecho propio; el valor la Corte lo fija prudencialmente en el equivalente de cuarenta (40) gramos oro en moneda colombiana, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 106 del Código Penal.

Esta indemnización de los perjuicios tanto materiales como morales, deberá cubrirla el condenado doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO al doctor Edgar Ernesto Ureña Cadena, dentro del plazo máximo de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoría de esta sentencia.

En consideración a las modalidades específicas del hecho punible y la personalidad que el sentenciado había demostrado hasta antes de su reprochada acción, que lleva a considerar que no requiere tratamiento penitenciario, se otorga la ejecución condicional de la condena (artículo 68 del C.P.), motivo por el cual se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad por un período de prueba de dos años, bajo las obligaciones que impone el artículo 69 del Código Penal, garantizadas con la misma caución

que prestó para mantenerse en libertad provisional (fs. 13, 21 a 37, 42 a 44 Cdno. 3 orign.).

De acuerdo con lo permitido por el inciso 1° del mencionado artículo 69, la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas si se hará efectiva durante los catorce meses, contados a partir del día de ejecutoría de esta sentencia.

Entre las comunicaciones que deben librarse para que cada uno de los aspectos de esta providencia se hagan efectivos, además de la copia a la Dirección General de INPEC para el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 43 del Código Penal, se oficiará a la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, y al Consejo Superior de la Judicatura observando en este caso, sobre la exclusión a la cual se refiere el literal b) del artículo 6° del Decreto 196 de 1971, que se otorgó la ejecución condicional de la condena.

Por lo considerado, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

1. Revocar en todas sus partes la sentencia absolutoria de fecha, naturaleza y procedencia indicadas y en su lugar CONDENAR al acusado doctor FABIO DE JESUS MAYA ANGULO, ex-Juez 1° Civil Municipal de Florencia (Caquetá), de condiciones civiles insertas en el preámbulo de la parte motiva de esta sentencia, como autor penalmente responsable del delito de prevaricato por acción que le fuera formulado en la resolución de acusación, a purgar las penas principales de catorce (14) meses de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. CONDENAR al mismo sentenciado al pago a favor del doctor Edgar Ernesto Ureña Cadena, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoría de esta sentencia, de los perjuicios materiales que le ocasionó con la infracción, los cuales fueron justipreciados en tres millones setecientos cuarenta y un mil pesos ($3.741.000.00), al igual que los morales que se fijan en el equivalente de cuarenta (40) gramos oro en moneda colombiana.

3. CONCEDER al sentenciado el subrogado de la condena de ejecución condicional, por lo cual se suspende el cumplimiento de la sentencia, únicamente en cuanto a la pena privativa de la libertad, por un período de prueba de dos años. Por consiguiente puede continuar excarcelado, bajo la misma caución prestada cuando le fue concedida libertad provisional y sometido al cumplimiento de las obligaciones establecidas por el artículo 69 del Código Penal.

4. Líbrense las comunicaciones correspondientes, incluidas las mencionadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase al Tribunal de Origen. Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresnedas, Jorge Enrique Valencia M. (salvamento parcial de voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA
(Salvamento Parcial de Voto)

Contra la verdad establecida por la Corte y su criterio de que las circunstancias genéricas de agravación (artículo 66 del C.P.) deben deducirse en el cuerpo de la sentencia y no en la resolución de acusación, no me hartaré de decir y repetir que no pacto con dicha opinión como lo he sostenido en pasadas ocasiones. Asimismo, no entiendo -ni puedo entender- como un mismo elemento del tipo se tenga como ingrediente exiológico del punible y al mismo tiempo se erija como una de las circunstancias antes mencionadas.

En este terreno y mientras tenga sitial en la Sala de respuestas han de venir de mi parte -como ordinariamente suele acontecer en esta materia - para oponerme, in radice, a semejante modo de pensar, Reitero, pues, los fundamentos de mi criterio disidente.

Cuanto al primero:

> "Insiste la SALA mayoritaria en considerar que en la sentencia pueden deducirse las circunstancias genéricas de agravación punitiva (artículo 66 del C.P.) sin que tal proceder vulnere el derecho de defensa del imputado cuando lo correcto es su aplicación en el pliego de cargos, o como ahora se dice, con alabada técnica, resolución de acusación. Si es que acaso las cosas no han cambiado de nombre con tantas mudanzas de legislación y trastueques técnicos que de seguro, todo lo embrollan y todo lo complican. Y aunque crea yo que el concepto de la SALA no es un recibo sé que por mucho que diga siempre lo contrario, mi criterio, muy a pesar mío, no va a producir ningún efecto pues aquel se basta y el mío se basta. Dejemos las cosas así. Conforta saber que nada se concluye y todo se continúa.

Cuanto a lo segundo:

> "He entendido y sigo entendiendo que: "la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del *non bis in*

ídem. Cuando un elemento que caracteriza la acción punible se aprecia coetáneamente como agravante en la sentencia, debe descartarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición". Uno de los presupuestos típicos del delito de prevaricato por acción es que el sujeto activo sea calificado. Mal puede, entonces, jugar esta circunstancia genérica de agravación. Como la sentencia de segunda instancia -con la cual me identifico en lo demás- insinúa dicho criterio cumplo con mi deber de manifestar mi disentimiento en esta materia".

Sigo, pues, reiterando estas opiniones henchidas de sentido y consecuencias, así otros no lo entiendan así.

Cordialmente,

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

COLISION DE COMPETENCIA / SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA / JUEZ REGIONAL.

La jurisprudencia especial diseñada para juzgar a quienes voluntariamente se sometem a la justicia, caracterizada por la presencia de un juez único y el adelantamiento de un procedimiento exclusivo y excluyente, pierde vigencia cuando se extingue la acción penal por muerte del único "sometido" a esa competencia especial.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., primero de marzo de novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 029.

Vistos:

Por segunda vez corresponde a la Corte dirimir de plano el conflicto de competencia negativo suscitado entre un Juzgado Regional de Medellín y el 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá (antiguo 29 Superior de esa ciudad), dentro de las causas acumuladas adelantadas contra varios procesados, entre éllos Pablo Escobar Gaviria, por los homicidios perpetrados en el Honorable Magistrado de esta Corporación, doctor Hernando Baquero Borda y otros, y el periodista Guillermo Cano Isaza.

Antecedentes:

1. El 31 de Julio de 1986 murieron en forma violenta en esta ciudad capital el entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Hernando Baquero Borda, su escolta Luis Evelio Arana Jaimes y el tran-

seúnte Humberto Bolívar Bottia y resultó lesionada de consideración la Señora Susana Sanpedro de Baquero. El 17 de diciembre del mismo año se produjo otro atentado criminal, esta vez contra el director del periodico "El Espectador" Guillermo Cano Isaza, a consecuencia del cual falleció en las dependencias de la Caja Nacional de Previsión Social; hechos por los cuales se adelantaron las correspondientes investigaciones, en forma separada.

2. Por auto del 30 de marzo de 1990 el Juzgado 29 Superior de Bogotá (hoy 73 Penal del Circuito), en forma oficiosa ordenó "UNIFICAR a la causa 1977 que contra PABLO ENRIQUE ZAMORA RODRIGUEZ, MARIA OFELIA SALDARRIAGA, CASTOR EMILIO MONTOYA PELAEZ, CARLOS MARTINEZ FERNANDEZ, RAUL MEJIA y Otros cursa en este despacho por el delito de homicidio en GUILLERMO CANO ISAZA, la causa 2135 que por el mismo hecho punible se sigue contra PABLO EMILIO ESCOBAR GAVIRIA, LUIS CARLOS MOLINA YEPES, JORGE ARGIRO TOBON OLARTE y DAVID RICARDO PRISCO LOPERA" (Fl. 135, Cdno. Orig. #8 bis); por razones de conexidad procesal que aconsejaban dicha medida.

3. Iniciada la audiencia pública, el Juzgado 29 Superior de Bogotá, trabó colisión de competencia con el 95 de Orden Público de esta misma ciudad, aduciendo incompetencia para conocer de los procesos acumulados porque la muerte de los dos mencionados personajes tuvo fines claramente terroristas, motivo por el cual correspondía conocer de ellos a los Jueces de Orden Público en virtud del Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1990 (Estatuto para la defensa de la justicia), que en el parágrafo único del artículo 9°, asigno a dichos funcionarios el conocimiento, entre otros procesos, de los originados en delitos de terrorismo cualquiera que hubiese sido la época de su comisión; conflicto desatado por el entonces Tribunal Disciplinario mediante providencia de 24 de abril de 1991 en el sentido de fijar la competencia en la jurisdicción ordinaria representada por el Juzgado colisionante en razón a que no existía ley preexistente que tipificara esta modalidad de homicidio "con fines terroristas", cuya competencia fue adscrita a la jurisdicción de Orden Público.

Argumentó entonces el Tribunal Disciplinario:

> "Sea lo primero precisar que aunque los procesos bajo estudio no pueden entenderse carentes del Ingrediente terrorista que, como ele-

mento constitutivo del tipo penal que erigió el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, se agregó al del homicidio reprimido hasta ese momento en el Código Penal para crear un tipo penal nuevo, debe admitirse que no obstante, a la fecha de consumación de los que se perpetraron en las personas del periodista Guillermo Cano Isaza y del Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, doctor Hernando Baquero Borda, no pre-existía ese tipo penal de "homicidio con fines terroristas" que describió la norma citada.

Tal precisión resulta de singular relevancia toda vez que el artículo 26 de la Constitución Nacional, cuya aplicación prevalente obliga a tenerla como fundamento principal de la presente decisión, establece que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes pre-existentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Significa lo anterior que "la ley pre-existente prefiere a la ley ex post facto en materia penal", y que "nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo ser refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no aquéllas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40" (artículo 43. Ley 153 de 1887)".

4. El Gobierno Nacional, en uso de las facultades excepcionales del Estado de Sitio, expidió el llamado "Estatuto de sometimiento a la justicia" (Decretos legislativos 2047 y 3030 de 1990 y 303 de 1991), disponiendo que los procesos en curso contra personas que se acogiesen e dicho estatuto debían remitirse en el estado en que se hallaren a los correspondientes Jueces de Orden Público.

En desarrollo de esta política de "sometimiento a la Justicia", el 19 de junio de 1991 se produjo en la ciudad de Medellín la "entrega" voluntaria del procesado Pablo Emilio Escobar Gaviria; hecho que originó la remisión del proceso a los jueces de Orden Público por competencia, la que fue radicada en cabeza del Juez de conocimiento de dicha jurisdicción, por tratarse de una actuación que se encontraba en etapa de juicio.

5. A raíz de la fuga de Pablo Escobar Gaviria de la "Cárcel de máxima seguridad" de Envigado, ocurrida el 21 de julio de 1992, el Juez Regional

de Medellín a cuyo conocimiento se encontraban los procesos acumulados, provocó colisión de competencia negativa al Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá (antiguo 29 Superior de esta ciudad), aduciendo como argumento central que la fuga del recluso había hecho desaparecer el motivo tenido en cuenta para adjudicar la competencia del asunto a dicha jurisdicción especial, el que fue rechazado por el Juez colisionado, trabándose un conflicto que correspondió dirimir a esta corporación mediante providencia de 7 de octubre de 1993 (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez), en el sentido de señalar como competente para continuar conociendo del proceso al Juzgado Regional de Medellín que propuso el incidente.

Dijo en esa ocasión la Corte:

"El legislador de excepción si condicionó la aplicación de esta legislación especialmente benigna pero exclusivamente a que quien hubiese cometido alguno de los delitos allí mencionados se presentase voluntariamente ante la autoridad judicial a confesar el hecho. Esta circunstancia fáctica determinaba automáticamente la aplicación de esas normas de excepción que, como se sabe, no solamente fijaron rebajas de pena para los delitos confesados, sino que señalaron competencias y procedimientos especiales para éstos y aun para los no confesados y, al prever la fuga del sometido, como acertadamente lo puntualiza el Juez Penal del Circuito de la capital, se cuidó dicha normatividad de expresar que con la fuga el procesado perdería la condición de sometido, o desaparecería la competencia dada para investigar o para fallar esos asuntos, afirmando solamente en el artículo 4º del Decreto 2372 de 1990, incorporado como legislación permanente por el artículo 2º del Decreto 2265 de 1991, que:

"Los procesados de acuerdo con los procedimientos señalados en el Decreto 2047 de 1990 y en este decreto, perderán los derechos que hubieren podido obtener por la confesión si incurrieren en fuga o itentan realizarla" y en evidente concordancia con el artículo 2º del Decreto 303 igualmente incorporado a la legislación permanente, agregó: "Los hechos o conductas delictivas imputables a procesado que por desvirturar el régimen de sometimiento a la justicia previsto en los decretos legislativos 2047 y 3030 de 1990, hagan perder cualquiera de los beneficios allí establecidos, deberán estar probados dentro del proceso, y si se trata de hecho punible, sólo operarán a partir de la ejecutoría de la sentencia condenatoria que lo declara".

6. Diez meses después de ocurrida la muerte del procesado Pablo Escobar Gaviria (la tarde del 2 de diciembre de 1993), el Juzgado Regional de Medellín al momento de entrar a proferir fallo de instancia provocó nuevo conflicto de competencia negativo al 73 Penal del Circuito de esta ciudad capital, sobre la base de que el fallecimiento del único "sometido a la justicia" hacía desaparecer el factor determinante de la competencia asignada a la jurisdicción especial de Orden Público, revirtiendo la facultad juzgadora al Juez natural, que lo es el que venía conociendo de las causas acumuladas.

Argumenta el Juez colisionante que "la muerte del implicado y único sometido despoja la justicia regional del conocimiento que por algún tiempo le fuera propio, pero que por motivos sobrevinientes (incluso soslayados o no previstos por el legislador extraordiario) la facultad juzgadora revierte en los despachos que por antonomasia estaban investidos de poder para dictar el condigno fallo, presentándose pues, se repite, la modificación de la competencia excepcional para que retorne al Juez natural, no otro que el Juez 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, lugar de ocurrencia de las occisiones de los inmolados GUILLERMO CANO Y HERNANDO BAQUERO BORDA".

Cabe observar que el Juzgado Regional de Medellín dispuso, en efecto, la extinción de la acción penal por muerte, en lo referido con Pablo Emilio Escobar Gaviria, mediante providencia de fecha octubre 28 de 1994, según se refrenda con la reproducción facsimilar recientemente recibida en esta Sala.

7. La Juez colisionada, esto es, la 73 Penal del Circuito de esta ciudad, rechazó las argumentaciones del colisionante y se negó a conocer del proceso exponiendo, en síntesis, que la razón de ser de la creación y puesta en marcha de la justicia regional es "el conocimiento y fallo de los delitos en los que el Sujeto Pasivo sea un Juez, Magistrado, Periodista, etc., y por Política Criminal el Gobierno Nacional expide el Decreto 181/88 Art. 2 el que fija la competencia de los llamados Jueces de Orden Público y la establece a prevención de los delitos de Homicidio que se cometan en personas con ciertas calidades; y atendiendo al carácter objetivo de ciertos funcionarios para combatir las situaciones que en una manera especial afectan el Orden Público.

Surgió con posterioridad el Decreto 2790/91 (sic) modificado por el Decreto 1676/91 que recoge la competencia antes señalada y en su Art. 3º

(hoy vigente) recoge las conductas, las tipifica y sanciona de los procesos surgidos con anterioridad y posterioridad al año 1988, competencia radicada por la Ley 81/93 Art. 9, en la Justicia Regional aunados a los Decretos 3030 y 303 de 1991".

Consideraciones de la Corte

La anterior reseña pone de manifiesto que la competencia asignada al Juez de Orden Público, hoy Regional de Medellín, para conocer del presente proceso, devino exclusivamente del hecho de que uno de los enjuiciados por la muerte del periodista Guillermo Cano Isaza, el procesado Pablo Escobar Gaviria, se presentó voluntariamente para acogerse a los beneficios consagrados en la denominada política de sometimiento.

La aplicación de esta especialísima y controvertida legislación de excepción, se condicionó a la circunstancia de que quien hubiese cometido alguno de los delitos enumerados en el artículo 1° del Decreto 3030 de 1990 se presentase voluntariamente ante la autoridad a confesar el hecho; atribuyéndosele al Juez de Orden Público que hubiese asumido el conocimiento de los delitos confesados, competencia para conocer de todos los procesos que se adelantasen contra el procesado, así alguno de los delitos no fuera de su competencia, o alguno de los coautores o copartícipes no se encontrara en las condiciones señaladas en dicho precepto (Art. 7° del citado Estatuto, convertido en legislación permanente por el Decreto 2265 de 1991).

Nada dijo el legislador extraordinario que concibió esta excepcional jurisdicción, respecto al hecho de la muerte del "sometido", como sí lo hizo para referirse a la fuga o intento de fuga, como factor determinante de la pérdida de los beneficios obtenidos con la confesión (Art. 4° D. 2372 de 1990, incorporado como legislación permanente por el Decreto 2265 de 1991); por lo cual en esta materia habrá que acudirse a las normas generales de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, de acuerdo a jurisprudencia sentada por esta Corporación en tal sentido (auto de 22 de octubre de 1992, MP. Dr. Dídimo Páez Velandia).

El artículo 76 del Código Penal recogiendo el aforismo latino "*mora omnia solvit*", la muerte todo lo deshace, establece que la muerte del sindicado extingue la acción penal, la del condenado la pena y la del

inimputable la medida de seguridad, y el 36 del Código de Procedimiento Penal prevé la extinción de la acción penal cuando la actuación no puede proseguir, lo cual da lugar a la cesación de procedimiento si se verifica dentro del juicio.

De modo que la muerte del procesado, que es una de las causas naturales de extinción de la acción penal, hace imposible la prosecución del trámite procedimental, por sustracción del sujeto pasivo de tal acción.

La extinción de la acción penal por muerte antes referida produjo la ruptura del nexo especial de conexidad, predicable de su condición de único "sometido a la justicia" entre los aquí procesados, dando lugar a que los procesos que por esa razón llegaron a conocimiento del Juez Regional de esa ciudad, recobren su autonomía y vuelvan a los Jueces competentes.

Razón asiste al Juzgado colisionante al afirmar que dicho fenómeno incidente en la acción penal, despoja a la justicia regional de la competencia para seguir conociendo de los procesos acumulados y la radica de nuevo en la jurisdicción ordinaria, representada por el Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, por haber sobrevenido una circunstancia modificadora de la competencia excepcional asignada, argumento cardinal al cual no aludió la funcionaria colisionada.

La jurisdicción especial diseñada para juzgar a quienes voluntariamente se sometan a la justicia, caracterizada por la presencia de un Juez único y el adelantamiento de un procedimiento exclusivo y excluyente, pierde vigencia cuando se extingue la acción penal por muerte del único "sometido" a esa competencia especial, por lo cual resultaría ilógico que el Juez Regional de Medellín continuara conociendo de causas acumuladas seguidas contra procesados que nada tienen que ver con la política de "sometimiento a la justicia", por hechos que tuvieron ocurrencia en ciudad distinta.

El argumento esgrimido por la Juez colisionada para negarse a conocer del proceso, consistente en que los Jueces de Orden Público, hoy regionales, fueron creados por el legislador de excepción para la investigación y juzgamiento de los llamados delitos contra funcionarios públicos o en sujeto pasivo calificado, merece los siguientes reparos:

El Decreto 1631 de 1987 asigno por primera vez a los Jueces de Orden Público el conocimiento de los delitos cometidos contra los funcionarios y dignidades enumerados en los artículos 102 ordinales 1°, 2° y 4° y 115,

ordinales 2º y 3º de la anterior carta política, defiriendo su aplicación a las infracciones cometidas a partir de su vigencia, que lo fue el 27 agosto de 1987.

Posteriormente el Decreto 181 de 1988 asignó competencia a los mencionados funcionarios para la investigación y juzgamiento de lo hechos punibles descritos en el Decreto 180 de la misma anualidad (entre los cuales, el homicidio con fines terroristas del artículo 29), así como el homicidio perpetrado en Juez, Magistrado, Periodista, etc.; reiterada en el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991, circunscrita su aplicación "a los delitos cometidos después de su vigencia".

Claramente se advierte que tales Decretos no podían variar la competencia para conocer de los homicidios perpetrados en el Honorable Magistrado Doctor Hernando Baquero Borda y otros, y el distinguido periodista Guillermo Cano Isaza, el 31 de julio y el 17 de diciembre de 1986, respectivamente, radicada entonces en la jurisdicción penal ordinaria, por haber sido cometidos con antelación a la vigencia de dichos dispositivos legales.

Con la expedición de los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, se asignó una vez más competencia a los jueces de Orden Público, hoy regionales, para la investigación y juzgamiento, entre otros delitos, del homicidio cometido en sujeto calificado por razón de su investidura (numeral 3º, artículo 9º del Decreto 2790) y del perpetrado con fines terroristas (numeral 4º ibídem); pero aquí el legislador de excepción cambió radicalmente de criterio respecto a la aplicabilidad de las normas alusivas a la competencia, estableciendo en el Parágrafo del artículo 9º del Decreto 2790 su aplicación inmediata a los hechos punibles atribuidos a dichos jueces, "cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos".

Sin embargo, el extinguido Tribunal Disciplinario, investido de autoridad legal para dirimir el conflicto de competencias suscitado entre los antiguos Juzgados 29 Superior y 95 de Orden Público de esta ciudad capital, por alegarse que se trataba de homicidios perpetrados con fines terroristas expresó en lo pertinente:

> "Así las cosas, resulta forzoso admitir que no habiendo tenido existencia jurídica, antes de los homicidios perpertrados en 1986, el delito

delito que, definido con sus caracteres especiales, por el decreto 180 de 1988, se sujetó a la competencia de la Jurisdicción especial, no se ve razón valedera alguna para que, por virtud de la semejanza de las características de los hechos punibles que ocurrieron en 1986, con las que se establecieron en el decreto en mención para identificar el "homicidio con fines terroristas", habiéndose reiterado como delito de conocimiento de la jurisdicción de Orden Público en los decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, se pretenda aducir que la Jurisdicción que ha venido conociendo de los homicidios recaídos en los doctores Hernando Baquero Borda y Guillermo Cano Isaza ha resultado privada del conocimiento en razón de que en el Parágrafo del artículo primero del Decreto 2890 de 1990 se dispuso que "la competencia de los jueces de Orden Público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en este artículo", como son, entre otros, los constitutivos del "homicidio con fines terroristas", "cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos..." esos delitos (de homicidio con fines terroristas y los demás que se adscribieron al conocimiento de la Jurisdicción Especial).

Y no se considera acertada la tesis de la pérdida de competencia de la Jurisdicción ordinaria porque, conforme a la imposición constitucional (artículo 26) y legal (artículo 43, Ley 153 de 1887), como se vio, las normas que señalan los delitos materia de juzgamiento, deben preexistir a los actos que se imputen como tales para que resulte jurídicamente posible su juzgamiento y penalización por el competente, de tal manera que la expresión: "cualquiera que sea la época en que se haya cometido...", debe entenderse referida a la subsiguiente a la creación del tipo penal de que se trate; para el caso, el de "homicidio con fines terroristas". Ello resulta evidente puesto que mal pudo haberse incurrido, en época distinta, en un delito no creado por la ley (como homicidio con fines terroristas). Al efecto reitera este Tribunal que conforme emana del artículo 26 de Código Superior, sólo podrá haber juzgamiento con fundamento en ley que, señalando el delito que dé lugar al mismo, sea anterior (preexistente) al hecho que lo constituya lo cual, sin que pueda remitirse a duda, no se cumple, en cuanto al delito de homicidio con fines terroristas que describe el artículo 29 del decreto 180 de 1988, modificado por el 261 del mismo año, en el caso de los homicidios que se investigan en la presente oportunidad".

Este mismo criterio fue ratificado por el Tribunal Disciplinario en providencia de 24 de Julio de 1991 al dirimir un conflicto de competencia de similares características, surgido dentro del proceso por la muerte violenta del Ministerio de Justicia doctor Rodrigo Lara Bonilla, Ocurrida el 30 de abril de 1984.

Puede recordarse que esta corporación ha expresado que "...Convertida en ley de proceso la asignación de competencia en un conflicto de jurisdicción, todos los jueces que con posterioridad a ella intervengan en él, deben respetarla, sujetándose a ella, salvo que surjan nuevos hechos que la modifiquen. Es el presupuesto de orden y de seriedad que garantiza el Estado a sus asociados, y la pauta de la organización jerárquica de la autoridad jurisdiccional que marca el mantenimiento en su prevalencia..." (M.P. Jaime Giraldo Angel, Senté, noviembre 22 de 1988).

Consecuente con los planteamientos esbozados por la autoridad competente para definir con fuerza vinculante al conflicto desatado, estima la Sala que no existiendo ley pre-existente que definiera o tipificara la figura del homicidio perpetrado en sujeto pasivo calificado y por razón de su investidura, cuya competencia fue asignada a los Jueces de Orden Público, la jurisdicción penal ordinaria representada por el Juzgado 73 Penal del Circuito de esta ciudad es la llamada a conocer del presente proceso, apreciación que no constituye variación del criterio plasmado en la providencia que definió la controversia trabada, sino lógica consecuencia de la misma, convertida en ley del proceso.

Además, no es del caso dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 5º transitorio del C. de P.P., que permite retener la competencia del Regional, por cuanto la razón que la asignó, que fue el "sometimiento" de uno de los procesados, desapareció con la extinción de la acción penal a raíz de su muerte.

De otra parte se observa que las resoluciones de acusación fueron proferidas, en un caso (agosto 3/87) por los delitos de homicidio ("Libro II, T. XIII, C.I, C.P."), lesiones personales, daño en bien ajeno y favorecimiento, y en el otro (agosto 23/88) por homicidio, sin incluir referencia alguna a fines terroristas o a circunstancias calificadoras por la calidad de los sujetos pasivos, que no se encontraban para entonces previstas y que serían las que eventualmente habrían sustentado la competencia del Juez Regional.

Las anteriores consideraciones conducen a dirimir el conflicto de competencias planteado en favor del juzgado Regional de Medellín, por lo cual el conocimiento de los procesos acumulados retornará al Juzgado 73 Penal del Circuito de Bogotá (antiguo 29 Superior), a donde se remitirá el expediente inmediatamente, informando de ello al Juzgado Regional de Medellín.

Por último, por el aplazamiento que en el trámite del presente asunto se ha suscitado y frente a las dificultades generadas a la credibilidad en las instituciones, a los familiares de los inmolados a la sociedad y a los mismos procesados, como ponen de presente la defensora de Víctor Miguel Vásquez Pérez y Pablo Enrique Zamora Rodríguez y los allegados al procesado Jorge Argiro Tobón, en escritos dirigidos a esta corporación, la Corte se permite recomendar que lo que resta del proceso siga siendo desarrollado con acuciosidad, impavidez y buen juicio.

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

Resuelve:

DIRIMIR la colisión negativa de competencia planteada, en el sentido de asignar el conocimiento de este proceso (causas acumuladas por homicidios de los doctores Hernando Baquero Borda y otros, y Guillermo Cano Isaza) al Juzgado 73 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, a donde se remitirá de inmediato el expediente para propiciar su pronto fallo, informando de lo decidido al Juez Regional de Medellín que provocó el incidente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Eduardo Mejía Escobar, (salvamento de voto), Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA
(Salvamento de Voto)

Con el argumento de que la colisión ya había sido resuelta, la Sala Penal de la Corte hace prevalecer una "ley del proceso" sustentada por interpretaciones que la Corporación en pleno desestimó y por un entendimiento de la Carta que ella misma, la Corte en pleno, consideró equivocado. Esto tampoco me parece lógico, jurídico o correcto.

SALVAMENTO DE VOTO

Propuse a la Sala, pero no encontré finalmente eco en ello, que éste conflicto se resolviera atribuyendo la competencia a los Jueces Regionales de Bogotá, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 81 de 1993 pues no hay duda de que se trata de homicidios cometidos con propósito de desestabilizar el orden público creando zozobra (ánimo terrorista) y en las personas de un Magistrado y un Periodista, situaciones éstas contempladas tanto en las figuras previstas por el Decreto 2266 de 1991 como en el numeral 8°. del artículo 324 del C. Penal, tal como quedó modificado por la Ley 40 de 1993.

Tampoco hay duda de que la mayor parte de las disposiciones que sirvieron de fundamento al Tribunal Disciplinario, para en estado procesal anterior fijar la competencia en cabeza de un Juzgado Superior, en éste momento no existen. Y de que tanto las normas que fijaron la competencia de los Jueces Regionales durante el Viejo estado de Sitio, como las que se incorporaron al orden jurídico como legislación permanente por no haber sido improbadas por la Comisión Especial Legislativa, como también las que ahora en la misma materia distribuyeron el conocimiento de los asuntos entre las distintas autoridades, pese a su vocación para entrar a regir inmediatamente y aplicarse a cuestiones o hechos sucedidos aún antes de su expedición, fueron objeto de declaratoria de inconstitucionalidad o de declaratoria de aplicación condicionada. Que el punto fue claro para la

autoridad encargada del control de constitucionalidad, lo ponen de presente tanto la sentencia que declaró exequible en su mayor parte el Decreto 2790 de 1990 como los múltiples salvamentos de voto que protestaron contra el contenido del artículo 9°. de dicho estatuto, cuyo artículo 9° señalaba en su parágrafo:

> "La competencia de los jueces de orden público comprenderá además el conocimiento de las actuaciones y procesos en curso por los hechos punibles atribuidos a ellos en este artículo, cualquiera que sea la época en que hayan sido cometidos y a sus delitos conexos, conservándose la unidad procesal en el evento de que se extienda a otras jurisdicciones, con excepción de la de menores, así como de los casos que fueron constitucional. En todo caso la ley sustancial favorable, o la procesal de efectos sustanciales de la misma índole, tendrá prelación sobre la desfavorable".

Aunque el fallo de constitucionalidad que acá se invoca lleva fecha de abril 11 de 1991 y la decisión del Tribunal es brevemente posterior (data de abril 24), tanto por el contenido de esta última como por la cantidad de salvamentos de voto que separadamente se hicieron al primero, es de presumir que su texto no fue conocido por dicho Tribunal y que desde la óptica del contenido material de ambas decisiones ellas resultan contradictorias. La una apoya la atribución de competencia al Juzgado Superior so pretexto de garantizar la incolumidad de una norma Constitucional que la otra predica no haber sido violada. Y si por esa vía eran incompatibles, necesariamente habría de privar, en su aplicación, la decisión de la Corte Suprema como Juez de Constitucionalidad (Cfr. Gaceta Tomo CCIX N°. 2448 ps 7 y ss).

De manera que ahora, con el argumento de que la colisión ya había sido resuelta, la Sala Penal de la Corte hace prevalecer una "ley del proceso" sustentada por interpretaciones que la Corporación en pleno desestimó y por un entendimiento de la Carta que ella misma, la Corte en pleno, consideró equivocado. Eso tampoco me parece lógico, jurídico o correcto.

La Jurisprudencia que de esta Sala se cita en la decisión de la cual me aparto, es decir, la de noviembre 22 de 1988, expresamente deja a salvo los eventos en que surjan nuevos hechos que modifiquen la asignación de competencias que en una colisión haga la autoridad llamada a resolverla. La pregunta es si no son nuevos hechos los siguientes: el proferimiento de

una sentencia de constitucionalidad que declara compatible con la Carta el texto de la norma que una autoridad se resiste a aplicar so pretexto de inexequibilidad; el advenimiento de una nueva Constitución; el reemplazo total del Código de Procedimiento para ese entonces; la incorporación de aquella jurisdicción especial (y no ad hoc) a la ordinaria; y la redistribución de competencia en toda la administración de justicia. Si esos no son hechos nuevos, entonces cuáles son las circunstancias que pueden generar el cambio?

Por lo demás, sabido es que los conflictos de competencia (o colisiones como las llama el C.P.P.) se están resolviendo por la Sala, a diario, con base en las normas actualmente vigentes, y que ésta se resolvió finalmente, con apoyo disposiciones distintas. Ello multiplicará los conflictos, las nulidades y la incertidumbre, pues que en últimas, en las instancias, nadie sabrá cuáles son las reglas de competencia finalmente aplicables, cuándo una decisión se convierte en "ley del proceso" y cuando sobrevienen hechos nuevos que podrían llevar a considerar modificadas algunas decisiones sobre el tema.

Para el suscrito, en consecuencia, estos procesos eran de competencia de la Justicia Regional. Lo eran y lo son porque se trataba de la clase de procesos que el legislador quiso sustraer de la justicia ordinaria en un principio y de la justicia no Regional después. Lo son porque así lo prescribe la norma de competencia del actual Código de Procedimiento y porque no estuvieron sometidos a régimen de tránsito en materia de competencias. Lo son porque la ley dispone que ella entrará inmediatamente en vigencia y ni lo que tiene que ver con la competencia, ni lo que tiene que ver con el rito propiamente dicho, se aplica ultractivamente a no ser que la propia ley así lo prevea. Y lo son porque, independientemente de que al aplicar la ley sustancial se tenga que considerar que el elemento terrorista o la calidad de las víctimas no generan agravantes específicas, ni conducen a variar el tipo penal vigente para la época de los hechos, nadie puede poner en duda que en estos dos procesos unificados se juzga la muerte de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y de un Periodista con el incontrovertible propósito de crear zozobra y terror en la población y de cobrar con sus vidas el limpio ejercicio de sus funciones.

Con el debido respeto,

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR.

DERECHO DE DEFENSA / NULIDAD / LESIONES PERSONALES

1. "Tanto la negativa como la omisión -de pruebas- deben significar: La primera una forma de obstaculizar el ejercicio de la defensa y, la segunda, una inercia censurable de los jueces. Es necesario, por consiguiente, que tales circumstancias afectem de mamera grave y ostensible el derecho de defensa. Esta exigencia se alcanza si las pruebas que se niegam u omitem som sustanciales porque apuntam a la responsabilidad del procesado para excluirla o atemuarla. No basta afirmar esa dirección de las pruebas no practicadas, es fundamental que emerja de la investigación la probabilidad de que tienem um contenido capaz de modificar favorablemente la situación jurídica del inculpado. Sólo sobre bases conocidas en el proceso que revelan esa capacidad transformadora procede alegar la nulidad...".

2. Las lesiones personales com incapacidades que no sobrepasam los treinta días por mandato de la Ley 23 de 1991 dejaron de ser delito para convertirse en contravenciones especiales asigmadas a los Inspectores Penales de Policía (art. 1° ibídem).

Ocurridos los hechos en vigencia del menciomado precepto, no podía la jurisdicción ordinaria ocuparse de conductas ilegalmente despojadas de la categoría de delitos sim afectar el factor de competencia legal inherente al debido proceso, y so pretexto de la conexidad existente entre el homicidio y las demás acciones realizadas, porque el artículo 18 del Decreto 800 de 1991 reglamentario de la Ley 23 expresamente advierte que no se conservará la unidad cuando el hecho contravencional concurra con la comisión de um delito.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado por Acta No. 29.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados ELVIS TRIANA BUENO y NILSON AGUILAR ANGARITA en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 15 de marzo de 1993, mediante la cual modificó las penas impuestas por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad por los delitos de homicidio y lesiones personales, en concurso, revocó y absolvió por violación de habitación ajena y otras lesiones personales, redujo la interdicción de derechos y funciones públicas al límite legal, disminuyó el monto de los perjuicios y confirmó la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal

Los hechos tuvieron ocurrencia sobre las 10 y 30 de la noche del domingo 7 de junio de 1992 cuando un grupo integrado por cinco sujetos llegó a la residencia de LUZ MARINA CACERES VELASQUEZ, ubicada en la carrera 23B No. 6N-39 del Barrio la Esperanza de Bucaramanga, y luego de preguntar por César Augusto Cáceres Velásquez penetró a la casa ultimándolo mediante disparos de arma de fuego y heridas de armas cortopunzantes, hiriendo también a Octavio Cáceres Velásquez y Edgar Bonet Jaime Quintanilla.

La denunciante y madre del occiso señaló como autores de los hechos a "El Ñaño" (quien ya en dos oportunidades había atentado contra César causándole heridas de las que todavía no se recuperaba), "El Pollo" y "dos individuos que se encuentran detenidos, uno en el Hospital Ramón González Valencia y el otro está en la Sijin... a los que reconocí cuando los llevó la patrulla al Hospital", referencia que apuntó a los procesados ELVIS TRIANA BUENO y NILSON AGUILAR ANGARITA, capturados por la policía esa misma noche en sector aledaño al de los hechos.

El Juzgado Tercero Permanente de Instrucción Criminal adelantó las primeras diligencias que luego correspondieron por reparto al Juzgado Doce de Instrucción, donde se abrió la investigación el 8 de Junio de 1992, se recepcionaron las indagatorias y se resolvió la situación jurídica de los vinculados. Después, en vigencia del Decreto 2700 de 1991, el asunto le fue asignado a la Fiscalía Tercera, Unidad de Vida, que continuó la investigación y calificó su mérito el 16 de septiembre de 1992 con resolución acusatoria en contra de los dos capturados por los delitos de homicidio agravado (ordinales 4° y 7° del artículo 324 del Código Penal), lesiones personales agravadas y violación de habitación ajena, en concurso material heterogéneo. Así mismo, se ordenó expedir copia para investigar por separado el comportamiento de los apodados "el Ñaño" y "El Pollo".

La etapa de Juzgamiento correspondió por reparto al Juzgado Quinto Penal del Circuito que oficiosamente ordenó con las infracciones. Realizada la diligencia de audiencia se dictó sentencia condenatoria el 15 de febrero de 1993 en contra de los dos acusados imponiéndoles la pena principal de 16 años de prisión y ocho meses de arresto por los delitos de homicidio agravado, violación de habitación ajena y lesiones personales en Edgar Bonet Jaime Quintanilla y Octavio Cáceres Velásquez, e interdicción de derechos y funciones públicas "por un tiempo igual al de la pena principal", tasando el monto de los perjuicios por el delito de homicidio en 1.000 y 200 gramos oro respectivamente para los materiales y morales, para las lesiones inferidas a Bonet Jaimes en 7 y 5 gramos, y en 20 y 10 gramos del mismo metal por las heridas de Cáceres, negando a los sentenciados el beneficio de la condena de ejecución condicional.

A iniciativa de la defensa conoció del caso en la segunda instancia el Tribunal Superior de Bucaramanga, que mediante sentencia del 15 de marzo de 1993 modificó las penas a imponer, fijando a ELVIS TRIANA BUENO 16 años y dos meses de prisión por los delitos de homicidio agravado en Cesar Cáceres Velásquez y lesiones personales agravadas en Octavio Cáceres, y a NILSON AGUILAR ANGARITA 16 años de prisión por el cargo de homicidio, absolviendo por los delitos de violación de habitación ajena y lesiones en Edgar Bonet Jaimes Quintanilla, fijando la pena accesoria de interdicción en 10 años y reduciendo el monto de los perjuicios (materiales y morales) a 50 y 10 gramos oro por el delito de homicidio. También revocó la indemnización ordenada en favor de Jaimes Quintanilla y ratificó la denegación del subrogado.

Esta última decisión es la que da origen al recurso de casación.

Las demandas:

Son dos los libelos presentados en tiempo por el mismo defensor, idénticos en su forma y contenido, al punto de permitir una sola síntesis de sus planteamientos.

Primer cargo: nulidad.- Al amparo de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal formula el actor un primer reproche consumado al proferirse la sentencia sobre "un juicio viciado de nulidad, puesto que la Fiscalía que adelantó la investigación se negó a recepcionar testimonios que hubieran variado la responsabilidad...", situación de desconocimiento para el deber de investigar lo favorable a los procesados y de violación para el derecho de defensa, por cuanto se trataba de declaraciones que guardaban relación con aspectos fundamentales del proceso.

En orden a su demostración precisa que la Fiscalía no practicó el testimonio de Leonardo Carreño Cárdenas ordenado por auto del 9 de julio de 1992, quien por conocer a los implicados y haber departido con ellos la noche de los hechos estaba en capacidad de aportar elementos que posiblemente hubieran variado la responsabilidad.

También desatendió la solicitud formulada en el memorial de reposición contra el auto de cierre de la investigación para que se ordenara previamente la recepción de los testimonios de Ana Vicenta Peña de Valdés, María Eugenia Niño y Humberto Moreno con el objeto de demostrar las actividades cumplidas por los procesados la noche de los hechos en lugar distinto al de su ocurrencia y las circunstancias en que resultó herido Nilson Aguilar Angarita en hechos ajenos a los investigados.

Con este proceder de la Fiscalía se vulneró el artículo 29 de la Constitución y los artículos 1° y siguientes del Código de Procedimiento Penal, dando lugar a la nulidad prevista por el 304, *ibídem*.

Segundo Cargo: Con base en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, error de derecho derivado de la valoración probatoria, por falso juicio de legalidad consistente en "concederle el Juzgado mérito de convicción a las declaraciones, especialmente la de la Señora MARIA ISABEL CACERES VELASQUEZ, tía del occiso, cuando debió rechazar de acuerdo a la sana crítica para la apreciación del testimonio.

Piensa el actor que si la testigo se encontraba en una de las habitaciones y fue amenazada por los agresores para que permaneciera allí, no corresponde a una actitud normal salir a observar lo que ocurría en otro lugar de la casa, exponiendo su vida. Además se trata de la única persona que menciona a los procesados por sus nombres cuando la hermana de la declarante y uno de los lesionados manifestaron que solo conocían a "El Ñaño", "El Pollo" y "El Puma" pero no a los otros dos.

Agrega que el familiar de la víctima tiende a señalar de modo apasionado autores del hecho y por eso la testigo hizo recaer la responsabilidad en los dos capturados por la policía cerca del lugar, uno de ellos herido. Situación ilógica si se tiene en cuenta que como agresor solamente podía resultar lesionado a manos de sus compañeros, sin que halle demostrado que el proyectil fue disparado por una misma arma. Es más: no se estableció que Nilson Aguilar Angarita hubiera resultado herido en ese episodio, y tampoco se investigó la ocurrencia de la "balacera" referida en las indagatorias.

Considera violados los artículos 294, 3º y siguientes del Código de Procedimiento Penal, pidiéndole a la Corte casar la sentencia recurrida para en su lugar dictar sentencia absolutoria.

Concepto del Ministerio Público:

Dada la similitud de "contenido y alcance" de las dos demandas presentadas, opta el Procurador Segundo Delegado por responderlas de manera conjunta como sigue:

Primer Cargo: Acepta que omitir o negar la práctica de pruebas puede constituir eventual nulidad bajo las condiciones indicadas en sentencia de la Corte del 29 de noviembre de 1984, con ponencia del Magistrado doctor Fabio Calderón Botero, recordando que no toda omisión o negativa conlleva ese carácter, a menos que tenga la capacidad de modificar favorablemente la situación del inculpado, posibilidad que descarta en este caso por cuanto el censor olvidó señalar la incidencia sustancial de los testimonios no recepcionados en el juicio de responsabilidad que culminó con las imputaciones conocidas.

La obligación del Juez de investigar con igual celo lo favorable o desfavorable al procesado no es ilimitada. Debe por tanto el impugnante

demostrar la trascendencia de la prueba frente al hecho punible y de cara a la responsabilidad establecida en la sentencia. Para el caso propuesto, el libelista apenas si menciona la omisión sin fijar el alcance de las versiones de los probables testigos, actitud que resulta comprensible, pues al revisar las indagatorias no se descubre referencia alguna a estas personas como acompañantes de los procesados en la ingestión de alcohol que dicen los mantuvo ocupados desde las 05:30 de la tarde hasta las 09:00 de la noche, hecho demostrativo de la intrascendencia de tales testimonios.

Es de igual modo diciente para el Ministerio Público que el defensor con posterioridad a la solicitud de reposición del cierre de la investigación no hubiere insistido en la recepción de las declaraciones que ya en criterio de la Fiscalía se asumieran improcedentes por apuntar a "referencias de momentos ocurridos en día anterior y durante la tarde del día de autos sin ninguna importancia a la investigación".

Segundo cargo: Aducir un falso juicio de legalidad y a la vez argumentar que el testimonio de María Isabel Cáceres Velásquez no merece credibilidad de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es "protuberante desatino" demostrativo del desconocimiento del libelista sobre el recurso extraordinario de casación que indebidamente asimila a una tercera instancia.

Recuerda la Delegada que el falso juicio de convicción consiste en otorgarle a la prueba un valor que la ley no le asigna o en desconocer el que realmente le atribuye; mientras que el falso juicio de legalidad tiene ocurrencia cuando el Juzgador aprecia una prueba irregularmente incorporada al proceso, nociones excluyentes que por no saber diferenciar el censor las entremezcla en un solo postulado, como si los reparos a la legalidad de las pruebas y a la sana crítica fueran de la misma naturaleza. Además, en la demostración del cargo se limita a criticar desde su punto de vista la versión de la testigo.

Tampoco atendió el casacionista la obligación de desquiciar la totalidad de las pruebas, presupuesto indispensable para la prosperidad de la pretensión encaminada a obtener una decisión opuesta a la asumida por el juzgador en el fallo impugnado. Es más, en contra de la realidad afirma que la única versión incriminatoria es la de María Isabel Cáceres, olvidando que en el proceso está acreditado el señalamiento que hicieron de los procesados la madre y el tío del occiso como dos de los integrantes de la banda que la noche de los hechos desencadenó la múltiple agresión.

Por las razones anotadas sugiere a la Corte desechar los cargos formulados en las dos demandas.

Casación oficiosa. Por ocuparse el Tribunal del delito de lesiones personales imputable a ELVIS TRIANA cuya incapacidad no superó los 30 días, vigente ya la Ley 30 de 1991 que convirtió en contravención hechos de tal naturaleza, solicita la Delegada casar parcialmente la sentencia impugnada, de conformidad con lo previsto por los artículos 228 y 229-2 del Código de Procedimiento Penal, para anular "en lo concerniente con la conducta referida" y disponer la compulsa de copias con destino a las Inspecciones de Policía, reduciendo el cuantum punitivo.

Consideraciones de la Corte:

Como quedó establecido en la reseña de los libelos y en el concepto de la Delegada, la identidad que éstos presentan (apenas diferentes en cuanto al nombre de cada recurrente y las fechas de presentación), permite darles también unidad de tratamiento y de respuesta.

1.- El cargo de nulidad. Sin duda la Jurisprudencia que evoca la Procuraduría Delegada sobre el tema del no decreto de pruebas y la omisión de su recaudo resuelve en gran medida las inquietudes del libelista, pues a la vez responde con claridad a los dos aspectos planteados:

> "Tanto la negativa como la omisión -de pruebas- deben significar: La primera, una forma de obstaculizar el ejercicio de la defensa y, la segunda, una inercia censurable de los jueces. Es necesario, por consiguiente, que tales circunstancias afecten de manera grave y ostensible el derecho de la defensa. Esta exigencia se alcanza si las pruebas que se niegan u omiten son sustanciales porque apuntan a la responsabilidad del procesado para excluirla o atenuarla. No basta afirmar esa dirección de las pruebas no practicadas, es fundamental que emerja de la investigación la probabilidad de que tienen un contenido capaz de modificar favorablemente la situación jurídica del inculpado. Solo sobre bases conocidas en el proceso que revelan esa capacidad transformadora procede alegar la nulidad..." (Sentencia de noviembre 29 de 1984, Magistrado Ponente Dr. Fabio Calderón Botero).

Ninguna relación guarda con lo hechos de este proceso el posible testimonio de Leonardo Carreño Cárdenas, pues basta recordar que fue mencionado por Edgar Bonet Jaimes Quintanilla en su declaración cuando a la pregunta del Instructor sobre antecedentes de enemistad entre el occiso, "El Pollo" y "El Ñaño" respondió ignorarlas, pero que según comentario de Leonardo Carreño refiriéndose al incidente en que resultó herido César Augusto Cáceres un mes antes de ser ultimado en su casa "...había sido Ñaño y lo lesionó en la mano derecha le pegaron tres tiros". Como puede apreciarse, la versión omitida, relacionada con un hecho distinto, precedente y conocido dentro del expediente, carece de capacidad para mudar sustancialmente el rumbo del proceso.

La negativa del Fiscal a recepcionar los testimonios solicitados por el defensor con posterioridad la clausura de la instrucción tampoco tiene el carácter de ostensible vulneración del derecho de defensa, ni el actor lo demuestra en su defecto, dado que los precarios argumentos de la demanda no revelan es incidencia o relación sustancial que presume el actor cuando afirma que con esas declaraciones pretendía demostrar la presencia de los procesados en lugar distinto al de los hechos y al momento de su ocurrencia. Por lo demás, tratándose de pruebas capitales conforme se insinúa, no se comprende que en la causa la defensa no hubiese insistido en su recaudo, ya que nada impedía que al privar la urgencia del cierre de la instrucción, dándose sus requisitos, durante el juzgamiento se insistiese en su recaudo.

Menos podrían desapercibirse las versiones de los encartados quienes dijeron haberse transportado en un taxi para ir en búsqueda de la mujer de ELVIS a eso de las nueve y media de noche (una hora antes de los hechos y en el sector donde fueron capturados), sin que a partir de ese momento refirieran un encuentro con persona alguna conocida o el tránsito por un lugar distinto del de su aprehensión (aledaño al de los hechos), pues al contrario, al preguntar a TRIANA BUENO si "En el lugar donde lo dejó el carro" se había encontrado con alguien contestó que "Con ninguno".

Así las cosas, las declaraciones de Ana Vicenta Peña Valdés, María Eugenia Niño o Humberto Moreno, denegadas por el Fiscal podrían referir numerosos acontecimientos en los que participaron los procesados hasta unas horas antes de los hechos, pero ninguno a partir de ese momento y menos en lugar distinto de aquel donde fueron sorprendidos por la policía que coinciden con la dirección señalada por el vecindario como de huida de los agresores y en la coincidente compañía de un herido.

En consecuencia, no demostraba la posible aportación de datos relevantes por los testigos omitidos, carece el cargo de la trascendencia y sustancialidad que demanda la jurisprudencia para que la anulación prospere.

2.- Segundo cargo. Es evidente el defecto que acusan las demandas cuando a pesar de plantear un falso juicio de legalidad entran a desarrollar al mismo tiempo y respecto de la misma prueba una argumentación propia del falso juicio de convicción, pues como con razón lo califica la Delegada ello constituye "protuberante desatino" que conduce el reproche a su fracaso, siendo reiterativa la jurisprudencia al tener por

> "imposible admitir que, simultáneamente y bajo un mismo cargo, se combinen indiscriminadamente el falso juicio de legalidad y el de convicción, tan distintos. Tan inconciliables que, dándose lo primero, resulta igualmente disparatado considerar una prueba con semejante vicio, y tener que demostrar como fue de torcida, inadecuada o distorsionada su apreciación" (Sentencia del 15 de agosto de 1993, Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

En esencia, el cargo como proposición que se debe representar en forma adecuada el error planteado para procurar la eficacia de la demanda. Así, al aducir un falso juicio de legalidad el actor debe demostrar la violación que afecta las condiciones esenciales de validez o existencia de la prueba apreciada, sin entrar a discutir el valor que le asignó el juzgador, pues lo que no ha sido legal y válidamente allegado al proceso, mal puede merecer una consideración que oriente el sentido de los fallos: "Toda providencia - dice el artículo 246 del C. de P.P. -debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegados a la actuación".

Ahora, si lo que pretendía el censor era demostrar que a la prueba aludida se le dio un alcance que desbordó su contenido, mal podía plantear el desacierto como error de derecho sino como error de hecho por falso juicio de identidad que era el adecuado para controvertir esa deformación objetiva, que a la postre se insinúa.

Peor aún, al censurar el valor otorgado al testimonio de María Isabel Cáceres Velásquez sin demostrar su trascendencia en la parte resolutiva de la sentencia olvidó el casacionista una de las formalidades de la demanda, cual es la demostración del nexo entre el error y la decisión asumida,

omisión superable si se hubiese tratado de prueba única, lo que difiere del presente caso donde al testimonio controvertido se suman otros de igual significación, haciendo imperioso precisar dicha incidencia para establecer hasta que punto se afecta la solidez del fallo sin objetar las demás pruebas concurrentes.

Es por ejemplo Luz Marina Cáceres Velásquez madre del occiso y hermana de Isabel quien refiere las distintas actividades de los agresores y la privilegiada situación que le permitió estar cerca de éstos y de los acontecimientos:

> "Yo me encontraba en la puerta de la casa hablando con una vecina... cuando llegaron cuatro individuos que los conozco como El Ñaño, el Pollo y los otros dos individuos los reconocí cuando los llevo la patrulla al hospital".
>
> "... se metieron a la cocina, que fue donde El Ñaño le hizo dos disparos, después de eso, lo sacó de la cocina y entre un muchacho de camisilla rosada con un vivo en la mitad de la camisilla, pantalón beige, le dio la primera puñalada, que fue cuando mi hijo cayó al suelo, enseguida le cayó El Pollo y un muchacho que iba de una camisa manga larga de bigote de... 1.75 a 1.65 de estatura, le metió otra puñalada y El Ñaño le hizo otros tiros, después de eso lo voltearon y de nuevo le dieron puñaladas..."
>
> "Yo presencié todo, porque estaba encima de ellos evitando el problema...".

Bajo esas excepcionales circunstancias no tenía dificultad la testigo de reconocer a los capturados poco después de sucedido el hecho. Por su parte el Agente de la Policía Manuel Duarte Porras, integrante de la patrulla que envió la Central a reconocer del caso cuando acababa de ocurrir, relata como el vecindario les informó que los sindicados se habían ido por la vía de Matanza y que "uno de ellos iba herido en una pierna", indicaciones que por exactas permitieron la captura de los procesados y su señalamiento casual por parte de la madre del occiso cuando llegó al Hospital la patrulla con los capturados para internar al herido.

Se muestra así sin duda, que a los desaciertos técnicos del cargo se une la fragilidad de los argumentos orientados a mostrar el supuesto yerro en la valoración de uno de los testimonios, cuando para socavar la convicción de

los juzgadores basada en número plural de pruebas de similar entidad se hace imprescindible enfrentar la totalidad de los elementos de juicio involucrados en la decisión impugnada. De nada sirve esforzarse en derruir una sola de las evidencias si la solidez de los demás pilares de la sentencia la sostienen, al amparo de la doble presunción de acierto y de legalidad de que están revestidas las decisiones judiciales.

Los cargos no prosperan.

3. Casación oficiosa. Como lo advierte el Ministerio Público, la Fiscalía y las instancias invadieron la órbita de competencia de los Funcionarios de Policía al aprehender la instrucción y juzgamiento de comportamientos contravencionales, con desconocimiento de normas vigentes sobre el particular. Así, entre otros, las lesiones personales con incapacidades que no sobrepasan los treinta días por mandato de la Ley 23 de 1991 dejaron de ser delito para convertirse en contravenciones especiales asignadas a los Inspectores Penales de Policía (artículo 1°. *Ibídem*).

Ocurridos los hechos en vigencia del mencionado precepto, no podía la jurisdicción ordinaria ocuparse de conductas legalmente despojadas de la categoría de delitos sin afectar el factor de competencia legal inherente al debido proceso, y su pretexto de la conexidad existente entre el homicidio y las demás acciones realizadas, porque el artículo 18 del Decreto 800 de 1991 reglamentario de la Ley 23 expresamente advierte que no se conservará la unidad cuando el hecho contravencional concurra con la comisión de un delito.

Sin embargo, tratándose de yerro que no afecta la totalidad del diligenciamiento, su solución se encuentra a través de la nulidad parcial para que sea la autoridad competente aquella que asuma y culmine la actuación relacionada con el hecho contravencional.

Por tanto, de conformidad con las previsiones del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, procede la casación parcial y oficiosa de la sentencia que plantea el Ministerio Público a fin de separar de este proceso la investigación relacionada con las lesiones personales imputadas al acusado ELVIS TRIANA con incapacidad que no sobrepasa los treinta días, cuyo conocimiento está atribuido por la ley a las autoridades de policía, manteniendo inmodificable el fallo impugnado en todo lo demás.

Como en razón del delito de lesiones que se le excluye al acusado TRIANA BUENO se le había incrementado la pena de prisión correspondiente al delito de homicidio por razón del concurso en dos meses de prisión, de ese agregado gravoso se prescindirá, por lo que la sanción definitiva en su caso quedará en 16 años de prisión.

En relación con la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas no será posible realizar la misma reducción en cuanto con la sola consideración del delito de homicidio el ad-quem la había fijado en el máximo de los diez años, reduciéndola de ese modo al límite superior que había impuesto el Juzgado, y sin que sobre él hubiese visto posible un incremento derivado del concurso de hechos punibles, pues de haberlo realizado hubiera transgredido el principio de legalidad de la pena.

Por otra parte, ninguna variación amerita la tasación definitiva de los perjuicios, toda vez que el Tribunal, tanto en la parte motiva como en la resolutiva (ordinal quinto), se refirió exclusivamente a los causados con el homicidio, estimados por el *a-quo* en 1000 y 200 gramos oro (comprensión de los materiales y morales, respectivamente) y reducidos a 50 y 10 gramos oro, tras tener "en cuenta la escasa producción del hoy occiso, quien se encontraba en rehabilitación por su adición a las sustancias estupefacientes", lo que implica que ya allí se había hecho operante la exclusión de aquellos que el Juzgado había relacionado con las lesiones.

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 las demandas de casación presentadas a nombre de los procesados ELVIS TRIANA BUENO y NILSON AGUILAR ANGARITA.

SEGUNDO: Casar parcial y oficiosamente el fallo impugnado, decretando la nulidad parcial de la actuación a partir de la resolución de acusación y con relación, exclusivamente, a las lesiones personales inferidas a Octavio Cáceres Velásquez, disponiendo como consecuencia la expedición de copia de lo pertinente con destino a las autoridades de Policía.

TERCERO: Fijar definitivamente en dieciséis (16) años de prisión la pena principal impuesta al acusado ELVIS TRIANA BUENO como autor del delito de homicidio agravado por el cual fuera llamado a responder en esta causa.

CUARTO: Queda en todo lo demás inmodificado el fallo recurrido.

Cópiese, Notifíquese, Devuélvase y Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojasa, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Mejia Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION

Para establecer el término prescriptivo de la acción penal es necesario establecer el término máximo de la pena fijada en la ley para el respectivo delito, teniéndose en cuenta, como lo dispone el artículo 80 del C.P., las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

Como circunstancias han de entenderse aquellas que tienen la virtud de modificar los mínimos y los máximos previstos en la ley para el delito base, sean ellas de carácter objetivo o subjetivo, pues que los factores dos métricos no inciden en la contabilización del término prescriptivo, según lo ha aceptado pacíficamente la doctrina de esta Corte.

Tampoco inciden aquí factores de punibilidad que eventualmente puedan hacer acreedor a un condenado al derecho a una rebaja o a gozar de una gracia especial, como ocurre con las rebajas de pena por trabajo y estudio, o con aquellas que pudieren llegar a suscitarse con ocasión de colaboración con la justicia producida con posterioridad a la sentencia, o con topes de pena cumplida a partir de los cuales es posible gozar de ciertos subrogados o beneficios penitenciarios (libertad preparatoria, libertad condicional, etc.).

Tal es el caso de la rebaja prevista en la Ley 48 de 1987, que dispuso un descuento en las penas impuestas o que llegaran a imponerse respecto de ciertos delitos cometidos antes del primero de julio de 1986, sin afectar para nada los máximos y los mínimos previstos en la ley para esta clase de ilícitos, es decir, sin modificar su naturaleza, ni su estructura, ni su penalidad abstracta.

Se trataba pues de un beneficio excepcional, originado en una condición temporal del hecho, cuyo efecto habría de producirse

de una manera concreta como descuento de pena, sin que el legislador previera respecto de él otros alcances como serían los de incidir en el hecho punible, atenuándolo o agravándolo, o en su prescripción.

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

Magistrado Ponente *Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobada Acta No. 32 (07-03-95)

Vistos:

Se procede a resolver la acción de revisión instaurada por el defensor del sentenciado EFRAIN HERRERA MORENO, contra el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio, fechado 14 de febrero de 1991, mediante el cual lo condenó a diez años de prisión como autor responsable del homicidio simple cometido en la persona de Fidel Porras Buitrago, según hechos ocurridos en la capital del Meta, el 3 de Mayo de 1977.

Antecedentes

Realizada las primeras averiguaciones de Policía Judicial por la muerte violenta del citado ciudadano, el Juzgado 7°. de Instrucción Criminal de Villavicencio dictó auto cabeza de proceso el 17 de mayo de 1977, y luego de practicar algunos testimonios y reconocimientos fotográficos, dispuso la vinculación de los Agentes del F-2 EFRAIN HERRERA MORENO y EFRAIN OLAYA MORENO, cuyas indagatorias se llevaron a cabo los días 15 y 16 de junio de 1977, respectivamente.

Tras la aducción de varias pruebas, fueron indagatoriados también los Agentes del F-2 JAIME ANTONIO BEJARANO y JULIO CESAR OLAYA MORENO.

EFRAIN HERRERA MORENO amplió su injurada el 9 de diciembre de 1977, en tanto que los otros tres procesados lo hicieron el 12 del mismo mes y año.

Por auto del 7 de Junio de 1978, el Juzgado Primero Superior de Villavicencio vinculó mediante declaratoria de reo ausente a ALFONSO APONTE, designándole defensor de oficio.

Perfeccionada en lo posible la investigación, el mencionado Juzgado de conocimiento la declaró cerrada el 18 de agosto de 1978, y calificó el mérito del sumario el 22 de noviembre del mismo año, profiriendo llamamiento a juicio contra EFRAIN HERRERA MORENO; sobreseimiento definitivo en favor de EFRAIN OLAYA MORENO y JAIME ANTONIO BEJARANO; y sobreseimiento temporal respecto de JULIO CÉSAR OLAYA MORENO y ALFONSO APONTE.

El 29 de agosto de 1979, el mismo Juzgado Primero Superior de Villavicencio declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive, por considerar que conforme a un pronunciamiento de la sala de Casación Penal, fechado 22 de febrero de 1979, mientras se encuentre el país en estado de sitio, la competencia para juzgar a los miembros de la Policía Nacional que cometan delitos estando en servicio activo, corresponde a la justicia penal militar. Simultáneamente propuso colisión de competencia negativa para el evento de que el Comandante del Departamento de Policía Meta no aceptara sus planteamientos.

Encontrándose las diligencias en la Justicia Castrense, el detenido EFRAIN HERRERA MORENO solicitó su libertad provisional con fundamento en el numeral 9° del artículo 453 del C. de P.P., la cual le fue concedida bajo caución de quinientos pesos ($500.oo) por parte del Comandante del Departamento de Policía Meta, como Juez de Primera Instancia, en proveído de 27 de septiembre de 1979. No obstante, el 18 de febrero de 1980, la misma autoridad policial decidió no aceptar la colisión de competencias propuestas por el Juzgado Primero Superior, razón por la cual remitió el expediente al Consejo Superior de la Judicatura -Sección Disciplinaria- a efecto de que dirimiera el conflicto.

Adjudicada la competencia para conocer el asunto a la justicia ordinaria, concretamente al Juzgado Primero Superior de Villavicencio, este Despacho calificó el mérito del sumario el 9 de noviembre de 1981, sobreseyendo definitivamente a Efraín Olaya Moreno y Jaime Antonio Bejarano, y sobreseyendo temporalmente a EFRAIN HERRERA MORENO, Julio César Olaya Moreno y Alfonso aponte, respecto a los cuales se ordenó reabrir la investigación hasta por seis meses para practicar nuevas pruebas,

comisionándose el Juzgado de Instrucción Criminal (Reparto) de Villavicencio, a tal efecto.

Luego de varios infructuosos intentos por practicar las pruebas dispuestas para la reapertura, fue cerrada nuevamente la investigación el primero de noviembre de 1984, procediéndose a calificar por segunda oportunidad el mérito sumarial, lo que hizo el Juzgado Primero Superior de Villavicencio mediante proveído de 25 de abril de 1985, en el cual sobreseyó temporalmente, por segunda vez, a EFRAIN HERRERA MORENO, JULIO CESAR OLAYA MORENO Y ALFONSO APONTE, ordenando proseguir la investigación para lograr aducir las pruebas echadas de menos y que fueron señaladas en el primer calificatorio, así como cancelar las órdenes de captura que estuvieran vigentes en contra de estos procesados.

La anterior calificación sumarial fue apelada por el Fiscal Primero Superior de Villavicencio, lo que propició que el Tribunal de ese Distrito, por auto de 20 de enero de 1989, la revocara y en su lugar abriese causa criminal en contra de EFRAIN HERRERA MORENO y JULIO CESAR OLAYA MORENO, el primero como autor material y el segundo como coautor del homicidio simple agotado en FIDEL PORRAS BUITRAGO. Así mismo, el Tribunal decretó la detención preventiva de los enjuiciados, por lo que previamente a ordenar su captura dispuso solicitar la suspensión de los mismos como miembros activos de la Policía Nacional. Finalmente el Tribunal sobreseyó de manera definitiva a ALFONSO APONTE.

Tramitada la causa por el Juzgado Primero Superior de Villavicencio, el 5 de julio de 1990 profirió sentencia de primera instancia, absolviendo a los dos procesados de los cargos por los que fueron llamados a juicio.

Consecuentemente dejó en libertad provisional a EFRAIN HERRERA MORENO bajo caución de 20 mil pesos y dispuso cancelar las órdenes de captura emitidas contra JULIO CESAR OLAYA HERRERA.

Por apelación del Fiscal Primero Superior, el Tribunal de Villavicencio hubo de revisar el fallo de primera instancia y mediante proveído de 14 de febrero de 1991, resolvió revocarlo en cuanto a la absolución de EFRAIN HERRERA MORENO, a quien condenó a la pena principal de diez (10) años de prisión como autor material del homicidio simple agotado en Fidel Porras Buitrago y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Además lo condenó al pago de los perjuicios

tasados en el proceso y finalmente le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, razón por la cual ordenó su captura.

Respecto del procesado JULIO CESAR OLAYA Moreno, el Tribunal confirmo su absolución decretada en primera instancia.

El defensor del condenado interpuso recurso extraordinario de casación contra el fallo de segundo grado, habiendo sido admitido por la Corte el 30 de mayo de 1991.

Presentada la correspondiente demanda, fue declarada como ajustada a las formalidades legales en proveído de 23 de agosto del mismo año.

Recibido el concepto de la Procuraduría esta Sala, con ponencia del H. Magistrado JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, resolvió, en fallo de 30 de septiembre de 1992, no casar la sentencia recurrida.

Por último, el condenado EFRAIN HERRERA MORENO, mediante apoderado, instauró el 2 de abril de 1993 la acción de revisión que ahora se resuelve, habiéndole correspondido también conocer de ella por reparto al H. Magistrado JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, quien ordenó a la Secretaría de la Sala allegar al expediente copia del fallo de casación proferido sobre el mismo asunto y del cual había sido ponente, para los efectos legales subsiguientes.

Cumplido lo anterior, los siete Magistrados que habían suscrito el fallo de casación se declararon impedidos procediéndose a remplazarlos por conjueces. Reintegrada la Sala quedó como ponente el H. Magistrado GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ, quien por auto de 15 de febrero de 1994, admitió la demanda y solicitó la remisión del proceso objeto de revisión.

No habiendo sido posible notificar personalmente el auto admisorio de la demanda de revisión al procesado absuelto JULIO CESAR OLAYA MORENO, fue declarado AUSENTE el 14 de abril de 1994 y se le nombró defensor de oficio conforme a lo dispuesto en el artículo 245 del C. de P.P., con quien se surtió la notificación.

El 11 de mayo del mismo año se abrió a prueba el proceso por el término legal, vencido el cual las partes guardaron silencio. Sin embargo, oficiosamente se ordenó oír en testimonio a aquellas personas que rindieron las declaraciones extraproceso presentadas como sustento de la presente ac-

ción de revisión. A tal efecto fue comisionado un Magistrado Penal del Tribunal de Villavicencio.

Cumplida la Comisión y vencido el término probatorio, se corrió traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión, lo cual hizo únicamente el defensor del accionante y es así como en la actualidad se encuentra el proceso a Despacho para emitir el fallo correspondiente.

La demanda de revisión

El demandante invoca las causales 2ª y 3ª. del artículo 232 del Decreto 2700 de 1991, por estimar que el fallo atacado "se produjo en un proceso que no podía proseguirse por estar prescrita la acción penal" y, además, porque "surgieron nuevas pruebas que no fueron conocidas al tiempo de los debates, que establecen la inocencia del Señor HERRERA MORENO".

El desarrollo dado en la demanda a las causales señaladas puede resumirse así:

1. Prescripción de la Acción Penal.

El artículo 105 del Código Penal de 1936, inciso segundo, establecía que la acción penal prescribía en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición legal. A su turno el artículo 362 ibídem penaba el homicidio simple con prisión de 8 a 14 años.

De otro lado, cuando se calificó el mérito del sumario se encontraba vigente la Ley 48 de 1987 que con motivo de la llegada del Santo Pontífice a nuestro país consagró una rebaja equivalente a la sexta parte de la pena para todos los delitos cometidos antes del primero de julio de 1986, como lo fue el homicidio simple atribuido a EFRAIN HERRERA MORENO.

Por consiguiente la pena máxima legal prevista para el delito de que trata este proceso sería la de once (11) años y seis (6) meses, ya que la rebaja de la Ley 48 es de obligatorio reconocimiento para quienes no se encuentren incluidos en las prohibiciones contempladas en el artículo 3° de la misma Ley.

Y como quiera que el hecho delictivo que se le atribuye a su representado ocurrió el 3 de mayo de 1977, desde esa fecha comenzó a correr el término prescriptivo de la acción penal según lo disponía el artículo 106 del

C.P. del 36 y conforme se encuentra consagrado por el artículo 83 del estatuto punitivo vigente. De suerte que hasta el 23 de junio de 1989, fecha en que cobró ejecutoría la resolución acusatoria proferida contra HERRERA MORENO, transcurrieron doce (12) años, un (1) mes y veinte (20) días, tiempo superior al término prescriptivo del delito por que se procede, razón suficiente para afirmar que cuando se dicto la resolución de acusación contra Herrera Moreno la acción penal se encontraba prescrita y por ello debe prosperar la revisión solicitada.

2. Nuevas Pruebas no conocidas al tiempo del debate.

Por petición del sentenciado EFRAIN HERRERA MORENO rindieron declaración extraproceso sus excompañeros de labor ABEL FLOREZ, MELQUISEDEC ARIZA MANTILLA, MANUEL A. RODRIGUEZ Y JOSE HERNANDO BAQUERO MARTINEZ.

Conforme con sus declaraciones resulta claro que el autor material de los disparos que le causaron la muerte a FIDEL PORRAS BUITRAGO fue el agente del F-2 ABEL FLOREZ FLOREZ, quien se vio precisado a accionar su arma de fuego ante la agresión con arma blanca que le propinó el occiso cuando intentaba requisarlo en compañía de sus compañeros.

Concluye señalando que ninguno de los nuevos declarantes tiene vínculos familiares con el condenado y tampoco fueron llamados a estrado judicial alguno para ser investigados sobre estos hechos.

Afirma que la condena de Herrera Moreno se fundamentó en la experticia balística practicada a su arma de dotación oficial y al proyectil extraído del cadáver de la víctima, así como en el testimonio de Carlos Arturo Niño. Respecto de la prueba pericial recuerda que mucho se ha insistido en que su conclusión es errónea, consideración que cobra fuerza con la confesión que ahora realiza el verdadero autor material del hecho. Y en cuanto al citado testimonio señala que ha quedado aclarado con la declaración de Melquisedec Ariza Mantilla que fue éste y no el condenado quien se encontró con el testigo y quien lo encañono con su arma de dotación oficial.

Por todo lo dicho estima el demandante que las pruebas nuevas sacan avante la conducta de su representado y demuestran que es inocente del delito imputado.

Consideraciones de la Corte

El estudio de las causales de revisión invocadas se acometerá en el mismo orden en que fueron planteadas por el demandante:

A. Prescripción: Debe señalarse la improsperidad de esta alegación en vista de que para establecer el término descriptivo de la acción penal es necesario establecer el término máximo de la pena fijada en la ley para el respectivo delito, teniéndose en cuenta, como lo dispone el artículo 80 del C.P., las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

Como circunstancias han de entenderse aquellas que tienen la virtud de modificar los mínimos y máximos previstos en la ley para el delito base, sean ellas de carácter objetivo o subjetivo, pues que los factores dosimétricos no inciden en la contabilización del término prescriptivo, según lo ha aceptado pacíficamente la doctrina de esta Corte.

Tampoco inciden aquí factores de punibilidad que eventualmente puedan hacer acreedor a un condenado al derecho a una rebaja o a gozar de una gracia especial, como ocurre con las rebajas de pena por trabajo y estudio, o con aquellas que pudieren llegar a suscitarse con ocasión de colaboración con la justicia producida con posterioridad a la sentencia, o con topes de pena cumplida a partir de los cuales es posible gozar de ciertos subrogados o beneficios penitenciarios (libertad preparatoria, libertad condicional, etc.).

Tal es el caso de la rebaja prevista en la Ley 48 de 1987, que dispuso un descuento en las penas impuestas o que llegaran a imponerse respecto de ciertos delitos cometidos antes del primero de julio de 1986, sin afectar para nada los máximos y los mínimos previstos en la ley para esa clase de ilícitos, es decir sin modificar su naturaleza, ni su estructura, ni su penalidad abstracta.

Se trata pues de un beneficio excepcional, originado en una condición temporal del hecho, cuyo efecto habría de producirse de manera concreta como descuento de pena, sin que el legislador previera respecto de él otros alcances como serían los de incidir en el hecho punible, atenuándolo o agravándolo, o en su prescripción.

Y como quiera que desde la fecha en que se cometió el delito hasta cuando cobró ejecutoria el auto de proceder dictado contra HERRERA

MORENO no alcanzó a transcurrir el término de 14 años que se requería para el efecto, resulta claro que no operó la prescripción alegada y, por ende, no puede prosperar la causal segunda de revisión invocada por el demandante.

B. Pruebas nuevas: A la demanda fueron anexados los testimonios rendidos ante Notario por cuatro ex-miembros de la Policía Nacional que eran compañeros de labores del sentenciado para la época del suceso y quienes 16 años después dicen haberse decidido a declarar por primera vez sobre el operativo que los cuatro realizaron esa madrugada del 3 de octubre de 1977 en el que resultó muerto Fidel Porras Buitrago, con el único fin de evitar la injusticia que se está cometiendo al condenar a EFRAIN HERRERA MORENO por un hecho que no ha cometido.

Los declarantes en referencia son:

a) Manuel Rodríguez = Cabo Primero retirado

b) Melquisedec Ariza Mantilla - Agente retirado

c) José Hernando Baquero Martínez - Agente retirado y

d) Abel Flórez Flórez = Agente retirado.

Estos deponentes en sus declaraciones extraproceso narran de manera casi idéntica que el 3 de mayo de 1977, a la una de la madrugada, salieron los cuatro juntos a patrullar por los sectores más peligrosos de Villavicencio y cuando estaban por finalizar su ronda, siendo aproximadamente las cinco de la mañana, cerca del molino Colombia vieron a un hombre en actitud sospechosa por lo que se dirigieron hacia él, pero como emprendiera veloz huida los agentes Baquero y Flórez corrieron a perseguirlo mientras el Agente Ariza se quedaba cubriendo la salida principal y el Cabo Rodríguez se desplazaba hacia abajo para interceptarlo si trataba de escapar por allí. Agregan que los perseguidores hallaron al sospechoso escondido tras un matorral en inmediaciones del barrio Gaitán y cuando intentaron conducirlo a un lugar más claro para requisarlo, éste logró zafárseles y esgrimiendo un cuchillo se abalanzó sobre Flórez quien se vio precisado a disparar un arma de dotación como en tres ocasiones viendo caer el hombre, luego de lo cual se fueron del sitio en búsqueda de su superior, pero como no encontraron ni al cabo ni al otro Agente decidieron marcharse para sus casas. El agente Baquero se presentó en la casa del Cabo Rodríguez a las 8 de la mañana para informarle lo sucedido y ese mismo día por la tarde cuando

volvieron a sus labores, se enteraron que el muerto había sido Fidel Porras Buitrago, reconocido delincuente de la ciudad, razón por la cual decidieron guardar silencio y, además, para evitarse problemas posteriores.

Los declarantes también dijeron en la Notaría no saber dónde se encontraba el sentenciado para el momento del hecho y no haber sido citados antes por ningún despacho judicial a rendir testimonio o indagatoria sobre el particular. Sin embargo, en el proceso cuya revisión se demanda obran los testimonios que en 1977 rindieron ante el funcionario de instrucción los expoliciales RODRIGUEZ, ARIZA Y BAQUERO (Folios 135, 231 y 233 del cuaderno principal), en cuyas diligencias cada uno manifestó bajo juramente no saber quién había sido el autor de la muerte de Fidel Porras Buitrago, ni tener conocimiento sobre las circunstancias en que ésta se produjo. Además le contaron al instructor que el 2 de mayo de 1977, a las 10 p.m., los tres habían estado patrullando por las calles de Villavicencio hasta las 2:30 aprox. de la madrugada siguiente, únicamente en compañía del conductor Infante Remolina Pacífico y del agente Ramón Alvarez. Ninguno de los tres mencionó al agente ABEL FLOREZ FLOREZ, ni hizo alusión al supuesto operativo en el que resultó muerto Fidel Porras Buitrago.

Conforme con lo anterior, las declaraciones de Rodríguez, Ariza y Baquero, acompañadas a la demanda de revisión, ni son pruebas nuevas, pues existían al tiempo de los debates en la instancias y fueron conocidas por el juzgador antes de dictar sentencia, ni pueden merecer credibilidad porque a más de provenir de las mismas personas que ya habían testificado en sentido contrario, resultan opuestas a la verdad que nítidamente emerge del caudal probatorio, según el acertado análisis efectuado por el Tribunal.

En efecto, la versión que ahora se da sobre los hechos no es admisible pues se desvirtúa con el resultado en el proceso, según la cual no puede quedar duda de que el proyectil extraído al cadáver de Fidel Porras Buitrago fue disparado con el arma de dotación del sentenciado, y con el contundente reconocimiento fotográfico que a pocos días del suceso efectúa el testigo CARLOS ARTURO NIÑO GARCIA, quien señaló a HERRERA MORENO como el miembro del F-2 que en la madrugada de autos lo había encañonado en proximidades del sitio donde fue hallado el cuerpo de la víctima.

Y en cuanto a la declaración de ABEL FLOREZ FLOREZ, que sí es una prueba nueva, de decirse que tampoco merece credibilidad por las mismas

razones consignadas precedentemente y porque la autodiscriminación que en ella se hace hoy día no tiene mayor significación jurídica, toda vez que su autor sabía de antemano que dado el considerable tiempo transcurrido desde la ocurrencia del hecho ya no podría ser procesado, y en cambio sí constituía un gran aporte al montaje armado con el inocultable propósito de engañar a la Justicia, en que estaban empeñados quienes propiciaron esta acción de revisión.

Nótese que los tres primeros deponentes en referencia expresaron ante el Magistrado Comisionado en el curso de la presente acción, no recordar que en el pasado habían rendido testimonio sobre los mismos hechos, y al ser interrogados sobre sus manifiestas contradicciones no pudieron dar respuesta satisfactoria, dejando entrever que habían aceptado colaborar dando sus recientes declaraciones extraproceso sólo para tratar de favorecer a su excompañero EFRAIN HERRERA MORENO por encontrarse en lamentables condiciones personales y familiares.

Adviértase, además, que los cuatro deponentes admiten haber sabido de mucho tiempo atrás que Herrera Moreno venía siendo procesado por la muerte de Buitrago Porras, lo que le trajo muchas dificultades de toda índole. Entonces, por qué razón se esperaron tantos años para decir le verdad y permitieron que se condenara injustamente a un inocente, como lo afirman, si era cierto que Flórez fue el autor del homicidio y actúo en legítima defensa?

La respuesta es simple: porque no existió tal operativo policial, ni Flórez tuvo nada que ver en la muerte de Buitrago; de haber sido así HERRERA MORENO lo habría dicho oportunamente para evitar ser condenado, pues los declarantes afirman que éste sabía la verdad pero la calló esperando salir bien librado del proceso y por eso le ayudaban económicamente.

En conclusión, no existen nuevas pruebas que demuestren la inocencia del sentenciado y, por tanto, la causal tercera de revisión planteada tampoco prospera.

Corolario de todo anterior se negarán las pretensiones de la demanda y se ordenará a la Secretaría de la Sala compulsar copia de esta providencia y de las piezas procesales pertinentes con destino a la Fiscalía General de la Nación, a efecto de que investiguen los delitos de falso testimonio y fraude procesal en que pudieron incurrir los cuatro mencionados declarantes, y

para ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Villavicencio, a fin de que se investigue la Falta de Lealtad con la Administración de Justicia, en que presumiblemente incurrió el abogado que apoderó al actor en la presente acción de revisión.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO REVISAR el proceso tramitado por el Juzgado Primero Superior de Villavicencio, que culminó condenando a EFRAIN HERRERA MORENO a diez (10) años de prisión por el homicidio de Fidel Porras Buitrago, según sentencia del Tribunal Superior de ese Distrito, fechada 14 de febrero de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, conjuez, Jaime Bernal Cuéllar, conjuez, Jorge Córdoba Poveda, conjuez, Wanda Fernández León, conjuez, Leonel Olivera Bonilla, conjuez, no, Eduardo Torres Escallón, conjuez.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

EXTINCION DE LA ACCION / DELITO POLITICO

Para que proceda la extinción de la acción y de la pena en caso de delitos políticos no es suficiente haber formado parte de un grupo insurgente que manifestó su deseo de incorporarse a la vida civil, sino que además el hecho punible cometido sean de aquellos considerados como delito político o conexo con éstos, sin que sea dable, para su aplicación, interpretación diferente a la expresamente consignada en la ley.
Lo anterior, por cuanto la misma normatividad, en sus artículos preliminares, aclara no solo cual es el objeto de su expedición, sino las pautas para su aplicación, y advierte al respecto que el intérprete deberá ceñirse a su tenor literal, sin que, so pretexto de desentrañar su espíritu puedan usarse facultades no conferidas expresamente.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 33 (08-03-95)

Vistos

Resuelve la Corte, la solicitud de aplicación de la ley 104 de 1993, Título III, arts. 48 a 60, impetrada por el defensor de los procesados EDGAR EMEL CASTAÑO BUENO y ALVARO DE JESUS GOMEZ RAMIREZ.

Antecedentes

El día siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), a eso de la una de la mañana, en el sector de la carrera 55 entre calles 46 y 48 de

la ciudad de Medellín, se encontraban Carlos Pérez Arboleda, quien se desempeña como vigilante callejero, y su compañera Adriana María Muñoz, quienes en el momento en que se dedicaban a hurtar cable de conducción de las redes telefónicas, fueron interceptados por dos sujetos que quisieron apoderarse del objeto material del ilícito, motivo por el cual el celador hizo uso de un trabuco que llevaba consigo, lesionando a uno de los individuos quienes de inmediato procedieron a la fuga.

A las siete (7) de la mañana del día siguiente, Pérez Arboleda se enteró que algunos personajes lo andaban buscando y así se lo hizo saber a su amigo Rodrigo de Jesús Moná Velásquez al tiempo que se proveyó de dos municiones para así defenderse de sus agresores.

Sin embargo, a eso de las ocho de la mañana de ese mismo día aparecieron los sujetos, uno de ellos armado de una pistola quienes iniciaron la persecución del celador al que le propinaron un tiro en la cabeza produciéndole la muerte en forma inmediata; los agresores, además, lo despojaron de las botas de caucho y un suéter que llevaba puesto, al cabo de lo cual se alejaron del sitio.

Sin embargo, gracias a la información suministrada por la Señora Muñoz, sobre la forma como vestían los sujetos y por el amigo de aquél Moná Velásquez, quien puso en conocimiento del sitio donde se dedicaban a ingerir cerveza señalándolos expresamente, fueron interceptados por la Policía los hoy condenados ALVARO DE JESUS GOMEZ RAMIREZ, quien propinara el disparo al hoy occiso, y EDGAR EMEL CASTAÑO BUENO, quien amenazó a la Señora Adriana María Muñoz de muerte en caso de que los siguiera y se metiera en el asunto.

Por los anteriores hechos y agotado el trámite procesal respectivo, el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, al momento de dictar sentencia de primer grado, condenó a ALVARO DE JESUS GOMEZ RAMIREZ y EDGAR EMEL CASTAÑO BUENO a la pena principal de veintiséis (26) años de prisión como coautores responsables del delito de homicidio, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, en providencia de enero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Contra la mencionada decisión interpusieron los procesados recurso de apelación, uno de ellos asistido por su abogado, el que fue concedido en el efecto suspensivo para ante el Tribunal Superior de Medellín.

Dicha Corporación, en providencia del veintitrés (23) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) confirmó la sentencia proferida por el a quo con modificaciones de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que determinó fuera de diez (10) años en el lugar de los veintiséis que había deducido el juzgado de instancia, y del pago de perjuicios cuyo monto tasó en el equivalente a ochocientos (800) gramos oro por los materiales y doscientos (200) gramos oro por los morales.

Los condenados GOMEZ RAMIREZ y CASTAÑO BUENO interpusieron recurso de casación contra la citada providencia, el cual fue declarado desierto para el primero por no haberlo sustentado y conferido para el segundo, en orden a lo cual fue remitido el proceso a esta Corporación.

Estando en curso el trámite del recurso de casación, los sentenciados otorgaron poder al ahora petente para que solicitara "el indulto, cesación de procedimiento, autos inhibitorios o resoluciones de preclusión de instrucción que correspondan por los procesos que se hayan adelantado o que cursen" en su contra.

Comenta el memorialista, que sus representados se hacen acreedores a los beneficios estipulados en la Ley 104 de 1993 conforme al acuerdo celebrado entre el Gobierno Nacional y las Milicias Populares del Pueblo y para el pueblo, las Milicias Independientes del Valle de Aburrá, y las Milicias Metropolitanas, el cual consagra los beneficios jurídicos previstos en la Ley 104 de 1993.

Que el nombre de sus mandantes aparecen en las listas y esto posibilita la obtención de dichos beneficios; además como militantes de las milicias populares han manifestado su voluntad de reincorporarse a la vida civil, y los hechos por los cuales se encuentran condenados fueron motivados por su condición de rebeldes, procede la conexidad con los delitos políticos.

Por su parte, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho certifica el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el Título III de la primera parte de la Ley 104 de 1993 en cuanto a la voluntad de reincoporación a la vida civil de los Señores ALVARO DE JESUS GOMEZ RAMIREZ y EDGAR EMEL CASTAÑO BUENO.

Consideraciones de la Corte

La Sala se abstendrá de dar aplicación a los beneficios consagrados en la Ley 104 de 1993 en favor de los Señores ALVARO DE JESUS GOMEZ

RAMIREZ Y EDGAR EMEL CASTAÑO BUENO por cuanto los requisitos en ella consagrados para tal efecto no se reúnen a cabalidad.

Lo anterior por cuanto el artículo 48 de la citada ley expresa claramente que:

> "El Gobierno nacional podrá conceder, en cada caso en particular, el beneficio de indulto a los nacionales colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, cuando a su criterio, el grupo guerrillero del cual forme parte el solicitante haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil".
>
> "También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales colombianos que, por fuera de las organizaciones guerrilleras de las cuales formen parte, así lo soliciten, si a criterio del gobierno nacional demuestran su voluntad de reincorporarse a la vida civil".
>
> "No se aplicará lo dispuesto en este título con relación a delitos atroces, genocidio, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie".

Por su parte, el artículo 56 de la citada normatividad contempla que:

> "Se podrán conceder también, según procesa de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen, hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título, y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada".
>
> (...)

A su turno, el artículo 60 expresa:

> "Los beneficios que en este título se consagran no comprenden la responsabilidad que los favorecidos tengan respecto de particulares".

De las normas transcritas surge claro que, en tratándose de delitos políticos o conexos con estos, es dable la aplicación de los beneficios

consagrados en la Ley 104 de 1993, lógicamente una vez cumplido el trámite formal que se requiere para tal efecto.

Esta Corporación estableció las diferencias entre delito político y delito común, manifestando al respecto que:

> "Haciendo un parangón entre el delito común y el delito político, por su aspecto subjetivo se ha dicho que en el primero el agente realiza el hecho casi siempre por motivos innobles, o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad o con fines de venganza. Por el contrario en el segundo, los móviles son casi siempre políticos o de interés común: La aspiración a lograr un replanteamiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de una colectividad, son - por regla general - los factores determinantes de esta clase de delincuentes.
>
> Si estas son las notas características de este tipo de delito, cabe precisar:
>
> 1. Que envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado.
>
> 2. Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político.
>
> 3. Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político.
>
> 4. Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales determinables.
>
> 5. Que se cometa con fines reales o presuntos de reivindicación socio - política.
>
> A simple vista el delito político tiene un objetivo jurídico concreto sobre el cual recae o va dirigida su acción: el Estado como persona política o como institución política. Algunos consideran de tal naturaleza los llamados delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado y los delitos contra el Régimen Constitucional.
>
> Con idéntica claridad el delito político tiene un modo especial de ejecución o modo de ser ajeno a su peculiar tipicidad, pero en estrecha conexión con ella: La repercusión, la representación, la inspiración y

> la motivación que siempre lo acompañan con absoluta fidelidad. Rasgos que se plasman en buscar el ámbito de su mayor difusión, en obrar a nombre de un segmento social o político y en hacerlo bajo la égida de una dialéctica de masas para lograr una concreta reinvindicación socio - política.
>
> Se puede afirmar, por consiguiente, que además de la tipicidad que le corresponde a la acción, el delito político tiene un objeto específico y un modo de ejecución propio e inconfundible. "(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Mayo 26 de 1982).

Conforme a lo anterior, se tiene en el caso sub examen de los hechos que motivaron la investigación penal contra los procesados CASTAÑO BUENO y GOMEZ RAMIREZ, no pueden ser considerados como conexos con un delito político, pues el homicidio de un individuo que se desempeñaba como celador callejero, y el posterior apoderamiento de algunas prendas que llevaba consigo la víctima, jamás podrían tenerse como actos de rebelión de los procesados, como el profesional del derecho pretende que se haga.

Ninguna de las conductas por las cuales fueron condenados acá CASTAÑO BUENO y GOMEZ RAMIREZ (Homicidio, Hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas) se configuran ni son conexas con alguna de las contempladas por la ley impetrada, pues jamás dieron muestra de algún ánimo insurreccional contra las instituciones, ni los hechos acaecidos comportan de por sí connotación política que admitan argumentos como los esgrimidos por el apoderado de los sentenciados.

Entonces, para que proceda la extinción de la acción y de la pena en caso de delitos políticos no es suficiente haber formado parte de un grupo insurgente que manifestó su deseo de incorporarse a la vida civil, sino que además el hecho punible cometido sea de aquellos considerados como delito político o conexo con éstos, sin que sea dable, para su aplicación, interpretación diferente a la expresamente consignada en la ley.

Lo anterior, por cuanto la misma normatividad, en sus artículos preliminares, aclara no sólo cual es el objeto de su expedición, sino las pautas para su aplicación, y advierte al respecto que el intérprete deberá ceñirse a su tenor literal sin que, so pretexto de desentrañar su espíritu puedan usarse facultades no conferidas expresamente.

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

Resuelve:

NEGAR la aplicación de los beneficios consagrados en la Ley 104 de 1993, en favor de los sentenciados ALVARO DE JESUS GOMEZ RAMIREZ y EDGAR EMEL CASTAÑO BUENO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Mejia Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TESTIMONIO

"...Débese advertir, por último, que si a luz de nuestro sistema probatorio resulta no controvertible que el testimonio único puede ser elemento bastante para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado, no lo es menos que para merecer suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos..."

El testimonio único, purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 34 (09-03-95)

Vistos:

El Juzgado Segundo Penal del Circuito del Espinal, Tolima, el veintitrés (23) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), CONDENO a ROBERTO LARA CAMPOS escribiente del Juzgado 2° Penal Municipal de El Espinal como autor responsable del delito de 'CONCUSION', según cargos formulados por Pablo Fernando Sánchez Sánchez, a las penas principales de dos (2) AÑOS de PRISION e interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo, y a la accesoria de pérdida del empleo público u oficial de que trata el artículo 42 numeral 2° del Código Penal. Se le condenó, además, al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción,

los que se estimaron en cinco (5) gramos oro los materiales, y, los morales, en tres (3) gramos del mismo. NO se consideró acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional y, finalmente, se le ABSOLVIO, en razón a los cargos que le imputó Germán Gustavo Leyva Ortega; también considerados como concusión en la resolución acusatoria.

Sobre la anterior determinación interpusieron recurso de APELACION, tanto la defensa como el señor Fiscal 31, sujeto procesal, ya que para este último debió condenarse también por los cargos formulados por Leyva O.. Y, el desatarse la alzada, el Tribunal Superior de Ibagué, confirmó la sentencia in integrum.

El señor defensor la recurrió, en CASACION, impugnación extraordinaria esta que fue concedida el nueve (9) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993). La correspondiente demanda fue presentada oportunamente y, ya en sede de la CORTE el asunto, la misma se declaro AJUSTADA a las formalidades de ley (artículo 225 de C. de P. Penal). Y, obtenido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, es entonces el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

Hechos y actuación procesal

Sobre los primeros se tiene que, con base en la declaración rendida en otro proceso por Germán Gómez Arango, quien informó acerca de situaciones anómalas y delictivas en los Juzgados Segundo y Tercero Penal Municipal del Espinal por parte de algunos de sus empleados, surgió lo referente a ROBERTO LARA CAMPOS, dándose así origen a investigación independiente que culminó con las aludidas sentencias.

Dentro del proceso obran varios señalamientos de ser LARA la persona que, en su condición de empleado del primero de los indicados despachos judiciales, solicitaba para sí mismo y en otra ocasión para un tercero, sumas de dinero por actos oficiales que debían cumplirse en el Juzgado donde laboraba. Gómez Arango refiere que, en este Juzgado, hacia el año de 1990, se tramitaba un asunto sobre la entrega de dos camiones que habían colisionado en esa jurisdicción y que LARA CAMPOS le solicitó a los interesados veinte mil pesos ($20.000.00) para agilizar la entrega de los automotores, cuestión que le fue comentada así al declarante, quien también manifiesta que el mismo LARA C., cuando lo vio interesado en la

suerte de los vehículos le dijo "que si quería que nos colaboraran lo más pronto posible tenía que portarme bien con él", esto es, darle dinero. De su parte, Pablo Fernando Sánchez Sánchez, quien estuvo privado de la libertad durante cuarenta (40) días en el año de 1986 sindicado de estafa en una investigación que se adelantaba en el Juzgado donde el condenado era empleado, refiere que, días después de haber recuperado su Libertad, ROBERTO LARA le manifestó que si colaboraba con algún dinero le fallarían rápida y favorablemente el proceso y fue así como "le di veinte mil pesos ($20.000.oo) primero y cinco mil pesos ($5.000.00) cuando cobré la caución" y, efectivamente, como a "los ocho meses o al año" se profirió la determinación y en su favor.

El Juzgado 21 de Instrucción Criminal Ambulante de Ibagué con fundamento en las copias traídas del proceso No. 1116, adelantado contra Alfonso Escobar Acosta y Jairo Romero Hernández, también por el presunto delito de 'CONCUSION', dictó el correspondiente auto cabeza de proceso, en orden a investigar por separado los cargos que allí se formulaban contra empleados del Juzgado Segundo Penal Municipal del Espinal, igualmente por un delito de 'CONCUSION'.

Ya se ha aquí señalado lo que fue la primera intervención de Pablo Fernando Sánchez Sánchez, faltando en tal sentido mencionar que éste refiere que el Juzgado Segundo se le conocía como 'LA CASA DE LA MONEDA', como así lo hacen muchos otros declarantes. Pues bien, con posterioridad a la indagatoria de ROBERTO LARA CAMPOS, aquel se retractó de lo primigeniamente afirmado en este proceso, dando a entender en su ulterior declaración que se le tergiversó lo expresado por él y que la funcionaria investigadora no le dejó leer su declaración; que se trató fue de un préstamo al Juez Segundo Penal Municipal de entonces, doctor Humberto Ramírez Ferro, por cuarenta mil pesos ($40.000.oo), a quien personalmente le entregó veinte mil pesos ($20.000.oo) y le envió los otros veinte mil ($20.000.oo), con LARA CAMPOS. Que estos cuarenta mil pesos ($40.000.oo), fueron a su vez de un préstamo que a él le hizo Roberto Figueroa Rodríguez y los Cinco mil restantes, hasta completar los cuarenta y cinco mil pesos ($45.000.oo) a que había hecho referencia en su primera declaración, sí eran de su propiedad, pues eran parte de lo correspondiente a la caución que él había prestado en el mismo Juzgado.

El 16 de enero de 1992, el Juzgado Veintiuna de Instrucción Criminal Ambulante, calificó el mérito del sumario, con RESOLUCION DE ACU-

SACION en contra de ROBERTO LARA CAMPOS, por el delito de 'CONCUSION' en concurso, ilícitos por los cuales, con anterioridad y al momento de resolverse su situación jurídica, el mismo instructor había proferido medida de aseguramiento de detención preventiva (auto de junio 6/91).

Se adelantó entonces la etapa de la causa, llevándose a efecto la correspondiente audiencia pública y, en su momento, se profirió la sentencia a que ya se aludió y la que, como también quedó visto, fue revisada por el Tribunal de Ibagué por la vía de la apelación, confirmándose integralmente. El recurso de CASACION que contra ésta se interpuso es el que en este momento se desata.

De la demanda

"Acuso parcialmente la sentencia..., con base en el cuerpo segundo del artículo 220 del C. de P. Penal que establece que en materia penal el recurso extraordinario de Casación procede cuando 'la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba'. Enunciación del cargo: EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUE, DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, INCURRIO EN ERROR DE DERECHO Y VIOLO INDIRECTAMENTE LA LEY SUSTANCIAL, AL APRECIAR LA PRUEBA DE LA CULPABILIDAD EN ATENCION A QUE LA CONSIDERO DEMOSTRADA SIN QUE OBRE EN EL PROCESO LA PLENA PRUEBA O COMPLETA DE QUE EL ACUSADO ROBERTO LARA CAMPOS COMETIO EL DELITO DE CONCUSION COMO ESCRIBIENTE GRADO TRES DEL JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL DE ESPINAL, TOLIMA'.

El demandante, luego de transcribir un aparte de la sentencia de segundo grado, comenta que el Tribunal de Ibagué en la multicitada sentencia 'violó flagrantemente el artículo 254 del C. de P. Penal en concordancia con el art. 294 *eadem*, quebrantamiento que lo condujo a violar indirectamente la ley sustancial contenida en el artículo 247 del C. de P.P. por cuanto SE LE ATRIBUYO A LA PRUEBA DE CULPABILIDAD UN ALCANCE DIVERSO DEL QUE LE ASIGNA LA LEY".

Procede entonces el recurriente a criticar la prueba de cargo; así el testimonio del abogado Germán Guzmán Leal, de quien señala, entre otras cosas, que le ha ido mal cuando obra como representante de la parte civil. Y centra su ataque en la declaración y ampliación de la misma Pablo Fernan-

do Sánchez Sánchez, precisando que "Es de señalada importancia la parte final de la diligencia de ampliación. Allí se afirma que su inicial declaración le fue sugerida por su antiguo apoderado Doctor Germán Guzmán Leal, quien ya había declarado con antelación en el Juzgado 21 de Instrucción Criminal.

"El abogado Rommel Antonio Villanueva Cardozo afirma que su cliente Señor Ananías Olaya Lozada, le comunicó que el señor ROBERTO LARA CAMPOS le había exigido dinero para obtener ventajas indebidas en el trámite de un proceso penal en que Olaya era parte procesal, negocio que cursaba en el mencionado Juzgado Segundo. El señor Ananías Olaya afirma bajo juramento que lo anterior no llegó a acontecer... Astrid Rodríguez Barrios, Etelvina Romero Lozano, Luis Fernando Medina Lozano, José Arturo Solórzano Tovar y Carlos Alberto Buitrago Góngora, extitulares del Juzgado Segundo Penal Municipal o en su defecto funcionarios actuales de la administración de Justicia en Espinal, se refieren a los comentarios que han escuchado sobre actuaciones deshonestas de los funcionarios que han escuchado sobre actuaciones deshonestas de los funcionarios que laboran en los Juzgados Primero, Segundo, Tercero, Penales Municipales de la localidad SIN HACER PRECISION ALGUNA SOBRE LOS CARGOS MATERIA DE LA INVESTIGACION.

"Germán Ruíz Camino, Secretario del Juzgado Segundo Penal Municipal del Espinal relata los hechos acaecidos dentro del recinto de su Juzgado, a raíz de la indagatoria de ROBERTO LARA CAMPOS y en donde se encontraban presentes varias personas y entre ellos LARA CAMPOS y Sánchez Sánchez y aquél le increpara a Sánchez por las afirmaciones de entrega de dinero en forma indebida, momento que aprovechó Sánchez para manifestar que 'la Juez le había inculcado miedo para que dijera eso', pero que en una ampliación aclararía todos los tópicos. Que tales afirmaciones fueron esgrimidos en presencia de Moisés Barrero Martínez, Jorge Enrique Gaitán Quimbayo y Argenis Quimbayo Hernández. Finalmente que Sánchez se había disculpado personalmente ante el Juez Humberto Ramírez Fierro diciéndole 'que no se explicaba por qué había afirmado tales cosas' pero, en todo caso, que él había declarado conforme a las instrucciones recibidas del Dr. Germán Guzmán Leal, José Moisés Barrero Martínez, María Argenis Quimbayo y José Enrique Gaitán Quimbayo, confirman en su totalidad y en forma unánime el aserto esgrimido por el Señor Ruíz Camino.

"...El testimonio de Pablo Fernando Sánchez presenta tres circunstancias que le quitan credibilidad a sus afirmaciones: Es poco creíble, inverosímil que un sujeto con cuatro años de estudios de derecho, solamente al cabo de cinco años no venga a informar la comisión de un ilícito del tamaño del que imputa a LARA CAMPOS. Adicionalmente, es poco creíble, inverosímil que un sujeto con cuatro años de derecho ya maduro, ducho en las lides de la baranda judicial, entregue dinero cuando no enfrenta un evento de sumo peligro. ES SITUACION DE PELIGRO ESTAR DETENIDO y entregar o prometer dinero para obtener el beneficio de la libertad. No es creíble que una vez obtenida la libertad y sin peligro procesal alguno de frente, entregar dinero para obtener una lejana y segura definición. El misterio de los defectos subjetivos analizados, su solución, la encontramos en las afirmaciones vertidas al final de la diligencia que obra el folio 165 y que ha dado en llamarse de 'retractación'. Confiesa que su declaración inicial fue aconsejada, dirigida y precisada por el abogado Germán Guzmán Leal... Finalmente, es inverosímil que estando en mala situación de negocios - como lo afirma al momento en que ROBERTO LARA CAMPOS le exigiera la entrega el algún dinero que tuvo que conseguirle prestado, su ESPOSA no se haya enterado de tal acto, de suyo trascendente para la economía familiar, como ella misma lo afirma... Por su contenido el testimonio de Fernando Sánchez es improbable y no genera ninguna noción de certeza en la mente del juzgador.

"...Las diversas personas que presenciaron y escucharon el hecho bochornoso de la RETRACTACION anticipada, son uniformes ...en acreditar que Pablo Fernando en estado de suprema angustia prometió rectificar su versión, pero como todas las personas que mienten de ordinario, siempre encuentran un paliativo en hechos que no dependen de su voluntad. Y éste no es un caso que admita la excepción. Le endilgó todo el monstruoso infundio a la señorita Juez de Instrucción por cuanto le había consignado hechos inexistentes, fenómenos que no percibió por cuanto careció de tiempo para leer completamente la declaración jurada.

"...Que exista o no exista rectificación valedera es un fenómeno secundario. Lo imprescindible en orden a la crítica judicial está en desentrañar las razones íntimas de las incongruencias subjetivas que presenta el testimonio de Pablo Fernando Sánchez. Si es idóneo o no en el sendero de la certeza judicial. Un sujeto a quien una inmoralidad lo obliga a callar, sin riesgo para él, es un testigo idóneo total. A todos éstos les falta voluntad

para decir la verdad oportunamente. Es sospechoso por incapacidad moral".

El Tribunal no tuvo en cuenta los principios que orientan la SANA CRITICA (art. 294 del C.P.P.) al evaluar el testimonio de Sánchez Sánchez, pues no encontró que sus manifestaciones son inverosímiles, engañosos, que denotan falta de sensibilidad moral. Cometió otro error de derecho el Tribunal al valorar en forma AISLADA el mismo testimonio de Sánchez S., violando así el artículo 254 del C. de P. Penal que enseña que ha debido analizarlo en conjunto. También incurrió en error de derecho al darle crédito a los testimonios de Astrid Rodríguez Barrios, Etelvina Romero Lozano, Jorge Arturo Solórzano Tovar y Carlos Alberto Buitrago Góngora, "quienes carecen de aptitud probatoria en frente al fenómeno de la culpabilidad de ROBERTO LARA CAMPOS porque ni siquiera tienen la calidad de testigos de oídas, son simplemente receptores de rumores judiciales...".

El censor asegura que está en contra del 'valor predominante del TESTIMONIO UNICO' porque 'La pena en vez de cimentar la tranquilidad violada, aparejaría gran descuadernamiento social, pues todos sentirían que a su turno podrían ser víctimas de algún astuto y ladino enemigo que emergiera para acusar... Porque es incuestionable que el testimonio único sólo sirve para enunciar un hecho, MAS NO PARA PROBAR. ... . Es necesario el auxilio de otras pruebas porque la simple enunciación queda destruida con la presunción de inocencia del acusado... .

"... Conforme a este análisis, fácil es concluir que el testimonio único de SANCHEZ SANCHEZ muy lejos está de la verdad objetiva. Carece en consecuencia de la aptitud para llevar certeza a la mente del juzgador".

Violó también el Tribunal el artículo 247 del C. de P. Penal "ya que no obra en el proceso prueba que conduzca a la certeza plena del hecho punible y la responsabilidad del acusado ROBERTO LARA CAMPOS". El demandante concluye, entonces, solicitando que SE CASE la sentencia impugnada y, en su lugar, se profiera otra ABSOLUTORIA.

Breves consideraciones de la Sala y de la Delegada

1. La demanda, como bien lo aprecia la Delegada, incurre en graves fallas, pues que de su contexto se aprecia que el ataque contra la sentencia del Tribunal de Ibagué se centró en la prueba testimonial como ésta tuviera

en nuestro estatuto procedimental penal un valor probatorio preestablecido, el que fue vulnerado por los juzgadores, olvidándose así que el fallador arriba a sus conclusiones sin cortapisas, apreciando razonada y libremente la credibilidad que el correspondiente medio probatorio le ofrezca.

2. En orden a las observaciones que vendrían después, quiere la CORTE ahora transcribir apartes de las sentencias de primera y segunda instancia:

DE LA DEL A-QUO: "...ha de decir el Juzgado que la RETRACTACION del testigo Sánchez Sánchez no corresponde a la verdad, pues al respeto nuestra Corte Suprema de Justicia, ha dicho: "La retractación no es por sí misma causal que destruya de inmediato lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuál de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir, ordinariamente, en un relato de conciencia que lo induce a relatar las cosas como sucedieron o en un INTERÉS propio o ajeno que lo lleva a negar o alterar lo que SI percibió. De suerte que la RETRACTACION solo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto, sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso' (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, abril 23 de 1955 G.J. , Tomo LXXX, pág. 139).

"Partiendo de esta base no es creíble que el Juzgado que recepcionó la declaración inicial de Pablo Fernando Sánchez Sánchez hubiera entendido mal toda una versión sobre todo estando tan circunstancialmente explicada. Más aún, es tan opuesta la afirmación posterior, como podemos observarlo al folio 175, que no tiene lógica de existir porque es fácil que haya un mal entendido de una o dos palabras pero no como en el caso, repetimos, de toda una versión. Lo que indica que esta segunda declaración de Pablo Fernando Sánchez NO ES SINCERA, es el resultado de los reclamos que el procesado LARA CAMPOS le hiciera, cuando al rendir éste su injurada se enerva de la acusación; si fuera cierta la posterior versión que da el declarante Sánchez Sánchez, o sea, donde se retracta, por qué el procesado cuando rinde su indagatoria no aclara que él fue mensajero dizque de aquel presunto préstamo de dinero que le hiciera Sánchez Sánchez al Juez, pues si observamos la indagatoria del acusado vista al folio 116 vemos que lo único

que éste dice es que conoce a Pablo Fernando Sánchez Sánchez '...por amistad muy antigua, él del Espinal y yo también, hace muchos años que lo distingo... El vivió a una cuadra de la casa paterna'.

"Quiere decir lo anterior que Pablo Fernando Sánchez Sánchez no se trata de un ENEMIGO de ROBERTO LARA CAMPOS como para que quiera perjudicarlo con aquellos cargos hechos en su testimonio inicial, sino porque es un hecho que así aconteció. Tan cierta es la primera versión de Sánchez Sánchez que al folio 30 del proceso dice que no hubo exigencias de dinero para recobrar su libertad, pero que tiempo después le informó ROBERTO LARA, quien presta sus servicios en el Juzgado, que si colaboraba con algún dinero le fallarían rápido el proceso con sentencia absolutoria. Exigencia que no pudo cumplir éste en el momento porque como textualmente lo dice, le respondió 'que yo estaba muy jodido y que posiblemente después los daba' Y efectivamente, posterior a ello, a folio 34 encontramos que dice: 'A ROBERTO le di primero dinero, quiero aclarar que primero dije que cuarenta mil pesos, pero ahí sumé lo que le di al Juez, entonces a ROBERTO tan solo le dí veinte mil pesos pero al Juez le dí veinte mil pesos primero y cinco mil cuando cobre la caución'... "Entra luego el juzgado a transcribir apartes del pronunciamiento del tribunal cuando conoció de la apelación sobre el auto de detención contra LARA CAMPOS y que confirmó la impugnada determinación, para después aseverar que "la injurada del procesado,..., no deja la certeza sobre el comportamiento ilícito, pues allí se limita a negar los cargo pero sin ningún respaldo probatorio, mientras que en ella sí deja vacíos, capaces de constituir INDICIOS en contra de su responsabilidad.

"...De otro lado, respetamos el argumento que esboza el señor defensor en cuanto al cargo que hace Pablo Fernando Sánchez Sánchez a LARA CAMPOS, pero no lo compartimos, pues ya lo expusimos a lo largo de esta providencia que la RETRACTACION no es aceptable en este caso porque no se observa esa espontaneidad del declarante que tanto exige la ley, sino que se aprecia como el resultado del reclamo que le hiciera LARA CAMPOS a éste al enterarse cuando rindió indagatoria de los cargos que Sánchez le hacía, por lo tanto se tiene como verdadero el primer testimonio rendido con lujo de detalles por parte de Sánchez S., donde hace las imputaciones tantas veces referidas. Y aunque solo se cuenta con la sola declaración denuncia, ello es suficiente para demostrar la certeza de los hechos, preciso es traer a colación lo que al respecto ha dicho la H. Corte Suprema de

Justicia: 'Al denunciante de la ofensa que se le ha inferido tampoco puede excluírsele de toda credibilidad por el hecho de ser TESTIGO UNICO, aun en el caso de haberse constituido parte civil en el proceso. Las REGLAS DE LA CRITICA le son aplicables y su versión merecerá alto grado de CERTEZA si a pesar de ser PRUEBA UNICA, ella permite reconstruir fielmente los hechos... Sea testigo único o aparezca acompañado de otros o de distintas formas de prueba, es indispensable activar en torno de sus asertos todos los exámenes que conduzcan a la reconstrucción de los hechos o a la VERDAD REAL....' (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Enero 29 de 1971)..."

Y, a su turno, estos son apartes de la sentencia del AD-QUEM:

"La retractación que hace Pablo Fernando Sánchez de los cargos que inicialmente le hizo a ROBERTO LARA CAMPOS, le sirven de fundamento a su defensor para plantear la duda en torno a la realidad de lo ocurrido y, con base en ello, solicitar la revocatoria del fallo condenatorio que afecta a su defendido.

"Al emprender el estudio analítico de la versión que originalmente rindiera Pablo Fernando Sánchez, el Juzgado del conocimiento, cuyo criterio se comparte, encontró que es ESPONTANEO, FIRME Y CIRCUNSTANCIAL, como quiera que se estableció que realmente para la época de los hechos a que hace referencia se adelantaba un proceso por el delito de falsedad en el Juzgado Segundo Penal Municipal del Espinal contra el denunciante, por el cual estuvo detenido y que fue resuelto favorablemente. La RETRACTACION que hace Pablo Fernando Sánchez no obedece a su propia voluntad, sino a la presión ejercida por el propio LARA CAMPOS al enterarse de los cargos que le hacía, conforme se deduce de lo expuesto por su compañero de labores Luis Germán Ruíz Camino, quien refiere que al día siguiente en que LARA CAMPOS rindió indagatoria, recriminó a Sánchez en el recinto del Juzgado por lo que había dicho, y fue así como éste, TEMEROSO, PORQUE SUS ACTIVIDADES DE PERITO Y LITIGANTE JUDICIAL SE PODRIAN VER AFECTADAS, se dirigió al despacho de la Juez Instructora y se retractó de los cargos que le hacía a LARA CAMPOS, dejando eso sí latente que éste le había recibido dinero, así dijera que era para el titular del Juzgado y en calidad de préstamo. Por ello, la Sala en ocasión anterior al ocuparse de este mismo tema, anotó que: 'Cualquiera que sea el motivo en que se apoye la RE-

TRACTACION, es necesario, por una parte, demostrar su verdad, ejercer ese motivo y, por ello, como tiene dicho la CORTE, hay que hacer un estudio analítico de comparación, no de eliminación, a fin de hallar la verdad en una de sus opuestas y diferentes versiones. Para esta Sala de la RETRACTACION del testigo Sánchez Sánchez, no corresponde a la verdad, pues ésta se encuentra en su primera versión, porque las afirmaciones dadas por aquél (Pablo Fernando) en la ampliación de su declaración, se desdobla por su falta de espontaneidad para hacerlo, no hubiera acudido simplemente ante la funcionaria instructora a preguntarle si era cierto o no que lo requería para alguna diligencia judicial, sino que, sabiendo ya que se trataba del proceso adelantado contra ROBERTO LARA, como se deduce de lo contado por él en la referida ampliación del folio 175, ahí mismo le hubiera expresado la intención a la Juez de aclarar aquel malentendido de su original acusación contra LARA, de la que vino a saber dizque por el reclamo que en tal sentido le hiciera LARA CAMPOS'.

"El comportamiento asumido por el procesado y que es motivo de reproche jurídico, no se encuentra aislado dentro del plenario, es el eslabón que se rompió de una cadena de actos concusionarios que se tejían en el despacho judicial donde prestaba sus servicios como escribiente y de los cuales no se había contado con prueba suficiente para ponerlos al descubierto y aplicar las sanciones correspondientes, como lo dan a conocer en sus exposiciones las personas que tuvieron a cargo el despacho, entre ellas, Astrid Rodríguez Barrios, José Arturo Solórzano Tovar y Gloria Esperanza Ortegón Hernández, así como también Etelvina Romero Lozano, Luis Fernando Medina Lozano, Rommel Antonio Villanueva y Carlos Alberto Buitrago Góngora. ...".

3. Quiso la CORTE verificar una transcripción amplia de las consideraciones tanto del Juzgado como del Tribunal y realizar una extensa relación de la demanda, para que se aprecie cómo de la confrontación de una y otra pieza, surge, sin excitaciones, una única verdad, cual es la de que el recurrente tomó el recurso extraordinario de casación como la vía expedita para enfrentar su particular criterio sobre hechos y pruebas al plasmado por los juzgadores sobre los mismos trascendentes tópicos. Y, sabido es que este excepcional medio de impugnación no es terreno fértil para tal tipo de contraposiciones, pues debate de tal naturaleza tiene su estadio propio en las instancias y permitirlo entonces, sería trocar aquel en unas más de éstas, cuestión que repudian de manera pacífica y reiterada tanto doctrina como

jurisprudencia. NO se olvide también que cuando solo eso es lo que se da, como acontece en el evento sub-exámine, domina lo cristalizado en la sentencia por gozar ella de la doble presunción de acierto y de legalidad.

Véase entonces cómo siendo que para los juzgadores la declaración primigeniamente rendida por Pablo Fernando Sánchez S. goza de entera credibilidad, pese su posterior RETRACTACION, para el censor la misma no es digna de ningún crédito. Uno y otro fallador sentaron los argumentos por los cuales la última declaración de Sánchez no era espontánea, si forzada, e iba contra las reglas de la lógica, creando así un todo que la hacía inaceptable. Recuérdese que nació fue de los reclamos que le hizo el propio empleado judicial condenado y, entendible ese comportamiento en una personalidad, como la del testimoniante, con alma y que hacer de tinterillo y a quien le asustaba profundamente que pudiera ser perjudicado por LARA CAMPOS ya que se desempeñaba también como auxiliar de la justicia. Afirma que porque la Juez que la recepción sin que estuviera de por medio ningún motivo para proceder así, quiso variar el contenido de la original; y, que porque siendo cierto que el dinero sí lo entregó, lo fue dizque en calidad de préstamo, cuestión diametralmente opuesta a las repetidas y tajantes aseveraciones de la original declaración una rápida y favorable determinación en el proceso que se adelantaba en su contra. Se dieron también razones por las cuales la primera sí consultaba la realidad de lo acontecido, por ser no provocada, sino libre, contundente, clara y coherente, siendo así evidente que en sus motivaciones no fue el capricho o la arbitrariedad el que guió el raciocinio del juzgador, pues es patente que se respetó la lógica, lo que el sentido común señala y lo que la experiencia determina.

INVEROSIMIL sí es lo que posteriormente afirma Sánchez S. para justificar las mentiras de su segunda declaración, pues no se compadece con la más elemental lógica que un Juez que es obvio no tiene ningún interés en el trámite de un proceso le inculque MIEDO a quien es, como lo destaca el mismo impugnante en el sentido de que lo por aquel declarado originalmente fue por las sugerencias, determinaciones del Dr. Guzman Leal, su primer apoderado. Lo que aflora, con nitidez extraordinaria, de la personalidad y el comportamiento procesal del declarante es que lo narrado en su pristino testimonio contiene la verdadera y total realidad, la que dio a conocer a la autoridad porque así lo dispuso su soberana voluntad. Es del caso que enfatizar que la declaración que los juzgadores hallaron digna de crédito, no es asombrosa, rara, ni engañosa y menos denota insensibilidad moral como extrañamente lo asevera el impugnante.

De otra parte, no podía el juzgador menos que hacer referencia a la merecida fama de 'Casa de la Moneda' que ostentaba el Juzgado Segundo Penal Municipal del Espinal, donde prestaba sus servicios el hoy condenado y ésto referido no por cualquier persona, sino por quienes tuvieron a su cargo el despacho al dar cuenta de "la cadena de actos concursionarios que (allí) se tejían", como lo comenta el ad-quem. Así, pues, que ésto sí tiene cierta e indudable conexión con los hechos aquí juzgados, en cuanto que encajan perfectamente con lo que se asevera acontecía en el multicitado juzgado. No era de un despacho que gozara de buena fama por el respeto debido y otorgado a la ley, sino de uno que la ultrajaba a mansalva y sobreseguro, de uno que VENDIA JUSTICIA, del que se aseguraba que el Juez y un empleado de Secretaría, habían recibido dinero para garantizar una decisión de su resorte, rápida y favorable. Las cosas, pues, casan, y el comentario del juzgador sí que fue bien pertinente.

4. Sobre el TESTIMONIO UNICO, quiere la CORTE traer a colación dos de sus muchas determinaciones sobre el particular y en orden a rebatir el criterio del casacionista que no lo concibe en ninguna circunstancia como con capacidad en orden a la condena. Así, pues:

"... Débese advertir, por último, que si a la luz de nuestro sistema probatorio resulta no controvertible que el testimonio único puede ser elemento bastante para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado, no lo es menos que para merecer suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos. ... .". (Casación de septiembre 9 de 1976).

"...El recurrente, soslayadamente, trata de revivir la polémica sobre la eficacia del testimonio único o la del valor que corresponde al dicho del ofendido. NO es el caso de adentrarse, como lo hace él, en una discusión teórica ya dejada de lado tanto por los que cultivan los goces de la especulación como por los que se mueven en ámbitos de empírico ajetreo judicial. El testimonio único, purgado de sus posibles vicios, defectos o deficientes, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación. El legislador y también la doctrina ha abandonado aquello que TESTIS UNUS, TESTIS NULLUS. La declaración del ofendido tampoco tiene un definitivo y apriorístico demérito. Si así fuera, la sana crítica del testimonio, que por la variada ciencia que incorpora a la misma y mediante la cual

es dable deducir cuándo se miente o cuándo se dice verdad, tendría validez pero siempre y cuando no se tratase de testimonio de persona interesada o en solitario. Estos son circunstanciales obstáculos, pero superables; son motivos de recelo que obligan a profundizar más en la investigación o en el estudio de declaraciones tales, pero nunca pueden llevar al principio de tenerse en menor estima y de no alcanzar nunca el beneficio de ser apoyo de un fallo de condena" (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, casación de julio 12 de 1994).

5. El alma, la psique humana, pese los formidables adelantos de la psicología, todavía presenta espacios que son inescrutables y de ahí que aún persistan comportamientos que no tienen una explicación cabal en aquella ciencia o en las otras que se ocupan de similares materias. Pero, el evento sub-exámine desde luego que no alcanza a ser de aquellas incógnitas que aún no han logrado ser resueltas. De ahí que sobre la extrañeza que el censor manifiesta cuando asevera que es inverosímil que una persona con cuatro años de derecho, solamente al cabo de cinco años procesa a informar de la comisión de un ilícito, debe de decirse que comportamiento de tal jaez no tiene nada de increíble, en un medio en el que un gran porcentaje de delitos nunca se denuncia (criminalidad oculta). Habrá quienes, con muchos más años de estudios de derecho, tampoco, por multitud de particulares motivos, realizan una denuncia. Pero, desde luego, existirán también quienes, como en el caso sub - júdice, procedan a hacerlo solo al cabo de algunos años. Y sus muy subjetivàs razones tendrán. Pero el que esas motivaciones no sean válidas para todo el mundo el que en unos nunca aparezcan y, en otros, solo al cabo de cierto tiempo, no destruye el hecho real de la denuncia, siendo entonces lo pertinente no tanto este tipo de análisis, sino aquel otro de la credibilidad que arroje el contenido de lo denunciado, contradictorio o no en sí mismo, con repudio o corroboración de otras pruebas; en fin, irradiando o no mérito una vez sometido a las reglas de la sana crítica.

Ahora, aquello de que es sorprendente, absurdo que una persona diestra en las lides de la baranda judicial entregue dinero cuando no enfrenta un evento de sumo peligro, el que sí existía cuando estuvo detenido, también tiene sus bemoles. Lo primero, en rigor, cuando se está preso, ya no se enfrenta ningún peligro contra la libertad, sino que éste ya se desencadenó, siendo entonces una plena realidad; el riesgo está pues en que quien ha sido

liberado, vuelva a perder su libertad, y es por ello y por una definición favorable y rápida del asunto que permitió inclusive que Pablo Fernando Sánchez S. fuera llevado a la cárcel, por lo que algunos, tinterillos o no, dan el dinero que les exige al empleado o funcionario corrompido.

Lo otro que en sentir del censor constituye la tercera circunstancia que le quita credibilidad a las afirmaciones primigenias de Sánchez Sánchez, es que resulta fantástico que estando en mala situación de negocios, entregara el dinero de marras, sin que su esposa se hubiera enterado de tal acto. Ya se introdujo, pues, el recurrente en la vida íntima del matrimonio conformado por Sánchez Sánchez con doña Gladys Ortegón, pero olvida que hay esposos que no gustan de comentarle sus problemas a su cónyuge, como así lo enseña la norma de experiencia. Debió, pues, el impugnante demostrar primero que Pablo Fernando Sánchez Sánchez, era de aquellos que comparte tales asuntos con su esposa y que siempre lo hace, para que entonces la inverosimilitud tuviera fundamento, ya que así sí cabría predicar que no obstante haber entregado el dinero no se lo refirió a aquella, lo que iba contra su usual manera de proceder. Se redujo de esta manera lo del censor a un mero enunciado especulativo, ya que cuanto debía probar, jamás lo demostró.

Que aquí no se ha vulnerado el artículo 254 del C. de P. Penal, ni el 294 *ibídem;* tampoco el 247 ejusdem, es lo que emerge del discurrir del presente proveído y ello comporta, como verdad que fatalmente se impone, que la sentencia impugnadas debe permanecer incólume.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Mejia Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas , Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS

1. El porte ilegal es un tipo de mera conducta, razón por la cual se consuma con el simple hecho de llevar consigo el arma sin la respectiva autorización. Si ese instrumento se llega a utilizar para matar a una persona este último delito es independiente y no subsume el porte, porque la primera conducta no está comprendida en la segunda ni legal ni fácticamente.

Como se trata de una infracción de las denominadas de conducta permanente, es obvio que el hecho de que el arma fuera portada en los momentos previos a ser usada no conduce a que se deba imputar "varios portes" pues simplemente es uno de los casos en los que la consumación del punible se prolonga hasta tanto no se le ponga fin a la conducta.

2. El tipo que describe el homicidio es abierto, en el sentido en que no exige que la conducta se realice de una determinada manera, ni que para obtener el resultado se emplee un arma especial.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal · Santafé de Bogotá, D.C., marzo nueve de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 34.

Vistos

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de JOSÉ ALBERTO ROMERO contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual revocó el fallo de primera instancia, condenando al procesado a la pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses

de Prisión, como autor de los delitos de homicidio cometido contra Jesús Rodríguez Ruíz y Pureza Guerrero Aguilar, en concurso con el de Porte Ilegal de armas.

Hechos y actuación procesal

José Alberto Romero, propietario de un trapiche para moler caña ubicado en la vereda Guanamo del municipio de San José de pare, lo alquiló a los esposos Jesús Rodríguez y Pureza Guerrero. El 10 de marzo de 1992, siendo aproximadamente las ocho y treinta de la noche, y viendo que una manguera estaba desconectada y permitía que el agua se desperdiciara, les reclamó por estar en época de verano; esto motivó la cólera de Rodríguez, quien sacó una peinilla para atacar a Romero, pero no lo pudo alcanzar gracias a que entre ellos se interpuso la Señora Pureza Guerrero.

Ante esto Romero retrocedió unos pasos y disparó en dos oportunidades, impactando los proyectiles en la humanidad de Jesús Rodríguez y Pureza Guerrero, produciéndose su muerte como consecuencia de ese hecho.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo de San José de Pare, Despacho que vinculó mediante indagatoria a José Alberto Romero definiéndole la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los dos homicidios.

Remitió el expediente por competencia al Juzgado de Instrucción Criminal de Moniquirá, éste despacho complementó la medida de aseguramiento en el sentido de hacerla extensiva al delito de Porte Ilegal de armas.

Una vez consideró que la investigación estaba perfeccionada procedió a cerrarla, calificando el mérito del sumario con resolución de acusación. Apelado el pliego de cargos fue confirmada por el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Tunja.

Al Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá le correspondió el trámite de la causa, y una vez realizada la diligencia de audiencia pública profirió sentencia de primera instancia en la que condenó a José Alberto Romero a la pena de quince (15) meses de prisión al encontrarlo responsable del delito de porte ilegal de armas en concurso con el homicidio en Pureza Guerrero hecho que cometió con exceso en la causal de justificación de la legítima defensa. Lo absolvió por el homicidio cometido en la persona de Jesús Rodríguez al actuar en legítima defensa de su vida.

Apelada esta decisión por el apoderado de la parte civil, el Tribunal revocó el fallo de primera instancia por encontrar responsable al procesado de los delitos de homicidio intencional en concurso con porte ilegal de armas, reconociendo en su favor la circunstancia de ira e intenso dolor; en consecuencia le impuso una pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión.

II. Demanda

Capítulo Primero: Homicidio de Jesús Rodríguez Ruíz

Con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera, acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, al presentarse un error de hecho en la apreciación de la prueba que sirve de sustento al fallo, aplicándose el artículo 323 del C.P. y dejándose de aplicar el 29.4 del mismo estatuto, lo que conduce a una aplicación indebida del artículo 26 *ibídem.*

El Tribunal considera indiscutible que la autoría del ilícito recae en cabeza de José A. Romero, para lo cual se apoya en los testimonios de Luis Alfredo Pinzón y Cristóbal Tovar, así como en la propia manifestación del sentenciado.

Si bien se reconoce la existencia de la agresión sobre José Romero, se niega su actualidad o inminencia, rechazándose la explicación suministrada "por el procesado en el sentido de que el acometimiento con machete hacia él por parte del occiso fue expresado en dos lances, habiendo sido seguido luego del primero, por el occiso". Contrariamente entiende la Sala falladora que quienes merecen credibilidad son los testigos presenciales, razón por la cual concluye que habiendo sido uno solo el golpe de machete, al momento que el procesado dispara ya había cesado la agresión y en consecuencia no era inminente.

Después de transcribir algunos apartes del fallo, estima que el yerro del ad quem radica en que no toma en cuenta que los testigos presenciales refieren que al momento que el procesado hace el disparo, el occiso no había bajado el machete, sucediéndose las acciones de lanzar el machete y disparar en forma seguida y rápida.

Conforme al criterio lógico que enseña, que frente a este tipo de errores se debe confrontar la prueba omitida con la tomada en cuenta en el fallo, para

efectos de establecer la real incidencia que el yerro pudo tener en la sentencia, el libelista anota las siguientes consideraciones:

- El falso juicio de existencia a que corresponde el error denunciado es parcial, porque hace recaer la omisión "sobre aspectos de declaraciones, no obstante consideradas por otros".

- Teniendo en cuenta que algunos apartes omitidos en su contenido resultan enfrentados a las conclusiones a las que llega el fallador, apoyado en los tomados en cuenta, corresponde a establecer por qué habría de dársele a mayor mérito a unas que a otras.

> "A este respecto, debe verse como los dos únicos testigos presenciales coinciden, desde la primera proposición que de los hechos hacen, en plantear su suceder en términos de acción- reacción entre el acometimiento con machete y el disparo, independientemente de que, así mismo, coincidan en que el procesado se agachó para esquivar el golpe y retrocedió para, luego, disparar".

Estos aspectos deben merecer mayor credibilidad que los estimados por el sentenciador, para lo cual basta con observar las transcripciones hechas, mientras que los apartes apreciados en el fallo son respuestas inducidas por el instructor. También porque lo omitido de las declaraciones se aviene más con el lógico proceder humano. Y agrega:

> "Al respecto, me referiré solo a un punto en demostración de mi acerto. El testigo Cristóbal Tovar no obstante haber dicho al inicio de su declaración que 'enseguida' se interpuso PUREZA entre José Alberto y el occiso, éste le mandó el 'machetazo' y 'enseguida don José disparó, eso fue rápido' (fl. 18), más adelante, en respuesta a pregunta del instructor, dice que blandió el machete y José Alberto disparó. Independientemente de que la pregunta se refiere al momento de esgrimir el machete que no de acometer con él, lo cierto es que riñe con la lógica el tiempo que pretende atribuirse como transcurrido entre la agresión y la reacción, de donde deviene con más verosímil lo primeramente afirmado por el testigo; esto es, que el disparo se sucedió en seguida hubo acometimiento de machete o, como dice el también testigo presencial Luis Alfonso Pinzón Martínez (fl. 4), cuando 'Jesús no había alcanzado a bajar el machete, fue en cuestión de segundos'".

"Por estos aspectos se establece sin duda la mayor relevancia de los apartes omitidos de las declaraciones de los testigos. En relación con esto, no puede este impugnante dejar de llamar la atención sobre cierta tendencia en la casación por entender que en situaciones como la aquí presente, se está haciendo una crítica probatoria al amparo de un tipo de error que no corresponde. Nosotros partimos, fieles a la Jurisprudencia pertinente al punto que el falso juicio de existencia por omisión de la prueba impone en su demostración, acorde con la proposición completa, establecer la capacidad probatoria de los medios sobre los que se construye el fallo impugnado y aún aquellos desestimados, en acogimiento, precisamente, de la exigencia de realizar ataques completos al material probatorio existente en el proceso de alegación de error de hecho".

- El material fotográfico levantado en la Inspección Judicial al lugar de los hechos, y que fue desconocido por el fallador, respalda la versión de los testigos en los aspectos no estimados constituyendo el yerro alegado.

- En lo que tiene que ver con la indagatoria del procesado, ella, en razón a sus exageraciones ciertamente debe ser rechazada, esto es, entendida como no apta para acreditar los términos reales en que sucedió el hecho. Por supuesto, no implica ésto el entendimiento a que arriba el sentenciador de que porque el procesado miente, debe ser responsable. Ello no es así, pues no se es responsable penalmente por lo que se dice, sino por lo que se hace. Además, no debe olvidarse el derecho del implicado a tener que decir la verdad, ni disposición ninguna que permita mutar la no realidad de la versión en responsabilidad y estando informadas las circunstancias de realización del hecho referidas por el procesado, ellas solo pueden ser desestimadas sin ninguna otra consecuencia.

De los apartes de las declaraciones de los testigos presenciales, se desprende que el ataque con machete y el disparo se produjeron en forma consecutiva, por lo que se debe aceptar que su defendido obró con la legítima defensa que se le niega.

Habiendo desconocido el sentenciador la actualidad de la agresión y la necesidad de la defensa, y demostrado que a esa conclusión se llega por los errores de hecho puestos en evidencia, se solicita casar el fallo para que en la sentencia de reemplazo se absuelva el acusado.

Capítulo Segundo: Homicidio de Pureza Guerrero Aguilar

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por vía indirecta, al incurrirse en errores de hecho en la apreciación de la prueba sobre la que construye la deducción de que el procesado obró en forma dolosa al disparar sobre Pureza Guerrero, aplicando indebidamente el tipo subjetivo de homicidio doloso, integrado por el tipo de acción previsto en el artículo 323 del C.P. y el tipo del dolo del artículo 36 ibídem, dejando de aplicar, así mismo, el tipo de homicidio culposo, integrado por el tipo de acción previsto en el artículo 323 del C.P. , y el de culpa del artículo 37 *ibídem.*

"El fundamento de la imputación subjetiva que se hace en el fallo del dolo al procesado es simplemente el de que por tratarse de un arma que se dispara en ráfaga, por la ubicación del disparo que hizo blanco en la humanidad de Pureza - región abdominal- y la que hizo blanco en el cuerpo de su marido -región craneana-, el procesado percutió dos veces distintas la pistola, pues si hubiere sido una, por el orden de sucesión de los disparos, habría hecho impacto también en la cabeza de Pureza".

El sentenciador yerra, en la medida que omite considerar los testimonios de los dos únicos testigos presenciales del hecho, incurriendo en falso juicio de existencia, cuando señalan que "Pureza no estaba en actitud agresora hacia Romero; que éste luego de disparar sobre el real agresor Jesús Rodríguez, quien por encima del hombro de la mujer le hizo lance de machete y por sobre el hombro de la mujer recibió el impacto de bala en la cara, bajó el arma sintiéndose en ese momento el otro tiro y cayendo ella también; al bajar el arma, refiere el testigo Tovar Suárez, '...creo yo que se le fue un tiro y se lo pegó a PUREZA'".

Estas omisiones condujeron al sentenciador y reemplazar el material probatorio existente con sus propias conjeturas, y en consecuencia a aplicar indebidamente la ley sustancial dejando de aplicar en consecuencia la que corresponde.

Los aspectos de los testimonios omitidos, integrados a la apreciación de la necropsia permite establecer que ROMERO obró sin intención de segar la vida de Pureza, solo se le puede endilgar que al repeler el ataque violó el deber de cuidado, no previendo las consecuencias de su acción de rechazo a la agresión frente al tercero inocente.

Los testimonios señalan que al bajar el arma el procesado, luego de haberla disparado contra su agresor se le fue un tiro, que hizo impacto contra la humanidad de Pureza, descartándose la intención homicida. A lo anterior se debe agregar que la ubicación de la herida dilucidada por la necropsia, muestra que, "ella se produjo como dicen los testigos al descender el arma. Esa misma ubicación de la herida, revela que, del mismo modo, si el procesado hubiera obrado orientando su voluntad a la producción del resultado habría dirigido el disparo a región que, generalmente, se estima como más vulnerable, el tórax o el cráneo. O, seguramente, en contexto de acción de tan rápido proceso, no habría privilegiado ningún resultado y por la ubicación de los occisos primero habría hecho blanco en Pureza".

En estas circunstancias y al quedar sin piso el fundamento de la sentencia, se debe casar para que en el fallo de reemplazo se condene a ROMERO por el homicidio de Pureza Guerrero Aguilar bajo la imputación subjetiva de haberlo realizado con culpa.

Capítulo Tercero: El porte ilegal de armas

Se acusa la sentencia de ser violatoria en forma directa de la ley sustancial, al aplicarse indebidamente el artículo 1°. del Decreto 3664 de 1984 y el artículo 26 del C.P., habiéndose dejado de observar los artículos 2° y 3°. del mismo estatuto referente a la estructura del hecho punible y al principio de tipicidad inequívoca.

Cuando el sentenciador tipifica de manera independiente el Homicidio y el Porte Ilegal de Armas, parte del presupuesto que existiendo diferentes tipos, a ellos deben corresponder diversos comportamientos sin reparar si alguno de estos comprende o no en su estructura al otro.

> "Entiende este impugnante que el Porte de armas, en relación con los hechos que suponen su empleo no posee autonomía. Básicamente en razón a que corresponde al medio empleado para la realización del comportamiento a que se refiere el tipo. Para el caso, el medio de realización del homicidio. Esto conlleva, así mismo, que la tenencia del arma, se desvalore normativa o típicamente con el acto en que se emplea, sin que sea precisamente, es su empleo lo que permite el conocimiento de la tenencia, siendo ese mismo empleo lo que, fenoménicamente, se toma como tenencia y consecuentemente lo que

se tiene en cuenta para la adecuación típica. En este caso, nadie ha dicho y menos la sentencia que la imputación del porte ilegal del arma corresponda a un momento previo o anterior a su empleo. De hecho, eso llevaría a tener que pensar en varios portes. Luego es entendido que no obstante se parte del uso del arma, lo cual lleva a la consideración que se tipifica como medio de realización del homicidio así mismo aparece tipificándosela como porte ilegal de manera autónoma. Es decir que siendo una la conducta se la desvalora y tipifica de manera independiente".

Este proceder del sentenciador, viola directamente la ley al seleccionar la norma o normas que regulan el caso, la cual se expresa en la "Tipicidad autónoma que de la conducta de tener el arma hace en el tipo del artículo 1° del Decreto 3664 de 1984, cuando ya la había tipificado como medio de realización del homicidio en el tipo en que se describe este hecho en el artículo 323 del Código Penal".

Solicita que se case la sentencia, absolviendo a su defendido.

III. Alegatos del no recurrente.

Primero: Homicidio de Jesús Rodríguez.

El censor formula antitécnicamente el cargo al no indicar en forma clara el sentido de la violación de la ley sustantiva, esto es, si acude a la vía directa o indirecta, quedando corta la proposición.

A continuación indica que se trata de un error de hecho por mala apreciación de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal. En este aparte entra en contradicción en sus planteamientos porque si bien es cierto acepta los hechos por los cuales se juzgó a Romero, formula cargos en contra de dichos hechos anteponiendo su propio criterio. A lo anterior se suma el principio de no contradicción, porque en un comienzo solicita la absolución de Romero, pero posteriormente impetra sea condenado pero por homicidio culposo.

El demandante no demuestra el error en que incurrió el Tribunal, simplemente se limita a señalar que éste no tuvo en cuenta la versión de Romero, pero sí lo dicho por los señores Pinzón y Tovar, olvidando que el

error de hecho en cuanto a la apreciación de las pruebas no se puede plantear, ya que allí solo cabe el error de derecho.

La censura encamina el ataque a demostrar que el fallador no reconoció la legítima defensa, pero el demandante guarda silencio sobre las normas sustanciales y procedimentales que resultaron infringidas, "dando lugar a una confusión de sus planteamientos, ya que no se puede precisar el cabal conocimiento de su pensamiento, y como a la Corporación no le es permitido hacerlo, puede suplantarla al censor, en su papel de impugnador, la demanda, no prospera".

El libelista arguye que se tuvieron en cuenta y se les dio mejor credibilidad a las versiones de los testigos que a la de su defendido, pero olvida que acepta los hechos y que el fallo prevalece sobre el criterio personal del impugnante, por ir precedido de la doble presunción de acierto y legalidad, directrices que desconoce el censor.

Así, al no expresar en forma específica cómo se violó la ley y no demostrar la existencia de error alguno, se solicita a esta Sala desestimar la demanda.

Segundo: Homicidio de Pureza Guerrero Aguilar.

Al igual que en el capítulo anterior, el demandante incurre en contradicciones al solicitar en principio que se absuelve a su defendido para posteriormente impetrar una condena pero por homicidio culposo.

Igualmente incurre en desaciertos, pues no es veraz que se afirme que se dejaron de apreciar unas pruebas para preferir otras, pues el fallador analizó todos los medios de convicción allegados al plenario y con fundamento en ellos profirió la sentencia.

No concreta la existencia del error o errores en que incurrió el *Ad-quem,* limitándose a señalar la conclusión a la que debió llegar el Tribunal, olvidando que la casación no es una tercera instancia y que el fallo está protegido por la doble presunción de acierto y legalidad, que solo se desvirtúa si se demuestra su ilegalidad.

En la demanda no se expresa en forma clara el sentido en que se violó el artículo 323 del C.P. ni se precisa el error de derecho, limitándose el recurrente a resumir algunas pruebas y extraer su propio criterio respecto al valor de las mismas.

"Finalmente a pesar de su Insuperable antagonismo, las tesis de la legítima defensa, la ausencia de dolo, la apreciación errada de las pruebas no pasan de ser simples proposiciones, ausentes de una formulación clara y completa, y de un desarrollo demostrativo, de manera que no se sobrepasa el simple criterio personal del libelista, pues no dice cuales son esas explicaciones, ni en que consisten, lo expuesto no es de recibo tratándose del recurso de casación".

Tercero: El porte ilegal de armas.

El demandante incurre en contradicción, ya que solicita la absorción del sindicado por el porte ilegal de armas pero pide la condena por el homicidio de Pureza Guerrero, infringiendo el principio de no contradicción.

De otra parte olvida que el porte que del arma hacía el enjuiciado es autónomo y éste no surgió por el hecho de haber dado muerte a los occisos con ella, sino que este tipo penal se daba desde mucho antes, ya que no requería el uso de la misma para su tipificación.

Solicita en consecuencia que se confirme la sentencia recurrida.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se refiere a cada uno de los reproches formulados así:

CARGO PRIMERO

El casacionista al analizar la sentencia reconoce que el Tribunal hizo un estudio comparativo entre lo afirmado por el procesado y lo dicho por los testigos presenciales Luis Alfredo Pinzón Martínez y Cristóbal Tovar Suárez, siendo ese análisis el punto de apoyo para revocar la admisión de la justificante, y a pesar de ello y con el propósito de encontrar sustento a su cargo, sostiene a la vez que ellos fueron parcialmente pretermitidos en aquellos aspectos relevantes atinentes a la comprobación de la legítima defensa.

Siendo este el fundamento del reproche, no está llamado a prosperar, pues se advierte que lo pretendido por el libelista es que se someta a una nueva evaluación de prueba testimonial referida, anteponiendo al criterio del fallador el suyo propio a través del cual hallaría cabal demostración la específica circunstancia exonerativa de responsabilidad para el imputado;

argumentaciones que al ser polémicas con la decisión recurrida, desconocen que la simple oposición de criterios no es susceptible de impugnación extraordinaria y menos cuando las decisiones judiciales están amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad.

La sentencia de segundo grado se dedicó minuciosamente a analizar la causal excluyente de la antijuridicidad, en razón a que se trataba de una hipótesis ampliamente discutida en la etapa investigativa, y a que la parte civil al recurrir mostraba su inconformidad al ser reconocida esta circunstancia.

En punto a dilucidar si el procesado había actuado dentro de los límites de la justificante, el ad quem estableció un parangón entre lo manifestado por el imputado y lo afirmado por los testigos Pinzón y Tovar, de donde concluyó que si bien Jesús Rodríguez blandió el machete y le hizo un lance al procesado, al estar interpuesta entre ellos la esposa de Rodríguez y no existir un nuevo intento de ataque, la acción de disparar no se requería.

Pero además se dedica a fraccionar la prueba testimonial que aduce como omitida, con el objeto de poder extraer de ella aquellos aspectos que presenta como beneficios en la demostración de la justificante, y que entiende "deben merecer mayor credibilidad que los estimados por el sentenciador", desviándose la censura hacia el error de derecho por falso juicio de convicción.

Y si bien es incuestionable que Jesús Rodríguez atacó al procesado, tampoco admite duda la presencia de Pureza Guerrero mediando entre los dos desde los instantes previos al atentado. De tal manera que si fue la acción de la señora la que impidió que el hoy occiso pudiera alcanzar a Romero, no puede justificarse la reacción del procesado al disparar sobre la pareja, al no existir un inminente peligro para su integridad personal.

CARGO SEGUNDO

El actor acude a la vía indirecta, error de hecho por omisión probatoria.

Aquí el libelista no hace cosa distinta que contradecir las deducciones del sentenciador, acusando infundadamente la presencia de errores de hecho en que dice éste haber incurrido, al considerar que la muerte de Pureza Guerrero fue producto de la acción dolosa del procesado, cuando en su criterio acorde con lo manifestado por los testigos Pinzón y Tovar, se configuró un homicidio culposo.

El censor confunde la omisión probatoria, con el análisis que de los distintos medios de convicción hace el juez con base en el sistema de la sana crítica, ignorando que ésta es la regla que gobierna la valoración del acervo probatorio, que es la que lo faculta para concederle o no credibilidad a las diversas pruebas obrantes en el expediente.

El actor cree descubrir la voluntad que animo la conducta del procesado, recordando que de lo manifestado por los testigos, al bajar Romero el arma se le fue un tiro, pretendiendo de esta manera suplir el análisis objetivo y mancomunado que de la prueba hizo el Tribunal, por su apreciación subjetiva.

El *ad-quem* se ocupó del aspecto atinente al grado de culpabilidad predicable de la conducta Romero, para descartar que la muerte de Pureza Guerrero se presentara como un hecho imputable a la omisión del deber de cuidado, conclusión a la que llegó el sentenciador a partir del estudio de las pruebas.

No se entiende cómo el actor aspira a que se reconozca que la muerte de Pureza Guerrero se debió al comportamiento culposo de su defendido, cuando ni siquiera Romero en el relato de los hechos en la indagatoria dejó entrever que el suceso se enmarca dentro de este grado de responsabilidad.

El reparo no debe prosperar.

CARGO TERCERO.

No resulta aceptable la teoría de la "unidad de acción" propuesta por el actor y con base en la cual pretende eliminar el concurso delictual entre el doble homicidio y el porte ilegal de armas, en razón a que se pueden deslindar perfectamente las diversas conductas desarrolladas, "y desvalorarlas así mismo, en forma independiente cada una".

Contrariamente a lo que señala el censor, el concurso no puede negarse en este caso, al encontrarnos en presencia de pluralidad de acciones cada una de las cuales "realiza o actualiza dos tipos penales diversos que tutelan dos bienes jurídicos de contenidos igualmente distintos".

No es acertado por consiguiente afirmar, que el homicidio "supone" el porte ilegal de armas, ya que la descripción típica del delito contra la vida tiene absoluta autonomía frente a la ilícita tenencia de armas de fuego, "por

ello, la específica prohibición de cada conducta, impide colegir que los efectos inherentes al desvalor de una pueden estar comprendidos en el desvalor de la otra".

Por la forma como sucedieron los hechos se debe descartar que para realizar el homicidio el procesado hubiese conseguido el arma, ya que como lo manifestó, la poseía desde hace más de 25 años y no obstante carece de documentos que ampararan su tenencia siempre la llevaba consigo.

Precisamente por ser el porte ilegal de armas un delito de los que se denomina "de peligro", por describir una conducta cuya realización apenas amenaza el bien jurídico que se pretende tutelar, es que el legislador ha sancionado el porte de armas sin autorización legal independientemente del uso que se haga de las mismas. Al estar demostrado que Romero no tenía permiso para detentar la pistola, esta conducta es merecedora del juicio de reproche correspondiente.

El cargo no puede prosperar.

Como el procesado fue condenado a doce años de prisión como pena principal, y en ese mismo monto fue impuesta la accesoria, el Delegado sugiere que se debe casi oficiosa y parcialmente la sentencia, de conformidad con los artículos 228 y 229, 1 del C.P.P.

V. Consideraciones de la Corte

1°. HOMICIDIO DE JESUS RODRIGUEZ

Aunque se alega un supuesto error de hecho, del texto de la demanda se desprende que el ataque está encaminado a controvertir el valor probatorio dado por el Juez a las versiones que los testigos que presenciaron lo ocurrido, con lo que desvía su ataque hacía campos ajenos al yerro alegado.

No es lo mismo que se omita la consideración de una prueba a que no se le de credibilidad a la misma. En el primer caso la prueba existe materialmente pero no es tenida en cuenta, en cambio en el segundo evento el medio probatorio es considerado pero no se le reconoce valor. Lo que invoca el libelista corresponde a la primera hipótesis, luego en la demostración del cargo debía concretar cuál fue la prueba que no se aprecio, y cuál su trascendencia.

Según el impugnante no fueron tenidos en cuenta aspectos relevantes de las declaraciones de LUIS ALFREDO PINZON MARTINEZ y CRISTOBAL TOVAR SUAREZ, pero revisado el fallo de segunda instancia se observa que las versiones de los dos testigos fueron valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y en consecuencia no existe yerro alguno, no siendo tampoco cierta la afirmación de que fueron desconocidas parcialmente, porque lo que realmente hace el defensor es tomar apartes de su contenido para sustentar su particular forma de ver lo sucedido.

Veamos lo que dijo el Tribunal:

> "El testigo Luis Alfredo Pinzón reconoce que evidentemente Jesús lanzó el machetazo por encima del hombro de Pureza. En el mismo sentido Cristóbal Pérez (fls. 13 y 18). El propio procesado hace igual afirmación.
>
> "Así presentado el hecho no podría negarse la injusticia de esta agresión. Y desde luego el lanzamiento del machetazo concretaría su existencia.
>
> "Pero puede decirse que se mantuvo la actitud agresiva sobre José Romero cuando éste se encontraba a una distancia de más de dos metros, separado de su eventual agresor, por la esposa de éste?
>
> "Los testigos son uniformes al sostener que sólo hubo un lanzamiento de un machetazo, en tanto que el procesado pretende que Jesús lo siguió con el machete en la mano, detrás de su mujer. Desde luego que esta circunstancia es denifitiva para establecer si la agresión persistía o había cesado, porque indiscutiblemente si el hecho ocurrió de la manera que en la indagatoria aparece, la inminencia de la agresión continuaba.
>
> "A quién creerle? La Sala Penal se inclina por los testimonios de los presenciales, pues son objetivos, imparciales, concordantes y coherentes y según los cuales sólo hubo un machetazo y no podía pretender José Romero la presencia de otro y su seguimiento, porque Jesús Rodríguez no tuvo tiempo de intentar uno más".

El Tribunal al analizar el contexto probatorio concluyó en forma razonada que la legítima defensa no se configura, toda vez que cuando Romero disparó ya había cesado la agresión, porque solo un lanzamiento de su peinilla hizo

Jesús Rodríguez sin alcanzar al hoy procesado, ya que entre los dos mediaba la esposa del primero y además porque Romero había retrocedido encontrándose a tres metros de distancia de su contradictor sin que fuese necesaria en consecuencia su reacción.

Que el casacionista no coincida con esta conclusión no constituye motivo alguno para elevar esa subjetiva discrepancia en eficaz causal de causación, pues el sentenciador ofreció razones atendibles conforme a las reglas propias de la valoración del testimonio, y su juicio prevalece como quiera que está amparado por una doble presunción de legalidad y acierto, que en nada afecta el personal punto de vista que sobre los hechos tenga el censor.

Finalmente señala que fue omitida la consideración del material probatorio recaudado en la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, pero esta afirmación no va acompañada de razonamientos que demuestren la incidencia que la misma tiene en el resultado final del proceso.

En materia de casación no basta alegar un presunto error, sino que además es necesario demostrar su incidencia, esto es, que la calidad del yerro es de tal entidad que tiene capacidad para poner en actividad la función de casar de la Corte.

El cargo será desestimado.

2°. HOMICIDAD DE PUREZA GUERRERO AGUILAR

En esta censura se incurre en los mismos errores cometidos en el desarrollo del cargo anterior.

Sostiene que a José Alberto Romero se le debe imputar este ilícito a título de culpa y no de dolo, porque existió una errónea apreciación probatoria que llevó al sentenciador a una deducción equivocada, y además omitió considerar los testimonios de las dos únicas personas que presenciaron los hechos.

Como ya se dijo, no es cierto que los testimonios a que se refiere el casacionista no hayan sido tenidos en cuenta, lo que ocurre es que el sentenciador llegó a una conclusión diferente a la que según él debería haber llegado, y pretende que esa disparidad de criterios sea calificada como error para que la Corte acoja su punto de vista, aspiración que no es procedente dentro del recurso de casación.

Para concretar la responsabilidad del acusado en el homicidio de la señora PUREZA el Tribunal hizo el siguiente análisis:

> "La manera como se realizó el segundo disparo indica su propósito homicida. Recuérdese que, según los testigos, Jesús Rodríguez inmediatamente recibió el impacto en la cabeza se desplomó. Tenía que ser así. La lógica de los acontecimientos muestra este resultado. De manera que habiendo caído inmediatamente Jesús Rodríguez, su eventual contendor, no se contentó con el resultado obtenido sino que bajó su pistola, 'su escuadra' y la disparó, por una sola vez, contra la humanidad de Pureza Guerrero. No puede afirmarse, en este caso, que se está en presencia de aberratio ictus (Jiménez de Asúa), o de un caso fortuito (Reyes Echandía), o simplemente de una legítima defensa (Manzini) porque la vida del contendor ya se había suprimido y, fundamentalmente, por la actitud de bajar el arma para dispararla sobre Pureza. Si no hubiese tenido la intención de terminar con su vida y el hecho se hubiese producido por la posición en que ella se encontraba y teniendo en cuenta que se trataba de una pistola que se dispara en ráfaga, generalmente, mientras se mantenga el gatillo en acción, el disparo no lo hubiese recibido en el estómago sino en la cabeza o en la parte superior del tronco. No ocurrió así, sino que, necesariamente, por la manera como lo describen los testigos, hubo un instante en que retiró el dedo del gatillo para luego oprimirlo una vez más, precisamente cuando ya se había localizado el lugar en que se quería lesionar mortalmente de (sic) Pureza, bajando el arma y apuntando hacia esa dirección. Dominó todo el curso causal de su acción.
>
> ....
>
> "Por la forma como se realizó no se trata de un homicidio culposo, como quiso la defensa en la audiencia pública, sino bien al contrario, de un homicidio realizado con intención de causar la muerte, no otra cosa puede deducirse de la actitud de bajar el arma para dispararla conscientemente sobre el abdomen de Pureza Guerrero, cuando ya su esposo yacía exánime en el lugar de la molienda".

Como puede verse, lo que revela el fallo es todo lo contrario a lo que asevera el impugnante, pues precisamente la imputación a título de dolo se obtiene del examen de los testimonios cuya apreciación equivocadamente

extraña, resultado con el cual se muestra inconforme en su alegación, sin llegar a demostrar ilegalidad alguna.

El cargo no prospera.

3. PORTE ILEGAL DE ARMAS

La teoría de la "unidad de acción" que predica el actor con el objeto de subsumir el ilícito de porte ilegal de armas en los homicidios no es aceptable, pues como bien lo señala el Ministerio Público, se trata de dos comportamientos claramente deslindables, que se adecuan a diferentes tipos penales, con los que se tutelan distintos bienes jurídicos.

El porte ilegal es un tipo de mera conducta, razón por la cual se consuma con el simple hecho de llevar consigo el arma sin la respectiva autorización. Si ese instrumento se llega a utilizar para matar a una persona, como ocurrió en el caso en estudio, este último delito es independiente y no subsume el porte, porque la primera conducta no está comprendida en la segunda ni legal ni fácticamente.

Como se trata de una infracción de las denominadas de conducta permanente, es obvio que el hecho de que el arma fuera portada en los momentos previstos a ser usada no conduce a que se deban imputar "varios portes", como erradamente lo entiende el libelista, pues simplemente es uno de los casos en los que la consumación del punible se prolonga hasta tanto no se le ponga fin a la conducta.

Otra apreciación del actor que no puede ser compartida, es aseverar que el tipo de homicidio comprende el porte, porque sin el empleo del arma no se podría cometer el atentado contra la vida, como si la única posibilidad de matar a una persona fuera usando un arma de fuego. El tipo que describe el homicidio es abierto, en el sentido de que no exige que la conducta se realice de una determinada manera, ni que para obtener el resultado se emplee un arma en especial, de modo que no es correcta la apreciación del recurrente.

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para desechar el cargo propuesto por el demandante.

4°. PETICION DEL MINISTERIO PUBLICO

Observando la sentencia del Tribunal, se advierte que se impuso el procesado la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas

por un tiempo igual al de la pena principal, esto es, ciento cuarenta y cuatro meses.

De lo anterior se concluye que el sentenciador se excedió al fijar dicha pena accesoria por encima del límite permitido por el artículo 44 del Código Penal, que establece su máximo de diez (10) años, error que constituye una violación al principio de legalidad de la pena, garantía consagrada en el artículo 29 de la constitución política, lo que permite a la Sala, en ejercicio de la facultad que le otorgan artículos 228 y 229 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, oficiosamente casar parcialmente la sentencia para en su lugar declarar que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas para el procesado será por un término diez (10) años.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

1°. Desestimar los cargos formulados por el demandante.

2°. De oficios CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto al término fijado para la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas excede el máximo previsto en la ley.

3°. Declarar que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que corresponde al enjuiciado JOSÉ ALBERTO ROMERO es por el término de diez (10) años.

4°. En todo lo demás se mantiene la sentencia impugnada.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / HOMICIDIO TERRORISTA

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

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., Marzo nueve de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 34

Vistos

Decide la Corte sobre la colisión negativa de competencias surgida entre un Juzgado Regional de Cali y el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, respecto al proceso adelantado contra Sammy Alfredo Valencia Cardona por el punible de Homicidio.

Antecedentes

1. Refieren los autos que el día 26 de septiembre del pasado año, aproximadamente a la seis de la tarde, frente al establecimiento público

"Brisas de la Sexta" de la ciudad de Cali, Sammy Alfredo Valencia Cardona se quemó con el tubo de escape de una motocicleta, reaccionó violentamente y le propinó dos disparos al vehículo; seguidamente llegaron dos agentes motorizados e interceptaron a José Ilario Acuña Artunduaga y a su acompañante, momento este que fue aprovechado por Valencia Cardona para fugarse; pasados algunos minutos regresó al sitio de los hechos, y luego de hacer algún reclamo a los agentes, procedió a sacar una pistola, disparando dos veces a quemarropa contra el agente de la Policía Jorge Vargas Niño, y uno más cuando éste ya se encontraba caído. Igualmente disparó contra Héctor Hernando Molina Salazar, hiriéndolo gravemente y contra el agente Juan Muñoz López lesionándolo en una de sus manos. Luego de cometido el punible huyó del lugar.

2. La Fiscalía 1-14 Delegada decretó medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de Homicidio en concurso con Homicidio en el grado de tentativa. Como de la comisión de los hechos punibles se desprende el agravante 8 del artículo 324 del Código Penal remite el proceso al Fiscal de orden público por competencia.

3. La Fiscalía Delegada ante los jueces regionales luego de instruir el proceso profirió resolución de acusación en contra de Sammy Alfredo Valencia Cardona como autor de los delitos de Homicidio en persona calificada, en concurso material con tentativa de Homicidio agravados por el numeral 8 del artículo 324 del C. Penal.

4. Una vez recibido el expediente con la resolución de acusación ejecutoriada, el Juzgado Regional de Cali se abstuvo de iniciar la etapa de la causa por considerar que no era competente para conocer el proceso, por corresponder a los Juzgados penales del circuito. Estima que la finalidad perseguida por el procesado fue la de impedir el decomiso de una moto, sin que por este hecho se pueda colegir que el Homicidio y las lesiones a un agente del orden tuviera como propósito específico alterar el orden público, sembrar pánico o crear un ambiente de zozobra entre la comunidad con fines terroristas. Solo se trató de un operativo policial para establecer la procedencia de unos disparos, sin la connotación que enmarca el terrorismo.

5. El Juez Décimo Penal del Circuito, el 12 de enero de este año devuelve el proceso al Juez Regional por considerar que fue una Fiscalía Regional la que calificó el proceso y el Juez Regional debe remitirlo a la Fiscalía para que decrete la nulidad, y de esta manera puede asumir la competencia la Fiscalía Delegada ante los circuitos.

6. El pasado 19 de enero, el Juzgado Regional nuevamente devuelve la causa al Juzgado Décimo Penal del Circuito para que continúe con el trámite de la colisión negativa de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 97 y ss. del C.P.P. y lo remita a la H. Corte Suprema de Justicia para que dirima la colisión.

7. El 25 de enero siguiente, el Juzgado Décimo Penal del Circuito aceptó trabar el conflicto de competencia, al considerar que el artículo 9 de la Ley 81 de 1993 le asigna a los jueces regionales competencia para fallar el delito de homicidio agravado según el numeral 8º. del artículo 324 del C. Penal, circunstancia en que se hallaba el occiso Jorge Vargas Niño quien se desempeñaba como agente de la Policía Nacional, y en pleno ejercicio de sus funciones recibió los balazos, así lo entendió el Fiscal Regional cuando dictó resolución de acusación por el delito de homicidio agravado agotado en persona calificada que tipifica el artículo 324 numeral 8 del C. Penal.

En este estado llega el expediente a esta Corporación.

Consideraciones

El presente conflicto de competencia se trabó entre un Juzgado Regional de Cali y el Juez Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, por tal motivo esta Corporación es competente para dirimirlo tal como lo dispone el artículo 68 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal.

El proceso fue calificado por un Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales con resolución acusatoria, por los delitos de homicidio agravado en persona calificada consagrado en los artículos 323 y 324, numeral 8 del C. Penal modificado por la Ley 40 de 1993, artículos 29 y 30, en concurso material homogéneo y simultáneo con tentativa de Homicidio, marcando con su ejecutoría el final del sumario y dando comienzo al juicio que deberá ser tramitado por el Juez a quien esta Corporación le asigne la competencia.

El Juez Regional ha demostrado su inconformidad en el sentido de que el Homicidio cometido contra el agente de la Policía no fue con el propósito específico de alterar el orden público, sembrar pánico o crear un ambiente de zozobra entre la comunidad con fines terroristas, porque solo se trato de un homicidio agravado y otro tentado, pero sin la connotación que trae consigo el terrorismo, y el artículo 9º de la Ley 81 de 1993 sólo le atribuye

competencia en el homicidio agravado, según el numeral 8 del artículo 324 del Código Penal, en la medida que se cometa con fines terroristas.

Al respecto la Corte en pronunciamiento de 21 de octubre de 1994, con ponencia del Magistrado Edgar Saavedra Rojas dijo:

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

En el caso *sub-judice,* se sabe que el occiso Jorge Vargas Niño y uno de los lesionados pertenecía a la Policía Nacional, es decir, era miembro de la fuerza pública. Igualmente, para el momento de los hechos en ejercicio de sus funciones según se desprende de la minuta de vigilancia correspondiente al tercer turno del día 26 de septiembre de 1993 con lugar de ubicación en el No. 108 Santa Mónica (folio 326), de donde se concluye que la causa de la muerte y de la lesión no fue otra que el cumplimiento de la función como servidor de la Policía Nacional en el patrullaje propio de los escuadrones motorizados, porque cuando practicaban una requisa y revisaban una documentación se hizo presente el procesado, quien procedió a disparar contra los uniformados y uno de sus amigos al creer que la policía le iba a decomisar la moto a su compañero.

Así las cosas, en la causa adelantada contra Sammy Alfredo Valencia Cardona por los delitos de homicidio en concurso con tentativa de homicidio, se halla demostrada la circunstancia descrita en el numeral 8 del artículo 324 del Código Penal, en consecuencia, esta Corporación decide que el competente para asumir el conocimiento es el Juzgado Regional de Cali.

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

Resuelve

Declarar que la competencia para conocer del presente proceso corresponde al Juez Regional de Cali. En consecuencia, remítase el expediente a dicho Juzgado y dése aviso de esta decisión adjuntando copia de la misma al Juzgado décimo penal del Circuito de Cali.

Comuníquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

La causal segunda del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal se refiere a adelantamiento de proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción, falta de querella o cualquier otra causa de extinción de la acción penal, y la tercera se concreta a la aparición con posterioridad a la condema de hechos o pruebas sobreviviemtes, que no conocidos al tiempo de los debates, establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., nueve 9 de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*
Aprobado por Acta No. 34.

Vistos:

Decide la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda presentada por el apoderado de LUIS HERNESTO RUBIO VIVAS en ejercicio de la acción de revisión sobre el proceso adelantado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué que le impartió condena por el punible de abuso de confianza, según sentencia confirmada por el Tribunal Superior de dicha ciudad el 3 de abril de 1992.

Hechos:

Con base en un poder especial otorgado por el señor José Adán Perdomo Nuñez que le facultaba para entablar demanda laboral en contra de la sociedad "Paños Vargas Limitada" (con domicilio en la ciudad de Bogotá)

por la terminación unilateral y sin justa causa de un contrato de trabajo, el abogado LUIS ERNESTO RUBIO VIVAS obtuvo mediante conciliación suscrita el 2 de noviembre de 1990 ante la Inspección Primera del Trabajo de Ibagué el reconocimiento de un millón ochocientos mil pesos por concepto de indemnización. Pese a que el profesional recibió ese mismo día en cheque de gerencia la suma acordada, no hizo de ella entrega a su poderdante.

Por las copias aportadas se sabe que el 20 de noviembre de 1991 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué condenó al doctor RUBIO VIVAS por el delito de abuso de confianza a las penas de veinte meses de prisión, multa de diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, y al pago de un millón seiscientos veinte mil pesos y 120 gramos oro por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente. Al ser confirmado el fallo del Juzgado por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante el suyo de abril 3 de 1992, se interpuso el recurso extraordinario de casación cuya improsperidad declaró la Corte en decisión del 6 de julio de 1993.

La demanda:

Plantea el actor las causales segunda y tercera de revisión establecidas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, haciendo para sustentación de cada una el siguiente análisis:

1. En apoyo de la causal segunda invocada se afirma primeramente que la apropiación del dinero de su cliente no le era posible al abogado, teniendo en cuenta que este no obraba como simple mandatario del denunciante sino como adquirente por la suma de ciento cincuenta mil pesos de los inciertos derechos litigiosos de José Adán Núñez, hecho del cual afirma dieron fe los declarantes Efraín Narváez y Carlos Alirio Valencia, a quienes les consta que una vez enterado Perdomo de la inexistencia de los elementos de la relación laboral en su actividad, le manifiestó el abogado Rubio Vivas que él sabía de las fuentes de enriquecimiento ilícito de sus patronos y por eso para evitarse líos judiciales se verían precisados a pagar; ante esa expectativa acordaron la venta derechos por la suma indicada, sin importar el mayor valor que resultara de la gestión profesional "y con el fin de legitimar en causa al comprador de los derechos litigiosos, el vendedor, otorgó un poder como si se tratare de un mandato...".

Tan cierto sería lo afirmado, que cuando el abogado requirió a la empresa mediante un proyecto de liquidación en el que le fijaba un plazo de 30 días para que se procediese a un "arreglo directo", el señor Harvey Vargas le pidió a Perdomo que arreglaran, recibiendo como respuesta por voz del emisario, que se debía arreglar con el abogado LUIS ERNESTO RUBIO VIVAS. En igual forma procedió momentos antes de la conciliación al negarse en la oficina del abogado a pactar con Vargas alegando que eso era competencia exclusiva del apoderado,

> "Situación que demuestra sin lugar a dudas la trasferencia de dominio que se había realizado de la acreencia por parte de éste y por ello, ni siquiera quiso asistir a la oficina laboral a efecto de percibir el dinero, es decir, demostró el total desinterés por el monto de la transacción y percepción del dinero por la citada antecedente negociación".

Realizada la conciliación, el mismo día el abogado RUBIO le prometió en su oficina a Perdomo que en vista de su colaboración le reconocería setecientos cincuenta mil pesos adicionales al valor pactado, completando el cincuenta por ciento (50%) de la suma cobrada, y una vez que se realizara el canje del cheque girado por la demanda, encargado de ese pago a su hermano Jorge Edgar Rubio Vivas, ante un viaje urgente que debió hacer a Bogotá. Como inexplicablemente Perdomo se negó a firmar el comprobante de entrega y a recibir el cheque de novecientos mil pesos girado en su favor, a su regreso el 13 de noviembre, el doctor RUBIO acudió a la Inspección del Trabajo donde citó infructuosamente a Perdomo para el día 15 a las cuatro de la tarde.

Pero aún en el evento en que la actividad del procesado hubiera sucedido en cumplimiento de un mandato, el pago quedaba sometido a rendición de cuentas, de conformidad con lo dispuesto por el Código Civil. Por lo tanto, la denuncia resulta temeraria y precipitada, pues su formulante acepta que por capricho había rehusado el pago que intentó el hermano del abogado RUBIO, y así el hecho imputado carece de los elementos estructurales que pueden convertirlo en punible, "mucho más cuando se estaba amparado en la causal 3 de justificación contenida en el art. 29 del C.P.".

Ahora, si como lo demostró el procesado con prueba documental y testimonios, se trató de la venta de derechos litigiosos, su obligación era la de pagar ciento cincuenta mil pesos solamente, siendo los restantes setecientos cincuenta mil un acto de simple liberalidad. De ese modo concurrían las

causales 1 y 4 de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, y en caso de duda sobre la naturaleza del contrato, todavía la conducta sería atípica de conformidad con los numerales 1, 3 y 4 del artículo 40 del Código Penal, teniendo en cuenta la fuerza mayor o el caso fortuito representados en el canje del cheque, la ausencia del denunciado para aclarar las dudas y los emolumentos debidos por representación en el proceso.

2. La sustentación de la causal tercera inicia con una reseña detallada de la actuación procesal, para luego afirmar que de las pruebas aportadas por el sindicato en un indagatoria, unas fueron indebidamente valoradas y otras desestimadas a pesar de su pertenencia y conducencia, "situación por la cual se deben tener como medios nuevos por ser indicadores sin lugar a dudas de la inocencia es decir de la atipicidad de la conducta...".

De haber apreciado dentro de la sana crítica la precipitada denuncia, formulada por Perdomo Núñez el 9 de noviembre de 1990, el juzgador se hubiera dado cuenta que el valor representado en el cheque consignado dos días antes en otra plaza y sometido al trámite del canje, no podía ser objeto de apropiación, ya que el dinero no había entrado a la esfera de dominio del denunciado, y no podía predicarse la antijuridicidad ni la culpabilidad; o hubiera percibido las afirmaciones contradictorias que allí se hacen, como asegurar que el título valor fue cobrado por un hermano del denunciado, desconociendo las restricciones del cheque de gerencia que no permite pagos a persona distinta del beneficiario.

Como la consignación de un cheque no implica la inmediata disponibilidad de su valor, tampoco podía aceptarse que el dinero estuviera en poder del abogado desde el día 6 de noviembre y menos que ante los varios requerimientos (personales y telefónicos) al denunciante se hubiera negado a entregarlo, si no se había surtido el canje y el requerido no estaba en la ciudad; mucho menos llegó a demostrarse el acto de apropiación mediante extracto o certificación del movimiento bancario que así lo indicara.

En la ampliación de denuncia también se hacen afirmaciones temerarias al decir que la última charla con el abogado tuvo lugar el jueves 8 de noviembre a las 06:00 p.m. cuando quedó aprobado que ese día RUBIO VIVAS estaba en Bogotá; o al asegurar que hubo apropiación pese a aceptar que Jorge Rubio Rivas si llamó para que al día siguiente fuera por un cheque de novecientos mil pesos que le había dejado su hermano, hecho indicativo de una voluntad de pago que no se quiso aceptar porque a Perdomo "le dio miedo afirmar el recibo" que se le exigió.

El cheque fue girado a nombre del abogado no por voluntad de éste, sino en virtud de que Perdomo no aceptó la propuesta de Harvey Vargas para que directamente arreglara el conflicto, según lo refiere su ex patrono. Y si el día en que recibió el cheque, el abogado le informó que lo haría efectivo el martes 6 de noviembre (el lunes 5 fue festivo) y llegado ese día agregó que se debía esperar el canje, ello no se constituía un hecho demostrativo de apropiación dolosa, ya que no se podía pagar el mismo día de la consignación.

Ni siquiera se sabe cual fue la última vez que el denunciante habló con su abogado, si el 6, 7 u 8 de noviembre, pues en forma contradictoria Perdomo se refirió a las tres fechas en las distintas oportunidades en las que aludió a esa circunstancia, de modo que si la denuncia se hubiera valorado dentro de la sana crítica, el instructor habría establecido la temeridad y mala fe.

Hace luego el libelista referencia al proceso disciplinario seguido en contra del doctor RUBIO para afirmar que en él volvió Perdomo a contradecirse y darle la razón al acusado, pues para entonces afirmó que no tenía dinero para reconocer honorarios al abogado lo que acredita que no pudieron ser los del 10% que afirma en su denuncia, con mayor razón si era esa una cantidad que ni siquiera considera el valor de los gastos de viaje del profesional a requerir al ex-patrono, añadiendo otras consideraciones críticas adicionales con las cuales se busca desacreditar el dicho del denunciante y reafirmar como cierta la excusa del abogado, insistiendo en que tanto en el proceso disciplinario como en el penal se acreditó el constreñimiento del denunciante sobre los testigos Narváez y Valencia para que no declararan, haciendo gala de su desmedida ambición al exigir primero un millón de pesos en un arreglo intentado con familiares del procesado y luego una suma superior.

También como pruebas nuevas invoca la demanda los testimonios de Henry Villalba, Flor María Ospina y Martha Rubio aclarando que todas corroboraban el dicho del procesado bajo la aclaración de que se trataba de medios allegados al disciplinario y que en el penal se rechazaron por improcedentes, añadiendo que aún el derecho de defensa se vulneró al doctor RUBIO en cuanto al abogado Labrador Cifuentes quien actuó como su defensor, había representado antes al denunciante, lo que conlleva al decreto de nulidad de lo actuado a partir de la indagatoria, solicitud que reafirma al considerar que otras garantías adicionales le fueron desconocidas al acusado como ocurrió al deducir su responsabilidad meramente objetiva, imponerle

una condena injusta y agravarle su situación haciéndole efectiva la pena por el no pago de perjuicios, cuando acreditaba que carecía de la posibilidad de sufragarlos, motivos que le llevan a insinuar que como consecuencia de la orden de revisión se ordena la libertad provisional del sentenciado.

Para que obren como pruebas dentro de esta actuación se aportan por el actor copias formales de las sentencias de primera y de segunda instancia proferidas respectivamente por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, y copias informales de una serie de documentos que se califican como "medios probatorios nuevos" y se refieren al "citatorio realizado por la Inspección del Trabajo de Ibague", a declaraciones que se dicen rendidas por Flor Ospina, Efraín Narváez, Henry Villalba y José Adán Perdomo ante la Sala Disciplinaria del Tribunal de Ibagué, declaraciones de Efraín Narváez y Carlos Alirio Valencia ante el Juzgado 36 de Instrucción Criminal de Ibagué, de Flor María Ospina, Martha Rubio y Luis Ernesto Labrador ante el Fiscal 4º de la Unidad Delegada ante el Tribunal de Ibagué y copia de un certificado de tradición "que demuestra el embargo a tercero ajeno al proceso".

Consideraciones de la Sala

1. Es competente la Corte para resolver sobre la presente demanda de revisión, dado que la misma se endereza en contra de un fallo de segunda instancia emanado de un Tribunal Superior del Distrito Judicial.

2. Al escrito de demanda se anexa un mandato formal y suficiente que implicará el reconocimiento de personería al abogado doctor José Rómulo Melo Obando para que actúe en los términos que le faculta el otorgante, y en relación con el libelo mismo se hace clara la identificación del proceso y fallo que se atacan, el delito por el cual opera la condena y las causales que se invocan para que la revisión prospere, que para el caso han sido la segunda del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal que se refiere al adelantamiento de proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción, falta de querella o cualquier otra causa de extinción de la acción penal, y la tercera que se concreta a la aparición con posterioridad a la condena de hechos o pruebas sobrevivientes, que no conocidos al tiempo de los debates, establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad.

Sin embargo de los anteriores requisitos, resulta fácil observar que muy a pesar de la extensión y pluralidad de argumentos que acompaña la

demanda, carece ella de una formulación clara y precisa de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solictidud, en cuanto lejos de relacionarse los motivos que presenta con las causales que se invocan, en su mayor parte apuntan bien a causales de casación, ora a una crítica genérica sobre la estimación probatoria contenida en la sentencia, razones y motivos ajenos por entero a la acción de revisión, que por fuerza obligarán a su rechazo prematuro, no sin destacar como defecto esencial también y adicional la no aportación de pruebas relacionadas con una cualquiera de las causales invocadas, porque la adjunción que se hizo como de "medios probatorios nuevos" se refiere a unas copias informales que por serlo, carecen de cualquier capacidad probatoria de conformidad con la preceptiva procesal penal.

2. a. - En relación con la causal segunda de revisión se observa que lejos de plantear o alegar sobre la perseguibilidad de la acción penal, ora proponiendo la operancia de la prescripción, bien la necesidad y ausencia de querella, si no la presencia de un desistimiento vinculante o de conciliación, de otorgamiento de una amnistía o indulto, de reparación integral, o siquiera de la muerte del procesado, lo que en su lugar viene a plantearse de modo desordenado, antitécnico, contradictorio y alternativo es la atipicidad de la conducta endilgada al procesado, ni siquiera como hecho revestido o novedad o asistido de prueba no conocida en los debates, porque las copias de las sentencias allegadas dan a ver prontamente que la excusa del procesado en las instancias fue la misma que ahora trata de insistirse, y en subsidio el reconocimiento de la causal 3a. de justificación del artículo 29 del Código Penal, o 1a, 3a y 4a de inculpabilidad del artículo 40 *ibídem,* aspectos todos que de darse debían alegarse frente a causales diferentes de revisión (v.gr.: la tercera, cuarta o quinta), no a la segunda, pues como queda visto ésta exclusivamente se refiere a al adelantamiento de la acción penal pese haberse previamente extinguido o porque su iniciación se dio por fuera de las exigencias que el legislador había impuesto como condicionantes.

La total desvinculación de los hechos aducidos como fundamento de la causal con el contenido explícito de ésta, hacen de imposible trámite por parte de la Corte la demanda formulada, en cuanto esa falta de exigencias formales esenciales en el escrito, jamás podría suplirla oficiosamente la Corporación, tratándose de una acción extraordinaria y no de un procedimiento de iniciación, impulso y fallo oficioso.

2. b.- Caso parejo sucede en relación con la formulación de la causal tercera de revisión por parte del actor:

Muy a pesar de que en ella exige el normador que la inocencia pregonada del condenado tenga fundamento en hechos o en pruebas nuevas, valga decir tan solo conocidos con posterioridad a los debates y por lo mismo ignorados al proferir los fallos de instancia, el libelista comienza por afirmar que su reclamo se refiere a pruebas aducidas por el imputado en su indagatoria, bien porque los juzgadores hicieron de ellas una valoración errada, ora porque otras se desestimaron pese a su pertinencia y conducencia, alternativa que por igual conduce a descartar en esos medios la novedad que el precepto exige, pues se ve que se trató de elementos que se sabían preexistentes y así se comunicaron en oportunidad a los juzgadores.

Si la inconformidad radica en que los fallos no tuvieron en consideración aquellas pruebas que favorecían al procesado, era el recurso extraordinario de casación al que debió acudir la defensa para alegar bajo la causal primera una violación indirecta derivada de falso juicio de existencia, y aún, si la indebida valoración se consumó mediante errores de derecho, entrar así también a demostrarlo.

Este defecto de la demanda se hace manifiesto al afirmar parejamente que las sentencias no criticaron como se debía la precipitada denuncia a su ampliación, pues esa prueba y su contenido eran ya conocidos en tiempo del debate, lo mismo el hecho de que el cheque se hubiese emitido al abogado RUBIO y no a su cliente, o que se hiciese requerible un tiempo necesario para el canje, porque también se trataba de indicios a la oportuna vista de los juzgadores.

En otro aspecto, la adjunción de las sentencias de primero y de segundo grado deja ver, que la excusa del procesado fue la misma en que ahora insiste el accionante, de donde emerge una vez más la imposibilidad de que se acuse sobre ella novedad alguna, en cuanto se trató de un hecho ampliamente debatido en las instancias que de bulto acredita su análisis y decisión por parte de los juzgadores de instancia.

En medio de esa confusión argumentativa por igual se afirma que el denunciante señor Perdomo le hizo amenaza a unos testigos para que omitieran declarar en favor del abogado RUBIO VIVAS. Si ello hubiese sido cierto y determinante en el sentido de las versiones dadas por aquellos declarantes, una vez más el escrito de demanda se mostraría desacertado, porque en tal caso la causal de revisión a invocar tenía que ser la quinta que por ninguna parte se acusa en el libelo, y nunca la tercera, dado que la alegación apuntaría a demostrar que el fallo se alcanzó con prueba falsa.

Al aducirse como pruebas nuevas unas declaraciones que aparentemente hacen parte de actuaciones disciplinarias y penales, lo mismo que otros documentos de citación en materia laboral y de matrícula inmobiliaria, desatendió, para colmo, el demandante que su adjunción en proceso debería ceñirse al artículo 274 del Código de Procedimiento Penal que de modo sentencioso impone la obligación de su adjunción en originales o en su defecto en copia auténtica, carga procesal a la cual no le dio cumplimiento el actor, privando de este modo y una vez más a su demanda del lleno de los requisitos formales impuestos perentoriamente en el artículo 234 que se trae a cita, e imponiendo como consecuencia obligada la desestimación de su demanda.

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

Resuelve:

PRIMERO: Reconocer al doctor JOSÉ RÓMULO MELO OBANDO como apoderado del setenciado LUIS ERNESTO RUBIO VIVAS, en los términos y para los fines indicados en el poder que antecede.

SEGUNDO: Inadmitir la demanda de revisión instaurada en contra de la actuación penal adversa al procesado LUIS ERNESTO RUBIO VIVAS y que culminara con los fallos de primera y de segunda instancia de fechas 20 de noviembre de 1991 y 3 de abril de 1992 mediante las cuales se le condenará por el delito de abuso de confianza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PARTE CIVIL / ACCION CIVIL / DEMANDA DE CASACION

Desde antaño la Sala ha advertido que la sentencia absolutoria afecta el derecho de la parte civil en grado sumo pues le imposibilita el recibir su pretensión fundamental: el resarcimiento de los presuntos perjuicios causados con el punible. Por ello, en presencia de un fallo de estas características adquiere pleno derecho de impugnarlo en casación, siempre y cuando, se cumplan los demás requisitos exigidos en la ley. En este orden de cosas, es obvio que en desarrollo de este derecho puede atacar la sentencia desde diferentes puntos de vista, a propia voluntad, incluidos en ellos el tema atinente a los perjuicios. Por consiguiente, en tales circunstancias, no es indispensable que la cuantía de éstos sea igual o diferente a la señalada para la casación civil. Únicamente debe seguir los lineamientos de las diferentes causales previstas para la casación penal en orden a que pueda acceder al estudio de fondo consiguiente.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., marzo diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 34

Vistos

Decide la SALA sobre la petición de nulidad del auto que declaró ajustada a las prescripciones legales la demanda de casación presentada por la apoderada de la Parte Civil.

Hechos

El seis (6) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994) fue elaborada la escritura pública 404 por parte del Notario del Circuito de Cáqueza (Cundinamarca), con el fin de vender a JOSE MANUEL HUERFANO GUAVITA Siete bienes raíces de propiedad, indicándose en el documento que el notario debió acudir a la residencia de CASTELLANOS a recogerle la firma pues se encontraba enfermo. No obstante, aquel día se hallaba detenido en la cárcel del municipio de Chipaque como presunto responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, luego de dictarse medida de aseguramiento de detención preventiva, maniobra que realizó con el fin de impedir el embargo de sus bienes por parte del funcionario que conocía de la investigación, contraviniendo lo ordenado por el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal que prohibía la enajenación de bienes dentro de los tres meses siguientes a la comisión del delito, a menos que estuviere garantizada la indemnización de perjuicios.

La petición

Recuerda la Delegada que el articulo 221 del C. de P.P. establece que la interposición del recurso de casación cuando busca únicamente la indemnización de perjuicios debe tener en cuenta la cuantía para recurrir, independientemente de la punibilidad de los delitos, la cual, para mil novecientos noventa y cuatro (1994), es de veintisiete millones cuatrocientos cuarenta mil pesos ($27.440.000.oo), conforme con lo dispuesto en el Decreto 522 de 1988, años. 20. y 30.

No obstante, y de acuerdo con la demanda de Parte Civil, las pretensiones alcanzan tan solo la suma de diez millones quinientos mil pesos ($10.500.000,oo) por concepto de daño emergente y lucro cesante, a las que se agrega la de nueve millones seiscientos sesenta y cinco mil trescientos veinte pesos ($9.665.320,oo), por concepto de perjuicios morales que da un total de veinte millones ciento sesenta y cinco mil trescientos veinte pesos ($ 20.165.320.oo), suma inferior a la cuantía reseñada.

Dado que en el escrito de casación no se hizo alusión alguna sobre el particular que pudiese pensar en un cambio en las expectativas de la Parte Civil, solicita la Delegada a la SALA decretar la nulidad del auto que declaró ajustada a las exigencias legales la demanda en cuestión.

La Corte

1. La demandante fundamenta su libelo en dos cargos: el primero, casar la sentencia para que se obligue al procesado a pagar los perjuicios causados con la infracción; el segundo, declarar sin efecto el fallo en lo referente al levantamiento del embargo decretado sobre los predios de propiedad del encartado, a fin de no hacer nugatoria la acción civil incoada con fundamento en la condena del procesado a pagar los perjuicios causados con el punible de homicidio y lesiones personales, según decisión del Juzgado 2º. Penal del Circuito de Cáqueza,

2. Es cierto, como lo asevera la Delegada, que los perjuicios estimados por la parte civil apenas si alcanzan algo más de veinte millones de pesos, habida cuenta de los diez millones quinientos mil pesos ($ 10.500.000,oo) por perjuicios materiales y nueve millones seiscientos sesenta y cinco mil trescientos veinte pesos ($ 9.665.320.oo) por perjuicios morales que estimara en la respectiva demanda, suma inferior a los veintisiete millones cuatrocientos cuarenta mil pesos ($27.440.000,oo), exigidos por la ley para recurrir en casación en el momento actual, cuando se persiga exclusivamente la Indemnización de perjuicios.

No obstante, desde antaño la Sala ha advertido que la sentencia absolutoria afecta el derecho de la parte civil en grado sumo pues le imposibilita el recibir su pretensión fundamental: el resarcimiento de los presuntos perjuicios causados con el punible (Cfr, sentencias de febrero 25 de 1986 M.P. Carreño Luengas y 7 de mayo de 1990, M.P. Mantilla Nougés). Por ello, en presencia de un fallo de estas características adquiere pleno derecho a impugnarlo en casación, siempre y cuando, se cumplan los demás requisitos exigidos en la ley.

En este orden de cosas, es obvio que en desarrollo de este derecho puede atacar la sentencia desde diferentes puntos de vista, a propia voluntad, Incluidos en ellos el tema atinente a los perjuicios. Por consiguiente, en tales circunstancias, no es indispensable que la cuantía de estos sea igual o diferente a la señalada para la casación civil. Unicamente debe seguir los lineamientos de las diferentes causales previstas para la casación penal en orden a que pueda acceder al estudio de fondo consiguiente.

Vistas así las cosas, y reiterada la posición de la SALA sobre el particular, se dispone remitir nuevamente la actuación a la Delegada para que emita su concepto de rigor.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Resuelve

No decretar la nulidad solicitada por el señor Procurador Delegado, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se ordena la remisión del expediente a su Despacho para que profiera su concepto de rigor.

Notifíquese y cúmplase

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

En materia de contratación, se han establecido una serie de exigencias que deben cumplir tanto la Administración, cuando actúa como contratante, como los particulares cuando obran como contratistas ante ella.

En tal sentido, y dado que por esta actividad se manejan fondos públicos en busca del interés general, la Administración solo puede hacer lo que por ley le está permitido, al estar su actividad totalmente reglada. Pero, en definitiva, la realización de un contrato administrativo, como cualquier otro, trae como consecuencia que las partes se obliguen a cumplir lo que pacten, mediando para ello una contraprestación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 34 (09-03-95)

Vistos:

Cumplida la investigación previa en relación a la denuncia formulada por el Señor CARLOS ALONSO LUCIO LOPEZ, en contra de los miembros de las Juntas Directivas, Gerentes Generales y Revisores Fiscales de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, entre los, el Doctor JAIME ARIAS RAMIREZ, actual Senador de la República, la Sala decide si hay lugar o no a la apertura de proceso, previos los siguientes hechos y análisis de los mismos.

La denuncia

El Señor Carlos Alonso Lucio López afirma que los funcionarios antes citados incurrieron en las conductas penales de peculado por apropiación, celebración indebida de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, prevaricato por acción, prevaricato por omisión, abuso de función pública, constreñimiento ilegal y los demás que llegaran a probarse.

Tales infracciones fueron cometidas por las personas que en su condición de empleados públicos, en una u otra forma intervinieron en la construcción del proyecto hidroeléctrico del Guavio que se inició con la firma de los contratos Nº 3554 y 3561 suscritos el 24 de junio y 17 de julio de 1981 entre la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y los consorcios Vianini y Campenón, como en forma expresa lo autorizó la Junta Directiva del mencionado Establecimiento Público en Sesión del 8 de abril de este año según acta número 852.

También manifestó que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, suscribió con las referidas firmas varias "Actas de Obra Extra", por medio de las cuales se alteraron objetos y valores pactados originalmente en los contratos matrices, por lo que se lesionó el patrimonio económico de un establecimiento público del orden Distrital.

Que en virtud del cumplimiento de los contratos, cuyo objeto principal era la construcción de la "Presa y obras anexas" por los consorcios Vianini y Campenón, la E.E.B. había firmado y pagado la cantidad de treinta y dos (32) acuerdos o convenios transnacionales, como resultado de las reclamaciones presentadas por los contratistas durante el desarrollo de la obra.

Igualmente que el mencionado establecimiento, al haber aceptado el pago de cuantiosas sumas de dinero en moneda nacional y extranjera a los contratistas del proyecto "El Guavio", dispuso de manera ilegal de los dineros del mismo pues no contaba con la disposición legal que así lo autorizara.

Así, sindica como autores del indebido comportamiento a los miembros de la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá que intervinieron en el pago y negociación de los acuerdos y convenios suscritos con los contratistas, como también a los contralores del Distrito, a los revisores fiscales y Gerentes Generales de la mencionada empresa.

Actuación preliminar

Esta investigación fue iniciada por la UNIDAD MOVIL DE APOYO INVESTIGATIVO DEL CUERPO TECNICO DE LA POLICIA JUDICIAL, la que llegado el momento profirió auto cabeza de proceso disponiendo, entre otras cosas, escuchar en indagatoria a TODOS Y CADA UNO DE LOS GERENTES GENERALES Y DEMAS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS que desde el 30 de enero hasta la fecha de emisión del auto (junio 16 de 1992), administraron la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA.

Luego de practicadas varias pruebas y evidenciado el fuero especial de juzgamiento que cobija algunos congresistas, se decidió romper con la unidad procesal y en consecuencia se compulsaron copias de lo pertinente ante la Sala de Casación Penal, para que se analizaran las posibles conductas ilícitas en que hubieran podido incurrir los Senadores ANDRES PASTRANA ARANGO, ALVARO PAVA CAMELO, CARLOS JULIO GAITAN Y JAIME ARIAS RAMIREZ, como miembros principales de la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Avocado el conocimiento del asunto, esta Corporación decretó la nulidad del auto cabeza de proceso por cuanto los citados parlamentarios ya tenían, para el momento de la apertura la investigación, la calidad de congresista, la que habían adquirido desde el 1° de diciembre de 1991, fecha de su posesión.

Después de adelantadas varias probanzas, se pudo establecer que el Doctor ANDRES PASTRANA ARANGO renunció a su cargo de Senador y por lo tanto la Corte carecía de competencia para su investigación y juzgamiento, por lo que se dispuso la remisión de lo pertinente a la Fiscalía 252 de la Unidad de Investigaciones Especiales.

Igualmente se determinó respecto del Doctor CARLOS JULIO GAITAN, que en ejercicio de su cargo como Parlamentario asistió a una sola reunión de Junta Directiva como miembro suplente, en la que manifestó que se abstendría de votar las decisiones que allí se tomaran, por lo cual no tomó parte de ningún acto de la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, ni tomó decisión alguna relacionada con el proyecto hidroeléctrico del Guavio; en consecuencia se declaró que no existía mérito para ordenar la apertura de investigación en su contra.

En lo que respecta al Doctor ALVARO PAVA CAMELO se estableció que no fungía como Parlamentario, según listado de senadores y representantes para el período 1994 - 1998 que se incorporó al proceso y que los hechos que se le imputan no guardan relación con la función de congresista, pues éstos ocurrieron cuando se desempeñaba como concejal de la ciudad de Bogotá, por lo que se ordenó remitir las diligencias a la Unidad de Investigación Especiales de la Fiscalía, para que allí se continuara con la correspondiente averiguación penal.

Por su parte, la Procuraduría remitió copias de la investigación disciplinaria que allí se adelantó por las presuntas irregularidades que se hubieran podido cometer en desarrollo del proyecto Hidroeléctrico del Guavio, entidad que formuló pliego de cargos a varios de los Ex-funcionarios de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, entre ellos al Doctor JAIME ARIAS RAMIREZ, investigación que terminó con la absolución de los cargos imputados por la Procuraduría Provincial de Santafé de Bogotá para la Contratación Administrativa y que fuera confirmada, en atención al grado jurisdiccional de consulta de que fuera motivo, por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa.

Las irregularidades detectadas por dicho ente de control se concretaron en:

1. "Haber aprobado mediante Acta No. 1133 de 28 de marzo de 1990, contrato 3554, la adquisición de 'Instalaciones y Equipos', y NO. 1128 del 17 de enero de 1990, contrato 3561, la adquisición de 'Instalaciones Eléctricas de Obras', disponiendo en tales actos que las cuentas pertinentes se radicaran el 20 de enero de 1990 para ser canceladas tres (3) días después de la respectiva aprobación por la Junta, sin que previamente se suscribiera el acta de obra extra para su legal reconocimiento y pago, en razón a que el acta tan solo se suscribe el 27 de Febrero/90, sin que existiera la disponibilidad y reserva presupuestal, propiciando en esta forma el reconocimiento de intereses a favor del contratista".

2. "Haber autorizado la adquisición de equipos en acta No. 1133 de la Junta Directiva del 28 de marzo de 1990, en especial el relacionado con las instalaciones del sistema de telecomunicaciones de Ubalá (Acta 94/90), sin tener en cuenta los Miembros de la Junta que en actas de obra extra número 15 del 13 de septiembre/84 y 31 del 6 de mayo/85 dichas obras ya habían sido reconocidas al contratista VIANINI S.P.A., ENTRECANALES Y TAVORA, existiendo al parecer un doble pago al citado contratista".

El fundamento de la absolución proferida dentro de dicha investigación disciplinaria se concretó así:

Respecto al primer reproche formulado al investigado, la Procuraduría estableció que la cláusula No. 14 del contrato 3554 en su literal e), permite que los trabajos autorizados mediante el mecanismo de "acta de obra extra" se ejecuten con anterioridad a la suscripción del documento, cuando se presenten hechos graves, necesarios, urgentes o de caso fortuito.

A su turno, según la cláusula 6a del mismo, la "Empresa" disponía de 45 días a partir del recibo de la cuenta para efectuar el pago sin reconocer intereses. Así mismo, que las cuentas se cancelaron los días 30 de marzo y 7 de mayo de 1990, respectivamente, para las cuales se expidió la reserva presupuestal No. 006 de 1990.

En cuanto al segundo cargo, determinó la Procuraduría que cada una de las actas, 1133, 15 y 13, si bien tenían un punto en común, el de las telecomunicaciones, cada una de ellas hacía alusión a situaciones diferentes e independientes, por lo que no existía mérito para sustentar el cargo.

De otro lado, durante esta investigación previa, se trajo a los autos fotocopias de las distintas decisiones de fondo tomadas por la Fiscalía 252 de la Unidad de Delitos Especiales en relación con los hechos del Proyecto El Guavio, que allí se adelantan.

Consideraciones de la Corte

El artículo 146 del Código Penal que se encuentra dentro del capítulo que trata de la celebración indebida de contratos y que es la norma dentro de la cual, en principio, podría ubicarse la conducta atribuida al Doctor ARIAS RAMIREZ con base en las irregularidades detectada por la Procuraduría, rezaba así en cuanto al texto vigente para la época de los hechos.

> "Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, trámite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años".

La Corte es competente para la investigación y juzgamiento del aquí denunciado, como quiera que para la época de los hechos tenía la calidad de empleado oficial, pues se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá durante el período comprendido entre el 23 de agosto de 1988 y el 9 de agosto de 1990, y en la actualidad funge como Senador de la República, con lo que se atiende al mandato expreso de los artículos 186 y 235.5 de la Constitución Nacional y 68.8 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, del estudio de los elementos allegados a esta investigación preliminar, no surge el indicio o prueba que determine la violación de las normas contractuales por parte del Dr. JAIME ARIAS RAMIREZ durante el tiempo que se desempeñó como miembro principal de la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Veamos por qué:

En materia de contratación, se han establecido una serie de exigencias que deben cumplir tanto la Administración, cuando actúa como contratante, como los particulares cuando obran como contratistas ante ella.

En tal sentido, y dado que por esta actividad se manejan fondos públicos en busca del interés general, la Administración solo puede hacer lo que la ley le está permitido, al estar su actividad totalmente reglada. Pero, en definitiva, la realización de un contrato administrativo, como cualquier otro, trae como consecuencia que las partes se obliguen a cumplir lo que pacten, mediando para ello una contraprestación.

Ahora bien. Para la época en que se celebraron los contratos, el régimen de contratación vigente era el Decreto - Ley 150 de 1976, el cual, en su artículo 68 clasificó en tres grupos el contrato de obra pública, encontrándose entre ellos el de ejecución de obras. Luego, al entrar en vigencia el Decreto 222 de 1983, a través de su artículo 81, especificó algunos factores que sirven para identificar este tipo de contratos como son la construcción, el montaje, la instalación, el mejoramiento, la adición, la conservación, el mantenimiento y la restauración de bienes inmuebles.

Adicional a lo anterior, la doctrina ha explicado que dentro de este tipo de contratos existe la modalidad de contrato por precio unitario, dentro del cual existe la obligación de ejecutar obras no previstas, lo que el autor Pedro José Bautista Möler en su obra El Contrato de Obra Pública explica así:

"Salvo que los pliegos de la licitación, el contrato o en cualquier otro documento que forme parte de él se disponga otra cosa, no corresponde al contratista asumir los costos de ítem no incluidos en el contrato; aunque sí está obligado a ejecutarlos: el precio será acordado por las partes o por el Juez del contrato, pero la Administración tiene, como ya se dijo, la facultad para exigir su ejecución. Debe aclararse que cuando se habla de ítem no incluidos en el contrato no significa en ningún caso obras que estén por fuera del objeto del contrato, porque en este evento nuestra legislación positiva prohibe la modificación del objeto contratado, inclusive en los casos de celebración de contratos adicionales" (...).[1]

Explica el citado autor que el fundamento para ello, consiste en que cuando el Estado contrata la ejecución de un objeto que beneficia a la colectividad, ese interés reclama su culminación total sin dilación. Ante ello, lo lógico es que la Administración posea las herramientas necesarias para garantizar su completa y oportuna ejecución, y ese mecanismo no es otro que la atribución de la Administración para exigir al contratista la ejecución de obras no especificadas en el contrato pero comprendidas en su objeto.

Lo anterior, para significar que respecto a las cláusulas contractuales pactadas entre la E.E.B. y los contratistas, en los contratos 3554 y 3561 se tenían previstas las obras extras adicionales, así:

"CLAUSULA DECIMACUARTA: TRABAJOS EXTRAS Y ADICIONALES a. Se entiende por obra o trabajo extra el que no está incluido en los planos ni en las especificaciones ni puede ejecutarse de acuerdo con los precios de este contrato... b. "LA EMPRESA" podrá ordenar trabajos extras y adicionales y el "CONTRATISTA" estará obligado a ejecutarlos siempre que los trabajos ordenados hagan parte de la obra contratada o sean necesarios para ejecutar esta obra o para protegerla... e) Antes de iniciar cualquier trabajo extra y si su tiempo de ejecución lo permite, se redactará un Acta entre el 'CONTRATISTA' y 'LA EMPRESA' en la que conste la cantidad de obra, los sistemas de pago y los plazos para el trabajo. En caso de que la ejecución del trabajo extra afecte el costo de la obra principal y/o los plazos del Contrato, los costos correspondientes y las modificaciones a los plazos de l contrato deberá incluirse en el Acta. Dichas actas, aprobadas por 'LA EMPRE-

1. BAUTISTA MOLER, Pedro José. El Contrato de Obra Pública 2a. ed. Santafé de Bogotá, p. 47.

SA' formarán parte del presente contrato". (Fol. 31, anexos contrato No. 3554).

Por su parte, la cláusula sexta del mismo, contempla dentro de su literal b) que "Cuando las Actas de Obra Ejecutada incluyan trabajos adicionales o extras, las cuentas de cobro deberán también acompañarse de copias de las órdenes de ejecución y de los acuerdos hechos respecto a tales trabajos, según se estipula en la cláusula Decimacuarta. 'LA EMPRESA' efectuará el pago de las cuentas de cobro mensuales por obra ejecutada dentro de los 45 días siguientes al recibo, en sus oficinas principales, de dichas cuentas debidamente preparadas y acompañadas con los documentos establecidos en esta Cláusula..." (Fol. 15 Cd. anexos contrato 3554).

De lo anteriormente transcrito, claro resulta concluir que tanto legal como contractualmente era perfectamente viable la elaboración de "obras extras", las que, valga la pena reiterar, se pactaron en el contrato siempre y cuando hicieran parte de la obra contratada y que los trabajos ordenados fueran necesarios para ejecutarla o para protegerla.

En lo que toca con la posibilidad de suscribir el acta de obra extra con posterioridad a la aprobación por parte de la Junta para adquirir los Equipos, es el mismo contrato el que prevé la circunstancia de que el tiempo de ejecución de la obra lo permita; por lo tanto, no surge la ineludible obligación de que antes de la ejecución de cualquier obra extra se debe suscribir el acta respectiva que para el caso concreto del Dr. JAIME ARIAS, fueron aprobadas mediante acta No. 1133 de marzo 28 de 1990, contrato 3554 el acta de obra extra No. 94 y 1128 de enero 17 de 1990, contrato 3561, el acta de obra extra No. 104.

Ambas actividades, aprobar la adquisición de Instalaciones y Equipos e Instalaciones Eléctricas y no haber suscrito previamente el acta de obra extra para su legal reconocimiento y pago (reproches formulados por la Procuraduría al aquí investigado), tuvieron como base el informe rendido por el Subgerente del proyecto.

En efecto, informó el citado funcionario que "en desarrollo de la construcción del Proyecto, la Empresa debe suministrar los siguientes servicios, así como cumplir los compromisos adquiridos y mencionados a continuación...".

Se relacionan entonces en el acta No. 1133 del 28 de marzo de 1990, los servicios de suministro de Energía Eléctrica y Telecomunicaciones, respecto de lo cual el mismo subgerente considera "es conveniente que los respectivos

contratistas cuenten con los servicios necesarios para desempeñar en forma mas adecuada sus labores".

La Junta Directiva autorizó a la Administración para reconocer al contratista Vianini - Entrecanales dicha suma por la adquisición de las instalaciones, a través de un acta de obra extra al contrato 3554, de acuerdo a las condiciones indicadas; y agregó que dicho valor representa el 0.29% del valor original del contrato y se encuentra dentro del porcentaje aprobado para obras extras y adicionales de dicho contrato por la Junta Directiva (fls. 29 y ss Cdno. anexos (no. 7).

De igual manera, mediante acta No. 1128 de enero 17 de 1990 se autorizó el acta de obra extra No. 104 dentro del contrato 3561, para la adquisición de instalaciones eléctricas de las obras, por valor de US 690.000.00, para cuyo pago el contratista radicaría la cuenta de cobro a la Empresa el día 20 de enero de 1990.

En dicha acta se puso en conocimiento por el Subgerente del proyecto "El Guavio" que "la firma interventora Hidroestudios S.A. - Restrepo y Uribe Ltda., mediante comunicación No. 185.7.7/2130 de diciembre 7 de 1989 ha manifestado que los términos de este acuerdo con el contratista son favorables para los intereses de la Empresa, permitiéndose proponer su aprobación".

También se dijo en el acta que "Este valor representa el 0.33% del valor original del contrato y se encuentra dentro del porcentaje aprobado por obras extras y adicionales de dicho contrato por la H. Junta Directiva" (fls. 34 y ss. Cdno. anexos No. 7).

Aparte de lo anterior, si se observan las Funciones de la Junta Directiva, ellas se limitan a autorizar la celebración de actos o contratos que así lo requieran, así como la construcción de nuevas instalaciones, adquisición, enajenación y gravamen de los bienes muebles e inmuebles de la empresa. Las obligaciones que se desprenden de tal autorización radica en cabeza del Gerente de la Empresa, como en forma clara lo preceptúan los Estatutos de la Empresa.

Por lo tanto, a los miembros de la Junta Directiva les estaba permitido, con base en las mismas cláusulas del contrato, aprobar la adquisición de instalaciones y equipos así como instalaciones eléctricas de las obras sin necesidad de suscribir previamente el acta de obra extra; además, con base en la cláusula sexta transcrita no se generaba, por ello, el cobro de intereses para el contratista, dado que el pago de las cuentas por obra ejecutada se debía efectuar dentro de los 45 días siguientes al recibo de las mismas en las oficinas principales.

Un segundo cargo, es el relativo a la autorización para adquirir equipo relacionado con la instalación del sistema de comunicaciones de Ubalá, sin tener en cuenta que en actas de obra extra Nº. 15 del 13 de Septiembre de 1984 y 31 del 6 de mayo de 1984 dichas obras ya habían sido reconocidas al contratista VIANINI S.P.A., ENTRECANALES y TAVORA, existiendo un doble pago al citado contratista.

Al respecto se hace necesario remitirnos nuevamente el contenido del acta Nº. 1133 de marzo 28 de 1990, en la que, con base en el informe suministrado por el Subgerente del Proyecto, se autorizó la adquisición de tales instalaciones, poniendo de presente que "el contratista instaló el sistema de telecomunicaciones, para el cual, de acuerdo con lo establecido en la sección 1.050.06 f) del capítulo de "Estipulaciones Especiales", del Pliego de Condiciones, deberá terminar la operación y mantenimiento a menos que acuerde algo con la Empresa, la cual se reserva el derecho de comprar parte o la totalidad de estas instalaciones".

Comentó también el subgerente que en desarrollo de la construcción del proyecto, la empresa debe suministrar los servicios de Energía Eléctrica, Telecomunicaciones y por lo tanto considera que lo debe seguir prestando.

De lo anterior no cabe deducir que se esté efectuando un doble pago al contratista como en principio lo creyó el ente de control, del mismo que a la postre absolvió al acusado de los cargos deducidos, sino que se trata de servicios que si bien en principio fueron suministrados por la Empresa, bajo la misma denominación, también es cierto que se trataba de servicios que requería el contratista para desempeñar sus labores en forma más adecuada, como bien se lee en el acta en la cual se alude al informe suministrado por el Subgerente del Proyecto.

Al respecto, las cláusulas Décima segunda y Décima Tercera del contrato hacen alusión a las obligaciones que adquiere 'La Empresa' con el contratista así como lo referente a obras provisionales, con base en las cuales, no cabe duda que el Dr. ARIAS RAMIREZ no desconoció la normatividad contractual, pues las cláusulas que hacen parte de los contratos 3561 y 3554, lo autorizaban a actuar como lo hizo y por lo tanto no surge la adecuación al tipo de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales.

De conformidad con lo anterior, la Corte deberá inhibirse de adelantar investigación penal en contra del Señor JAIME ARIAS RAMIREZ por confi-

gurarse una de las causales que para el efecto contempla el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, vale decir que el hecho imputado no tuvo existencia real, y que por el contrario se observa que obró conforme a derecho y a sus deberes legales.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

Resuelve:

ABSTENERSE de iniciar instrucción respecto al doctor JAIME ARIAS RAMÍREZ, por razón de los hechos denunciados por el Señor Carlos Alonso Lucio López y que fueron objeto de esta investigación previa.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE CASACIÓN / FRAUDE PROCESAL

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, que entró en vigencia el 2 de noviembre de ese año, el recurso de casación procede respecto de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años.

La sanción máxima prevista para el delito de fraude procesal es de cinco años prisión.

Con motivo de la entrada en vigencia de la citada Ley 81 de 1993, que modificó el requisito punitivo para la procedencia del recurso extraordinario de casación, la Sala precisó que es a partir del momento en que la sentencia se profiere, no antes, cuando surge el derecho a la impugnación, y que, por tanto, es la norma bajo cuyo imperio se profirió el fallo la que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso (Autos de 12 y 26 de julio de 1994, entre otros).

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta N°. 37

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados JOSÉ MIGUEL PARRA VARELA y LUIS GUILLERMO CÁRDENAS, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de 28 de julio de 1994, por el delito de fraude procesal.

Antecedentes

1. El Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante fallo de 12 de mayo de 1994, condenó a los procesados JOSE MIGUEL PARRA VARELA y LUIS GUILLERMO CARDENAS, a la pena principal de 12 meses de prisión, al hallarlos responsables de delito de fraude procesal previsto en el artículo 182 del Código Penal. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó integralmente.

2. Los defensores de los procesados interpusieron recurso de casación, el cual fue concedido por el Tribunal. Cumplidos los traslados de rigor y presentadas oportunamente las demandas respectivas, el proceso se remitió a esta Sala para la continuación del trámite.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, que entró en vigencia el 2 de noviembre de ese año, el recurso de casación procede respecto de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años.

La sanción máxima prevista para el delito de fraude procesal, por el cual se condenó a los procesados, es de cinco (5) años de prisión.

Con motivo de la entrada en vigencia de la citada Ley 81 de 1993, que modificó el requisito punitivo para la procedencia del recurso extraordinario de casación, la Sala precisó que es a partir del momento en que la sentencia se profiere, no antes, cuando surge el derecho a su impugnación, y que, por tanto, es la norma bajo cuyo imperio se profirió el fallo la que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso (Autos de 12 y 26 de julio de 1994, entre otros).

De cara a esta interpretación, se tiene que el recurso interpuesto por los defensores de los procesados José Miguel Parra Varela y Luis Guillermo Cárdenas no es procedente, pues, si la sentencia se profirió el 28 de julio de 1994, la norma aplicable al caso es el citado artículo 35 de la Ley 81 de 1993, que fijó en seis (6) años el presupuesto punitivo para su aceptabilidad, no el artículo 218 del C. de P. P., por cuanto para entonces no era la norma vigente.

Se decretará, en consecuencia, la nulidad del auto de 7 de septiembre de 1994 (fls. 53), mediante el cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá concedió el recurso, para en su lugar declararlo improcedente.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

Resuelve;

DECRETAR la nulidad del auto por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá admitió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha y origen anotados. En su lugar, se le declara improcedente.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar,–Salvamento de voto– Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE CASACION
(Salvamento de Voto)

Mi disentimiento con respecto a la declaratoria de Nulidad es el mismo que he venido manifestando en asuntos anteriores como (Cas. 10058 - Gustavo Cano Villarreal, dic. 16/94 y Cas. 10.259- José Ángel Anaya Bernal, feb. 28/ 95), entre otros.

Con todo respeto,

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR.

LIBERTAD CONDICIONAL / ANTECEDENTES

Siendo de obligatoria referencia el estudio de los "antecedentes de todo orden" que pueda registrar el acusado y que en particular han de revelarse al interior del expediente, no cumpliría la judicatura su función si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares y sociales de comportamiento, con miras a determinar si ha operado en realidad una rehabilitación y por lo mismo un cambio en los factores que condujeron a la comisión del delito y justificaron la imposición de pena, para animar a la cesación de su efectivo cumplimiento, o si por el contrario esas condiciones permanecem invariables o constituyen todavía un factor de riesgo que interfiera para el reacomodamiento social del procesado con provecho tanto para la comunidad como para él mismo, caso éste último en el que se tendría que mantener su status interno.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá D.C., dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*
Aprobado Acta N°. 39.

Vistos

El apoderado del procesado JAIRO CORREA ALZATE insiste en que su representado es acreedor a la libertad condicional, apoyado en lo preceptuado por los artículos 231 y 515 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto ella

constituya un beneficio-derecho cuando se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 72 del Código Penal.

Dichos requisitos - agrega el libelista- en forma alguna menciona la gravedad del hecho para denegar el subrogado, porque tal circunstancia como lo ha sostenido la Jurisprudencia, solo puede ser objeto de estudio y penalización al momento de tasarse la sanción.

Considera que si para valorar la personalidad del procesado se recurre a la gravedad y modalidades hecho punible y se deniega la libertad condicional, se estaría sancionando doblemente al condenado y con ello se violaría el principio del indubio pro reo, es decir, el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta Política.

Luego de citar varias jurisprudencias de diferentes despacho judiciales y de referirse en concreto a los conceptos favorables emitidos por las autoridades carcelarias, que en lo pertinente transcribe, considera el peticionario que con ello cumple las expectativas de la Sala y prueba que su defendido cumple a cabalidad los requisitos para que se le otorgue el beneficio reclamado mediante una decisión lógica, jurídica, científica y socialmente aceptada.

Consideraciones de la Corte

1º. Mediante sentencia de fecha 4 de noviembre de 1993, un Juzgado Regional de esta ciudad condenó a CORREA ALZATE a la pena privativa de once años de prisión (132 meses), como autor responsable de infracción a la Ley 30 de 1986, sanción que fuera modificada por el Tribunal Nacional en fallo calendado el 15 de febrero del corriente año, consistente en firjarle como pena privativa de la libertad la de nueve años y seis (6) meses de prisión.

Correa Alzate se halla privado de su libertad desde el 9 de abril de 1990, es decir, a la fecha ha descontado efectivamente cincuenta y nueve (59) meses y siete (7) días en detención preventiva y respecto de las labores realizadas por él desde su detención hasta la fecha, tal como quedó consignado en providencia de fecha 16 de diciembre último, no le figuran certificados por los meses de abril a septiembre de 1990, julio de 1991 y junio de 1994. Se allegaron con posterioridad los correspondientes a los meses de agosto a octubre de 1994, faltando por acreditarse las labores cumplidas a partir de noviembre hasta la fecha.

2º. En esta oportunidad se tendrán en cuenta los siguientes certificados:

a. Penitenciaría Central de Colombia la Picota: 28887, 29508, 30125, 30437, 30711, 30712, 30861, 30866, 31268 y 31542.

b. Cárcel Nacional Modelo: 5319, 6604, 9986, 9987, 9988, 11002 y 11003.

Trabajo: según los certificados correspondientes a los meses de julio a diciembre de 1992 (folio 250 Cuaderno 9, folio 27 cuaderno 5), julio a octubre de 1993 (folio 182 id), octubre a diciembre del mismo año (folio 110 cuaderno Corte), de enero a abril (folio 108 id.) y septiembre y octubre de 1994 (folio 180 id.) le aparecen un total de 4.112 horas, de las cuales solo se le tendrán en cuenta 3.922 en atención a que el mes de octubre de 1993 aparece relacionado doblemente en los certificados 5319 (folio 182 cuaderno 9) y 6604 (folio 110 cuaderno Corte). En consecuencia tiene derecho a una redención de pena por este concepto de ocho (8) meses y cinco (5) días.

Estudio: según los certificados correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 1990 (folio 252 cuaderno 9); todo el año de 1991 con excepción del mes de Julio (folios 252 cuaderno 9; folio 23 y 24 cuaderno 5); enero de 1993 (folio 187 cuaderno 8) y mayo a agosto de 1994 (folio 106, 108 y 182 cuaderno de la Corte), se le certifican 3.812 horas. Por esta actividad tiene derecho a diez (10) meses y diecisiete (17) días.

Instrucción: Según los certificados correspondientes a los meses de febrero a julio de 1993 (folios 188 y 189 cuaderno No. 8, 170 y 171 cuadernos No. 9) le aparecen 472 horas que le representan una redención de pena equivalente a un (1) mes y veintinueve (29) días.

Por las actividades de trabajo, estudio y enseñanza (instructor), se le reconocen en esta oportunidad y de acuerdo con los certificados ya mencionados y por los períodos certificados con las dos aclaraciones ya anotadas, veinte (20) meses y veintiún (21) días, los que sumados al tiempo de detención efectiva (59 meses y 7 días), le permiten acumular setenta y nueve (79) meses y veintiocho (28) días, superiores a las dos terceras partes de la pena impuesta en la sentencia de segunda instancia que corresponden a setenta y seis (76) meses de prisión.

3. Con relación al criterio expuesto por la Sala en la providencia ya mencionada, no encuentra la Corte motivo para rectificarlo, pero como conse-

cuencia de las alegaciones presentadas por el peticionario que apuntan a una posible violación del debido proceso, ha de hacerse la siguiente precisión:

1. Según lo ha señalado esta Sala de casación en ocasiones precedentes una de ellas en providencia de marzo 10 de 1981, el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional se busca entre a repercutir aquí en la excarcelación del procesado, implica la coincidencia de una doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre el penado, recayendo la primera sobre la reunión de las exigencias de personalidad, buena conducta carcelaria y antecedentes de todo orden y presuponiendo la segunda un juicio de valor sobre la readaptación social y buena conducta futura.

Para el caso que se analiza, sobre el comportamiento carcelario abundan las referencias que acompaña la defensa para indicar que en su adaptación al internado el procesado se merece el calificativo de bueno, avanzando otros criterios que perfilarían rasgos de su personalidad en el momento actual de expectativa por la libertad que invoca.

Sin embargo y como queda visto, siendo de obligatoria referencia el estudio de los "antecedentes de todo orden" que pueda registrar el acusado y que en particular han de revelarse al interior del expediente, no cumpliría la judicatura su función si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares y sociales de comportamiento, con miras a determinar si ha operado en realidad una rehabilitación y por lo mismo un cambio en los factores que condujeron a la comisión del delito y justificaron la imposición de pena, para animar a la cesación de su efectivo cumplimiento, o si por el contrario esas condiciones permanecen invariables o constituyen todavía un factor de riesgo que interfiera para el reacomodamiento social del procesado con provecho tanto para la comunidad como para él mismo, caso éste último en el que se tendría que mantener su estatus de interno.

Lo anterior, por consiguiente, impide que sobre la sola base de unas bondadosas referencias personales pueda operar esa valoración integral, y sobre todo prescindiendo de las condiciones bajo las cuales se llegó a cometer la infracción juzgada, porque jamás podrá equipararse esta valoración para los casos de un delito pasional u ocasional, con las que se refieren a un delito cuya comisión ha implicado el montaje de una verdadera empresa que no desaparece por el solo hecho de la entrega o captura de uno o algunos de sus integrantes, dado que en este último caso, es responsabilidad del Juez ante la ley y la comunidad, la de

tomar certeza y contar con garantía en cuanto aquella organización preparada para la actividad ilícita haya desaparecido real y radicalmente, o distanciado por lo menos e irrevocablemente de su actividad al sentenciado, ya que de otro modo, flaco servicio se le prestaría a la sociedad y al cumplimiento de los fines de la pena, con simplemente anticipar la posibilidad de que el sentenciado se reincorpore a aquel ambiente y retome aquellos medios y propósitos que lo habían llevado a la comisión de su infracción.

Tal situación se advierte cuando el hecho por el cual se le hizo responsable ante la justicia se halla relacionado, por vía de ejemplo y como en este caso se advierte, con el complejo montaje de una actividad de producción, comercialización y exportación de sustancias estupefacientes que involucran la actividad de todo un grupo muy bien seleccionado, organizado y disciplinado de individuos que en sus diversas escalas se dedican al cultivo de las plantas, a la recolección de las cosechas, luego al proceso de elaboración e industrialización de los productos vedados, posteriormente a su almacenamiento y transporte y por último a su distribución y mercadeo, sin descontar -se infiere de la prolongación de esa actividad en el tiempo- el compromiso de autoridades corruptas.

Tan complejas organizaciones y actividades, elaboradas y cuidadosamente concebidas y ejecutadas, es racionalmente comprensible que tengan hundidas profundamente sus raíces, sin que hagan fácil, por lo mismo, su desmonte y desvertebramiento, circunstanciando, obviamente, dentro del análisis de esos "antecedentes de todo orden" la complejidad que representa en casos como el presente la valoración del pronóstico de que se hiciera cita en un inicio.

No es, pues, como el memorialista lo insinúa, que en la decisión tomada por la Corte en providencia precedente, se haya respondido negativamente a la aspiración liberatoria del procesado por un acto de arbitrariedad o un exceso tal vez en el subjetivismo de las apreciaciones, menos aún con intereses retaliativos que jamás han sido el soporte de las decisiones de esta Colegiatura, o por una facilista o impropia remisión a la gravedad del delito.

La referencia a la naturaleza de la actividad delictiva cumplida por el acusado distaba de raíz de ser gratuita, y mucho menos podría acusársela de desconocedora de la propia doctrina de la Sala en relación con el subrogado que se invoca. Fruto fue, y por ello se mantiene, de ese legal deber de sopesar, previo a la decisión de anticipar o no la libertad de un penado, el lleno de las exigencias legales correspondientes a una política criminal de tiempo atrás debidamente asentada en el sistema positivo colombiano, que en esta específica materia

consagra un derecho de automático reconocimiento para el procesado, sino el deber de realizar aquellas dos tareas de diagnóstico y pronóstico que se han dejado anunciadas, a fin de concluir en forma razonada sobre la viabilidad o no de proseguir o de cesar el tratamiento penitenciario que para cada caso ha sido oportuna y debidamente dosificado.

No se cumplen, entonces y con fundamento en lo dicho, las exigencias que la ley prescribe para que en el caso presente se pueda conceder la libertad condicional a que aspira el procesado según impetración de la defensa, y como consecuencia habrá de denegar la Sala o pedido.

Como coincidencialmente ha recibido el despacho una solicitud que con fundamento en el pago de la multa impuesta en la sentencia aspira a que se desembargue un bien de propiedad del procesado, habrá de responder la Sala que por mandato de la ley su competencia en sede de casación se halla restringida a la decisión del recurso extraordinario y por vía de excepción a la resolución de las solicitudes de libertad que bajo causales exceptivas le sean formuladas, motivo suficiente para que por falta de competencia se abstenga de conocer y decidir otra clase de incidentes como el formulado, de competencia de los jueces de instancia, a cuyo conocimiento debe regresarse. Así se resolverá.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

Resuelve:

1. NEGAR al procesado JAIRO CORREA ALZATE el beneficio de libertad provisional que demanda su apoderado.

2. ABSTENERSE de conocer del incidente de desembargo propuesto, por las razones consignadas en precedencia. La Secretaría de la Sala procederá a devolver al Tribunal Nacional la petición y sus anexos para los fines indicados en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / CAUSAL DE JUSTIFICACION

El artículo 55 de la Ley 81 de 1993 que modificó el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, establece que el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución, "6. Cuando la infracción se hubiere realizado con exceso en las causales de justificación".

Se trata de una causal objetiva cuando el juzgador ha reconocido que el hecho se ha cometido en exceso de cualquiera de las circunstancias de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 039

Vistos

El Procurador Judicial N°. 64 de Asuntos Penales de Cali, en escrito dirigido a esta Sala solicita en favor del procesado JESUS MARIA SALAZAR MEJIA el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 6° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 por cuanto se le condenó por el delito de homicidio en exceso de legítima defensa.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali mediante sentencia de fecha 25 de agosto de 1994, condenó a JESUS MARIA SALAZAR MEJIA por homicidio

simple en exceso de legítima defensa a la pena privativa de la libertad de cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, el beneficio de Libertad provisional y la detención domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el aquí peticionario, el Tribunal Superior de la misma ciudad, en fallo de fecha 24 de octubre siguiente, igualmente recurrido en casación por el Procurador No. 64 Judicial para asuntos penales, reformó la sanción principal en el sentido de imponerle a SALAZAR MEJIA cuatro (4) años y dos (2) meses de prisión, confirmando las demás determinaciones ya mencionadas y relativas a la libertad del condenado.

El artículo 55 de la Ley 81 de 1993 que modificó el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, establece que el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución, "6. Cuando la infracción se hubiere realizado con exceso en las causales de justificación".

Es claro que en el caso presente los juzgadores de instancias en sus pronunciamientos, reconocieron que JESUS MARIA SALAZAR MEJIA al dar muerte a Daneris Eliécer Granados Jiménez en las horas de la madrugada del 6 de noviembre de 1993, obró en exceso de legítima defensa y ella la razón para que se le hubiese impuesto como pena privativa de la libertad en la sentencia de segundo grado la sexta parte del mínimo de la sanción prevista par el homicidio simple en la Ley 40 de 1993, es decir, que la causal alegada por el Procurador Judicial N°. 64 para asuntos penales, se halla presente sin que su procedibilidad pueda depender de la cantidad de pena que se le haya impuesto en la sentencia.

Se trata de causal objetiva cuando el juzgador ha reconocido que el hecho se ha cometido en exceso de cualquiera de las circunstancias de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal.

En consecuencia, procede el beneficio reclamado para lo cual el procesado deberá prestar caución prendaria por la suma de cien mil pesos ($100.000.00) a favor del Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali y suscribir diligencia de buena conducta y compromiso al tenor de lo previsto en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL

Resuelve:

1°. OTORGAR al procesado JESÚS MARÍA SALAZAR MEJÍA el beneficio de libertad provisional previa caución prendaria por la suma de cien mil pesos ($100.000.00) que consignará a favor del Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali y la suscripción de diligencia de compromiso y buena conducta al tenor de lo previsto en el 419 del Código de Procedimiento Penal.

2°. Satisfechos los anteriores requisitos se librará la correspondiente boleta de libertad con la advertencia de que solo producirá efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

3°. Para el cumplimiento de esta providencia se comisiona al citado Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali. Líbrese la correspondiente comunicación telegráfica.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS EN DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIA

Una pistola con calibre de 7.652 mm. corresponde a la clasificación dada por el Decreto 2.535 de 1993 como arma de defensa personal, sin importar el número de cartuchos que contenga en su proveedor ni la longitud del cañón, puesto que el calibre de la pistola, inferior al tope legal, indica su insuficiencia para ser concebida dentro de las destinadas a la guerra y funciona como elemento determinante de aquella clasificación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de mil novecientos noventa y cinco 1995.

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*
Aprobado Acta N°. 039

Vistos:

De plano decide la Sala de colisión negativa de competencia que se ha suscitado entre el Juez 7° Penal del Circuito de Valledupar que la provocó y el Juzgado Regional de Barranquilla que traba el conflicto, acerca del juzgamiento del procesado CARLOS ENRIQUE VERGARA PLATA, acusado del delito de porte ilegal de arma de uso privativo de las fuerzas militares, según el primero, o de defensa personal, como lo considera el segundo.

Hechos

En las horas de la noche del 27 de noviembre de 1993, la policía aprehendió al Señor CARLOS ENRIQUE VERGARA PLATA, quien había hecho unos

disparos momentos antes con armas de fuego en la residencia de su ex-compañera, ubicada en la Calle 13A 14-48 de Valledupar, en donde se había presentado en estado de beodez. Requisado su vehículo automotor, en su interior se encontró una pistola número PY51803, calibre 7.65 mm, marca Browing, con un proveedor y 8 cartuchos para la misma.

Actuación procesal

Abierta la instrucción el 28 de noviembre de 1993, por la Fiscalía 18 Unidad Previa y Permanente de Valledupar (fl. 5) y vinculado el capturado con indagatoria (fls. 16 a 19), la Fiscalía 5a. Especializada Grupo "A" de la misma ciudad le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, con beneficio de excarcelación, como autor presuntamente responsable de los delitos de fabricación y tráfico de armas o municiones de defensa personal y lesiones personales (fls. 61 a 68).

Clausurada la investigación (fls. 101), la Unidad Novena de Fiscalía Especializada del Grupo "B" de Valledupar, en providencia fechada el 12 de mayo de 1994 (fls. 110 a 116) calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el incriminado CARLOS ENRIQUE VERGARA PLATA, como autor presuntamente responsable del concurso de delitos de fabricación y tráfico de arma de fuego de defensa personal (artículo 201 C.P. Modificado, art. 1°. Decreto - Ley 3664 de 1986) y Lesiones Personales (art. 332 C.P.).

En firme la anterior decisión, el proceso llegó por reparto a conocimiento del Juzgado 7° Penal del Circuito de Valledupar el 2 de Junio siguiente (fl. 122), en donde al juicio, en lo tocante con el delito de fabricación y tráfico de arma de fuego de defensa personal, se le impartió el trámite correspondiente, pues en cuanto al hecho punible de lesiones personales, por tratarse de una contravención especial en los términos del artículo 1°. de la Ley 23 de 1991, se remitieron las copias del proceso a conocimiento de las autoridades de policía (fl. 123).

Vencido el término de traslado para preparación de la audiencia, previsto en el artículo 445 del C. de P. Penal, el Juez de conocimiento encontró que no era competente para realizar el juzgamiento, habida consideración de que los hechos investigados configuraban el delito de porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, cuyo conocimiento estaba asignado al Juez Regional (fl. 136 a 139), y en consecuencia dispuso la remisión del proceso al reparto de tal despacho judicial en Barranquilla

Argumentos que esgrimen

1. El Juez 7º Penal del Circuito de Valledupar sostiene que el Decreto 3.664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2.266 de 1991, tipifica en su artículo 1º el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, mientras que el canon 2º *ibíd* consagra el porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas.

Anota que el artículo 2º del Decreto 2.003 de 1982 consagra cuándo el arma de fuego es o no de defensa personal, y que según la citada norma, armas de defensa personal son las pistolas y revólveres que reúnan la totalidad de las siguientes características:

"a) Calibre Máximo: 9.652 milímetros (38 pulgadas);

b) Longitud máxima del cañón: 15.24 cms. (6 pulgadas);

c) Funcionamiento: Por repetición o semiautomáticos;

d) Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos, a excepción de las que originalmente sean calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos;

e) Energía en la boca de fuego (energía cinética), no mayor a 350 libras/pie".

Continúa señalando que el artículo 4º del Decreto 2.003 de 1982, literal a) considere como armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, "las que posean una o más características diferentes a las enunciadas en los artículos 2º y 3º del citado decreto".

Agrega que las citadas disposiciones fueron "recogidas" por el Decreto 2.535 del 17 de diciembre de 1993, cuyo artículo 11 señala las características del arma de fuego de defensa personal, para concluir que el arma decomisada al procesado se clasifica como de uso privativo de las fuerzas militares, frente a las características señaladas en el artículo 2º del Decreto 2.003 de 1982, vigente por la época de los hechos.

Se apoya entonces en el peritaje obrante a folio 7, según el cual la pistola calibre 7.65 mm. hallada en poder del acusado tiene un proveedor con capacidad para 12 cartuchos, vale decir superior a la consagrada en los artículo 2º del Decreto 2.003 de 1982 y 11 del Decreto 2.535 de 1993 (9 cartuchos) y por lo mismo, "como lo afirma el perito", el arma citada es de uso privativo de las fuerzas militares.

Arguye que en ese entonces la competencia para conocer de esta clase de procesos radicaba en el Juez de Orden Público, de acuerdo con el Decreto - Ley 099 de 1991, "artículo 9, numeral 5º", que fue adoptado como legislación permanente por el Decreto 2.271 de 1991, artículo 4º y que hoy se encuentra asignada al Juez Regional por virtud del artículo 71.4 del C. de P.P.

2. El Juez Regional de Barranquilla, por su parte, estima que el artículo 2º del Decreto 3.664 de 1986, que consagra el delito de porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, es un tipo penal en blanco que para los fines de tipicidad halla complemento en el artículo 8º, literal a), del Decreto 2.535 de 1993, reglamentario de armas y explosivos en Colombia, al establecer que son armas de guerra y por lo mismo "de uso privativo de la fuerza pública", entre otras, "pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm (0.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este decreto".

En desarrollo de lo anterior, el funcionario anota que el arma decomisada al procesado es una pistola calibre 7.65 mm que en modo alguno corresponde al calibre 9.652 mm. mientras que la capacidad de carga en el proveedor superior a los 9 cartuchos no es elemento sustancial excluyente del objeto material del delito de porte ilícito de arma para defensa personal. A este efecto cita un segmento del auto que esta Sala dictó el 16 de junio de 1994 en asunto relacionado con el porte ilegal de pistolas de este calibre, según el cual no se les puede considerar como arma de uso privativo de la fuerza pública, sólo porque en su proveedor se alojen más de 9 cartuchos, sin parar mientras al calibre inferior al límite material de 9.652 mm., lo que dio lugar a fijar la competencia en el Juez Penal del Circuito (fls. 150 a 156).

Consideraciones de la Corte

Por tratarse de una colisión de competencias suscitada entre un Juzgado Regional y uno Penal del Circuito, es la Sala de Casación Penal de la Corte la llamada a dirimirla.

A tono con la parte final del artículo 97 del C. de P.P., el diferendo jurídico - procesal que se ha presentado entre los dos jueces (7º Penal del Circuito de Valledupar y Regional de Barranquilla), constituye el típico conflicto judicial negativo, puesto que ambos se niegan a conocer del juicio por estimar que no es de su propia competencia.

Pericialmente se sabe que el arma decomisada al procesado es una pistola calibre 7.652 mm. con capacidad de carga en su proveedor de 12 cartuchos (fl. 7, cdno. ppal.), calidades éstas que no se discuten por los funcionarios trabados en la controversia. Sólo que se ignora la longitud del cañón de la pistola, cuyo límite legal es de 15.24 cm.

La Sala comparte la estimación del Juez Regional de Barranquilla, pues una pistola con calibre de 7.642 mm. corresponde a la clasificación dada por el Decreto 2.535 de 1993 como arma de defensa personal, sin importar el número de cartuchos que contenga en su proveedor ni la longitud del cañón, puesto que el calibre de la pistola, inferior al tope legal, indica su insuficiencia para ser concebida dentro de las destinadas a la guerra y funciona como elemento determinante de aquella clasificación.

Con arreglo al artículo 8° del citado estatuto, únicamente pueden tomarse como armas de uso privativo de las fuerzas militares:

"a) Las pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este decreto";

"b) Pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm (.38 pulgadas)". En ninguno de estos dos literales encaja el asunto bajo examen.

Por su parte, el artículo 11 del citado decreto establece que deben considerarse como armas de defensa personal, "a) Revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características:

- Calibre máximo 9.652 mm (.38 pulgadas).

- Longitud máxima de cañón 15.24 cm (6 pulgadas)

- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática

- Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos..."

En un caso similar la Corte consideró, en el auto del 16 de Junio de 1994 que cita el Juez Regional de Barranquilla, al resolver un conflicto de competencias en todo similar al que ahora ocupa la atención:

"De lo expuesto se deduce en sana lógica, que fue voluntad del legislador establecer, que las armas revólveres o pistolas de un calibre inferior a 9.652 mm, cualquiera que sea el número de cartuchos que pueda contener en el

proveedor, deben considerarse a partir de la vigencia del Decreto 2535 de 1993, como armas de defensa personal".

Esa toma de posición ya la había asumido la Corte en providencia de fecha 5 de mayo de 1994, al resolver un conflicto de competencias en otro caso análogo:

"... Las dos pistolas incautadas en el caso subjúdice son de calibre 7.65 mm., lo cual a las claras significa que por razón del calibre, ninguna de ellas puede considerarse arma de uso privativo de la fuerza pública, así una por tener un proveedor con capacidad superior a nueve (9) cartuchos, no cumpla con la totalidad de las características señaladas en el artículo 11.

"La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (8 y 11), de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la fuerza pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que en tratándose de esta clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador la ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm. Y es lógico que así lo hubiere hecho, porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la fuerza pública, "aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público", como lo dice el ya copiado artículo 8º., necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen con las armas de guerra y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la fuerza pública".

"Por esta misma razón no puede admitirse el argumento de que como la enumeración que trae el artículo 8º es meramente enunciativa y no taxativa ("tales como", debe la norma), sí es posible comprender en ella la pistola de 7.65 mm sólo por causa de la capacidad del proveedor superior a nueve (9) cartuchos. Por lo demás, este tipo de interprestación, por la indeterminación que implica, vulnera directamente el principio rector de la tipicidad, consagrado en el artículo 3º. del Código Penal, en virtud del cual, "la ley definirá el hecho punible de manera inequívoca".

Lo anterior indica que en el presente asunto, donde también se trata de una pistola calibre 7.652 mm., cuyo proveedor aloja 12 cartuchos, tal arma, frente al

precipitado Decreto 2.535 de 1993, debe ser estimada como de defensa personal, sin importar la capacidad de carga en el proveedor.

Así las cosas, se debe concluir que la competencia para conocer de ese proceso radica en el Señor Juez 7°, Penal del Circuito de Valledupar, no sólo por la naturaleza del hecho sino también por el factor territorial.

Por lo considerado, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

Resuelve

Dirimir la presente colisión asignando la competencia para conocer del proceso al Señor Juez 7°. Penal del Circuito de Valledupar (Cesar), a quien se le remitirá el expediente. Hágase saber lo decidido al Señor Juez Regional de Barranquilla.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, 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

"Hay colisión de competencia - dice el artículo 97 del C. de P.P. cuando dos o más jueces consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento - colisión positiva-, o cuando se niega a conocer - colisión negativa- por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos".

La competencia se ha dicho, es el conjunto de factores que limitan la jurisdicción, en cuanto que determinan en forma precisa el ámbito dentro del cual un Juez puede válidamente administrar Justicia. Tales factores determinantes de la competencia, en virtud de los cuales puede trabarse un conflicto de esa naturaleza, se concretan a la naturaleza del hecho, el territorio, la persona del procesado y, en los atentados contra el patrimonio económico, la cuantía. El momento procesal en que puede suscitarse, el juzgamiento, vale decir, una vez ejecutoriada la resolución de acusación y antes de que se agoten las instancias con el pronunciamiento del fallo correspondiente, porque con posterioridad, si fuere éste se condena su ejecución es de orden administrativo, a términos del artículo 500 del C. de P.P.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Valencia*

Aprobado Acta No. 39

Vistos

Resuelve la Corte lo que fuere pertinente en relación con la colisión de competencia suscitada entre el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá y su homólogo de Medellín (Antioquia).

Antecedentes

1. Por hechos ocurridos en la ciudad de Medellín, tipificadores de los punibles de homicidio y Porte Ilegal de Armas de Uso Personal, JHON BAYRO GONZALEZ MARIN fue condenado por el Juzgado 80. Superior de esa localidad a la pena principal de ciento veintiséis (126) meses de prisión, fallo que cobró ejecutoria.

2. Trasladado el condenado a pagar la pena a la Penitenciaria Central de Colombia " La Picota "de este Distrito Capital, el Juzgado 32 Penal del Circuito de Medellín (antiguo 8o. superior), dispuso la remisión del proceso a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad creados para aquella capital, de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo 54 del Consejo Superior de la Judicatura y artículo 500 del C de P. P.

3. El asunto correspondió en reparto al Juzgado Primero de dicha denominación el 12 de agosto de 1994, en cuyo trámite concedió al condenado el subrogado penal de la libertad condicional a finales de diciembre del año pasado (no se cuidó de fechar el auto), para finalmente, por auto del 27 de enero del cursante año, disponer el envío del proceso al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Medellín, planteándole colisión de competencia, sin presentar razón alguna distinta a la enunciación del Articulo lo. del Acuerdo No.54 del consejo superior de la Judicatura.

El Juzgado de Medellín en resolución del 17 de febrero del corriente año adujo que el Acuerdo en cita no autorizaba que su homólogo de Santafé de Bogotá se desprendiera de la tramitación del proceso, porque "..sabido es que en el momento en que fueron creados los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad en la capital del País el sentenciado se encontraba en la Penitenciaria central de Colombia "La Picota", hecho fáctico que dio de inmediato competencia a estos Juzgados para conocer de la actuación, acorde a lo estipulado en el inciso primero del plurimencionado art. lo. del Decreto (sic) 54 de 1994.."

Ha llegado la actuación a la corporación para que se dirima el disenso.

Consideraciones de la Corte

"Hay colisión de competencias - dice el artículo 97 del C. de P. P. - cuando dos o más jueces consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el

juzgamiento - colisión positiva -, o cuando se niegan a conocer - colisión negativa-, por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos".

La competencia, se ha dicho, es el conjunto de factores que limitan la jurisdicción, en cuanto que determinan en forma precisa el ámbito dentro del cual un Juez puede válidamente administrar justicia. Tales factores determinantes de la competencia, en virtud de los cuales puede trabarse un conflicto de esa naturaleza, se concretan a la naturaleza del hecho, el territorio, la persona del procesado y, en los atentados contra el patrimonio económico, la cuantía. El momento procesal en que puede suscitarse., el juzgamiento, vale decir, una vez ejecutoriada la resolución de acusación y antes de que se agoten las instancias con el pronunciamiento del fallo correspondiente, porque con posterioridad, si fuere éste de condena su ejecución es de orden administrativo, a términos del articulo 500 del C. de P. P.

En el caso *sub-lite,* el Juzgamiento de GONZALEZ MARIN se produjo con absoluto respeto de los principios enunciados, puesto que lo fue dentro del territorio donde los hechos tuvieron ocurrencia y por el Juez al que correspondía el conocimiento por la naturaleza de los mismos, pronunciando la sentencia condenatoria que quedó ejecutoriada luego de surtirse el recurso ordinario de apelación y extraordinario de casación, sin que en ese interregno la competencia se hubiera enervado.

No obstante lo anterior, en consideración a que la ejecución de la pena es una consecuencia inmediata al fallo, y al hecho de haber creado el legislador los Juzgados Especializados para dicha función, esta corporación, en providencias de noviembre 6/92, julio 26/93 y julio 26/94, ha venido aceptando las colisiones presentadas en la ejecución de las sentencias, no solamente porque en ellas se involucran Jueces, sino además, para evitar dilaciones que conllevan perjuicios a los mismos penados.

Por manera que, en tratándose de la ejecución de penas, es claro que corresponde su vigilancia, al Juez de ejecución de penas del lugar donde se encuentre purgándola el condenado por disposición de la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario según conveniencias de diferente índole, sin que tal situación se afecte por la concesión del subrogado penal de la libertad condicional, pues él mismo puede seguir ejerciendo control sobre el cumplimiento de las obligaciones adquiridas para, en caso de que fueren violadas durante el periodo de prueba, revoque el subrogado concedido y haga efectivo el resto de pena que ha dejado de cumplir de conformidad con lo

preceptuado por el artículo 74 del C. P. y el 514 del C. de P. P. y las correspondientes del Estatuto Penitenciario. Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

Resuelve

Dirimir el conflicto de competencias presentado entre el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá y su similar de la ciudad de Medellín (Ant.) en el sentido de asignar la vigilancia de la ejecución de la sentencia del presente caso, al Juez 1o de Ejecución de Penas de Santafé de Bogotá, comuníquesele a su homólogo de Medellín.

Devuélvase la actuación al Juzgado de la capital de la República mencionado.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECUSACION / IMPEDIMENTO / COLISION DE COMPETENCIA / LIBERTAD PROVISIONAL

Reiteradamente esta Corte ha sostenido que con motivo de incidentes como los de recusación e impedimentos o colisiones de competencia, solamente puede pronunciarse respecto del mismo y, por consiguiente, no tiene facultad para tomar decisiones distintas, como conocer y definir la libertad del procesado.

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

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

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

Aprobada Acta No. 41.

Vistos

El procesado ORLANDO BOLAÑOS TORRES quien se halla detenido en la cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, solicita la libertad condicional con apoyo en el artículo 72 Código Penal.

Consideraciones de la Corte

El proceso seguido contra JOHN JAIRO ROMERO Y ORLANDO BOLAÑOS TORRES, llegó a esta corporación para decidir el conflicto negativo de competencias trabado entre un Juzgado Regional de Bogotá y el Juzgado 2o de Ejecución de Penas y Medidas seguridad.

Reiteradamente esta Corte ha sostenido que con motivo de incidentes como los de recusación e impedimentos o colisiones de competencia, solamente puede pronunciarse respecto del mismo y, por consiguiente, no tiene facultad para tomar decisiones distintas, como conocer y definir la libertad del procesado.

En el presente caso, BOLAÑOS TORRES reclama la libertad alegando que cumple con los requisitos que exige el artículo 72 del Código Penal, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, motivo por el que se hace acreedor al derecho solicitado. Estas confrontaciones desatienden las facultades restringidas que otorga la Ley a la Corte en tratándose de los incidentes comentados, en donde lo que se busca es una solución inmediata y expedita y por eso la resolución se asume de plano, sin dar lugar a dilaciones.

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

En el asunto tratado, es el Juez 2o de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de esta ciudad, el llamado por previsión normativa a resolver la petición que ha formulado el procesado Orlando Bolaños Torres, en consecuencia, allí será remitida.

Por lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL, SE ABSTIENE de resolver la petición de libertad condicional solicitada por el detenido ORLANDO BOLAÑOS TORRES y, en su lugar, ordena que la solicitud sea remitida de inmediato al Juez 2°

de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, que actualmente conoce el proceso seguido contra dicha persona.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPUTABILIDAD

No siempre que el individuo actúa bajo los efectos del alcohol, carece de conciencia y voluntad para realizar el hecho punible, no sabiendo lo que hace o no teniendo conocimiento o determinación frente a la ilicitud de su comportamiento. Para establecer la inimputabilidad, la peritación del médico psiquiatra es la prueba idónea más no la única; si ella no es consistente y resulta desvirtuada por otros medios sólidos de convicción, razonadamente se puede concluir en contrario.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*
Aprobado Acta No. 042

Vistos:

El 16 de septiembre de 1993, el Tribunal Superior de Ibagué confirmo la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Lérida (Tolima) que condenó al procesado LUIS GERARDO QUESADA DIAZ a la pena principal de 40 meses de prisión, por hallarlo responsable del delito de homicidio simple, cometido en las circunstancias del artículo 60 del Código Penal; decisión recurrida en casación por su defensor.

Hechos

La madrugada del 13 de septiembre de 1991, dentro del perímetro urbano de la población de Lérida, Luis Gerardo Quesada Díaz y Orlando Castro Coronado, momentos después de que aquél recibiera de éste ofensas y provo-

caciones dentro del establecimiento de billares y heladería "La Central", se trenzaron en riña, en desarrollo de la cual el segundo de los nombrados sufrió de manos del primero dos navajazos que le causaron la muerte.

Actuación procesal

El Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Lérida inició la investigación, oyendo en indagatoria al sindicado Quesada Díaz y en declaración a varios testigos presenciales, definiéndole la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio.

A petición de la defensa, se dispuso por la funcionaria instructora someter al procesado a examen médico-siquiátrico, a fin de determinar si al momento de los hechos se encontraba en capacidad de autorregularse, "si sufrió trastorno mental transitorio determinando si ocasionó secuelas", y si el examinado se encontraba en capacidad de obrar en forma diferente a como lo hizo (f.73 del cdno. ppal.).

El médico siquiatra del Instituto de Medicina Legal, Seccional de Ibagué, después de entrevistar a Luis Gerardo Quesada Díaz, indagar por sus antecedentes y referirse a las pruebas del proceso, arribó a la siguiente conclusión:

> "1) Para el día de los hechos el entrevistado se encontraba en estado de EMBRIAGUEZ AGUDA probablemente entre grado uno y dos.
>
> "2) El nivel de intoxicación unido a otros factores mermó la capacidad para autorregularse por lo cual considero que se encontraba en un TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO sin secuelas
>
> "3) La rapidez de los hechos y la emocionalidad probablemente le impedían obrar en forma diferente a como lo hizo " (fs.144 a 147 *ibídem).*

Clausurada la etapa investigativa, el 13 de enero de 1992 el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal radicado en Lérida, apartándose de las conclusiones de la pericia siquiátrica, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Quesada Díaz por el delito de homicidio simple cometido en estado de ira, causada por comportamiento grave e injusto de la víctima (Artículos 60 y 323 del C.P:); enjuiciamiento apelado por su defensor y confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante providencia de fecha mayo 7 de 1992.

Habiendo fracasado la terminación anticipada del proceso por la vía del artículo 37 del C, de P.P., el Juzgado Primero Penal del Circuito de Lérida ordenó la libertad provisional del procesado por la causal contemplada en el numeral 5o del artículo 439 del Decreto 050 de 1987, anterior C, de P.P., vigente al momento de los hechos y aplicado ultra activamente por favorabilidad; llevó a cabo la audiencia pública y puso fin a la instancia con sentencia de fecha 4 de junio de 1993, mediante la cual condenó a Luis Gerardo Quesada Díaz a la pena principal de 40 meses de prisión, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal y al pago en concreto de los perjuicios causados. Declaró además que el condenado no se hace acreedor a ninguno de los subrogados penales, razón por la cual ordenó su captura para hacer efectiva la pena impuesta. Este fallo fue apelado por la defensa y confirmado el 16 de septiembre de 1993, sin modificación alguna, por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante la decisión que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

Bajo el ámbito de la causal primera de casación se afirma que la sentencia impugnada es violatoria "cuando menos, de los artículos 1 , 31, 33 y 35 a 39 del Código Penal y varios del Código de Procedimiento Penal por error de hecho manifiesto, "por haberse dejado de estimar en su valor probatorio el dictamen siquiátrico", conforme al cual el procesado Quesada Díaz al momento de ejecutar el hecho punible no tuvo la capacidad de comprender la ilicitud de su acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por trastorno mental transitorio, sin secuelas; reproche que el demandante condensa en los siguientes términos:

> "La prueba pericial a que nos hemos referido, de carácter siquiátrico, no fue tenida en cuenta, existe y fue legalmente pedida, decretada y practicada, pero no se asignó valor alguno y por tanto no se aplicó en favor de procesado el tratamiento de inimputable de que habla en artículo 31 del Código Penal y por tratarse de un trastorno mental transitorio y sin secuelas debió habérsele aplicado al inculpado Luis Gerardo Quesada Díaz el artículo 33 de la misma codificación y no el artículo 323 vigente por entonces con la atenuación ya mencionada.
>
> Así las cosas, por haberse dejado de estimar en su valor probatorio el dictamen siquiátrico se violaron los artículos 31 y 33 del Código Penal,

por no aplicación de los mismos al presente caso, esto es, que se cometió en sentencia impugnada un típico error de hecho, ya que ésta prueba, que pasó por toda ritualidad procesal, necesaria amerite determinaba cómo se debía juzgar al procesado, si como imputable o como inimputable y si se le aplicaba pena o medida de seguridad o si no se le aplicaba ninguna".

"De contera, la no apreciación de la pericia siquiátrica en el valor que la misma ley procesal le asigna, también llevó a que el Tribunal errara al aplicar al procesado el artículo 323 del Código Penal, aún cuando disminuído en sus efectos por la aplicación y reconocimiento del artículo 60 y a que se predicara del procesado que había procedído con dolo, cuando en verdad su actividad dolosa quedaba eliminada por la imperiosa presencia de la inimputabilidad derivada del mencionado peritazgo."

Solicita casar la sentencia acusada dictando la que deba reemplazarla, y de no hacerlo, se conceda en favor de su representado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Respuesta del Ministerio Público

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se muestra partidario de no casar la sentencia recurrida porque el error de hecho manifiesto por falso juicio de existencia es totalmente infundado pues, contrariamente a lo que piensa el libelista, la pericia siquiátrica practicada al procesado Quesada Díaz, lejos de haber sido ignorada por el sentenciador, fue evaluada por éste, en conjunto con las demás pruebas del proceso, de acuerdo a los dictados de la sana crítica, coligiéndose que carecía de la aptitud requerida para determinar un estado de inimputabilidad del sindicado.

Afirma que al finalizar el capítulo destinado a la demostración del cargo, el demandante se introduce en la argumentación propia del error de derecho por falso juicio de convicción, al sostener que la mencionada experticia no fue apreciada "en el valor que la misma ley procesal le asigna", olvidando que esta clase de yerro resulta inaceptable respecto a prueba no tarifada y sujeta por lo tanto a la libre apreciación del juzgador.

Concluye señalando que pretensiones subsidiarlas como el otorgamiento de la condena de ejecución condicional no están llamadas a prosperar en casación,

cuando no se encuentran fundamentadas ni guardan relación con la causal invocada.

Consideraciones de la Corte

Asiste razón a la Procuraduría Delegada al pregonar la ineptitud de la demanda para remover el fallo impugnado, pues el peritaje siquiátrico practicado al procesado sí fue tenido en cuenta en la sentencia y es contrario a la realidad sostiene que tal medio de persuasión haya sido ignorado y que por ello se hubiere incurrido en error de echo manifiesto por falso juicio de existencia. Cosa diferente es que luego de analizado confrontado con otras probanzas, el juzgador razonadamente lo haya demeritado, por ser opuesto a la verdad que el conjunto probatorio ha permitido establecer.

Ahora bien, si el demandante arguye que la cuestionada experticia no fue apreciada en su valor probatorio a pesar de haber sido legalmente solicitada, decretada y practicada, debió comenzar por precisar qué valor de convicción le asigna la ley a dicho medio; como tal cosa le resulta imposible por tratarse de prueba no tarifada, sino sujeta a la libre y razonable apreciación del juzgador, el cargo a la sentencia se torna intrascendente.

Ese modo de razonar evidencia que el impugnante desvió el ataque hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, inconcebible tratándose de pruebas no sometidas a un valor especifico.

El Tribunal Superior, después de examinar en sana critica los términos en que aparece concebido el dictamen del perito siquiatra, los que califica de dubitativos, vacilantes e incompatibles con las explicaciones vertidas por el sindicado en la indagatoria y las manifestaciones de los testigos presenciales del hecho punible, expresó:

> "La Sala al reexaminar el dictamen mencionado (fls.144 a 147) reitera que éste no solo se contrapone ostensiblemente a la realidad procesal, sino que de su texto tampoco deviene diamantinamente, como lo señala la defensa, el estado de inimputabilidad que alega, pues, de un lado, no se puede aseverar la existencia de un trastorno mental transitorio sin secuelas originado por la embriaguez de tanta relevancia como para desembocar en esa patología síquica y, de otro, el señor perito en las conclusiones apenas consigna una probabilidad en torno a inimputabilidad "...La rapidez de los hechos y la emocionalidad probablemente le impedían obrar en forma diferente a como lo hizo".

Recuérdese que la evaluación del mencionado dictamen ha resultado el punto mas debatido a lo largo del proceso siendo rechazado por los juzgadores de instancia como prueba determinante de un supuesto estado de inimputabilidad del procesado, que le hubiera significado la imposición de medidas de seguridad en lugar de penas. Si como afirma el *ad-quem,* la opinión del perito "en ningún momento comprometía, ligaba o ataba fatalmente al Juez ni conformaba un instrumento de convicción de forzosa e irremediable aceptación", por cuanto en el sistema de persuasión racional que nos rige la valoración del experticio queda al razonable arbitrio del juzgador, infiérese que la prueba objeto de disentimiento, fue correctamente apreciada por el sentenciador para descartar un trastorno mental transitorio. Es cierto que el sindicado había ingerido bebidas embriagantes momentos antes del episodio fatal, pero no debe perderse de vista que después de retirarse del establecimiento público donde había sido objeto de provocaciones por parte del occiso, montó en su motocicleta y al encontrarse de nuevo reinició la riña de que da cuenta el proceso.

La lucidez y lujo de detalles con que el procesado Quesada Díaz relató las circunstancias que precedieron a la muerte de su amigo Orlando Castro Coronado, quien al decir del Tribunal Superior "encontrándose en estado de embriaguez mas agudo e Intenso que el victimario, procedió a golpear a éste en la cara, a halarle los vellos de la región pectoral, a castigarlo en la cabeza con los palos del tambor "redoblete" de la banda de músicos y, en fin, a ejecutar actos inconfundibles de provocación..", demuestra a las claras que el estado de ebriedad en que aquél se encontraba no le impidió comprender la ilicitud de su comportamiento ni determinarse de acuerdo a esa comprensión. Mas aún, trató de prestarle ayuda al herido y como no fue apoyado por los circunstantes, acudió en motocicleta a la Policía y aunque "llegó mas bien borracho", denotó lucidez y contrición al tratar de disminuir los efectos de su acto: llegó a pedirnos una colaboración, que había herido a una persona y que había intentado llevarlo en la moto para el Hospital pero que no había podido solo y que nadie le había querido ayudar, entonces por eso pedía la colaboración a la Policía..." (declaración del Agente Arzaín López Cadena, fl.96; en similar sentido se expresa el Agente Fernando Ospina Molina, fl.94).

No siempre que el individuo actúa bajo los efectos del alcohol, carece de conciencia y voluntad para realizar el hecho punible, no sabiendo lo que hace o no teniendo conocimiento o determinación frente a la ilicitud de su comportamiento. Para establecer la inimputabilidad, la peritación del médico siquiatra es la prueba Idónea mas no la única; si ella no es consistente y resulta desvirtuada

por otros medios sólidos de convicción, razonadamente se puede concluir en contrario.

No prospera la impugnación.

De otra parte, acerca de la solicitud postrera del recurrente, en el sentido de que "en caso de no casarse la sentencia, se decrete en favor del procesado la condena de ejecución condicional" (f. 56 cdno. orig. Tribunal observa la Sala que no se desarrolla argumentación especifica sobre el particular, ni esta solicitud guarda relación con el cargo único formulado, lo que gira en torno a inimputabilidad, frente a la cual entraría en Inconciliable contradicción. Por tal razón de carencia de fundamentación e improcedencia, este pedimento no puede ser atendido.

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, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Del cambio de radicación se ha dicho que es una medida de aplicación excepcional y restringida, la cual opera en cualquier estado del proceso, con la única limitante de que se pida antes del proferimiento del fallo de primer grado. La solicitud, acompañada de la prueba correspondiente, se hace por ante el funcionario judicial que esté conociendo del proceso, quien a su vez la debe remitir al "superior encargado de decidir".

Para esta medida extraordinaria no existe práctica de pruebas, pues esta carga le incumbe al sujeto procesal peticionario, la cual está constituida por los "anexos" que debe acompañar a la solicitud, tal como lo indican claramente los artículos 84 y 85 ibid., dada la brevedad que caracteriza su trámite.

Así, pues, cuando la petición se origina en la iniciativa de un sujeto procesal, la misma debe venir acompañada de las pruebas que le sirvan de apoyo, so pena de su improsperidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 042

Vistos:

Con fundamento en los artículos 68.8, 85 y 86 del C. de P. Penal, la Sala procede a resolver la nueva solicitud de cambio de radicación del proceso formulada por el acusado SPENCER ISAAC MENDOZA DAZA, quien actualmente se encuentra recluido en la cárcel Modelo de Bucaramanga a ordenes del Juzgado10 Penal del Circuito de la misma ciudad.

Antecedentes

Mediante auto del 3 de noviembre de 1994, con ponencia del Magistrado EDGAR SAAVEDRA ROJAS, la Corte ya había resuelto favorablemente una primera solicitud de cambio de radicación que el procesado SPENCER ISAAC MENDOZA DAZA -entonces recluido en la cárcel. de Santa Marta por razón de los procesos que le adelantaban los Juzgados 2' y 7' Penal del Circuito de Valledupar-, había formulado ante este último despacho judicial.

Por lo tanto, la nueva radicación de los procesos que aquellos despachos le adelantaban al petente por los delitos de Acceso carnal violento, se asignó al Juzgado Penal del Circuito de Bucaramanga, habiéndole correspondido al 10'.

Fundamentos de la petición

El procesado aduce, en su escrito de fecha enero 23 de 1995, el cual dirigió al Juez 10' Penal del Circuito de Bucaramanga, lo siguiente:

> "El pasado 27 de diciembre de 1994 le envié un oficio a su despacho desde la cárcel de Santa Marta, en la cual. me encontraba recluido, que por seguridad comisionara un (sic) despacho de Santa Marta para que me realizara la audiencia en Santa Marta, ya que mi vida corre peligro en la cárcel de Bucaramanga, y su honorable persona no tuvo en cuenta esta petición....al llegar ha (sic) esta cárcel he sido víctima de varios atentados en contra de mi vida e integridad personal...".

Agrega que por ese motivo se encuentra encerrado en un calabozo en condiciones infrahumanas, "ya que me toca realizar mis necesidades fisiológicas en donde mismo como y duermo " .Como prueba de lo que afirma, acompaña copia al carbón del escrito que le envió al Juzgado 10' Penal del Circuito de Bucaramanga desde la cárcel de Santa Marta el 27 de diciembre de 1994 -cuando todavía no se efectuaba el traslado-, en la que recuerda que hallándose en la cárcel de Valledupar alguien atentó fallidamente contra su vida por lo mismo "gracias a la oportuna intervención del Director de la Cárcel" que le brindó el apoyo y la seguridad personal, hubo de ser trasladado a la cárcel de Santa Marta.

Termina el libelista con la advertencia al señor Juez 10' Penal del Circuito de Bucaramanga, de que "cualquier cosa que me suceda en esta cárcel" lo hace

responsable, "porque con anticipación le aviso del peligro que representa mi vida en esta cárcel".

El procesado anexó a su nuevo pedimento, fotocopia auténtica del escrito signado, presuntamente, por su padre Antonio Mendoza Estrada en Valledupar, el 6 de enero del corriente año (1995), y dirigido al Juzgado 10' Penal del Circuito de Bucaramanga, en el que solicita no concederle traslado a su hijo del reclusorio de Santa Marta al penal de Bucaramanga, por cuanto en este establecimiento carcelario laboran dos guardianes, quienes se constituyen en serio peligro contra la vida de aquél:

El primero es el esposo de la víctima de los hechos punibles que a él se le endilgan y el segundo, Javier Forero, cuando laboraba en la cárcel judicial de Valledupar, donde primero se encontraba detenido su hijo SPENCER ISAAC MENDOZA DAZA, lo intentó "maltratar", habiendo sido necesario su traslado a la penitenciaría de Santa Marta, "ya que su vida corría peligro".

Tal escrito, que carece de nota de presentación personal, fue recibido del correo el 11 de enero de 1995, a las 11 a.m., y a las 3 p.m., el secretario del Juzgado 10' Penal del Circuito de Bucaramanga dejó constancia de que el privado de la libertad no había sido llevado aún al establecimiento carcelario.

Ese mismo día, el Juez de conocimiento remitió copia del anterior escrito al Director de la cárcel de Bucaramanga, a efecto de que tomara las medidas pertinentes relacionadas con la seguridad dentro del penal del procesado MENDOZA DAZA, a la vez que lo solicitó en remisión para el día siguiente a las 8 a.m., cuando tendría lugar" la diligencia de audiencia pública.

Consideraciones de la Sala

El artículo 83 del C. de P. P. autoriza el cambio de radicación del proceso, cuando en el lugar donde éste se adelanta, "existían circunstancias que puedan afectar.... la seguridad del sindicado o su integridad personal".

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 68.8 *ibídem*, le compete a la Salía de Casación Penal de la Corte resolver esta solicitud, cuando ella implica cambio de radicación del proceso penal "de un distrito judicial a otro", como aquí sucede.

Del cambio de radicación se ha dicho que es una medida de aplicación excepcional y restringida, la cual opera en cualquier" estado del proceso, con la única limitante de que se pida antes del proferimiento del fallo de primer grado.

La solicitud, acompañada de la prueba correspondiente, se hace por ante el funcionario judicial que esté conociendo del proceso, quien a su vez la debe remitir al "superior encargado de decidir".

Para esta medida extraordinaria no existe práctica de pruebas, pues esta carga le incumbe al sujeto procesal peticionario, la cual está constituida por los "anexos" que debe acompañar a la solicitud, tal como lo indican claramente los artículos 84 y 85 *ibid.*, dada la brevedad que caracteriza su trámite.

Así, pues, cuando la petición se origina en la iniciativa de un sujeto procesal, la misma debe venir acompañada de las pruebas que le sirvan de apoyo, so pena de su improsperidad.

En el presente caso, la solicitud de cambio de radicación que ha hecho el procesado, siendo oportuna, no amerita atendibilidad por parte de la Sala, por llegar desprovista de los elementos de juicio que fácticamente la respalden. La petición que con antelación había presentado su progenitor al señor Juez 10' Penal el Circuito de Bucaramanga, no puede considerarse siquiera como principio de prueba, pues aparte de que adolece de presentación personal, la misma aparece huérfana de adicional apoyo probatorio con la suficiente capacidad de persuadir sobre lo que en ella se afirma.

Tanto es así que ni el mismo procesado alude en su pedimento acerca de la presencia de los dos guardianes en el establecimiento carcelario de Bucaramanga, como sinónimos de peligro de su vida o integridad personal. Vistas así las cosas, a la Sala no le queda otra alternativa que desestimar el aludido pedimento, por no venir acompañado de las pruebas que le sirvan de soporte legal.

Lo anterior no es óbice para que el peticionario subsane el requisito de la prueba y reformule su pretensión, si lo estima pertinente.

De otra parte, adviértase a la Dirección de la Cárcel de Bucaramanga para que se mantengan especiales medidas de Seguridad sobre el recluso SPENCER ISAAC MENDOZA DAZA

Por lo considerado, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

NEGAR el cambio de radicación del proceso que solicita nuevamente el procesado SPENCER ISAAC MENDOZA DAZA, por" las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese y notifíquese

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, 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 / FISCAL / JUEZ

Un conflicto de colisión de competencias no puede darse entre dos fiscales ni entre un fiscal y un juez, pues los primeros únicamente cumplen funciones de instrucción y de juzgamiento el último.

El precepto (artículo 97 del C. de P.P.) está referido al proceso penal en la etapa del juicio, donde mal pueden actuar los fiscales que para entonces han perdido la dirección del proceso de la etapa anterior, para pasar a ser simples sujetos procesales en la nueva fase procesal.

De otra parte, el asunto de que se trata apenas se encuentra en fase preliminar, mientras que el substrato material de un conflicto de competencias es el proceso penal, que, como se sabe, nace con la resolución de apertura de instrucción.

Por su parte, el artículo 98 *ibídem* puntualiza que no puede haber colisión de competencias entre un superior y un inferior -como podría aducirse que es el caso entre un Fiscal Regional y un Juez Penal Municipal en funciones de instrucción-, ni entre funcionarios judiciales de igual categoría que tengan la misma competencia.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 042.-

Vistos

La Sala decide de plano (arts. 68.5 y 99 C. de P. Penal) la colisión negativa de competencia suscitada entre la Fiscalía Regional de Medellín que la propuso y el Juzgado Penal Municipal -en el nivel de instrucción a falta de fiscalía local-

de Ciudad Bolívar (Ant.) que la acepta, dentro de la investigación previa que se adelanta por las amenazas personales recibidas por el señor Raúl Sánchez contra su integridad por autores indeterminados.

Hechos

A la Fiscalía Delegada ante el Circuito de Ciudad Bolívar (Ant.) denunció el señor Efraín de Jesús Sánchez Jaramillo, el día 17 de agosto de 1994, que desde la semana anterior, personas desconocidas venían llamando telefónicamente a la finca "La Carmina" de aquel municipio con micas a conocer de la permanencia allí de su hijo Raúl Sánchez, quien vive en la localidad pero se desplaza todos los días a trabajar a esa heredad; "que si subía todos los días, que a qué horas subía y que a qué horas se devolvía...". Como no le suministraron ningún dato de él, el sujeto que llamó, enfurecido, después de insultarlo manifestó "que él las pagaba" (fl. 1 y vto.).

Con fundamento en lo anterior, y luego de practicadas algunas diligencias preliminares, la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, luego de considerar, con apoyo en la Ley 81 de 1993, que el conocimiento del asunto radicaba en los juzgados regionales y la instrucción en los fiscales regionales, por auto del 20 de septiembre siguiente, remitió la actuación a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía Regional de Medellín (fl. 11 vto.).

La Fiscalía Delegada Regional de Medellín estimó que como las amenazas no se hicieron con fines terroristas para que entonces si radicara la competencia en esa jurisdicción especial, los hechos hallaban adecuación típica en el artículo 279 del Código Penal que consagra el delito de tortura en sus dos modalidades: física y sicológica, siendo esta última la que las amenazas tipifican.

Por lo tanto, en octubre 7 de 1994, remitió la actuación a las fiscalías locales, puesto que el conocimiento radicaba en los juzgados penales municipales, advirtiendo que si estos planteamientos no fueren acogidos, "desde ya se plantea el conflicto administrativo de competencias" (fls.13 a 16).

Llegadas estas diligencias al Juzgado Penal Municipal de Ciudad Bolívar, por no estar funcionando aún las fiscalías locales, en auto fechado el 2 de noviembre de 1994 compartió el planteamiento del Fiscal Regional "en cuanto a que su competencia se limita a conocer de los delitos cuando tengan fines terroristas o la conducta esté expresamente asignada por el Decreto 180 del 88",

En cambio, no admitió que la competencia para conocer del asunto fuera de los juzgados penales municipales, dado que aquella venia determinada claramente por el artículo 73 del C. de P. Penal, para los procesos por delitos contra el patrimonio económico, cuya cuantía exceda los 50 salarios mínimos mensuales; los hechos punibles que requieran querella de parte, sin sujeción a la cuantía, y por delitos de lesiones personales.

Advierte que los delitos querellables se encuentran taxativamente contemplados por el artículo 2 de la Ley 81 de 1993 que modificó el artículo 33 del C. de P. Penal y dentro de ese listado no se halla incluido el delito de tortura.

No ve la Juez Penal Municipal de Ciudad Bolívar fundamento alguno para que la fiscalía regional le atribuya la instrucción y el conocimiento de los hechos denunciados y constitutivos del delito de tortura.

No siendo, pues, competentes los jueces regionales para conocer de tales hechos, por faltarle a la amenaza la característica de la finalidad terrorista, subversión o nacotráfico, la competencia para el juzgamiento radicaría en los jueces penales del circuito, de acuerdo al literal c) del articulo 72 del C. de P. Penal, modificado por el articulo 10'. de la Ley 81 de 1993, mientras que la instrucción estaría asignada a la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Ciudad Bolívar.

Al aceptar la colisión propuesta de competencia, el Juzgado Penal Municipal de aquella localidad dispuso, por auto del 2 de noviembre de 1994, la remisión del expediente a esta corporación a efecto de que se dirima el conflicto (fis. 19 a 21).

Consideraciones de la Corte

Al tenor del artículo 97 del C. de P. Penal y en lo que se referiría a este caso, la colisión de competencia se presenta entre dos o más jueces que se niegan a adelantar el juzgamiento "por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos".

Además de que esta regulación no resulta aplicable frente al caso que se ventila, del anterior texto legal se desprende, en primer lugar, que un conflicto de tal naturaleza no puede darse entre dos fiscales ni entre un fiscal y un juez, pues los primeros únicamente cumplen funciones de instrucción y de juzgamiento el último.

En segundo lugar, el precepto está referido al proceso penal en la etapa del juicio, donde mal pueden actuar los fiscales que para entonces han perdido la dirección del proceso de la etapa anterior, para pasar a ser simples sujetos procesales en la nueva fase procesal.

De otra parte, el asunto de que se trata apenas se encuentra en fase preliminar, mientras que el substrato material de un conflicto de competencias es el proceso penal, que, como se sabe, nace con la resolución de apertura de instrucción que aquí aún no se da.

Por su parte, el artículo 98 *ibídem* puntualiza que no puede haber colisión de competencias entre un superior y un inferior -como podría aducirse que es caso entre un Fiscal Regional y un Juez Penal Municipal en funciones de instrucción-, ni entre funcionarios judiciales de igual categoría que tengan la misma competencia.

El Juez Penal Municipal de Ciudad Bolívar, dentro del caso que se examina, no entraría a desarrollar actividad alguna de juzgamiento, sino de investigación previa, por lo cual, sus funciones en esta etapa pre-procesal, se asimilan a las que cumplen los fiscales. En estas condiciones, el órgano competente para dirimir el conflicto que se ha planteado entre el Fiscal Delegado Regional de Medellín y el Juez Penal Municipal de Ciudad Bolívar (fiscal para el caso) no es otro que la Fiscalía General de la Nación (arts, 18 y 20, numeral 1', del Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación), por vía administrativa.

Al no tener competencia la Corte para conocer del conflicto que se ha suscitado y estar reservado a otro órgano del estado, debe abstenerse de dirimirlo y disponer su remisión al Fiscal General de la Nación, para que actúe de la manera que estime apropiada.

Por lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CASACION PENAL,

Resuelve:

1. Abstenerse de dirimir el conflicto administrativo de competencia que se ha suscitado entre la Fiscalía Delegada Regional de Medellín y el Juzgado Penal Municipal de Ciudad Bolívar (Ant.) en funciones de instrucción,

2. Disponer el envío del expediente al señor Fiscal General de la Nación, para que actúe como estime consecuente.

3. Envíese fotocopia de esta providencia a los dos despachos discordantes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

EXTINCION DE LA ACCION / INDEMNIZACION

El representante de la Parte Civil solicita se de por terminado el proceso, el pedimento lo realiza por haberse pagado la respectiva indemnización.

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, señala que en tratándose de delitos culposos de homicidio y lesiones personales, siempre que no concurra cualquiera de las circunstancias de agravación punitiva de las consagradas en el artículo 330 y 341 del estatuto penal, entre otros supuestos, "...la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado, previo avalúo pericial.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D,C., marzo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1 995)

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Valencia M.*

Aprobado Acta No. 42

Vistos

Decide la SALA sobre el memorial presentado por la Parte Civil solicitando la terminación del proceso,

La Corte

En escrito que aparece visible a folio 13 del Cuaderno de la CORTE, el representante de la Parte Civil solicita se dé por terminado el proceso.

Según sus palabras, el pedimento lo realiza por haberse pagado la respectiva Indemnización.

2. El artículo en cita señala que en tratándose de delitos culposos de homicidio y lesiones personales, siempre que no concurra cualquiera de las circunstancias de agravación punitiva de las consagradas en el artículo 330 y 341 del estatuto penal, entre otros supuestos, "...la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare Integralmente el daño ocasionado, previo avalúo pericial."

3. Cuanto al primer requisito se tiene que el presente proceso investigó y juzgó un delito de homicidio culposo acaecido en la ciudad de Ibagué el doce (12) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992), cuando el bus de servicio público, de placas SN 7181 manejado por Pablo Saúl Hernández Matíz, al dar reversa atropelló y causó la muerte al señor MARCELINO DONOSO CARDENAS.

4. Dentro del término de traslado señalado por el artículo 446 del estatuto procedimental, la Parte Civil, obrando a nombre de todos los perjudicados, solicitó el nombramiento de perito idóneo para determinar los perjuicios causados con la infracción (fl. 375, C. Copias). Así lo hizo el juzgado (fl, 311), rindiéndose el correspondiente dictamen (fl. 329). No obstante, la Parte Civil lo objetó por error grave, promoviendo el respectivo incidente. Luego de practicarse las pruebas de rigor, el juzgado del conocimiento lo resolvió en el fallo de primera instancia fijando tanto para los perjuicios morales como para los materiales la suma de cincuenta (50) gramos oro para cada cual, recibiendo cabal confirmación en el fallo de segunda instancia.

5. La sentencia de primera instancia declaró la responsabilidad del inculpado por el ilícito en comento, sin deducirle ninguna agravante, razón por la cual le impuso como pena principal la de dos (2) años de prisión y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

6. Como bien se observa, se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos por el artículo 39 del C. de P. P. para la cesación de procedimiento por reparación integral, dado que se trata de un delito culposo que no fue afectado por ninguna agravante. De igual manera, hubo un previo avalúo pericial y se resolvió en debida forma la objeción de la Parte Civil, decretándose por el fallador de instancia la cuantía de los perjuicios.

7. Es cierto que la apelación a la sentencia de primer grado fue interpuesta por el representante de la Parte Civil, quien se mostró inconforme con la cuantía. También lo es que tal fue el motivo que lo llevó a recurrir en casación. No obstante, de acuerdo con el memorial que antecede, recibió el pago integral de la indemnización. Tal informe indica que se considera satisfecho con el pago y por ello solicita se dé por terminado el proceso.

8. En estas condiciones y dado el mandato expreso de la norma en comento, la SALA se ve relevada de su deber como tribunal de casación, declarando la cesación de procedimiento y, por ende, la extinción de la acción penal. Así mismo se comunicara tal decisión a la Fiscalía General de la Nación, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 39 del C. de P. P.

En mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACION PENAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

Resuelve

Declarar la cesación de procedimiento y, en consecuencia, la extinción de la acción penal respecto de Pablo Saúl Hernández Matiz, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, de acuerdo con lo prescrito en el articulo 39 del Código de Procedimiento Penal.

Comuníquese tal decisión a la Fiscalía General de la Nación, para los efectos legales.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO

El impedimento es un acto unilateral, voluntario y oficioso del funcionario cuando considera que en un proceso de su conocimiento aparecen hechos que de una u otra manera pueden interferir la imparcialidad del desarrollo y decisión del proceso y los cuales son constitutivos de las causales que establece la ley procesal para inhibirse de conocer o de seguir conociendo del asunto y así preservar las garantías de los sujetos procesales y preservar la recta administración de justicia.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 042.

Vistos

Se pronuncia la Corte en torno a la petición de "apelación" y revocatoria del auto inhibitorio que formula el denunciante en estas diligencias doctor Jaime Rafael Pedraza.

Antecedentes

El Doctor Jaime Rafael Pedraza presentó denuncia contra Juan Guillermo Anqel, 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 como lo es el Partido Liberal Colombiano

en calidad de presidente y directores adjuntos 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 exigirle que debía prestar caución, suscribir un pagaré y apoyar otras dos candidaturas.

La Sala de Casación Penal de la Casación 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 constituye infracción a 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 está 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", lo cual hace de la siguiente manera:

Síntesis de la impugnación

El denunciante elabora un escrito que lo divide en 10 puntos en los cuales manifiesta su inconformidad con la decisión de esta Corporación de fecha del 16 de diciembre de 1994. En el primero de ellos argumenta que el artículo 283-9 de la Ley 5a. de 1992 no autoriza a ningún congresista para que desempeñe el cargo de "presidente" de una corporación privada y mucho menos que sea ordenador del gasto y realice funciones administrativas, habida consideración que la precitada normatividad hace referencia al cargo de directivo de partido o movimiento políticos y la investidura de presidente de la Dirección Liberal Nacional es ejecutivo- administrativo.

En el segunda numeral considera como "una gran falsedad y un falso testimonio" que en la resolución número 26 de la D.I.N. el señor Juan Guillermo Angel firmó como presidente de la precitada colectividad política y no como director adjunto del partido liberal, y en la diligencia de audiencia pública celebrada en el Consejo de Estado éste manifestó "que él era un DIRECTOR ADJUNTO DEL PARTIDO LIBERAL Y QUE ACTUABA COMO TAL", lo cual constituye una falsedad, pues él actuaba como presidente.

En el acápite tercero arguye que las normas electorales sólo se pueden aplicar- con el lleno de los requisitos que establecen los artículos 149. 150, 152 y 153 de la Constitución Nacional y el no hacerlo así constituye usurpación de funciones públicas, resultando más grave cuando se imponen obligaciones a los afiliados en el artículo 6°. de la multicitada resolución número 26 de la Dirección Liberal. Nacional.

Sostiene en el numeral 4o. que la Providencia de la Sala está en contra de la ley y la Constitución, pues existe una gran diferencia el ostentar la categoría de directivo de un organismo a ser su presidente, habida consideración que en esta última posición se tiene que actuar como ordenador del gasto.

En el numeral al 5o. manifiesta que tampoco está demostrado que dentro de las funciones legislativas asignadas a los miembros del Congreso está la de administrar los bienes pecunarios de sociedades colectivas de carácter civil, además, cuando se reciben dineros del Gobierno Nacional por concepto de "REPOSICION DE GASTOS DE CAMPAÑAS".

En el numeral 6o. del escrito afirma que es de naturaleza grave que se haya dicho en la providencia que "recurre" que las resoluciones expedidas por los imputados las hicieron en sus calidades de Presidente y Directores adjuntos de la Dirección Nacional Liberal y no como congresistas, por tal motivo solicita que se alleguen a este proceso "las fotocopias autenticas y oportunas de LAS RENUNCIA PRESENTADAS por los cuatro congresistas imputados, en las cuales conste que en el momento DE EXPEDIR Y FIRMAR la Resolución # 26 de 18 de agosto de 1994 de la D.L.N., los imputados NO ERAN CONGRESISTAS", pues no es posible desempeñarse simultáneamente como funcionario público y como ciudadano con el pleno ejercicio de sus derechos.

Igualmente en el numeral 7o considera como de naturaleza grave que se afirme en la providencia que la norma expedida por el Concejo Nacional Electoral era legal o constitucional, pues ello no es cierto, habida cuenta que la Ley 130 de 1994 en ninguna parte autoriza a la entidad anteriormente citada que emita resoluciones resoluciones contrarias a la Constitución y mucho menos para obligar a los aspirantes a corporaciones públicas a pagar por el derecho Constitucional a ser elegido. Con lo anterior el Magistrado sustanciador coadyuva la idea de que "LOS POBRES NO PUEDEN SER ELEGIDOS PORQUE NO TIENEN PLATA PARA PAGAR SU INSCRIPCION Y MUCHO MENOS PARA PAGAR LA MULTA SI NO SALEN ELEGIDOS".

En el numeral 8o. manifiesta que para probarle al Magistrado sustanciador que ignoró lo que dice la ley y que el señor Juan Guillermo Angel y los demás imputados obligan a los afiliados al partido liberal a pagar fianzas violando la ley, anexa el texto de la sentencia de tutela del Juzgado 8o de Familia expedida el 29 de septiembre de 1994, en donde amparan los derechos de un ciudadano que se le exigía el pago de la fianza por inconstitucional.

En el numeral 9o. considera como una tergiversación burda de la providencia que se afirma que la Dirección Nacional Liberal por medio de la resolución número 26 del 18 de agosto de 1994, acogido la disposición del Consejo Electoral de exigir fianza a los aspirantes a corporaciones públicas, pues, la precitada resolución aparece firmada por los imputados con los cargos que ostenta y no como miembros de la Dirección Nacional Liberal del Partido Liberal Colombiano, por tal motivo solicita que se le de cumplimiento al artículo 258 del Código de Procedimiento Penal en el sentido que se alleguen al proceso los nombres de los integrantes de la Dirección Liberal que se aluden, la respectiva investigación y se les sancione por vulnerar la ley y la Constitución.

Finaliza el escrito con el acápite 10, manifestando que es una mentira y una ofensa contra él que el magistrado sustanciador haya afirmado que: "Lo que le molesta al denunciante es que se haya exigido por parte del Consejo Nacional Electoral unos requisitos de índole económico que tenían como finalidad que los aspirantes a Corporaciones en disputa, otorgaran una póliza al momento de la inscripción que garantizara la seriedad de la candidatura, la cual era de 150 salarios mínimos legales vigentes que le fue imposible cumplir", habida consideración que él no tiene por pagar por algo que es un derecho fundamental que le otorga la Constitución de 1991.

Advierte que ofender a un denunciante sin razón es también una violación a la ley", y es una clara demostración de enemistad suya contra mí, lo cual genera UNA CAUSAL DE IMPEDIMENTO propiciada por Usted mismo, y consagrada en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal en los numerales UNO Y CINCO, pues denota interés en el proceso y enemistad al tratarme falsamente y sin motivo".

Concluye solicitando que "por medio de esta apelación en la cual expongo perfectamente lo que se dejó de evaluar e investigar y que complemento con una prueba adicional (TEXTO de la tutela) comprobando mis acusaciones, PIDO, , repito que se revoque la providencia expedida el 16 de Diciembre de 1994 y se profiera Resolución de Acusación (sic) en de los imputados".

Consideraciones de la Sala

La Corte considera oportuno pronunciarse inicialmente en torno a la posible enemistad que a juicio del denunciante le profesa el Magistrado sustanciador en este asunto, por lo que considera que se debe declarar impedido al temor de lo dispuesto en los numerales 1 y 5 del artículo 103 del Código de Procesamiento Penal.

El impedimento es un acto unilateral, voluntario y oficioso del funcionario cuando considera que en proceso de su conocimiento aparecen hechos que de una u otra manera pueden interferir la imparcialidad del desarrollo y decisión del proceso y los cuales son constitutivos de las causales que establece la ley procesal para inhibirse de conocer o de seguir conociendo del asunto y así preservar las garantías de los sujetos procesales y preservar la recta administración de justicia.

Entonces, es al funcionario judicial al que corresponde libremente, sin ningún tipo de insinuaciones, manifestar si el normal desarrollo del proceso se puede desviar ante la concurrencia en él cualquiera de las causales que establece el artículo 103 del Código de Procesamiento Penal para declararse impedido.

Situación contraria sería el hecho de existir en el funcionario judicial alguna circunstancia del artículo 103 del Código Procesal y no obstante hiciere caso omiso de ella, lo cual facultaría a cualquiera de las partes dentro del proceso a recusarlo conforme a las prescripciones del artículo 108 y siguientes de la misma obra.

Entendidas así las cosas, la simple afirmación del sujeto procesal de que el funcionario judicial que conoce de la actuación se encuentra incurso en cualquiera de las causales impeditivas no es suficiente para que aquel proceda de manera inmediata a estudiar esa posibilidad y muchos para así declararlo, como se ha dicho, la manifestación de separarse del conocimiento del proceso es unilateral, voluntaria y oficiosa del funcionario.

Extraña, por decir lo menos, que el denunciante asevera la posibilidad del impedimento únicamente en el Magistrado Ponente, habida cuenta que las decisiones que toma la Corporación, como cuerpo colegiado, son de común acuerdo con los demás integrantes de la Sala.

Sin embargo, se considera oportuno aclararle al memorialista si los magistrados que conforman la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

hubieran advertido causal impeditiva para separarse del conocimiento de estas diligencial, así lo habrían manifestado dentro de los términos del artículo 104 del Código de Procesamiento Penal.

Ahora bien, la afirmación que se hizo en el pronunciamiento del 16 de enero de 1994 en el sentido de que "lo que le molesta al denunciante es que se haya exigido por parte del Consejo Nacional Electoral unos requisitos de índole económico que tenían finalidad que los aspirantes a las Corporaciones en disputa, otorgarán una póliza al momento de la inscripción que garantizara la seriedad de la candidatura, la cual era de 150 salarios mínimos legales vigentes y que le fue imposible cumplir ", fue gratuita, habida consideración que ella obedeció a la respuesta que dio a uno de los interrogantes que se le formularon el la ampliación de la denuncia. Al respecto, en el acata se puede leer:

> "PREGUNTADO: Sírvase informar usted directamente fue perjudicado por los anteriormente narrados. CONTESTO: indudablemente que sí, cumple mi posición en esta denuncia es la de un ciudadano que defiende lo estatuido en la Constitución y la ley, pero a pesar de ello, un grupo de amigos que yo me lanzara en unión del periodista Hildebrando Ortiz Lozano como candidato al Concejo de Bogotá y no lo pudimos hacer porque el doctor Luis Guillermo Angel, denunciado, nos exigió para darnos el aval del partido liberal lo ya indicado, o sea, la obligación de comprometernos a apoyar a determinadas personas del partido liberal y **la obligación de suscribir un pagaré a favor del partido liberal hasta por ciento cincuenta salarios mínimos mensuales, lo cual representa cerca de 15 millones de pesos. En esas condiciones nos fue imposible inscribirnos para participar en el electoral del 30 de octubre de 1994**". (subrayas extrañas al texto).

Respecto al recurso de apelación, que interpone el denunciante contra el auto del 16 de diciembre 1994, por medio del cual la Sala se abstuvo de iniciar instrucción penal contra los imputados, será rechazado, toda vez que contra este pronunciamiento no procede esta clase de impugnación al carecer la Corte Suprema de Justicia de superior jerárquico que pueda revisar sus decisiones.

Tampoco procedería si se tratara del recurso de reposición, por cuanto la impugnación de la providencia se hizo de manera extemporánea lo que impone su rechazo. En efecto, el interlocutorio fue proferido por la Sala el 16 de diciembre de 1994, remitiéndose ese mismo día a la Procuraduría para la notificación del agente de Ministerio Público y regresando nuevamente a la

corporación el 11 de enero del año en curso y luego por secretaria se notificó por estado conforme a la constancia que obra en el expediente y que lleva fecha del 13 de enero siguiente, cumplido el término de ejecutoria sin que las partes interpusieran recurso alguno las diligencias se archivaron 6 días más tarde, es decir, el 19 de enero de 1995.

Igual suerte corre la revocatoria solicitada, pues la nueva prueba que incorpora el denunciante a la actuación no desvirtúa los fundamentes de la decisión inhibitoria. Ante todo se debe advertir que el escrito que anexó a la petición no cumple con las formalidades legales para su aducción al proceso, habida considerado que el artículo 274 del Código de Procesamiento Penal estatuye que los documentos se aportarán en original o copia auténtica y como el mismo memorialista lo ha manifestado, las hojas que fueron allegadas con el memorial y con los cuales pretende la revocatoria de la decisión inhibitoria, se trata del texto de un fallo de tutela que presuntamente fue expedido el 29 de septiembre por el Juzgado 8o. de Familia esta ciudad capital.

No obstante lo anterior, considera la Sala que así se trate de la copia autentica del fallo de amparo que anunció tampoco tendría aptitud probatoria suficiente para modificar los fundamentos jurídicos del auto inhibitorio que ataca, pues, además de no saberse si la sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada, las decisiones que se tomen con base en la acción de tutela sólo producen efectos interpartes y; no impersonales o abstractas como lo pretende el recurrente, toda vez que el juez de tutela, su competencia, está circunscrita al caso particular y específico puesto a su conocimiento, tal como se encuentra estatuído en el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991 al establecer que el Juez constitucional está facultado para regular "los demás efectos del fallo para el caso concreto". Sobre Tópico la Corte Constitucional consideró que:

> "Ahora bien, tanto el artículo 86 de la Constitución Nacional, como la normatividad legal que lo desarrolla (D. 2591/91), el fin o propósito especifico de la acción de tutela, aparece claramente determinado, y no es otro que el brindar a la persona afectada, óigase bien, única y exclusivamente a ésta, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales que le han sido vulnerados o amenazados, por parte de una autoridad pública o de particular.
>
> "En consecuencia el juez a quien compete resolver la citada acción, no puede pronunciarse en forma general, impersonal y abstracta, pues su función se limita a ordenar para el caso particular y específico puesto, a su

conocimiento, a las medidas necesarias para garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho y, si es pertinente, volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación...."(C Const., S. Cuarta de Revisión, Sent, T-321, agosto 10 de 1993. M.P. Dr, Carlos Gaviria Díaz).

Así las cosas, se rechazará el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inhibitoria emitida por esta Corporación el día 16 de diciembre de 1994; e igualmente no se revocará el precitado pronunciamiento por cuanto el medio aportado por el memorialista no logra modificar los argumentos jurídicos plasmados él.

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

Resuelve

RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por el doctor Jaime Rafael Pedraza contra la decisión del 16 de diciembre de 1994, por improcedente.

NO REVOCAR el anterior pronunciamiento, por medio del cual la Corte se inhibió de abrir investigación penal contra los doctores Juan Guillermo Angel, Piedad Córdoba de Castro, Yolima Espinosa Vera y Avaro Benedetti, por cuanto la prueba aportada por el memorialista no logra modificar los fundamentos jurídicos que sirvieron de base para emitirlo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

MINISTERIO PUBLICO / EXTRADICION

La Sala a partir de la decisión del 12 de Julio de 1990, con ponencia el Magistrado Dr. Dídimo Páez Velandia, considera procedente la intervención del Ministerio Público en asuntos de extradición y ahora con mayor razón, con base en la función asignada por la Constitución a dicho organismo que le permite obrar en defensa del orden jurídico (artículo 277-7 de la actual Constitución).

Aspecto esencial a este trámite tiene que ver con la cuidadosa verificación de la plena identidad de los solicitados y su nacionalidad para evitar que se afecten personas distintas de los implicados en el proceso penal adelantado por el Estado requeriente, o ciudadanos colombianos por nacimiento, quienes por ningún motivo podrían ser extraditados (artículo 35 de la Constitución, 17 y 546 de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, respectivamente.)

El principio de la doble incriminación no se refiere a la coincidencia textual o formal de la denominación jurídica de la conducta en las legislaciones de los dos Estados, pues una exigencia de tal naturaleza haría nugatoria la extradición si se tiene en cuenta la diversidad legislativa que en materia penal existe, aún entre países tradicionalmente afines, dados los disímiles principios e intereses que rigen sus estatutos penales y la estructura de las codificaciones vigentes.

Lo que en esencia se exige es la criminalización del hecho imputado en los dos países, requisito que no puede equipararse con el de la identidad o plena coincidencia del *nomen juros*.

Siendo de su competencia en esta sede el análisis de los requisitos previstos en los tratados, la ley interna y el derecho internacional

para la viabilidad de la entrega de los ciudadanos extranjeros al gobierno que los solicita, ninguna referencia puede hacer a la posible inocencia de las personas solicitadas en extradición pues tal tema resulta de la privativa competencia de las autoridades judiciales del Estado que adelanta el proceso en su contra, dentro del cual podrán hacer amplio ejercicio de sus prerrogativas defensivas y en particular la de controvertir la prueba de cargo y presentar las pruebas de descargo, interponer recursos y alegar en su favor.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Magistrado Ponente, *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado por Acta No. 44

Vistos:

Agotado el trámite establecido en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Corte emitir concepto sobre la extradición de los ciudadanos venezolanos HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA o HECTOR JOSE GONZALEZ DE ARMAS y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ, solicitada por la vía diplomática.

Antecedentes:

1.- El Juzgado Vigésimo segundo de primera instancia en lo penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la circunscripción judicial del área Metropolitana de Caracas (Venezuela), decretó el 1o. de noviembre de 1993 la detención judicial de Héctor José González Gorrondona y otro, al considerar cumplida las exigencias del artículo 182 del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano, "en relación con el delito previsto y sancionado en el artículo 71 ordinal 4o. de la Ley Orgánica de Salvaguardia del Patrimonio Público" y ordenó proseguir la averiguación respeto de Edilia De la Rosa de González y otros.

El Tribunal Superior de Salvaguardia del Patrimonio Público al desatar las apelaciones interpuesta en contra del auto de detención lo confirmó el

30 de diciembre de 1993 "por el delito de INCORPORACIÓN INDEBIDA DE BIENES DEL PATRIMONIO PÚBLICO", previsto en la mencionada norma de salvaguarda.

Posteriormente, el 29 de marzo de 1994, por impugnación del Ministerio Público en contra de la Averiguación Abierta decretada el 31 de enero de 1994 por el mismo Juzgado en favor de Edilia De la Rosa de González, revocó la decisión y decretó su detención judicial por el delito citado en procedencia.

2.- El Embajador de la República de Venezuela en Colombia, mediante nota verbal 2321 del 10 de junio de 1994, dirigida a la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, solicitó la detención provisional de los procesados, en virtud de lo estipulado en el artículo IX del Convenio sobre Extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 por los países Bolivarianos. Petición que le permitió a la Fiscalía General de la Nación impartir la orden de captura "con fines de extradición" el 14 de junio de 1994, a la que dio cabal cumplimiento el Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.) ese mismo día.

3.- Enteradas de la captura las autoridades jurisdiccionales venezolanas adelantaron el trámite interno necesario para formalizar la solicitud de extradición por vía diplomática, el que culminó con el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del vecino país de julio 28 de 1994 que autoriza al Ejecutivo para elevar ante el Gobierno de la República de Colombia la solicitud de extradición de los ciudadanos Héctor José González Gorrondona o Héctor José González de Armas y Edilia Isabel de la Rosa de González "de acuerdo con los principios del Derecho Internacional".

Refiere la Corte Venezolana en su pronunciamiento que la Directora de la Fundación Museo de Arte Contemporáneo de Caracas denunció la irregularidad advertida durante una conciliación que hizo a la cuenta de la entidad en el Republic National Bank of New York, de donde surgen los siguientes hechos:

> "... en fecha 7 de mayo de 1993 se forjó el cheque distinguido con el número 177, por la cantidad de ochocientos veinticinco mil dólares americanos (US 825.000,oo), siendo emitido a favor de un Banco Suizo denominado CBI-TDB UNION BANCAIRE PRIVEE y depositado en el CHASE MANHATTAN BANK OF NEW YORK a una cuenta perteneciente al referido Banco Suizo.

Posteriormente, las investigaciones policiales, que cursan en el expediente que dio origen a la presente solicitud de extradición, determinaron que el cheque No. 177 de la cuenta No. 607-075643 del Republic National Bank of New York perteneciente al Museo de Arte Comtemporáneo de Caracas, que había sido sustraído y forjado, fue depositado en la cuenta de un ciudadano de nombre Gustavo de Los Reyes, quien admitió que efectivamente era titular de la cuenta bancaria suiza y que en ella se había depositado un cheque por la cantidad de ochocientos veinticinco mil dólares (US 825.000.oo) por instrucción del ciudadano HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA O HECTOR JOSE GONZALEZ DE ARMAS. También determinaron las pesquisas policiales que el ciudadano Gustavo de los Reyes Sánchez el día diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y tres transfirió del CBI-TDB UNION BANCAIRE PRIVEE la cantidad de setecientos veinticinco mil dólares americanos (725.000,oo) a la cuenta No. 001-003439-6 del Banco Federal-Caracas, cuyo titular es como firma autorizada su Presidente el ciudadano HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA O HECTOR JOSE GONZALEZ DE ARMAS, quien posteriormente emitió el cheque No. 01928748 de la referida cuenta del Banco Federal Caracas por un monto de sesenta millones de bolívares (Bs 60.000.000,oo) a favor de su cónyuge la ciudadana EDILIA DE LA ROSA GONZALEZ".

En la misma decisión la Alta Colegiatura interpretó el enunciado del Artículo II, numeral 10, del Tratado de 1991 al que asimiló la conducta endilgada a los solicitados, en los siguientes términos:

"Considera la Corte que la conducta delictiva de los procesados... está prevista en el referido numeral 10, del artículo 2o. del tratado de extradición; es decir, que esa conducta se subsume dentro del tipo fraude que constituye estafa o engaño y que en la legislación venezolana, equivale al delito tipificado en el Código Penal, Título X, De la Estafa y otros fraudes, encabezamiento del artículo 464, que expresa...

En efecto, los hechos establecidos por la Corte en el capítulo IV de esta decisión, pueden subsumirse dentro de los supuestos de hecho que estructuran el delito de Estafa, previsto en el encabezamiento del

artículo 464 del Código Penal Venezolano, ya que de las actas procesales quedó evidenciado que se utilizó el forjamiento de un cheque como mecanismo de la estafa, en perjuicio de la Fundación Museo de Arte Contemporáneo de Caracas, cuyos bienes son considerados patrimonio de la nación, y que fue la razón por la cual tanto el Tribunal de Primera Instancia Penal y el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, pre-calificaran esos hechos como Incorporación Indebida de Bienes del Patrimonio Público".

4.- De conformidad con esa decisión el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, mediante nota fechada en Caracas el 28 de julio de 1994 y dirigida a la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, solicitó la extradición de los capturados y aportó copias auténticas de los autos de detención, del pronunciamiento de la Corte y de la legislación pertinente; documentos que fueron enviados al ministerio de Justicia y de allí a esta Colegiatura para el concepto de rigor.

Agotado el trámite previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal las partes formularon oportunamente los siguientes alegatos.

Alegaciones

De los solicitados.- En distintos escritos presentados a título personal afirman que en su caso no se cumplen dos de los requisitos establecidos en el tratado que se quiere aplicar, pues en su país de origen son simples sindicados contra los que no se ha dictado sentencia condenatoria ni resolución acusatoria, o su equivalente, y el delito de "apropiación indebida de bienes públicos" no está contemplando dentro de los enumerados por el artículo 2o. del mencionado pacto, que a su vez no tiene prevista forma alguna de adición como sí ocurrió con el tratado suscrito entre Colombia y la Gran Bretaña en 1888 que expresamente autoriza "La extradición puede también ser concedida a voluntad del Estado de quien se solicite respecto de cualquiera otro delito por el cual puede otorgarse de acuerdo con las leyes vigentes de ambas Partes Contratantes". De manera que la solicitud por delitos no contemplados en el acuerdo firmado por los países Bolivarianos no puede regirse por éste.

Para establecer que ese delito no es de los allí previstos, basta recordar que mientras el pacto se firmó en 1911 la Ley Orgánica de Salvaguarda del

Patrimonio Público, por la que se les incrimina en Venezuela, fue expedida en 1982; por eso, el Estado solicitante pretende subsanar esa deficiencia aduciendo que el delito previsto en el ordinal 4o. del artículo 71 de dicha ley "se subsume" dentro del tipo de fraude contemplado en el numeral 10 del artículo 2o. del tratado y así lo dice expresamente la Corte Suprema de Venezuela; para quien la conducta investigada equivale al delito previsto en el Título X (De los delitos contra la propiedad), Capítulo III del Código Penal Venezuela "De la estafa y otros fraudes".

Así la conducta sea sancionable en cualquier parte del mundo, en el presente caso el sistema de lista escogido por el tratado impone limitaciones al principio de la doble incriminación, consistentes en la enumeración taxativa de los delitos que no permite interpretaciones para acomodar las conductas no incluidas allí; por eso, no puede hablarse de doble incriminación si no se cumplen los elementos estructurales de punibilidad, de acuerdo con el régimen interno del estado requerido, sin que sea posible "acudir a la analogía para subsumir una conducta delictiva no enlistada en el tratado", pues tanto la doctrina como la jurisprudencia colombianas reconocen que cuando las normas fijan prohibiciones u obligaciones deben interpretarse en forma restrictiva y, en material penal, no puede aplicarse la analogía porque se estaría violando el principio de legalidad de los delitos y las penas.

No podía entonces la Corte Suprema de Venezuela asimilar al fraude previsto en el tratado de 1991 una conducta autónoma promulgada años después en la que se fusionaron delitos de los empleados públicos con los particulares (peculado y malversación de fondos con estafa, fraude, robo y hurto) para salvaguardar el patrimonio de Estado. Menos aún, se como dice aquella Corporación "quedó evidenciado que se utilizó el forjamiento de un cheque como mecanismo de la estafa", lo que demuestra que para configurar el delito de incorporación indebida se empleó un mecanismo propio de la estafa y no a la inversa. Es más, cuando el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público Venezolano ordenó "mantener abierta la averiguación en lo que respecta al delito de estafa agravada" se produjo lo que en Colombia se denomina la ruptura de la unidad procesal, decisión que no tendría sentido si los dos delitos pudieran subsumirse en uno solo.

Es tal la diferencia entre los delitos de indebida apropiación de bienes y estafa que para investigar y sancionar los primeros se creó una jurisdicción

especial que no tendría justificación si la conducta se puede subsumir en la estafa que corresponde a la jurisdicción ordinaria. Además, el hecho de que la Corte Venezolana haya tenido que acudir a la analogía para sustentar la solicitud de extradición demuestra que en este caso no es aplicable el tratado de 1911.

De aceptarse por la Corte Suprema de Colombia la tesis del estado solicitante se estaría violando el principio de especialidad que en concepto del Consejo de Estado consiste en la prohibición de extender el enjuiciamiento a hechos o infracciones distintos de los que motivaron la extradición, ya que solicitada la extradición por un delito contra la Salvaguarda del Patrimonio estatal es probable una posterior vinculación con el delito de estafa agravada, que se investiga por separado, por el que no se solicitó la extradición. Al respecto la Corte con ponencia del Magistrado Dr. Gustavo Gómez Velásquez precisó en sentencia del 29 de abril de 1986 que no puede accederse al otorgamiento de la extradicción cuando las modalidades de la pena privativa de la libertad están sujetas a indefinidas circunstancias.

En conclusión, el tratado de 1911 no es aplicable y de serlo no procede la extradición porque el caso por el que se solicita no está contemplando allí como uno de los delitos que la hacen posible.

Por tanto, debe darse aplicación al sistema previsto en el Código de Procedimiento Penal Colombiano, pues así le establece el artículo VIII, tercer inciso, de tratado para el caso de los prófugos, calidad que de modo ostensible se destaca en el concepto del Fiscal General Venezuela, y con ese convencimiento han venido actuando las autoridades de los dos países, como lo demuestran: la nota OJ. E152 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia al Embajador de Venezuela en que da cuenta de la captura y le recuerda que la petición debe formalizarse de acuerdo con el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, el oficio 9077 de Embajador al Comisario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Caracas recordándole el plazo de 60 días allí previsto, además las consideraciones sobre dicho precepto que sirvieron a un Juez colombiano para negar el "Habeas Corpus" solicitado.

Pero, tampoco frente a dicho estatuto se dan los requisitos de doble incriminación, límite de la pena y equivalencia de la resolución acusatoria con la decisión preferida por las autoridades venezolanas.

Así, del pronunciamiento de la Corte con ponencia del Magistrado Dr. Darío Velásquez Gaviria de mayo 28 de 1982 se infiere que, si bien para que tenga lugar la doble incriminación no es necesaria la plena identidad de las conductas, sí debe existir alguna similitud ya que frente a la diversidad no podrían unificarse criterios sobre punibilidad; como ocurre en este caso donde no existe en la legislación penal colombiana un delito similar al imputado con base en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, únicamente comparte algunos elementos estructurales el "enriquecimiento ilícito" pero con diferencias sustanciales que no permiten la similitud requerida, pues la diferencia establecida en la ley colombiana de acuerdo con la calidad de los sujetos activos no existe en la venezolana.

Ahora, establecer el artículo 549 -numerales 1 y 2-, del Código de Procedimiento Penal que el hecho además de estar previsto como delito debe tener una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años y que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente, requisitos que tampoco se cumplen pues la pena mínima establecida en el artículo 71, numeral 4, de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público para el delito imputado es la de un año, y en contra de los procesados únicamente se ha decretado la detención judicial.

Del apoderado.- En memorial ceñido al criterio expresado por la Sala en pronunciamiento del 1o. de noviembre de 1994 respecto de la aplicación del tratado de 1911, empieza por destacar la prohibición de artículo 7o. del Código Penal, y reproducir apartes de la doctrina foránea y nacional (Sebastián Soler, Carlos Lozano y Lozano, Bernardo Gaitán Mahecha, Luis Carlos Pérez) y la decisión del 5 de abril de 1974 con ponencia del Magistrado Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez, para desechar cualquier posibilidad de interpretación analógica en este caso; pues esa forma de aplicación de la ley equivale a legislar caprichosamente y dicha facultad le está reservada al Congreso.

Luego hace aclaraciones previas del siguiente contenido: de la documentación remitida por el Gobierno Venezolano al de Colombia surge diáfana la inocencia de los solicitados en extradición, pues la funcionaria del Banco de Nueva York Febres Rosángela dice haber consultado por teléfono con Ana Teresa Rangel del Museo Contemporáneo de Caracas sobre el cheque de 825.000 dólares, quien le manifestó que estaba bien, que

era para comprar obras de arte y estaban próximos a salir otros de la misma cuenta. Así mismo, el ciudadano dominicano Juan Ramón Verges Peña dice haber recibido de Sofía Imbert un cheque del Republic National Bank de Nueva York por 825.000 dólares a favor del Banco CBI-Tor Union Bancaire Privee, con lo que queda desvirtuada tanto la sustracción de aludido cheque de una caja fuerte como su forjamiento indebido.

El cheque le fue entregado a Héctor González por un tercero para pagarle un deuda de años atrás, como consta en documentos aportados a este trámite, y su esposa Edilia de González lo único que hizo fue recibirlo de manos de su marido y consignarlo sin conocer su procedencia.

No es cierto el requerido use varios nombres a la manera de criminales peligroso, pues se trata de un montaje de la Policía Técnica Judicial de Venezuela "herida en su amor propio por la fuga perpetrada por Héctor González", ya que en todos los documentos puestos a disposición de la Corte figura siempre con su verdadero nombre Héctor González Gorrondona de Armas.

Además, al convenio aprobado por la Ley 26 de 1913 que establece el término de la distancia para hacer la solicitud de extradición, se le introdujo una modificación sustancial mediante una simple carta del 6 de septiembre de 1928 que fijó en 90 días ese plazo, como si una carta de cancilleres pudiera estar por encima del Congreso. Al respecto la Corte Constitucional en providencia del 15 de septiembre de 1994, con ponencia del Magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, expresó que "atenta contra el orden jurídico, el hecho de que las relaciones internacionales entre Colombia y Repúblicas Extranjeras se pongan en vigencia mediante simples actas y sin el trámite constitucional establecido.

Después de las anteriores aclaraciones se ocupa del tema la doble incriminación reprochándole a la Corte Suprema de Justicia de Venezuela la forma antijurídica como subsumió la conducta imputada a sus defendidos dentro del fraude establecido en el tratado, en oposición a la realidad venezolana donde la incorporación de bienes públicos al patrimonio privado es un delito autónomo, distinto de la estafa, como lo demuestra la decisión del 29 de marzo de 1994 del Tribunal Superior que dejó "viva la investigación contra Héctor González por el supuesto delito de estafa agravada" previsto en el artículo 464 del Código Penal de ese país y sometido al trámite de la jurisdicción ordinaria.

De ser cierto el sofisma de la Corte Venezolana "el cheque sería un medio y la apropiación de bienes públicos un fin" y no a la inversa como lo pregona esa Corporación, lo que hace inocultable tan forzado planteamiento para tratar de establecer la doble incriminación. Además, la decisión del Tribunal en relación con el delito de estafa y la existencia de legislaciones y jurisdicciones diversas para esos delitos permiten afirmar que la Corte se equivocó.

De acuerdo con el tratado, la extradición solo es posible si el hecho que la origina también es considerado delito en el país requerido, y ese supuesto no puede quedar en manos de funcionarios que acomoden en uno cualquiera de los tipos penales la conducta imputada a los solicitados, que ni siquiera en este caso son funcionarios del Gobierno Venezolano y por eso no pueden haber cometido peculado, ni aún en la modalidad extensiva porque no administraban, custodiaban o tenían bienes oficiales, tampoco el enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 1o. del Decreto 1895, de 1989, toda vez que en Venezuela lo comete el empleado oficial y aquí no, además las penas son distintas y allá se configura contra bienes del Estado.

Finalmente solicita que el concepto sea negativo en acatamiento del artículo 1o. del Código Penal y del respeto debido a la Constitución que expresamente establece "nadie puede ser procesado por un hecho que la ley no defina previamente como delito".

Del Ministerio Público.- Dentro del término de traslado para alegar, el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal expresó criterio frente a las exigencias del artículo 558 del Código de Procedimiento Penal y a la ineludible aplicación del tratado sobre extradición suscrito por Colombia y Venezuela Junto con Ecuador, Perú y Bolivia.

La vía diplomática escogida y la documentación presentada cumplen con las exigencias del artículo VIII del mencionado pacto y del artículo 259 del Código de Procedimiento Penal. Así mismo, está plenamente demostrada la identidad de los solicitados, sin que por su parte se haya presentado objeción alguna al respecto.

De las distintas tesis sobre el principio de la doble incriminación, la Delegada encuentra ajustada a los cánones Constitucionales nuestros "aquella en virtud de la cual el principio de la doble incriminación debe examinarse en su realidad concreta, no a través del formalismo de la denominación

Jurídica de la infracción, porque siendo la institución de la extradición un mecanismo válidamente aceptado dentro del derecho internacional como instrumento de lucha contra la delincuencia, no una institución que procure unificar las legislaciones, lo que se ha de tener en cuenta al momento de su trámite es la calidad de hecho delictivo que se haya atribuido a la conducta" tesis que ha venido aceptando la Corte.

Se trata de establecer Si de acuerdo con la legislación de cada país los hechos que involucran a los solicitados con punibles, sin importar si tienen distinta denominación Jurídica o protegen bienes jurídicos distintos. Basta que el comportamiento tenga la calidad de delito en los países requirente y requerido, puesto que en las disímiles condiciones de desarrollo de la ciencia penal es imposible encontrar una coincidencia exacta en esos aspectos.

En este caso se cumple la exigencia de la doble incriminación, a pesar de no existir en la legislación colombiana un tipo penal de las características del contemplado en el ordinal 40, del artículo 71 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de Venezuela, pero sí los preceptos en que se tipifican la falsedad en documento público (artículo 221 del Código Penal) y la estafa (artículo 356, *ibídem*) que corresponden, en su orden, a la expresión consignada en las decisiones de las autoridades venezolanas "Se forjó" el cheque No. 177 (delito no imputado a los solicitados) y a la utilización de ese cheque "para lograr el detrimento patrimonial del Museo de Arte Contemporáneo de Caracas", éste si endilgado a los solicitados, que indujeron en error a los funcionarios de banco girado para obtener el provecho ilícito con perjuicio ajeno que configura la estafa.

La equivalencia de las providencias que obran en contra de los solicitados se refiere a la necesaria existencia de una sentencia, un auto de sometimiento a juicio o de detención y, en ese sentido, las copias aportadas revelan el proferimiento de este último por parte de las autoridades venezolanas, de conformidad con lo previsto en el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, equivalente a la medida de aseguramiento regulada por el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, con la diferencia que en nuestro sistema puede consistir en conminación, caución o detención, según el grado de severidad regulada de acuerdo con la clase de delito imputado.

Ahora, como en Colombia frente al delito de estafa no procede la detención sino la caución, conviene establecer si entre las dos medidas existe la equivalencia demandada. De acuerdo con lo previsto por el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la detención en ese país conlleva la privación efectiva de la libertad; sin embargo, cuando se suscribió el convenio en la legislación colombiana no existía modalidad distinta de la contemplada por la ley venezolana, situación que permite interpretar bajo las condiciones imperantes en esa época la previsión del tratado, de modo que en lo sustancial la caución y la detención obedecen a los mismos requisitos indispensables para su imposición: que el hecho punible amerite pena corporal y que aparezcan serios indicios de la culpabilidad del procesado (según el precitado artículo 182).

Así, "lo fundamental, entonces, es que en ambas legislaciones la medida preventiva procede en la etapa del sumario, que ella se encuentran establecidas como mecanismos para asegurar la comparecencia de los sindicados en procesos que se adelantan por delitos sancionados con pena privativa de la libertad y que en ambos se exige similar prueba de responsabilidad del incriminado".

De conformidad con el tratado con condiciones de procedibilidad de la extradición:

1.- Que las pruebas de la infracción justifiquen la detención o el sometimiento a Juicio, de donde lo importante es establecer si al momento de la resolución de la situación jurídica procedía la medida de aseguramiento, sin importar su especie, debiéndose confrontar los requisitos de conformidad con el derecho interno, según lo establece el acuerdo. En ese sentido la exigencia se cumple a cabalidad, pues por las copias allegadas se sabe que el cheque No, 117 de la cuenta del Museo de Arte Contemporáneo de Caracas en el Republic National Bank of New York fue falsificado por personas desconocidas y cobrado a través de la cuenta de Gustavo de los Reyes, quien obró según instrucciones impartidas por los señores Juan Ramón Verges Peña y Héctor José González Gorrondona; éste, a su vez, con la colaboración activa de Edilia de la Rosa de González dispuso de sesenta millones de bolívares, producto del inicial cobro, utilizando la cuenta de la empresa Nutralac 30 C.A.

Pese a que existen algunas otras pruebas referidas en las providencias de las autoridades venezolanas, de las anteriores surge la evidencia necesaria

para el proferimiento de la medida impuesta a los solicitados, si el delito se hubiera perpetrado en Colombia, ya que no se ha demostrado la existencia de título legítimo para entrar en posesión de los dineros pertenecientes al Museo.

II.- Que el delito base de la extradición se encuentre dentro de los previstos, si van en el Artículo II del Acuerdo. Al respecto la Delegada considera que no puede exigirse unidad de denominación Jurídica", por lo que el punto a examinar es si las conductas allí descritas constituyen un tipo penal determinado, de conformidad con la legislación colombiana.

La acción de los solicitados fue el apoderamiento ilícito de una suma de dinero perteneciente al Museo de Arte Contemporáneo de Caracas, mediante un título valor falsificado, que se constituye en el artificio utilizado, y por ende la conducta desplegada corresponde al delito de estafa definido en el artículo 356 del Código Penal Colombiano; de modo que también se cumple este otro requisito.

III. Que no se trate de delito político o conexo con él. Condición que según la doctrina dominante se le atribuye al comportamiento que con fines altruistas pretende derrocar o modificar el régimen constitucional establecido, o crear alternativas políticas como una mejor opción dentro de la vida social; aspectos ajenos a la conducta de los solicitados en extradición.

IV.- Que la pena en los dos Estados sea privativa de la libertad, con un máximo superior a seis meses. Requisito que sin duda se cumple porque la sanción máxima prevista en el Código Penal colombiano para el delito de estafa es de 10 años de prisión y la establecida en la legislación venezolana para el delito de incorporación indebida de bienes del patrimonio público supera igualmente el límite requerido.

V.- Ni la acción ni la pena Se encuentran prescritas, de conformidad con la ley del estado requerido, pues los actos constitutivos del delito se realizaron en el mes de mayo de 1993 y la acción prescribe en un término igual al máximo de la pena prevista.

VI.- Los reclamados no han sido juzgados y puestos en libertad, ni el delito que motiva la extradición ha sido objeto de amnistía o indulto.

Finalmente, el Ministerio Público solicita a la Corte emitir concepto favorable a la extradición solicitada.

Consideraciones de la Corte

1.- Como quedó establecido en decisión del 1°. de noviembre de 1994, el presente caso se rige por el Acuerdo sobre Extradición suscrito por Colombia, Venezuela y los demás países Bolivarianos en Caracas el 18 de julio de 1911, ratificado por el Congreso Nacional mediante Ley 26 del 8 de octubre de 1913, vigente según lo ha certificado el Ministerio de Relaciones Exteriores, lo que implica su prevalencia sobre las normas del Código de Procedimiento Penal que regulan esa materia, por expreso mandato del artículo 17 del Código Penal.

Así mismo la Sala a partir de la decisión del 12 de Julio de 1990, con ponencia del Magistrado Dr. Dídimo Páez Velandia, considera procedente la intervención del Ministerio Público en asuntos de extradición y ahora con mayor razón, con base en la función asignada por la Constitución a dicho organismo que le permite obrar en defensa del orden Jurídico (artículo 277-7 de la actual Constitución).

2.- La solicitud se formuló por la vía diplomática y para el cumplimiento de las formalidades establecidas en el Artículo VIII del Tratado, a ella se acompañaron copias auténticas de los autos de detención dictados por funcionarios competentes, el Juez Vigésimo Segundo de Primera Instancia en lo penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas y el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público de Caracas, en los que aparece la designación exacta del delito, la fecha de su comisión y la relación de las pruebas que permitieron la adopción de dicha medida. Así mismo, se allegaron copias de los textos legales venezolanos aplicables al caso: la Ley de Reforma Parcial del Código de Enjuiciamiento Criminal, la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

3. - Aspecto esencial a este trámite tiene que ver con la cuidadosa verificación de la plena identidad de los solicitados y su nacionalidad para evitar que se afecten personas distintas de los implicados en el proceso penal adelantado por el Estado requirente, o ciudadanos colombianos por nacimiento, quienes por ningún motivo podrían ser extraditados (artículos 35 de la Constitución, 17 y 546 de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, respectivamente).

En ese sentido, la documentación remitida permite individualizar a las personas en ella relacionadas de tal manera que no cabe la menor duda en cuanto el señor HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA, nacido en Caracas el 19 de Julio de 1937 e identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.719.104 y su esposa la señora EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ, nacida en Maracay el 2 de agosto de 1940, ambos de nacionalidad venezolana, son las personas solicitadas en extradición.

4.- A diferencia del artículo 549-2 del Código de Procedimiento Penal que impone como requisito el haberse dictado en el exterior resolución acusatoria o su equivalente, el Tratado en vigor considera alternativo el auto de detención, proferido en este caso por los funcionarios competentes, cuya finalidad en los dos sistemas judiciales no es otra que la asegurar la comparecencia del implicado contra quien obran pluralidad de indicios, según la ley venezolana, o por lo menos un indicio grave sobre responsabilidad de acuerdo con la ley colombiana.

En relación con este aspecto se presentaría una disparidad apenas aparente según lo advierte la Procuraduría Delegada, en cuanto el delito de estafa ante la ley penal colombiana tan solo amerita medida de aseguramiento de caución, mientras que la legislación venezolana posibilita la detención, pues en éste sentido las exigencias del artículo VIII del Tratado se refieren solamente a dos requisitos que en el caso presente se acreditan a suficiencia: uno, que se acompañe el auto de detención dictado por el Tribunal competente del Estado requirente, el que hace ya parte de éstas diligencias; y dos, que en el Estado requerido el hecho "similar", sea constitutivo de delito, lo que también emerge frente a la adecuación del delito de estafa, como se analizará más espacio.

5.- El principio de la doble incriminación, como acertadamente lo recuerda la Delegada, no se refiere a la coincidencia textual o formal de la denominación Jurídica de la conducta en las legislaciones de los dos Estados, pues una exigencia de tal naturaleza haría nugatoria la extradición si se tiene en cuenta la diversidad legislativa que en materia penal existe, aún entre países tradicionalmente afines, dados los disímiles principios e intereses que rigen sus estatutos Penales y la estructura de las codificaciones vigentes.

Lo que en esencia se exige, conforme pasa a verse y en realidad resulta ineludible, es la criminalización del hecho imputado en los dos países,

requisito que no puede equipararse con el de la identidad o plena coincidencia del *nomen juris*.

Para iniciar este análisis conviene recordar que en el listado que trae el artículo II del tratado, al mencionar las modalidades de defraudación utilizando medios de artificio, lejos de designarla dentro de un nombre común y restrictivo, la expresión utilizada en el numeral 10 resulta mas bien de tipo descriptivo y referencial de los elementos que la integran, bajo la expresión de "Fraude que constituya estafa o engaño".

La utilización común de estos tres términos invita a recordar las reflexiones de Escriche sobre su indiscriminado empleo, evocación que aconseja la breve pero ilustrativa transcripción que sigue:

> Fraude "Según el diccionario de la Academia Española es lo mismo que engaño; pero como no decimos que tal o tal cosa se ha hecho en engaño de la ley, en engaño de los acreedores, sino en fraude de la ley, en fraude de los acreedores, preciso será que entre fraude y engaño exista alguna diferencia. Engaño es en efecto, toda astucia o maquinación de que uno se sirve, hablando u obrando con mentiras o artificio, para frustrar la ley o -los derechos que ella nos da; y fraude no es otra cosa que el hecho de frustrar la ley o los derechos que de ella nos derivan; esto es, el hecho de burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la ley, o de usurparnos lo que por derecho nos pertenece; de manera que el engaño puede considerarse como el medio de arribar al fraude; y el fraude, como el fin u objeto que uno se- propone lograr con el engaño. Sin embargo, como el engaño y el fraude suelen ir juntos, pues no hay fraude sin engaño, de ahí que el lenguaje vulgar se tomen indistintamente el uno por el otro.
>
> De ahí también que quepa expresar que el engaño actúa como causa; y el fraude resulte su efecto. El primero aparece en la conducta de quien procede con dolo; el segundo no es sino el perjuicio proveniente de haber sido engañado."

De esta sencilla pero exacta comprensión se infiere, como del mismo modo lo interpreta la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela en el caso presente, que la conducta punible, hasta ahora adecuada al tipo penal del artículo 71, ordinal 40. de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de ese país, resulta compatible con la comisión de uno

de aquellos fraudes punibles a los que se refiere el comentado artículo II del Tratado vigente sobre extradición y que describe el precepto en los términos que siguen:

> "Artículo 71.- Serán Penados:
>
> ...a) Con prisión de uno a cinco años, al funcionario público o cualquier persona a cuyo patrimonio aparezcan incorporados bienes o valores del Patrimonio Público, sin que para la respectiva incorporación se haya dado cumplimiento a las formalidades previstas en la Ley, o que habiendo cumplido dichas formalidades, no se hubiere entregado previamente al Fisco Nacional, Estatal o Municipal, o a los entes que de ellos dependan, la contraprestación que se haya fijado o pactado".

Como fácil puede verse, trátase de una figura especial de fraude al patrimonio del Estado, que no por desglosarse quizá, de la figura básica y genérica de la estafa, sale de la comprensión abierta contenida en el artículo II del Tratado, y mucho menos si, como bien merece resaltarlo, en el caso presente la adecuación Judicial del hecho al tipo penal opera por vía de provisionalidad, dado que aún no se ha definido la situación Jurídica de fondo de los reclamados, previsión que contemplada igualmente en ese pacto multilateral de Caracas de 1911, debe admitir las obvias variables inferibles de los avances y perfeccionamiento de la instrucción, siempre y cuando, claro está, que con ello no se llegue a una desnaturalización íntegra de la figura, lo que no resulta bajo el análisis de la Corte Venezolana previsible cuando advierte que de los hechos demostrados se desprende la comisión de un claro engaño consistente en "el forjamiento de un cheque como mecanismo de la estafa, en perjuicio de la Fundación Museo de Arte Contemporáneo de Caracas, cuyos bienes son considerados patrimonio de la Nación, y que fue la razón por la cual tanto el Tribunal de Primera Instancia Penal, y el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público, Pre-calificaron esos hechos como incorporación indebida de Bienes del Patrimonio Público" (subrayas de la Sala).

Por otra parte, es el mismo Tratado el que se encarga de precaver y dejar a salvo cualquier exceso que con deslealtad hacia las relaciones bilaterales desborde las garantías del procesado al advertir en el artículo XI, que sin descontar, Según Se ve, la posibilidad de una readecuación típica, lo que veda es que el extraditado llegue a Ser enjuiciado o castigado en el Estado

reclamante por "hechos" distintos de los "mencionados en la solicitud", aspecto Sobre el cual no recae en modo alguno, hasta este punto, la presente controversia.

En el otro extremo y como así lo avisó en su providencia la Corte Suprema de Justicia del Estado requirente, en la legislación penal colombiana también está prevista la conducta antes descrita como configurativa del delito de "estafa", según términos del artículo 356 del Código Penal (Decreto 100 de 1980) que la sanciona con prisión de uno (1) a diez (10) años, e inclusive con una medida de incremento punitivo específica cuando ese atentado recae sobre los "bienes del Estado", pues así de modo expreso lo advierte el artículo 372-2 *ibídem*.

Halla, entonces, esta Sala de Casación que propias razones para contradecir los planteamientos de los ciudadanos requeridos y de quien los representa, respeto del requisito de la doble incriminación, que, por lo advertido, y en coincidencia con el criterio de la Corte Suprema de Justicia del Estado requirente, concluye suficientemente acreditado.

6.- La pena, con arreglo a la legislación de los dos Estados, debe ser privativa de la libertad y su máximo superior a los seis (6) meses -artículo V-requisito que no ofrece reparos ya que el artículo 71-4 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público de Venezuela sanciona con prisión de uno (1) a cinco años la incorporación indebida de bienes de esa naturaleza (y la estafa con igual grado y clase de sanción), y por Su parte el Código Penal Colombiano tiene prevista como ya se ha dicho para el delito de estafa pena de prisión de uno (1) a diez (10) años (artículo 356).

7.- Procede resaltar además que la conducta imputada a los señores GONZALEZ GORRONDONA Y EDILIA DE LA ROSA afecta tan solo los intereses patrimoniales económicos y de modo específicos los del Estado requirente, sin que en el comportamiento de los implicados llegue a vislumbrarse un interés político encaminado bien a remover las estructuras constitucionales que rigen el vecino país, ni a derrocar su gobierno o suprimir o modificar el régimen legal vigente, lo que descuenta tanto la comisión de alguno de los llamados delitos políticos, como también la posible conexidad del imputado con aquellos, aviniéndose uno más de los requisitos para que el ruego en trámite prospere.

Tampoco halla la Corte que alguna de las restantes prohibiciones contenidas en el artículo V del Tratado multilateral de Caracas tenga operancia,

pues no se vislumbra y como consecuencia en ese aspecto no se alega que la respectiva acción penal se hubiese extinguido por prescripción, y menos se aduce que los solicitados hubiesen sido ya juzgados y liderados por la infracción que se lee atribuye, como tampoco que hayan agotado la pena que podría corresponderles, o hubiesen sido favorecidos con amnistía o indulto.

Cumplidas las exigencias previstas en el Tratado que Se invoca, Se impartirá concepto favorable a la extradición.

Tan solo aclarará la Sala para terminar, que siendo de su competencia en esta sede el análisis de los requisitos previstos en los tratados, la ley interna y el derecho internacional para la viabilidad de la entrega de los ciudadanos extranjeros al gobierno que los solicita, ninguna referencia podía hacer a la posible inocencia de los Señores GONZALEZ y DE LA ROSA, pues tal tema resulta de la privativa competencia de las autoridades judiciales del Estado que adelanta el proceso en su contra, dentro del cual podrán hacer amplio ejercicio de sus prerrogativas defensivas y en particular la de controvertir la prueba de cargo y presentar las pruebas de descargo, interponer recursos y alegar en su favor.

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

Resuelve:

Rendir concepto favorable a la extradición de los ciudadanos venezolanos HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA o HECTOR JOSE GONZALEZ DE ARMAS y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ solicitada por el Gobierno de Venezuela por la vía diplomática.

Comuníquese este concepto al Ministerio de Justicia y a la Fiscalía General de la Nación, por cuya cuenta continúan los detenidos en su lugar, actual de reclusión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

La condena de ejecución condicional no es decisión discrecional del fallador que dependa de su arbitrariedad o capricho, sino pronunciamiento supeditado al juicio razonable que se forme después de valorar conjuntamente la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho punible, factores que le permitan suponer fundadamente que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado por Acta No. 046

Vistos

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado ORLANDO LUIS SIERRA contra la sentencia de 18 de diciembre de 1992, mediante la cual, el Tribunal Superior de Tunja declaró la nulidad de una de las causas acumuladas en su contra por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, lo condenó a la pena principal de 32 meses de prisión y confirmó las sanciones accesorias, como responsable del delito de acceso carnal violento en Rosa Yaneth Tolosa Vargas y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal

Siendo las seis y media de la tarde del 20 de mayo de 1988, en momentos en que la joven Rosa Yaneth Tolosa Vargas se dirigía a casa de sus padres por un camino veredal del municipio de Chiquiza (Boyacá), le salieron al

paso los sujetos Mario Raúl López, Silvino López, Cirilo Cuadrado y Orlando Luís Sierra, además del menor Francisco Helí Sierra, quienes la tomaron a la fuerza y la llevaron a un barranco donde fue accedida carnalmente por cada uno de ellos, en dos oportunidades.

Por estos hechos, el entonces Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Tunja, mediante providencia de 2 de abril de 1990, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los nombrados, por el delito de acceso carnal violento agravado, por haberse perpetrado en concurso de varías personas; enjuiciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de dicho Distrito el 28 de agosto del citado año, anulando sólo el cargo al menor.

A esta causa se acumuló la seguida por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal contra el mismo Orlando Luis Sierra por el delito de acceso carnal abusivo en grado de tentativa, en menor de catorce años, por hechos sucedidos la noche del 15 de agosto de 1991 en un paraje denominado "Los Cerezos" del municipio de Chiquiza, en donde el procesado, tomando por la fuerza a la joven Francila Inés Rubio, que para entonces contaba con doce años de edad, la condujo a un bosque donde la despojó de parte de sus vestiduras y estuvo a punto de accederla carnalmente si no hubiera sido por la oportuna intervención de Horacio López, quien acudió al lugar de los hechos por los gritos de auxilio que lanzaba la menor.

Adelantado el juicio en las causas acumuladas y celebrada audiencia pública, el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Tunja puso fin a la instancia condenando a Mario Raúl López, Silvino López Sierra y Cirilo Cuadrado a la pena principal de 32 meses de prisión, cada uno, a la correspondiente sanción accesoria y al pago en concreto de los perjuicios causados por el delito de acceso carnal violento en Rosa Yaneth Tolosa Vargas, otorgándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional. Orlando Luis Sierra fue condenado a 38 meses de prisión por acceso carnal violento en Rosa Yaneth Tolosa y tentativa de acceso carnal abusivo en la menor de catorce años Francila Inés Rubio.

Apelada esta sentencia por el defensor de los acusados, el Tribunal Superior de Tunja declaró la nulidad de la causa acumulada, por irregularidad sustancial violatoria del debido proceso, por haberse calificado como tentativa de acceso carnal abusivo en menor de catorce años, lo que era tentativa de acceso carnal violento en la menor Francila Inés Rubio,

disponiendo la separación de los procesos acumulados y reformando la sentencia en el sentido de condenar a Orlando Luis Sierra a la pena principal de 32 meses de prisión, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional. En lo demás, la confirmó.

Fundamentó su negativa en las siguientes consideraciones:

> "Su conducta es reprochable en cuanto por todos los medios buscó evadir su responsabilidad, procurando arreglos económicos, prevalido de provenir de familia pudiente en el puesto; cita mentirosamente testigos y coartadas falsas con el propósito de obtener impunidad, agrede en compañía de varios de sus amigos a Rosa Yaneth Tolosa y como si fuera poco trata de acceder. a una menor de edad, según sindicación que ésta le hiciera".

El defensor de los procesados interpuso recurso de casación contra dicha decisión, el que solo sustentó respecto de Orlando Luís Sierra, debiendo ser declarado desierto en cuanto a los demás.

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 errónea interpretación del artículo 68 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 12 del mismo estatuto y 12 y 445 del C de P. P.

Critica el censor la deficiente motivación de la negativa del subrogado penal a su defendido Orlando Luis Sierra y el equivocado entendimiento sobre el contenido del artículo 68 del Código Penal, pues la necesidad de tratamiento penitenciario Predicada de su asistido y derivada de su personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible se basa en apreciaciones subjetivas del fallador.

Respecto a la naturaleza del hecho afirma que la conducta punible desplegada por Sierra, materializada en la persona de Rosa Yaneth Tolosa, no rebasa los límites de las actuaciones entre ellos ni trasciende a las relaciones colectivas, por lo que no puede penarse más drásticamente este tipo de delitos que conductas que producen mayor repercusión social como los delitos financieros o la especulación con artículos de primera necesidad.

En cuanto a las modalidades del hecho, expresa que el delito de acceso carnal violento, por comprometer únicamente la relación de los cuerpos de

dos personas, produce en el observador reacciones de carácter moral y estético que llevan a sobrevalorar el daño producido, agregando que la correcta interpretación de la norma conduce a la revisión de la conducta de manera racional.

Argumenta que si su representado es retirado del medio en que se desempeña como campesino jornalero, para ser sometido a tratamiento penitenciario, se le ocasionaria un daño mayor al que se pretende retribuir, criticando de paso el sistema carcelario y la inexistencia de tratamiento penitenciario. Hace referencia a la inaplicación en la sentencia recurrida de los fines asignados a la pena por el artículo 12 del Código Penal, los que son abandonados para invocar sistemas procesales que justifiquen la negación del subrogado, tales como haber tratado de llegar a un arreglo económico con la ofendida o hacer citas falsas en su indagatoria, manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa.

Aduce violación de los artículos 12 y 445 del C, de P.P., porque habiéndose declarado la nulidad del proceso seguido por tentativa de acceso carnal violento en la menor Francila Inés Rubio, debe presumirse la inocencia del reo, máxime que la norma primeramente citada preceptúa que solo las sentencias definitivas pueden tenerse como antecedentes penales.

Consecuente con esa manera de razonar solicita casar parcialmente la sentencia impugnada otorgándole a Orlando Luis Sierra el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se muestra Partidario de no casar la sentencia argumentando, en síntesis, que el recurrente no logró demostrar el supuesto error de interpretación del artículo 68 del Código Penal, pues a las razones esbozadas por el Tribunal Superior antepone sus personales puntos de vista sobre la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho punible, los que resultan francamente inaceptables, como considerar que solo aquellos delitos que vulneran intereses colectivos ameritan la efectividad de la pena impuesta al sentenciado. Pugna con la naturaleza de las cosas "decir. que un delito como éste no tiene repercusiones de orden colectivo. Piénsese -agrega- en el criterio de prevención general de la ley, que se venía negando en cada ocasión en que ella es norma desatendida por el autor de un hecho típico".

Luego expresa:

> "...el impugnante descuida los efectos nocivos que un acto sexual no consentido produce en la psiquis de quien lo padece, que por su gravedad, hacen que las lesiones físicas se tornen secundarias. Esta clase de comportamientos anormales dañan al ser humano en su esfera moral, pues involucran su libertad sexual, violentándolo en uno de sus valores mas preciados de su integridad personal como lo es su capacidad de disposición sexual".

Aludiendo a aspectos relacionados con la naturaleza del hecho y la personalidad del agente, afirma que el actor no se percató que su representado persiste en ese tipo de conducta penal, como lo demuestra el proceso que estuvo acumulado por tentativa de acceso carnal violento y trató de hacer arreglos económicos, pero en el sentido de impedir la acción penal y su responsabilidad "y el actuar procesalmente de manera desleal mediante testimonios inverídicos y falsas explicaciones, lo que ciertamente reconfirma si poco sentido de respeto por los contenidos de valor del derecho, y del sentido de la vida en comunidad. Ello solo convalida la decisión del sentenciador de negar el subrogado de condena condicional."

Consideraciones de la Corte

La Corte, en forma por demás reiterada y pacífica, ha sostenido que la condena de ejecución condicional no es decisión discrecional del fallador que dependa de su arbitrariedad o capricho, sino pronunciamiento supeditado al juicio razonable que se forme después de valorar conjuntamente la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho punible, factores que le permitan suponer fundadamente que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

Es así, como en sentencia de casación de 22 de julio de 1987, entre otras, dijo sobre este tópico:

> "Conviene enfatizar al respecto, que el artículo 68 del Código Penal preserva un juicio de probabilidad o cierta facultad discrecional del juzgador en la concesión o negativa de la ejecución condicional de la condena, arbitrio del que no puede usarse en forma ilimitada, sino supeditado a la existencia de circunstancias y valoraciones atendibles, demostrativas de una recta y aceptada adopción. Por eso, le ordena la

ley consultar la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho, a fin de formarse un juicio razonable, si requiere o no de tratamiento penitenciario.

"Cuando el juzgador, atendidas estas recomendaciones concluye adversamente al otorgamiento de este beneficio, no es procedente entender que un razonamiento contrario sirva Para demostrar eficazmente la "interpretación errónea" de la norma sustancialmente aplicada". (M.P. Jorge Carreño Lenguas).

En el presente caso, el Tribunal Superior, dentro del arbitrio racional que le otorga el artículo 68 del Código Penal y consultando la personalidad del sindicado Orlando Luis Sierra, la naturaleza y modalidades del hecho, arribó a la conclusión lógica y razonable que requería de tratamiento penitenciario, debiendo purgar de modo efectivo la pena impuesta en la sentencia, porque se trata persona inclinada al mismo tipo de delito, que se valió de todos los medios para eludir su responsabilidad y buscar la impunidad de su conducta, prevalido de una holgura económica en el medio social en el que actuó y valiéndose de una serie de argucias y falacias para engañar a la justicia; apreciaciones que no resultan arbitrarias, injustas o exageradas, sino por el contrario, avenidas a la realidad procesal e indicativas de un buen sentido de justicia y equidad.

A los anteriores razonamientos opone el recurrente sus personales y subjetivas apreciaciones, mas especulativas que jurídicas, desde todo punto de vista inaceptables, como aquélla de que el acceso carnal violento es delito de poco daño social que no trasciende el ámbito de interrelación de las personas comprometidas (agresor y víctima), dejando de lado el análisis y evaluación de las repercusiones de orden síquico que un acto sexual no consentido produce en la persona ofendida, como bien lo anota la Procuraduría Delegada.

Contrariamente a lo que piensa el libelista, la mención hecha por el Tribunal Superior a la reiteración del sindicado de la conducta endilgada, fue tomada no como antecedente penal o policivo, sino como clara manifestación de su proclive personalidad por lo que el supuesto quebranto del artículo 12 del código adjetivo se torna infundado.

Por lo demás, no habiendo sustentado en razones apropiadas la supuesta violación de los artículos 12 del Código Penal y 445 del de Procedimiento

Penal, la Sala carece de pautas o derroteros que le indiquen la forma o sentido en que tales preceptos pudieron ser vulnerados por el fallador, ni observa tal vulneración, por lo que dicho cuestionamiento se muestra huérfano de apoyo y de realidad.

Establecido entonces que la norma sustancial aplicada al caso, esto es, el artículo 68 del Código Penal, era la pertinente y en su interpretación por parte del Tribunal Superior no se le dio un entendimiento o alcance equivocados, sino el que fluye de su claro tenor literal y se acomoda a la jurisprudencia dominante sobre el particular, el cargo formulado a la sentencia resulta improcedente y debe desestimarse.

No prospera la impugnación.

Para terminar, observa la Corte que se debe dar cumplimiento a los siguientes aspectos, por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de acuerdo con lo asumido en sus respectivas oportunidades por dicha corporación:

1.- Disponer la inmediata captura del señor Orlando Luis Sierra, como una consecuencia de lo acá decidido y de las previsiones comentadas en la providencia del Tribunal, de fecha marzo 23 de 1993, mediante la cual se dispuso su libertad, a la expectativa, que ahora se cumple, de la ejecutoria de la determinación de no concederle la ejecución condicional de la sentencia.

2.- Enviar inmediatamente a la Unidad de Fiscalía competente el expediente inicial, distinguido con el número 149 y copia de las demás piezas procesales de interés para la acción penal seguida por el delito de acceso carnal violento, en la modalidad de tentativa, contra la joven Francila Inés Rubio, que fue objeto de la nulidad declarada por el Tribunal, inclusive desde la calificación efectuada el 26 de marzo de 1992 por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Tunja. Este envío debió realizarse desde entonces, para evitar riesgos prescriptivos y en cumplimiento de lo dispuesto por el propio Tribunal en la página 26 de la sentencia de segunda instancia: "La nulidad decretada conlleva que se envíen oportunamente las diligencias a la Unidad de Fiscalía pertinente para que se proceda a calificar nuevamente el proceso", lo cual debe efectuarse cuanto antes.

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, Ricardo Calvete Raangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, no, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana Secretario

NULIDAD / TUTELA

Conviene recordar que al destinatario de una orden de amparo no le queda alternativa distinta a la de su inmediato cumplimiento, pues el precepto que se evoca es terminante cuando en su inciso final impone el obedecimiento inmediato del mandato de actuar o abstenerse de hacerlo, así el fallo que lo contenga haya sido objeto de recurso.

Pero una vez fijado ese alcance de perentoriedad de la orden de tutela, se impone imprescindiblemente hacer lo propio respecto de la decisión que por vía de impugnación o revisión entre luego a revocarla o a modificar su contenido o alcances, porque tanto en el art. 86 de la Constitución como en el Decreto 2591 (arts. 31 y 33) se hallan previstos esos grados de jurisdicción sobre fallos de amparo, y como consecuencia obvia la posibilidad de que se introduzcan cambios sustanciales sobre la orden impartida, sino su misma invalidez, lo que convoca a precisar si en el caso de darse una decisión infirmatoria ella cumple efectos solo hacia el futuro, u obliga a regresar las actuaciones hasta el momento previo al cumplimiento del fallo de primer grado.

Si la información del fallo de tutela significa que ningún derecho le fue violado al sujeto apelante, la consecuencia obvia de esa conclusión ahora definitiva ha de ser el reconocimiento de que jamás debió modificarse la decisión que declaró la deserción de la alzada y por lo mismo la ejecutoria del fallo proferido.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C.; treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobado por, Acta No. 45

Vistos

Decide la Sala la solicitud de nulidad que le formula el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en relación con la actuación cumplida dentro del presente asunto a raíz de la revocatoria del fallo de tutela que habilitó al Tribunal Superior de Riohacha para proferir en segunda instancia la sentencia del 30 de septiembre de 1993 contra la que recurre en casación el defensor del procesado JOSÉ DEL CARMEN LARRADA DUARTE.

Hechos y actuación procesal

En horas de la mañana del 15 de junio de 1992 de inmediaciones del mercado público de la ciudad de Riohacha se desarrolló un enfrentamiento entre los negociantes de ganado JOSE DEL ROSARIO LARRADA DUARTE y EUCLIDES RAFAEL COTES MENDOZA, llevando éste último la peor parte al recibir del primero varios disparos de arma de fuego que determinaron su deceso en un centro asistencial del lugar.

Practicó el levantamiento del cadáver el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal Radicado en esa ciudad y su homólogo el Octavo ordenó la apertura de investigación el mismo día de los hechos, escuchando en indagatoria al incriminado a quien dictó medida de aseguramiento de detención preventiva.

En vigencia el Decreto 2700 de 1991 las diligencias pasaron por competencia a la Fiscalía y allí la Unidad especializada número uno profirió el 29 de septiembre de 1992 resolución acusatoria en contra del implicado LARADA DUARTE por el delito de homicidio, decisión confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor.

Correspondió por reparte el trámite de la causa al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Riohacha que luego de presidir la diligencia de audiencia dictó sentencia el 31 de marzo de 1993 condenando al acusado a 10 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, el pago de los perjuicios materiales y morales tasados 1.800 y 2.000 gramos oro, respectivamente, y le negó el subrogado de la ejecución condicional de la pena.

En virtud de la apelación interpuesta por el procesado al momento de la notificación del fallo, el expediente fue remitido al Tribunal donde el

defensor presentó un escrito anunciando que hacia sustentación oral de la alzada en audiencia. Agotada la fijación en lista, el Magistrado ponente declaró por auto del 7 de mayo de 1993 la deserción del recurso al considerar que no había sido sustentado en la forma y oportunidad establecidas en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, y después denegaría la reposición de esa providencia solicitada por el procesado.

Interpuesta por el procesado una acción de tutela ante la Sala Civil del mismo Tribunal en búsqueda de la reconsideración del recurso negado, allí halló eco su reclamo dando lugar a que se le impusiera a la Sala Penal la orden de tramitar la segunda instancia tal como en efecto se acató escuchando en audiencia la sustentación de la alzada, para luego, mediante sentencia del 30 de septiembre de 1993 confirmar el fallo de primer grado.

Entre tanto, el Magistrado Ponente del asunto en la Sala Penal se reveló contra la orden de tutela haciendo uso de su prerrogativa de impugnarla ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia donde haría valer sus objeciones.

Acogiendo efectivamente esa impugnación, mediante fallo del 20 de octubre la Sala de Casación Civil de la Corte revocó la sentencia de tutela y así lo comunicó telegráficamente al Tribunal, continuando el ad-quem el trámite atinente al recurso extraordinario.

En estas condiciones llegaron las diligencias contra LARRADA DUARTE a esta Sala de Casación Penal que para impartir impulso a la impugnación extraordinaria dispuso su traslado al Ministerio Público, y al tiempo allegar la copia de la sentencia de la Sala de Casación Civil en el asunto de tutela, averiguando por la suerte de su eventual revisión ante la Corte Constitucional.

El concepto de la Delegada y el trámite de la impugnación fueron repetidamente interferidos por solicitudes del acusado, refiriéndose finalmente el expediente de la Delegada con copia del fallo revocatorio de la tutela, constancia sobre su no revisión por la Corte Constitucional, y formal solicitud de nulidad de la actuación que con base en esos presupuestos suscribe la Delegada.

La demanda de nulidad

Luego de un recuento detallado de la actuación dentro del cual comprende las incidencias de la decisión de tutela y su revocatoria, el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal analiza las posibles implicaciones de esa injerencia dentro del proceso penal y en particular de la decisión que revocó esa medida, concluyendo que todo lo actuado a partir del auto del *ad-quem* que acató el amparo debe quedar y declararse afectado de nulidad.

En su concepto, el imperativo cumplimiento de la orden de tutela no significa que sean válidas las razones que le sirven de fundamento a la decisión o que esta no pueda ser revocada o modificada, habida cuenta que solamente los fallos de revisión proferidos por la Corte Constitucional o los pronunciamientos de los jueces que no fueron seleccionados para ese fin son de obligatoria y permanente observancia por parte de las autoridades, pues en ellos "se han fijado los alcances del derecho fundamental materia de pronunciamiento jurisdiccional".

Por tanto, si la decisión de primer grado, orientada a la protección de determinados derechos fundamentales, es revocada en segunda instancia o en revisión, todo lo actuado en cumplimiento de la orden de tutela impartida por el a quo carece de sustento legal al apartarse la determinación adoptada del contenido de esos derechos. Así, en el presente caso:

> "... forzoso es concluir que siendo que la decisión de tutela fue revocada, los trámites y decisiones que se cumplieron en obediencia al fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil, carecen de legalidad para contener irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, en tanto que los límites constitucionales de éste son los señalados en la decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, no los determinados por la Sala Civil del Tribunal Superior de Riohacha".

En apoyo de su criterio transcribe la Delegada algunas de las consideraciones de la Sala Civil de esta Corporación, plasmadas en el fallo del 20 de octubre de 1993 que revocó la orden de tutela, y el aparte allí incorporado de la jurisprudencia de esa Colegiatura del 28 de abril de 1993 sobre la necesaria y oportuna sustentación por escrito del recurso de apelación contra la sentencia, aún en el evento de la audiencia prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal (anterior a la Ley 81 de 1993).

Avalando por irrefutables esos argumentos con que la Sala de Casación Civil revocó la decisión de tutela, infiere que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado del Circuito debía declararse desierto, como en efecto sucedió, por no haber sido sustentado oportunamente y, por lo tanto, lo actuado en contra de dicho proceder viola el principio de no contradicción. De ello deriva y así lo solicita, que entre la Corte a declarar la nulidad a partir del auto que señaló fecha para la sustentación del recurso (en cumplimiento de la orden de tutela), por estar afectado de nulidad, y como consecuencia entrar a hacer devolución del expediente.

Consideraciones de la Corte

Es valedera la anticipación del tema que la Delegada suscita sobre la validez del trámite de segunda instancia frente a las consecuencias que para la actuación generan los opuestos fallos de tutela recaídos sobre la actuación posterior a la sentencia de primera instancia, como que de la vigencia y validez de la orden que varió el procedimiento, pende la procedencia y necesidad del concepto de fondo que la casación requiere.

Como el tema propuesto guarda necesaria relación con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, conviene recordar que al destinatario de una orden de amparo no le queda alternativa distinta a la de su inmediato cumplimiento, pues el precepto que se evoca es terminante cuando en su inciso final impone el obedecimiento inmediato del mandato de actuar o abstenerse de hacerlo, así el fallo que lo contenga haya sido objeto de recurso.

Desde este punto de vista se hace claro que ante la orden impartida por sus colegas de la Sala Civil para que tramitara un recurso de alzada ya declarado desierto, ninguna alternativa le quedaba a la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Riohacha que la de obedecerle y cumplirla, y como consecuencia impulsar el trámite que subseguía hasta producir el fallo de segunda instancia a su vez objeto ahora de impugnación extraordinaria.

Pero una vez fijado el alcance de perentoriedad de la orden de tutela, se impone imprescindiblemente hacer lo propio respecto de la decisión que por vía de impugnación o revisión entre luego a revocarla o a modificar su contenido o alcances, porque tanto en el artículo 86 de la Constitución como en el Decreto 2591 (arts. 31 y 33) se hallan previstos esos grados de jurisdicción sobre los fallos de amparo, y como consecuencia obvia la

posibilidad de que se introduzcan cambios sustanciales sobre la orden impartida, si no su misma invalidez, lo que convoca a precisar si en el caso de darse una decisión infirmatoria -como aquí en efecto ha sucedido-, ella cumple efectos solo hacia el futuro, u obliga a regresar las actuaciones hasta el momento previo al cumplimiento del fallo de primer grado.

Sobre el particular ya avanzó la Corte Constitucional algún criterio según se ve en el fallo 032 de 1994 (febrero dos) de la Sala Séptima de Revisión, reconociendo, por vía de ejemplo, que

> "Si el *A-quo* (sic) encuentra que efectivamente el fallo carece de fundamento, que existió una errónea aplicación de las disposiciones constitucionales y legales o que incurrió en una falta de apreciación de las pruebas, debe proceder a revocarlo, además de tomar medidas tendientes a ;'deshacer lo hecho', es decir al restablecimiento de la situación a su estado inicial..."

Y que este modo aclara que en

> "...tratándose de situaciones en las que se encuentra comprometida una obligación de dar, hacer, entregar dinero, bienes muebles o inmuebles, el Juez está en la obligación de pronunciarse respecto de los efectos de la revocatoria del fallo, pues de lo contrario la decisión ambigua puede crear derechos a quien jurídicamente le han sido desconocidos".

El sustento jurídico de esa rectificación remite primordialmente al artículo 13 del Código de Procedimiento Civil que autoriza al Juez para la corrección de los actos irregulares, infiriendo de allí que lo propio sería acoger el criterio del legislador para evitar la iniciación de nuevos procesos orientados a rectificar las contradicciones surgidas de esos fallos opuestos, propósito que bien podría alcanzarse aplicando los principios eficiencia y celeridad, considerando al Juez de tutela como "el llamado para que frente a una situación en la que es posible retrotraer los efectos, se pronuncie en forma concreta".

Tal solución que no parece ofrecer mayor escollo cuando la orden de tutela agota toda consecuencia en su cumplimiento, suscita sin embargo la necesidad de introducir variables para aquellos casos en que la injerencia externa haya implicado la sucesión de una serie de actos preclusivos que, como ocurre en los procesos judiciales, se van encadenando a partir de la abrupta intromisión del mandato tutelar.

Sin que exista motivo para variar en este caso la solución que para el más simple se esboza, no resulta difícil comprender que la revocación de la tutela también tendrá aquí por consecuencia la rectificación de la actuación que había alcanzado a ser desviada, porque de otro modo aún por encima de la revocatoria, se harían persistir efectos ilegales al indebido reconocimiento de una garantía o derecho que jamás había sido ignorado.

En tales condiciones, si el funcionario que revoca la tutela no le es dable señalar esos alcances porque es previsible que ignore hasta donde ellos se proyectaron, nada podrá impedirle al que adelanta el proceso interferido para que entre a corregir una actuación desviada mediante orden exterior que nunca debió ser expedida, porque así lo imponen el respeto por el debido proceso y el principio del juez natural.

Para el caso que se tiene bajo estudio se tendrá entonces que si de modo legal, oportuno y adecuado, el funcionario competente había declarado la deserción del recurso de alzada por falta de decida y oportuna sustentación, ninguna razón ni derecho asistía para que la defensa alcanzara la revisión de la sentencia de primera instancia proferida en contra del acusado JOSÉ LARRADA DUARTE, y menos, por consiguiente, fundamento para que ahora se pretenda la revisión en casación de ese fallo de segunda instancia irregularmente producido, porque si esa providencia se emitió obedeciendo una orden de tutela, de su revocatoria emergen los efectos invalidatorios que la Procuraduría avisa y viene proponiendo.

Si la infirmación del fallo de tutela significa que ningún derecho le fue violado al sujeto apelante, la consecuencia obvia de esa conclusión ahora definitiva ha de ser el reconocimiento de que jamás debió modificarse la decisión que declaró la deserción de la alzada y por lo mismo la ejecutoría del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Riohacha en contra de José Larrada Duarte, lo que entraña como consecuencia el retrotraimiento de la actuación -por respeto y prevalencia del debido proceso-, a ese instante procesal en que privaba legalmente y en firme el fallo de primera instancia.

Es, por lo demás, competente la Corte para el pronunciamiento que se anuncia y halla arraigo en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, sin que tenga lugar, por lo antes dicho, el proferir sentencia de fondo en esta sede.

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

Resuelve:

PRIMERO: Acoger la solicitud del Ministerio Público y como consecuencia decretar la nulidad de lo actuado dentro del presente asunto, a partir, inclusive, del auto de septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993), por medio del cual se ordenó dar impulso procesal al recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en cumplimiento de un fallo de tutela que resultó decida y oportunamente revocado, y

SEGUNDO: Disponer que como consecuencia y para reponer la actuación viciada se devuelvan las diligencias al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Riohacha, para lo de su competencia, previa desanotación del asunto por parte del Tribunal Superior de ese Distrito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Raangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INJURIA/CALUMNIA

La injuria se tipifica al hacerse a una persona imputaciones deshonrosas, y la calumnia se caracteriza por la imputación falsa de hecho punible, y debiendo la imputación ser clara, concreta, circunstanciada, categórica, de modo que no suscite duda.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Valencia M.*

Aprobado Acta No. 47

Vistos

Decide la Corte si procede dictar auto de apertura sumarial contra el doctor ROBERTO GERLEIN ECHAVARRIA, Senador de la República.

Antecedentes inmediatos

En escrito dirigido al Fiscal General de la Nación, el doctor ALFONSO CAMERANO FUENTES, Diputado de la Asamblea Departamental del Atlántico, en representación de la Unión Patriótica, que hace parte del Movimiento ciudadano, pone en su conocimiento "...las declaraciones de prensa rendidas por el senador ROBERTO GERLEIN ECHEVERRIA, al Diario El Heraldo del sábado siete (7) de enero de 1995, receptadas el día jueves cinco (5) de enero de los cursantes, durante la elección del Contralor Departamental - según la nota señalada -, en la cual haciendo gala del estilo que le es propio, anuncia responsabilidades, por anticipado" "...de la sangre que corra y ruede por Barranquilla.."

Busca, en consecuencia, la intervención de la Fiscalía "...para que el encumbrado político explique a su despacho y al país, quién ó, quienes, con

nombres propios, y direcciones, serán los primeros en disparar esas balas asesinas..."

En auto del 27 de febrero del presente año, el Coordinador de la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante esta Corporación, dispuso la remisión de la documentación a la colegiatura para su conocimiento, en virtud a que el doctor GERLEIN ECHEVERRIA ostenta en la actualidad la calidad de Senador de la República.

Consideraciones de la Corte

De la lectura desprevenida del escrito mencionado, se destaca con meridiana claridad que el doctor CAMERANO FUENTES no le hace la imputación al doctor GERLEIN ECHEVERRIA de conducta punible de alguna naturaleza que amerita la investigación penal, sino que su solicitud va encaminada a que la Fiscalía lo requiera para que dé explicaciones sobre la autoría de los luctuosos hechos que podrían sobrevenir, conforme a las declaraciones de prensa que él diera.

Dichas declaraciones, dadas al diario El Heraldo de Barranquilla (Página 11A), cuyo ejemplar se adjuntó, no entrañan, por sí, actitud reprochable de carácter penal, pues se limitan a poner de presente algunas circunstancias de violencia en ese sector de la Nación. Se dice en el artículo que el Senador expresó: "...Pero si el estilo político de escupir al prójimo se convierte en el estilo político de balear al prójimo, entonces el Movimiento ciudadano se hará responsable, política y moralmente, de la sangre que corra y ruede en Barranquilla..."

No es posible enmarcar este comportamiento en algún punible contra la integridad mora, porque siendo que la injuria se tipifica al hacerse a una persona imputaciones deshonrosas, y la calumnia se caracteriza por la imputación falsa de hecho punible, y debiendo la imputación ser clara, concreta, circunstanciada, categórica, de modo que no suscite duda, la circunstancia de que el congresista hubiere relievado que existía un ambiente de violencia política en la región con presagio de consecuencias ulteriores mayores, ciertamente que carece de esa concreción, puesto que no hace mención a una situación de perfiles deshonrosos o punibles específicos, atribuídos a una persona en particular, condiciones necesarias para la tipificación de alguna de aquellas conductas.

Debe la Corte, en consecuencia, abstenerse de iniciar instrucción, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 327 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

ABSTENERSE de abrir investigación sumarial contra el doctor ROBERTO GERLEIN ECHEVERRIA, por los hechos que originaron esta actuación previa. En firme, ARCHIVESE.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS/CASACION DISCRECIONAL/TIPO PENAL

No hacem parte de la casación por vía excepcional, la reiteración de criterios que ya son ampliamente conocidos, como tampoco la precisión de alcances normativos o doctrinales que ya han sido objeto de precedentes pronunciamientos, pues no se circunscribe al objeto de este causal, que la Corte entre a enmendar el desacuerdo que pueda tener un funcionario frente a la doctrina jurisprudencial mayoritaria, máxime cuando el artículo 230 de la Carta Política determina que el funcionario judicial solamente está supeditado al contenido de la ley, quedando la jurisprudencia, al lado de la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, solo como criterios auxiliares de la actividad judicial.
Así, el pronunciamiento que la defensa invoque deberá servir para dar uma nueva orientación jurisprudencial, en caso de que ella falte o para lograr la unificación de la jurisprudencia, aún cuando existam sobre el tema varios pronunciamientos que resultem insuficientes, incompletos o contradictorios.
La Corte en decisiones de abril 22 y de 16 de junio de 1982, siendo Magistrado Ponente el Doctor Luis Enrique Romero Soto, sentó su posición respecto a los elementos del hecho punible (usurpación de funciones públicas) y con mayor ahínco en lo relacionado al tipo penal, afirmando que éste se configura cuando el agente ejecute una conducta que por ley le está atribuido a otro funcionario o, como lo dijo en otras palabras al reiterar su postura, cuando asuma funciones que correspondam a otra autoridad u órgano del Estado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 47 (04-04-95)

Vistos:

Decide la Corte la petición elevada por el defensor de la procesada SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ, para que, con base en el inciso 3o. del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, se le conceda el recurso excepcional de casación, contra sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de octubre seis (6) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales, Caldas de abril veintiocho (28) anterior, en el cual la condenó a la pena principal de seis (6) meses de prisión y a la accesoría de interdicción derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la principal, como autora y responsable del delito de USURPACION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS.

Antecedentes

Los hechos hacen referencia al nombramiento que como Personera le hizo el Concejo Municipal de Marquetalia a la Doctora Silvia Marcela Vásquez Sepúlveda el cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa (1990) para el resto del período en curso en reemplazo de la Doctora SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ.

Por tal motivo compareció ante el Alcalde Municipal, Señor JAVIER PINEDA BETANCOURT, quien se negó a darle posesión con el argumento de que se habían quebrantado normas respecto de la convocatoria a la sesión de la Corporación Municipal, por lo que iba a solicitar la nulidad de dicha elección.

En nueva sesión que efectuara el Concejo Municipal, y tras declinar la Dra. Vásquez Sepúlveda su nombramiento, la eligió nuevamente el trece (13) de febrero siguiente y por ello de nuevo compareció ante el Alcalde Municipal quien se negó a darle posesión aduciendo esta vez no solo los iniciales argumentos sino que además estaba esperando un pronunciamiento del Tribunal Contencioso Administrativo acerca de la nulidad impetrada en su primera elección.

Por tal motivo compareció ante el Juez Promiscuo Municipal de dicha localidad quien le dió posesión del cargo.

No obstante la Personera saliente SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ se negó a entregarle la oficina, amparada para ello en un comunicado del

Presidente del Concejo Municipal quien solicitaba no hacer entrega del cargo hasta que el Tribunal Contencioso Administrativo no se pronunciara sobre las irregularidades cometidas por algunos Concejales, al tiempo que el Tesorero de la localidad tampoco la incluyó en nómina.

Aún cuando la Jurisdicción Contenciosa, en decisiones de Marzo 30 y Abril 15 del citado año 1990 se abstuvo de pronunciarse de fondo acerca de las nulidades solicitadas, Alcalde y Tesorero permanecieron en la misma actitud.

Según constancia de la Tesorería Municipal a SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ se le cancelaron salarios del 1o de febrero al 15 de julio de 1990 y a Silvia Marcela Vásquez Sepúlveda del 16 de julio al 31 de agosto del mismo año.

Finalmente la citada Doctora SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ fue elegida nuevamente como Personera por el Concejo Municipal por un período de dos años comprendido entre el 1o de septiembre de 1990 y el 31 de agosto de 1992.

Por los anteriores hechos el Juzgado Once de Instrucción Criminal de Manzanares - Caldas - inició la correspondiente investigación y vinculó mediante indagatoria a la Doctora SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ pero sin dictarle medida de aseguramiento al momento de resolverle su situación jurídica.

Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior de Manizales, la revoca y en su lugar decreta en contra de la acusada medida de aseguramiento de caución prendaria como sindicada del delito de usurpación de funciones públicas.

Al calificar el mérito del sumario el mismo Juzgado Instructor, en providencia del ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991) profiere resolución de acusación contra SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ por el delito de Usurpación de Funciones Públicas.

Transcurrido el término de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, se lleva a cabo la respectiva diligencia de audiencia pública, al cabo de la cual se dicta el fallo de primer grado, con los resultados ya conocidos, el cual fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de Manizales según quedó consignado.

Interposición del recurso

El defensor de la procesada SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ considera necesario el desarrollo jurisprudencial en torno al tratamiento del delito de Usurpación de Funciones Públicas.

Manifiesta que respecto al delito en comento no se habían dado las condiciones necesarias para la viabilidad del recurso de casación por los límites punitivos que contempla el artículo 161 del Código Penal.

Agrega que no se ha podido procurar la unificación de la jurisprudencia, a partir del ejercicio de su competencia en única o en segunda instancia pues, para su tipificación se ha partido de un particular como sujeto activo, por lo cual "salvo casos excepcionales" no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular por determinadas razones de fueros especiales.

Además tampoco se han expuesto criterios seguros y que procuren una adecuada unificación de la jurisprudencia y sus esporádicos pronunciamientos revelan una actitud vacilante y desorientadora con desmedro de la seguridad jurídica.

Para ello trae apartes de la jurisprudencia relativa a la tipificación del delito de Usurpación de Funciones Públicas, para tratar de mostrar cómo se ha cambiado de posición ya sea porque se afirmaba, unas veces que se tipificaba con base en suposición de títulos o facultades públicas y otras se consideraba el ejercicio de las funciones como elemento basilar del hecho delictivo.

Explica que la Sala rectificó su criterio en sentencias de 22 de junio de 1978 y 4 de abril de 1979 donde se consideraba que el delito en comento se estructuraba con base en el ejercicio concreto de una función usurpada y ya en vigencia del Código Penal de 1980 en auto del 22 de abril de 1992 -debió decir de 1982- la Sala reafirmó su criterio de lo importante que es el ejercicio mismo de las funciones públicas que se invaden.

Para el libelista, "Este agudo enfrentamiento interpretativo", se puso de manifiesto en un pronunciamiento de abril 25 de 1984 al igual que el salvamento de voto que al respecto se formuló, y que si se comparan la sentencia y el salvamento, se evidencian los problemas que existen en la jurisprudencia nacional en torno que existen en la jurisprudencia nacional en torno al tratamiento de este delito.

En el caso concreto de su defendida esto ha repercutido, ya que mientras en la sentencia de segundo grado se acogió el criterio que para la configuración de este delito basta con que el sujeto activo asuma o se atribuya una determinada calidad, en el salvamento se plantea una situación contraria al sostener que el mencionado delito solo se configura con el ejercicio concreto y real de una determinada función pública en condiciones no autorizadas por la ley.

Ambos textos recogen así inconciliables posiciones que ha planteado la Sala de Casación Penal, lo que hace imprescindible que esta Corporación brinde pautas seguras en torno a la interpretación y alcance de la normas en comento.

Finalmente que existe razones de orden socio-jurídico que hacen imprescindible un pronunciamiento como quiera que la nueva carta política modernizó la regulación de la función pública por lo cual el delito de usurpación de funciones públicas ha adquirido nuevos contornos pues es un tipo en blanco que ha de entenderse referido a normas constitucionales y legales que regulan la función Pública, además de la ultima tendencia a privatizar algunas funciones públicas.

Consideraciones de la Sala

La casación por vía excepcional, ha dicho la Corte y ahora lo reitera, prevista para los delitos que no acceden a la casación ordinaria, sólo procede en aquellos casos en que la Corporación lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Por tanto, es al impugnante a quien corresponde demostrar dicha condición de procedibilidad, de manera tal, que al interponer el recurso, debe señalar cuáles son los aspectos relacionados con el caso concreto y que considera necesario deben ser desarrollados por la jurisprudencia de la Sala de Casación, o si fuere el caso, cuáles los derechos fundamentales vulnerados, pues solo de esa manera es viable decidir acerca de la admisibilidad del recurso.

Significa lo anterior que la impugnación debe contener en sí misma la plena identificación del tema de que se trata, así como las razones sobre la

necesidad de que se produzca ese pronunciamiento, ya sea que se fije con fundamentos contundentes el alcance de una norma o se concrete una interpretación respecto de doctrinas encontradas para que, ante tales eventos, la Corte presente un criterio orientador o auxiliar de la actividad judicial.

Dicho lo anterior, es claro que no hacen parte de la casación por vía excepcional, la reiteración de criterios que ya son ampliamente conocidos, como tampoco la precisión de alcances normativos o doctrinales que ya han sido objeto de precedentes pronunciamientos, pues no se circunscribe al objeto de esta causal, que la Corte entre a enmendar el desacuerdo que pueda tener un funcionario frente a la doctrina jurisprudencial mayoritaria, máxime cuando el artículo 230 de la Carta Política determina que el funcionario judicial solamente está supeditado al contenido de la ley, quedando la jurisprudencia, al lado de la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, solo como criterios auxiliares de la actividad judicial.

Así, el pronunciamiento que la defensa invoque deberá servir para dar una nueva orientación jurisprudencial, en caso de que ella falte o para lograr la unificación de la jurisprudencia, aún cuando existan sobre el tema varios pronunciamientos que resulten insuficientes, vacilantes, incompletos o contradictorios.

En el caso que nos ocupa el libelista hace referencia a la necesidad de que se unifique la jurisprudencia ya que, en sus propias palabras, los esporádicos pronunciamientos acerca del delito de usurpación de funciones públicas, revelan una actitud vacilante y desorientadora con desmedro de la seguridad jurídica.

Pues bien, la sala considera, luego de un cuidadoso estudio de tales razonamientos, que no hay lugar a que se acceda a la admisión de la demanda, pues si bien es cierto no son muchas las ocasiones en que la Corte se ha pronunciado al respecto, lo cierto e indiscutible es que de las pocas decisiones que se han proferido y a las cuales alude el libelista, no surge el enfrentamiento o vacío que anuncia.

En efecto, es posible admitir que, como lo dice el demandante, en pretérita oportunidad se fijó cierto criterio respecto de la configuración del delito de usurpación de funciones públicas; sin embargo, la Corte en

decisiones del abril 22 y de 16 de junio de 1982, siendo Magistrado Ponente el Doctor Luis Enrique Romero Soto, sentó su posición respecto a los elementos del hecho punible y con mayor ahínco en lo relacionado al tipo penal, afirmando que éste se configura cuando el agente ejecute una conducta que por ley le esté atribuido a otro funcionario o, como lo dijo en otras palabras al reiterar su postura, cuando asuma funciones que corresponden a otra autoridad u órgano del estado.

El hecho de que frente a ambos pronunciamientos, que en sustancias son uno solo por versar sobre los mismos hechos según se explica en la última decisión citada, se haya presentado salvamento de voto por el Doctor Alfonso Reyes Echandía como en efecto se hizo, no implica un problema de jurisprudencia sino la diferencia de criterios que se puede presentar dentro de un cuerpo colegiado.

En efecto, por tratarse de decisiones en la que intervienen varios funcionarios, es posible que frente a la mayoría alguno exprese su desacuerdo mediante el salvamento de voto, lo cual resulta apenas lógico si se tiene en cuenta que el razonamiento jurídico que se plasma en una decisión de esta naturaleza, resulta del acuerdo que de una determinada postura asuman los integrantes de una sala de decisión sin que necesariamente en la aplicación de la lógica de las reglas jurídicas se llegue a una solución unificada del asunto que se trate.

Y eso fue lo que sucedió en el caso del Tribunal Superior de Manizales, y que en últimas constituye el punto central del libelo que se estudia; la mayoría de los miembros integrantes de la respectiva sala consideró que la Doctora SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ era responsable del ilícito en comento por haber ejercido funciones de personería en forma ilegítima al negarse a entregar el cargo, desde el 16 de febrero hasta el quince de julio de 1990 pues en ese período no ostentó título que le permitiera la función y por lo tanto, tenía el carácter de persona particular.

Por su parte el Magistrado que salvó el voto, consideró que para que se tipifique el delito no basta asumir o atribuirse determinada calidad sino el concreto ejercicio de funciones públicas y que en el caso de autos no se acreditó ningún acto específico del ejercicio del cargo.

Sentadas las precedentes acotaciones, claro resulta que lo que el impugnante hizo fue limitarse a presentar su inconformidad por la decisión

tomada por la sala mayoritaria y que pretende disfrazar a manera de vacío jurisprudencial e inseguridad jurídica, olvidando en cambio señalar el punto específico de variación jurisprudencial, creyendo suficiente el hecho de que frente a una decisión mayoritaria de la sala se presente un salvamento de voto, lo que califica, sin razones de peso, como un agudo enfretamiento interpretativo al interior de esta Corporación.

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

Resuelva:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de la procesada SARA PATRICIA OSPINA GOMEZ.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESOLUCION DE ACUSACION / CALIFICACION DEL SUMARIO UNIDAD PROCESAL / COLISION DE COMPETENCIA

La Resolución Acusatoria constituye pieza fundamental del proceso, ya que en ella se centran los debates y a la vez se configura en presupuesto esencial de la sentencia. En tal semtido, la calificación debe obedecer a lo establecido en el proceso, y por lo tanto las conductas debem estar adecuadas a las respectivas disposiciones legales.

Por ello, ha sido unánime la jurisprudencia al afirmar que dicho acto procesal, proferido con las formalidades legales es ley del proceso y a la vez posibilita la defensa del acusado quien, mediante el pliego de cargos, conoce las imputaciones que se le formulan y como debe defenderse de ellas; de esta forma no solo se garantiza el derecho a la defensa del procesado, sino que se limitan los poderes de juzgador en el momento de dictar el fallo definitivo. Lógicamente se trata de una providencia inmodificable pues hay casos en que el pliego de cargos puede desconocer las normas legales que lo regulan de modo sustancial caso en el cual es indispensable aplicar el remedio de la nulidad a fin de salvaguardar los derechos del procesado; también puede suceder que, en el caso en que se estén investigando delitos conexos, se produzca el cierre parcial en relación con uno de ellos.

A su turno, el fenómemo de la conexidad puede sufrir modificaciones respecto de algunas infracciones que se sitúan por fuera de la competencia funcional de quien conoce de las demás, generándose por tanto ruptura de la unidad procesal; ante tal situación, lo viable es ordenar se compulsen copias de lo pertinente de la actuación.

Si bien la competencia para conocer de un determinado delito, ya sea en su fase instructiva o de juzgamiento, está determinado por

la Constitución o por la ley para cada categoría jurisdiccional, esta no se puede cambiar sobre la base de valoraciones probatorias, sino a partir de la concreción, en el pliego de cargos de los hechos debidamente adecuados al tipo penal respectivo con fundamento en los elementos de juicio allegados hasta esa etapa probatoria.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 47 (04-04-95)

Vistos

Se pronuncia la Corte sobre la colisión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Municipio de Bello (Antioquia) y un Juez Regional de Medellín.

Antecedentes

El Juzgado Penal del Circuito de Bello (Antioquia) fundamenta la provocación del conflicto en que, conforme a un detallado análisis del acervo probatorio arrimado a los autos se desprende que el conjunto de conductas desplegadas por FRANKLIN CARDONA MARIN, DIEGO ALEJANDRO GONZALEZ SALDARRIAGA, están señalando una violación al artículo 7o. del decreto 180 de 1988, cuyo conocimiento corresponde a los jueces regionales, "en virtud a lo dispuesto por los Decretos 180 y 181 de 1988 y al Decreto 2266/91, que los declaró como legislación permanente".

Aduce el citado Despacho Judicial, que desde la denuncia, el Señor Arcesio Ramírez está incriminando la extorsión en cuantía de seis millones de pesos ($ 6'000.000.oo), el hurto calificado y agravado y la tentativa de homicidio, conductas que fueron agotadas por una banda cuyo jefe es DIEGO ALEJANDRO GONZALEZ SALDARRIAGA y de la cual forman parte FRANKLIN CARDONA MARIN y JUAN MANUEL ESCALANTE CAÑAS.

Además, que la misma Unidad Unica de Fiscalía de Copacabana recibió información de la existencia de la 'BANDA DEL BARRIO EL RECREO' y que por el señalamiento que se hace A LOS PROCESADOS de integrar una banda de sicarios que se enfrenta a una similar del Barrio la Azulita, dicha fiscalía cuestionó tal cargo así como el de extorsión, pero por un error de técnica jurídica en la Resolución Acusatoria no hubo pronunciamiento sobre los mismos.

Se refiere luego, a una serie de pruebas para demostrar que se trata de una banda de sicarios, y agrega que no se debe perder de vista que el artículo 7o. del decreto 180 de 1988 es de los llamados plurisubsistentes que describe dos conductas; una, formar parte de un grupo de sicarios y la restante, lo que tiene que ver con la integración de una organización terrorista, pero en ambas manteniéndose la circunstancia de permanencia e indeterminación de los delitos a cometer.

Por tanto, en esta figura no se parte de la unión o concertación de voluntades, ingrediente que sí reclama el artículo 186 del Código Penal, sino que su estructura consiste en pertenecer a un grupo de sicarios.

Por su parte, el Juzgado Regional de Medellín, al rechazar el conflicto de competencia negativo propuesto, argumentó que de la calificación proferida por la Unidad Unica de Fiscalía de Copacabana (Antioquia), se desprende que el supuesto de que los procesados pertenecen a un grupo de sicarios, no se relacionó en el calificatorio y en momento alguno dentro de la averiguación fueron cuestionados por el hecho de hacer parte de una banda.

Explica que el Juez de conocimiento debe atenerse a los cargos formulados en la resolución acusatoria, la que debidamente ejecutoriada se convierte en ley del proceso, pues de lo contrario se incurriría en violación al principio constitucional del debido proceso.

Agrega que si bien existen en el plenario comentarios acerca de la existencia de una supuesta banda, se carece del elemento probatorio que así lo acredite, y si bien en el calificatorio se debió compulsar copias para la respectiva investigación, aun se puede subsanar esa circunstancia en el juzgamiento al momento de la decisión de fondo.

Consideraciones de la Corte

La colisión de competencia que ahora ocupa la atención de la Sala, radica, para el Despacho Judicial que la suscita, en el hecho de que las

conductas desplegadas por los procesados comprenden además los hechos punibles de extorsión y concierto para delinquir, aún cuando, "por una ostencible carencia de Técnica Jurídica en la resolución Acusatoria" el funcionario que calificó el mérito del sumario no se pronunció sobre los mismos.

Como se sabe, la Resolución Acusatoria constituye pieza fundamental del proceso, ya que en ella se centran los debates y a la vez se configura en presupuesto esencial de la sentencia. En tal sentido, la calificación debe obedecer a lo establecido en el proceso, y por lo tanto las conductas deben estar adecuadas a las respectivas disposiciones legales.

Por ello, ha sido unánime la jurisprudencia al afirmar que dicho acto procesal, proferido con las formalidades legales es ley del proceso y a la vez posibilita la defensa del acusado quien, mediante el pliego de cargos, conoce las imputaciones que se le formulan y cómo debe defenderse de ellas; de esta forma no solo se garantiza el derecho a la defensa del procesado, sino que se limitan los poderes de juzgador en el momento de dictar el fallo definitivo. Lógicamente se trata de una providencia inmodificable pues hay casos en que el pliego de cargos puede desconocer las normas legales que lo regulan de modo sustancial caso en el cual es indispensable aplicar el remedio de la nulidad a fin de salvaguardar los derechos del procesado; también puede suceder que, en el caso en que se estén investigando delitos conexos, se produzca el cierre parcial en relación con uno de ellos.

A su turno, el fenómeno de la conexidad puede sufrir modificaciones respecto de algunas infracciones que como ocurre en este caso, se sitúan por fuera de la competencia funcional de quien conoce de las demás, generándose por tanto ruptura de la unidad procesal; ante tal situación, lo viable es ordenar se compulsen copias de lo pertinente de la actuación, como en efecto se hizo en la resolución acusatoria proferida por la Unidad Unica de Fiscalías radicada en el Municipio de Copacabana donde se dispuso adelantar por separado lo relativo a las extorsiones denunciadas por el señor Ramírez Blandón.

Por tanto, como la acusación proferida en este evento, corresponde a los delitos de Homicidio. Agravado en la modalidad de tentativa, hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego para la defensa personal, no se puede asignar el conocimiento del proceso a los jueces de regionales por

el hecho de que, a juicio del colisionante, las pruebas demuestren la existencia de punibles de dicha jurisdicción como lo son la extorsión y el concierto para delinquir.

Si bien la competencia para conocer de un determinado delito, ya sea en su fase instructiva o de juzgamiento, está determinado por la Constitución o por la ley para cada categoría jurisdiccional, esta no se puede cambiar sobre la base de valoraciones probatorias, sino a partir de la concreción, en el pliego de cargos, de los hechos debidamente adecuados al tipo penal respectivo con fundamento en los elementos de juicio allegados hasta esa etapa procesal.

Razón le asiste al Juez Regional cuando al rechazar el conocimiento del asunto afirma que al no atenerse a los cargos formulados se incurriría en flagrante violación al principio de legalidad lo que por demás daría lugar a la inseguridad jurídica, pues la imprevisibilidad e incertidumbre de los acaecedores del proceso impiden al acusado la posibilidad de programar su actuación y en consecuencia el ejercicio del derecho a la defensa.

Por tanto, como los elementos que fijan la competencia deben estar plenamente acreditados y como en este caso no obra acusación alguna relativa a conductas cuya competencia corresponde a los Jueces Regionales, esta colegiatura señala al Juzgado 2o. Penal del Circuito de Bello Antioquia para conocer de este proceso.

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

Resuelve

Primero: ASIGNAR la competencia para conocer de este asunto al Juzgado segundo Penal del Circuito de Bello -Antioquia-. Por la Secretaría de la Sala procédase a la remisión del expediente.

Segundo: Por la misma Secretaría expídase copia, del presente auto y remítase al Juzgado Regional de Medellín, para su información.

CUMPLASE.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEBIDO PROCESO/ DERECHO DE DEFENSA/ RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

No es suficiente el simple evento de que el defensor se quedara con deseos de continuar interrogando a la testigo para que se afectaran el debido proceso y el derecho a la defensa.

El hecho de no dejar los nombres de las personas que formaron parte de la fila en una diligencia de reconocimiento no invalida automáticamente la prueba, pues es necesario que se demuestre que debido a esa falla se afectó alguna garantía de los sujetos procesales o se desconocieron las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, como lo indica el numeral 2o. del artículo 308 del estatuto procesal, ya que la trascendencia es uno de los principios que rigen la declaratoria de las nulidades.

La posibilidad de que los testigos hubieran visto al acriminado antes del reconocimiento es un factor que de estar probado se debe tener en cuenta en el momento de la valoración, pero que no da lugar a la nulidad.

Cuando se ataca la prueba que sirve de sustento a una sentencia no basta cuestionar alguno de los medios probatorios apreciados, pues si con los restantes el fallo sigue teniendo validez el reproche resulta inocuo.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C. abril cuatro de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 47

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado LUIS GERARDO GRANADA MOLINA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual condenó al aquí recurrente a la pena principal de ciento noventa y dos (192) meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del delito de homicidio agravado.

I. Hechos

Aproximadamente a las ocho de la noche del 10 de mayo de 1992, en una Gallera del Barrio Jerusalén, sector La Laguna de Santa Fé de Bogotá, se presentó una riña entre el cantinero GREGORIO ENCISO y el cliente LUIS GERARDO GRANADA MOLINA, porque el primero se negó a venderle unas cervezas.

Luego de recibir algunos golpes, GRANADA MOLINA se retiró un momento y volvió armado de un cuchillo, pero al no encontrar a GREGORIO, quien se escondió en una habitación, se dedicó a partir botellas, y ante la petición de que no molestara más que le hizo el joven ALEXANDER PAVA NIETO, la emprendió contra él propinándole tres puñaladas que le causaron la muerte.

II. Actuación procesal

El Juzgado Cincuenta y Nueve de Instrucción Criminal abrió la investigación, vinculando mediante indagatoria a LUIS GERARDO GRANADA MOLINA, a quien resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

El 16 de septiembre de 1992 la Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación contra el procesado GRANADA MOLINA por el delito de homicidio. Apelada esta decisión, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores la confirmó en todas sus partes.

Iniciada la etapa de juzgamiento, el Juzgado Noveno Penal del Circuito dió comienzo a la audiencia pública en el curso de la cual se practicaron algunas pruebas -declaraciones y reconocimiento en fila de personas-, luego de lo cual se profirió sentencia con los resultados antes reseñados, condenando además al procesado al pago equivalente en moneda nacional de 400 gramos oro por concepto de perjuicios.

Impugnada la sentencia de primer grado por parte del defensor del procesado, el Tribunal la confirmó íntegramente.

III. La demanda

El casacionista formula tres cargos así:

Primer cargo: "principal".

Al amparo de la causal primera de casación acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho. Cita como normas violadas los artículos 247, 254, 292, 304 ord. 3o. y 368 del C. de P. P. y artículo 29 inciso final de la C. N.

El error de derecho lo radica el libelista en que el sentenciador hubiera otorgado "valor probatorio" a la diligencia de reconocimiento en fila de personas que efectuó el testigo Odilio Enciso, y a la declaración de la menor Sandra Milena Sabogal, pruebas practicadas en la audiencia pública, las cuales fueron aducidas al proceso sin el lleno de los requisitos legales.

En cuanto al reconocimiento el censor plantea las siguientes irregularidades que indican que no se cumplió con lo dispuesto en el artículo 368 del estatuto procesal:

- Al deponente Odilio Enciso el Juzgado le preguntó: "Sírvase precisar si la persona que tiene aquí frente estuvo ese día en el escenario de los hechos (SE LE SEÑALA al procesado..." fl. 255).

- Antes de la diligencia se paseó al acriminado por frente al lugar donde se encontraban todos los familiares del obitado y los testigos"; en ninguna parte aparece que se le hubiera indicado el "derecho" que tenía de ubicarse en el lugar que él quisiera; se le hizo formar en fila acompañado únicamente de cinco (5) personas y no de (6) como lo establece la norma; no se tomó el nombre de las personas que conformaron la fila; los testigos tuvieron toda la libertad para verlo en los pasillos del edificio y en la misma Sala donde se conformó la fila de personas.

Con fundamento en lo anterior argumenta que "No se trata en este caso de una intrascendencia procesal que no está eregida como causal de nulidad, capaz (sic) de invalidar la actuación respectiva, como se ha manifestado en la sentencia acusada, es un verdadero acto procesal violatoria de las normas que rigen el debido proceso".

En cuanto al testimonio de la menor SANDRA MILENA SABOGAL, el censor radica la violación de la "formalidad" legal, en el hecho de que a pesar de haberse concedido el uso de la palabra para que el defensor interrogara a la deponente al momento de la diligencia, sin que éste hubiera terminado con su cuestionario, el juez a-quo "intempestivamente resolvió hacer dos preguntas más y proceder al reconocimiento en fila de personas, mutilando de esta manera, el derecho a la defensa del procesado".

Concluye que ante el recaudo de las mencionadas pruebas sin el lleno de los requisitos legales, "estamos en presencia de una violación indirecta de la ley sustancial, por haberse aportado al proceso pruebas con omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción", lo cual en su criterio "genera una doble nulidad" de carácter constitucional y de carácter legal. "Es la consecuencia que trae establecida el inciso final del artículo 29 de la Constitución Nacional y el artículo 304 del C. P. P.".

Segundo Cargo:

En forma "subsidiaria" presenta este ataque por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, "en cuanto el sentenciador de segunda instancia ignora los efectos que se derivan de unos testimonios y reconocimientos", los cuales en su sentir "comprueban que el procesado no realizó el hecho punible o que, por lo menos, dejan un resquicio por donde se desliza la duda procesal".

En lo que denomina "DEMOSTRACION", dice que se encuentran dos grupos de testimonios: "el que absuelve y el que acusa; el criterio de certeza frente a estos grupos está sometido a las normas de la sana crítica".

Las versiones de Sandra Milena Sabogal y Evangelina Sánchez le merecen al censor los calificativos de confusas y contradictorias. La primera, por cuanto en su deponencia habla en una oportunidad que los autores del ilícito fueron dos personas, cuando la actuación procesal demuestra que fue un solo sujeto activo; la segunda, en una versión inicial sostiene que fue una misma persona "la que armó el problema" y la que ocasionó la muerte de Alexander Pava Nieto, para luego afirmar que uno fue el autor del crimen y otro el que inició la discusión, no existiendo para el casacionista la "coherencia" que respecto a tales declaraciones consignó el Tribunal.

Agrega que los testigos Jaime Cárdenas Bustacará, Odilio Enciso y José Gregorio Enciso, quienes por sus labores se hallaban en proximidad al lugar

de los hechos, no reconocieron al procesado, lo que lo lleva a concluir "que el sentenciador de segunda instancia ignora efectos que se derivan de los testimonios; efectos que se cifran en que no ACREDITAN LA RESPONSABILIDAD EN EL HOMICIDIO, POR PARTE DEL PROCESADO, sino su inocencia, o, por lo menos, permiten discutir o dudar de la responsabilidad".

Tercer Cargo:

Invocando la causal de nulidad, el censor radica este último reproche en el hecho de que se hubiese "mutilado" el derecho a la defensa, cuando al momento de recepcionar la versión de la menor Sandra Sabogal, el Juez interrumpió el interrogatorio que le estaba formulando el defensor, procediendo a la diligencia de reconocimiento y a la terminación de la audiencia sin que se subsanara la falla anotada.

Sostiene el recurrente que ello debe ser visto bajo la órbita del art. 29 de la C. N., que sanciona como "nula de pleno derecho" la prueba que se hubiese recaudado con la inobservancia de las formalidades para su aducción, conllevando una violación del debido proceso.

También bajo la causal de nulidad acusa las irregularidades que en su sentir se presentaron en las diligencias de reconocimiento en fila de personas con los testigos Sandra Milena Sabogal, Evangelina Barreto Sánchez y José Gregorio Enciso, repitiendo los argumentos expuestos en el primer cargo.

Al finalizar la demanda en capítulo que titula "CONCLUSIONES Y PETICIONES", el libelista partiendo de la afirmación de haber demostrado los cargos que motivan la demanda, solicita que se case la sentencia impugnada y como consecuencia se absuelva a su defendido "todas las condenas que le fueron impuestas".

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado, por las siguientes razones:

Cargo Tercero:

En virtud del principio de prioridad que demanda el análisis de la nulidad invocada en primer lugar, el Ministerios Público se adentra en su estudio así:

Observa que es claro que en la recepción del testimonio de la menor, al defensor -hoy el mismo casacionista- se le permitió que interrogara a la deponente, después de que el juzgador de manera amplia formuló su interrogatorio. En el transcurso de la diligencia realizada en la audiencia pública, fácil es apreciar que el abogado tuvo oportunidad de dejar constancia acerca de los sucesos que en su parecer afectaban de nulidad el acto procesal, sinembargo de todo habló menos de que se le hubiera impedido proseguir el interrogatorio que ahora acusa como cercenado por el juez, cosa que ha debido hacer y no hizo. Considera que el argumento más parece ser producto de la imaginación del libelista en su afán de sustentar la nulidad esgrimida, que de una verdadera afección del derecho de defensa.

Respecto del segundo argumento presentado en este cargo, -aducción ilegal de los reconocimientos en fila de personas- se apoya en la doctrina de la Corte para decir que este ataque en casación debe hacerse por la vía indirecta por error de derecho -falso juicio de legalidad-, pues de esa manera se presenta en la normatividad constitucional (art. 29), acotación que se hace necesaria en cuanto el casacionista en su equivocado entender, pretende mostrar que la irregularidad en la aducción de unas pruebas conlleva a la nulidad de todo lo actuado.

Asevera que no desconoce que la inobservancia de los requisitos que la ley señala para el acopio de las pruebas genera una irregularidad, que en el evento de presentarse debe ser estudiada en cada caso concreto, en razón de que no toda anormalidad descarta la consideración de la prueba, por cuanto puede carecer esa falla de capacidad invalidatoria.

Ello es lo que ocurre con algunas de las irregularidades que acusa el censor, como cuando manifiesta que en las diligencias de reconocimiento en fila de personas que realizaron los testigos Sandra Milena Sabogal, Evangelina Barreto y José Gregorio Enciso, no se hizo mención acerca de la discrecionalidad que tenía el procesado de ubicarse en cualquier lugar de la fila, "o de dejar la constancia acerca de los nombres de los demás integrantes de la misma, lo cual, es verdad de perogrullo su inocuidad para conmover la estructura procesal".

En cuanto el reproche del censor en el sentido de que los testigos hubiesen visto al procesado momentos antes de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, esto no puede ser tenido como "dolencia legal" en la aducción de la prueba, toda vez que ello no figura como requisito del

recaudo de la misma (art. 368 del C. P. P.), por lo tanto es desatinado predicar el incumplimiento de una inexistente exigencia.

Agrega que esta circunstancia que viene siendo alegada desde la instancia por el defensor, de lo cual aparece constancia únicamente en el reconocimiento que efectúa Sandra Milena Sabogal, no como sostiene el censor que fue en todos los reconocimientos, se constituye en una mera eventualidad que en nada afecta el recaudo formal de la prueba, la cual seguirá sujeta a la valoración que ella haga el juzgador.

No obstante, inadmitirse como irregularidad formal lo anterior, si se trata de censurar con este argumento las demás diligencias de reconocimiento efectuadas en audiencia pública, ciertamente acuden elementos que en auxilio de la prueba impidieron al juzgador menospreciar el elemento de convicción, verbigracia, que en el expediente aparece clara constancia acerca de que al procesado en los distintos reconocimientos se le cambió de ropa y se colocó en distinta posición. Y como si fuera poco lo anterior, de aceptarse que aquella eventualidad existió en los demás reconocimientos, es de resaltar, que en la diligencia que efectuaran los testigos Enciso Salcedo y Jaime Cárdenas, no lo reconocieron, luego la incidencia de esta prueba, en la hipótesis de que se presentara una anormalidad en su aducción, en nada afecta la decisión última asumida por los sentenciadores.

Concluye que no existiendo irregularidad alguna con vocación demeritadora de las pruebas acusadas en su ilegal aducción, como lo propuso el demandante, y sin que ello pudiera comportar la anulación de lo actuado, el cargo no está llamado a prosperar.

Primer Cargo:

La Delegada empieza por precisar que la censura se refiere únicamente a la presunta anormal aducción de la diligencia de reconocimiento efectuada por el testigo ODILIO ENCISO, pero en realidad respecto de ella no es predicable ninguna irregularidad que pueda derrumbar su carácter de prueba válida.

Estima que no hay necesidad de entrar en mayores consideraciones, ya que cualquier disquisición jurídica al respecto sobra, por cuanto esta diligencia de reconocimiento en nada constribuyó a la decisión del Tribunal, pues el testigo no reconoció al procesado.

A juicio del Delegado, lo anterior da a entender que "el casacionista en su ineficaz tarea de encontrar falencias in procedendo, cuando no las hay, indeciso si se enfila por la causal de nulidad o por la vía indirecta de la ley sustancial -error de derecho-, acude a la formulación de las dos censuras, relievando algunas irregularidades, que si bien, materialmente se presentan no poseen vocación suficiente para resquebrajar la estructura procesal".

La inconsistencia del argumento se demuestra con el solo hecho de que el demandante al finalizar este ataque termina afirmando que con las irregularidades alegadas se presentó "una doble nulidad".

En estas condiciones, ante idéntica argumentación de la causal de nulidad ya vista, tampoco puede prosperar el reparo.

Segundo Cargo:

Al escoger el censor la vía indirecta de la infracción de la ley sustancial, atribuyendo un error de hecho, era de esperarse que el casacionista demostrará que la falencia de que se acusa el fallo deviene de haberse desconocido un elemento de convicción materialmente obrante en el proceso, o de haber supuesto determinada prueba, o que el juzgador tergiversó el contenido fáctico de la prueba.

Sin embargo, en una mera expectativa se convierte la exigencia técnica en cuanto de lo que el censor se ocupa es de mostrar cómo, en su criterio, las versiones de la menor Sandra Milena Sabogal y Evangelina Sánchez, abundan en "contradicciones" y "confusión", convirtiendo la demanda en un alegato de instancia en cuanto pretende revivir un debate probatorio ya fenecido.

Lo acusado no es un manifiesto error del juzgador, sino que el demandante se halla inconforme con la incidencia que le dió al acervo probatorio al sentenciador, contra lo cual equivocadamente enfila el ataque en casación.

En cuanto al reproche que se hace a la sentencia de no haber advertido que varios testigos no reconocieron al procesado, lo que podría sustentar la elección de la causal escogida, pierde totalmente su fundamento cuando el casacionista omite demostrar la incidencia que ese no reconocimiento podría tener en la decisión última. "Pero aun cuando lo hubiese hecho, no podía tener razón suficiente el argumento en cuanto el sentenciador contaba

con otros elementos de convicción, así analizados en la sentencia, que le permitían concluír que el procesado era el responsable de la muerte de Alexander Pava Nieto. Aunado a ello cuenta el proceso con la versión de uno de los testigos, que no reconocieron al procesado, en el que afirma que únicamente en el momento del insuceso se hallaba en el lugar de los hechos Evangelina Barreto y Sandra Milena Sabogal, quienes si identifican al procesado, tal como atinadamente relata el *a-quo*".

Considera la Delegada que "el cargo está echado a perder ab initio, cuando no solo en la invocación del mismo sino el acápite intitulado "CONCLUSIONES AL CARGO SUBSIDIARIO", el censor mostrando una gran incertidumbre de su real pretensión, afirma al mismo tiempo que en el proceso existe certeza acerca de la ausencia de responsabilidad, para a renglón seguido sostener que "por lo menos" debe ser reconocida la existencia de la duda".

Los errores técnicos antes anotados impiden la prosperidad de esta censura.

V. Consideraciones de la Corte

1o.- Inicialmente se responderá el último cargo formulado en la demanda, el cual corresponde a una presunta nulidad que radica el censor en dos irregularidades que en su criterio son violatorias del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

El primer aspecto en el que se fundamenta la pretendida nulidad se queda en una simple afirmación sin comprobación alguna, ya que no existe un elemento de juicio que acredite que el Juez interrumpió al defensor cuando estaba interrogando a la menor SANDRA MILENA SABOGAL; y luego no le permitió continuar con el uso de la palabra.

Basta leer el acta de la diligencia en la cual se recibió la declaración, para darse cuenta que allí no aparece ninguna constancia de que la situación denunciada por el impugnante tuviera ocurrencia, o de que ante la interpretación el letrado le hubiera solicitado al Juez nuevamente la posibilidad de intervenir, y que el funcionario se la hubiera negado. Y es de inferir que si el defensor no consignó en el texto su inconformidad, fue porque nada sucedió, pues si por algo se distinguió la actuación del abogado en ese acto procesal, fue precisamente por dejar una muy extensa constancia respecto a

presuntas irregularidades que viciaban de nulidad el reconocimiento por parte de los testigos.

Pero además de la falta de demostración del hecho, que de por si ya es suficiente para desestimar el reproche, también se extraña la argumentación sobre su trascendencia, pues como es sabido, no es suficiente el simple evento de que el defensor se quedara con deseos de continuar interrogando a la testigo para que se afectaran el debido proceso y el derecho a la defensa.

El segundo tema propuesto dentro de la causal de nulidad se centra en la supuesta errada aducción del reconocimiento en fila de personas, porque no se observaron los requisitos formales de que trata el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal.

Para la desestimación de este reparo es suficiente destacar, que el recurrente confunde la violación del debido proceso, que genera nulidad y que debe plantearse al amparo de la causal tercera, con la ilegalidad de la recaudación de un medio de prueba, cuyo efecto procesal es limitado a la invalidez del medio de convicción, y su censura debe hacerse por la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial debida a un error de derecho por falso juicio de legalidad.

2o. EL PRIMER CARGO de la demanda se ampara en la causal primera cuerpo segundo, por error de derecho, al conferirle valor probatorio al reconocimiento en fila de personas aportado con omisión de las formalidades que la ley exige para su práctica y validez, así como al testimonio recepcionado a SANDRA MILENA SABOGAL QUIJANO al margen del debido procesado.

La demostración de la presunta ilegalidad del reconocimiento consiste en relacionar una serie de situaciones, que a su juicio constituyen irregularidades con capacidad para invalidar la actuación. A ellas se responde a continuación:

a) Es cierto que la fila para el reconocimiento que debían hacer ODILIO ENCISO y JAIME CARDENAS solo la integraron seis personas y no siete o más como desprende del artículo 368 del Código de Procedimiento Penal, pero también lo es que ninguno de los dos testigos reconoció al acusado, luego intrascendencia de la falla es obvia. En las demás diligencias realizadas varios días después no se anotó el número de personas que conformaron la fila, ni hay observación alguna al respecto.

b) También es verdad que en ninguno de los reconocimientos se tomó el nombre de los integrantes de la fila, y que no aparece constancia de que se le hubiera indicado al acusado el derecho a ubicarse en el lugar que deseara dentro de ella. Sin embargo, el libelista se conforma con mencionar las fallas sin precisar su trascendencia en cuanto a la condena, pues cuando intenta decir que repercusión tuvieron las irregularidades se refiere es a la nulidad por violación del debido proceso, olvidando que el cargo lo formuló por la vía indirecta.

El hecho de no dejar los nombres de las personas que formaron parte de la fila en una diligencia de reconocimiento no invalida automáticamente la prueba, pues es necesario que se demuestre que debido a esa falla se afectó alguna garantía de los sujetos procesales o se desconocieron las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, como lo indica el numeral 2o. del artículo 308 del estatuto procesal, ya que la trascendencia es uno de los principios que rigen la declaratoria de las nulidades.

En cuanto al derecho del procesado a escoger el lugar de la fila para desear ubicarse, no existe prueba de que le fuera desconocido, pues una cosa es que no se haya dejado constancia de que se le respetó esa posibilidad, y otra muy diferente que el juez lo hubiera ubicado en un determinado sitio, cosa que seguramente el defensor no habría permitido, o al menos hubiera dejado consignado de su protesta.

c) La posibilidad de que los testigos hubieran visto al acriminado antes del reconocimiento, en lo cual están en desacuerdo el Fiscal y la representante del Ministerio Público, según la anotación dejada en el acta de la diligencia, es un factor que de estar probado se debe tener en cuenta en el momento de la valoración, pero que no da lugar a la nulidad reclamada.

Desde otro punto de vista es oportuno anotar, que de todos los testigos las únicas que reconocieron al homicida fueron la menor SANDRA MILENA SABOGAL y EVANGELINA BARRETO SANCHEZ, pero no fueron esos reconocimientos el fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria, y ni siquiera lo más importante, ya que como lo destaca el Tribunal, a ella se llegó con apoyo en lo siguiente: el enjuiciado admitió su presencia en el lugar de los hechos; fue visto salir en precipitada huida del sitio donde ocurrió el crimen, y aparece registrado en el hospital del Barrio Meissen en donde fue atendido esa noche como consecuencia de heridas recibidas, sobre lo cual es elocuente la declaración de RODRIGO JOSE RIVAS; hay

versiones en el expediente que lo describen con rasgos anatómicos y físicos coincidentes; y, finalmente, sus explicaciones no son claras ni coherentes frente al conjunto probatorio que lo compromete, por lo tanto no son de recibo.

Como tantas veces lo ha repetido la jurisprudencia, cuando se ataca la prueba que sirve de sustento a una sentencia no basta cuestionar alguno de los medios probatorios apreciados, pues si con los restantes el fallo sigue teniendo validez el reproche resulta inocuo.

Por último, la irregularidad que predica respecto del testimonio de SANDRA MILENA SABOGAL es la misma invocada en el cargo de nulidad ya respondido, por lo tanto no es necesario repetir los argumentos expuestos para su desestimación, salvo agregar que siendo una censura por la causal primera de casación, cuerpo segundo, la petición de nulidad con la que concluye la alegación es totalmente desenfocada.

3.- EL CARGO SEGUNDO, denominado subsidiario, es por violación indirecta y lo concreta el libelista en un supuesto error de hecho, "en cuanto el sentenciador de segunda instancia ignora los efectos que se derivan de unos testimonios y reconocimientos: efectos que prueban que el procesado no realizó el hecho punible o que, por lo menos, dejan un resquicio por donde se desliza la duda procesal".

La primera observación que amerita el reproche es que no se cuestiona que el sentenciador haya ignorado los testimonios favorables al acusado y las diligencias en donde no fue reconocido, sino sus efectos, esto es, el no haberles otorgado ningún valor probatorio, cuando a juicio del impugnante acreditan la inocencia de su representado.

Siendo así las cosas, y no estando sujetas las pruebas mencionadas a tarifa legal, la demostración debía apuntar a que el fallador incurrió en la apreciación probatoria en violación de las reglas de la sana crítica, único condicionamiento que le señala el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal para el cumplimiento de su tarea.

Sin embargo el censor se confunde y en el capítulo que denomina "DEMOSTRACION", lo que hace es enfrentar las declaraciones de los "LOS QUE ABSUELVEN" con las de "LOS QUE ACUSAN", para obtener su propia conclusión, según la cual las pruebas no acreditan la responsabilidad del procesado, alegación que es propia de las instancias, y con la que no se demuestra ningún error que afecte la legalidad de la decisión.

Desconoce, sin duda, que la simple disparidad de criterio sobre la valoración probatoria no es suficiente para formular una censura en casación, pues como ya se dijo, es una labor que corresponde realizar al juez en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y mientras dichas reglas no sean desconocidas, el ataque por este aspecto es vano.

En síntesis, no ignoraron los falladores de instancia los efectos de las pruebas que refiere el demandante, lo que ocurre precisamente fue que no le reconocieron efecto alguno, porque a la luz de la sana crítica, y frente a los demás elementos de convicción, no lo producían.

El cargo no prospera.

4o.- Como la sentencia de primera instancia impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, y esta decisión fue confirmada por el Tribunal sin tener en cuenta que ese término es superior a diez años, máximo permitido por el artículo 44 del Código Penal para la sanción accesoria, esa determinación resulta violatoria del principio de legalidad, razón por la cual la Corte de oficio casará la sentencia en forma parcial para corregir el yerro, aplicando las facultades que le otorgan los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: DESESTIMAR los cargos formulados en la demanda.

Segundo: de oficio CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, para precisar que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que corresponde al procesado LUIS GERARDO GRANADA MOLINA es de diez (10) años.

Tercero: En todo lo demás se mantiene el fallo impugnado.

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

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

EMPLEADO OFICIAL/CAPTURA/FLAGRANCIA

Aquello de que el procesado debió ser liberado por virtud de lo mandado por el artículo 373 del C. de P. Penal, esto es, por tratarse de una captura en flagrancia de un servidor público, constituye predicamento que olvida lo previsto en el artículo siguiente (374 ibídem) que constituye la excepción a lo normado en el anterior ya que autoriza al fiscal o al juez a privar de la libertad al servidor público, cuando "la aprehensión no afecte la buena marcha de la administración".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr.Carlos E. Mejía Escobar.

Aprobado Acta No. 47

Vistos

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), condenó a VICTOR MANUEL BAQUERO RAMIREZ a la pena principal de ciento noventa y dos (192) meses de prisión como autor responsable del delito de "HOMICIDIO AGRAVADO" en la persona de Edgar Javier León Franco, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, negándole además el subrogado de la condena de ejecución condicional. Contra esta determinación interpuso recurso de apelación la defensora del procesado y por esta vía el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), resolvió "REFORMAR los numerales primero y segundo de la parte resolutiva de la sentencia atacada, en el sentido de CONDENAR a VICTOR MANUEL BAQUERO RAMIREZ a la pena principal de ciento veinte (120) meses de

prisión y la accesoria de ley por igual lapso como autor responsable del delito de HOMICIDIO SIMPLE, consumado en Edgar Javier León Franco", confirmándola en lo demás, menos en el numeral 5o. que disponía la expedición de unas copias para investigar el presunto delito de Porte ilegal de armas.

Contra la anterior sentencia se interpuso el recurso de CASACION, el cual fue concedido por el Tribunal el veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993). Presentada oportunamente la demanda, la CORTE la declaró ajustada a los requisitos exigidos por el artículo 225 del C. de P. P., el quince (15) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Y, obtenido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

De los hechos y la actuación procesal

Los primeros, con acierto, fueron consignados por el Tribunal de Santafé de Bogotá, así:

> "El cinco (5) de diciembre de 1992, en esta ciudad, a eso de las 2:30 minutos de la madrugada, Edgar Javier León Franco y María del Pilar Arenas Franco pretendía acompañar a José Orlando Vanegas Ruiz a su residencia, cuando de la casa contigua donde acaban de salir -lugar de habitación de León Franco, en la que habían estado libando desde tempranas horas de la noche-, apareció VICTOR MANUEL BAQUERO RAMIREZ, reclamándoles que el ruido no lo dejaba dormir, para luego accionar en dirección a la humanidad del primero, un revólver calibre 38 largo, causándole herida en la región cerebral inferior derecha, que ocasionó su muerte instantánea por laceración cerebral."

Y sobre la "ACTUACION PROCESAL", muy brevemente, se tiene que fue el Fiscal Dieciocho de la Unidad de Investigación Previa y Permanente de esta ciudad capital el funcionario que realizó el levantamiento del cadáver de Edgar Javier León Franco, para dictar en su momento el correspondiente auto cabeza de proceso, escuchando luego en indagatoria a BAQUERO RAMIREZ, quien fuera capturado dentro de la casa de habitación de su señora madre, una vez ésta porque así se lo solicitó su hijo llamó a la policía, a quien precisamente le entregó el arma con la que momentos antes se diera muerte a León Franco y que ella había recibido de manos de su descendiente.

La Fiscal Ciento Dieciséis (116) de la Unidad Tercera de Vida, posteriormente, asumió la investigación y el once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992) resolvió la situación jurídica de BAQUERO RAMIREZ, con medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación y ordenó suspenderlo en el cargo que desempeñaba en la Registraduría Nacional del Estado Civil. Se recibieron varios testimonios solicitados por la defensa y se practicó experticio psiquiátrico forense al procesado, concluyéndose allí que éste "no presenta ni presentó al momento de los hechos incapacidad de comprender la ilicitud de sus actos ni de determinarse por transtorno mental a pesar de la embriaguez". Cerrada la investigación, se calificó el mérito de la misma el diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993) con resolución de acusación por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO.

La fase procesal de la causa la tramitó el Juzgado Noveno Penal del Circuito, funcionario que decretó varias de las pruebas solicitadas por la defensa. Celebrada la audiencia pública el tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), se profirió sentencia el trece (13) del mismo mes y año, la que, como quedó visto, fue materia de impugnación con los resultados ya señalados.

De la demanda

1.- CAUSAL TERCERA DE CASACION. El fallo proferido por el tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el 20 de octubre de 1993, lo fue en un proceso viciado de NULIDAD, "fundamentada en el numeral 3o. del artículo 320 del C. de P. P. en armonía con los numerales 2o. y 3o. del Artículo 304 ibídem". Se incurrió en "nulidad de carácter supralegal al no observar las formas propias del debido proceso; al privar de la libertad a un ciudadano sin las formalidades legales previstas en la ley, al negarse el derecho de defensa y al omitirse la práctica y análisis de pruebas fundamentales, tocantes con la imputación, culpabilidad y circunstancias modificadoras de la infracción".

Se vulneró el artículo 28 de la Constitución Política porque la captura de VICTOR MANUEL BAQUERO RAMIREZ y el registro de su domicilio se produjo "sin que mediara orden escrita de autoridad competente", y sin que se presentara situación de flagrancia, "ya que no se sorprendió en el momento de la comisión del hecho, tampoco fue sorprendido con los objetos o instrumentos comprometidos en la investigación".

Se omitieron pruebas de trascendental importancia que habrían modificado sustancialmente "la adecuación lógica de la infracción". Hubo desidia para hacer comparecer a los "testigos de cargo y descargo", tal como ocurrió "con los agentes Echeverry, Guillermo Ramírez, los sargentos Matta Rodríguez, Miguel Angel, Pablo S. Pineda, fls. 198, de los señores Alcides Cañón, Agripina Franco, fls. 12 y ss., Adalí Díaz, fl. 248; igualmente hubo negligencia en la constatación de la posición en que abrió la puerta de su residencia mi representado, la ubicación del obitado con respecto a su posición final con relación al lugar de la ojiva hallada y la posición de los testigos, el lugar y visibilidad", considerada la hora de los hechos y la peligrosidad del sector, "al omitirse la diligencia de inspección judicial solicitada dadas las contradicciones en las pruebas en que se sustenta la sentencia".

Añade la libelista que se ha vulnerado el derecho de defensa al no haberse allegado los antecedentes penales del testigo Orlando Vanegas y del hermano de la víctima.

Se cometieron irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y se violó el derecho de defensa ya que con BAQUERO RAMIREZ no se observó el contenido del artículo 373 del C. de P. P., pues no ha debido privársele de la libertad ya que era un "servidor público". De otra parte, de los dictámenes periciales sobre balística y psiquiatría forense no se corrió traslado a los sujetos procesales conforme lo dispone el artículo 270 de C. de P. Penal.

La demandante precisa como normas vulnerables los artículos 28 y 29 de la Constitución Política, numerales 2 y 3 del artículo 304 del C. de P. P, art. 270, numerales 2o. y 373 ibídem.

2.- En numeral aparte se refiere a la "VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR DE HECHO." (art. 220, numeral 1o. del C. de P. P.). "Se expresó un juicio falso al no apreciar en su conjunto las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica. ... . "DEMOSTRACION. Para la demostración del cargo formulado se presentan dos parámetros: uno, lo que la ley tiene establecido, y dos, lo que el juzgador realizó y de la confrontación o adecuación se observa la violación indirecta de la ley sustancial. ... . "El fallador al valorar los testimonios de María del Pilar Arenas Franco y Orlando Vanegas, distorsionó o tergiversó el sentido del testimonio para determinar la responsabilidad y adecuación lógica del

hecho. Señala el artículo 254 como deben apreciarse las pruebas, teniendo como base la sana crítica. De la actuación procesal se desprende que no se observó la formalidad para la apreciación".

Normas violadas: artículos 247, 254, 292, 304 ord. 2o. y 3o. del C. de P. Penal.

3.- La recurrente bajo el título de "LA ACTUACION PROCESAL", sostiene que la percepción de los testigos de cargo "se hallaba afectada por el estado de alicoramiento" y que, al valorarlos, se dieron por ciertos hechos contradictorios.

Se indica también que El Tribunal en su sentencia omitió valorar las siguientes pruebas: la del folio 17, reconocimiento médico legal No. 065066 y la prueba del guantelete (folios 96 a 101).

Finaliza la censora afirmando que cree haber demostrado hasta la evidencia "los protuberantes errores esenciales de hecho" en que incurrió el tribunal, por no "apreciar pruebas que a pesar de haberse allegado al expediente no se valoraron y las que se valoraron se distorsionó o falseó el contenido de las mismas". Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia y "absolver a mi defendido de las condenas que le fueron impuestas".

Muy breves consideraciones de la Sala y de la Delegada

A.- Por imperio del principio de prioridad, se examina primero el cargo sobre la NULIDAD ya que su prosperidad impide que pueda cumplirse con el análisis de las demás causales, pues se derrumbaría la sentencia que es el objeto del RECURSO DE CASACION.

Así, pues, lo primero sobre este particular está en que el censor, equivocadamente, presenta como NULIDADES CONSTITUCIONALES las que el legislador procedimental penal trae expresamente como LEGALES, pues se refiere a atentados contra el debido proceso o el derecho de defensa (art. 304, numerales 2 y 3). Entonces, en lugar de llevar claridad a la demanda de entrada verifica una alegación confusa e innecesaria.

Y, como bien lo recuerda la Delegada, la causal de nulidad "no es de libre invocación, pues al igual que las demás se encuentra dotada de sus propios fundamentos pero sujeta a los principios generales de la casación,

lo que obliga a efectuar su demostración con el rigor y lógica que se predica de este especial medio de impugnación. De no hacerse así, el fracaso es su medida. Por consiguiente, no se puede acudir a generalidades, formulaciones abstractas, meros señalamientos de las pretensas violaciones a las garantías fundamentales o, simplemente, dejando planteada la inquietud para que la Sala, en reemplazo del actor, desentrañe el atropello..." (C. S. J., noviembre 13 de 1991).

Sostiene la censora de manera general e imprecisa que se está ante una nulidad por cuanto se presentó una privación ilegal de la libertad del procesado, al tiempo que se omitió "la práctica y análisis de pruebas fundamentales, tocantes con la imputación, culpabilidad y circunstancias modoficadoras de la infracción"; también porque no se recaudaron los antecedentes penales de un testigo presencial y del hermano de la víctima.

Apréciese, pues, bien la confusión de la impugnante que critica al mismo tiempo la omisión y análisis de "pruebas", dicho así de manera ambigua, cuando la verdad es que no puede ser sino una de dos ya que si la prueba fue omitida, fatalmente era imposible su análisis y si fue que se dejó de examinar, resulta obvio que la prueba se practicó. Pero es más, este tipo de alegación, referido a la valoración probatoria, técnicamente, escapa por completo a la causal tercera, esto es, no es ubicable dentro de la vía de la NULIDAD.

La falta injustificada de práctica de pruebas que hubieran podido favorecer el acriminado, sí constituye una violación al derecho de defensa. Precísese sobre este tópico del asunto, prima facie, que la probanza que echa de menos la demandante, como ella misma concretamente los expresa, está referida a "testigos de cargo y descargos", luego no es solo lo favorable al procesado, por lo que más bien, en principio, puede pensarse en un atentado al debido proceso. Pero en rigor y finalmente, esto tampoco acontece ya que los tales testigos no presenciaron los hechos investigados, y lo que en verdad podían aportar a la investigación era bien poco, y lo mismo jamás podría derruir la prueba que fue basamento de la sentencia (testimonial, técnica, la misma flagrancia, en fin), calificada y directa. De ahí que la censora se haya contentado con meramente decir que no se practicó, pero sin que por parte alguna precise la fortaleza de la misma en orden a desvirtuar o modificar la imputación delictual y la responsabilidad. Dicho de otra manera, jamás demostró -y mal podía hacerlo ya que la

prueba no daba para eso- que, practicada, otro habría sido el fallo o que, al menos, era de una importancia cierta. Y de prueba que no tenga esta incidencia procesal, su no práctica si acaso podrá constituir irregularidad de segundo orden. Y, otra cosa, a folios 235 y ss. y 274, se registra la actividad desplegada por el juzgador de primera instancia en orden a lograr la comparecencia de los testigos a la audiencia pública, por lo que no fue pues por negligencia suya, como lo asegura la censora, que ellos no declararon en tal acto. Y, con respecto a los agentes Mota Rodríguez y Echeverry Villegas, el mismo Comandante de la Décima Quinta Estación de Policía precisa que fueron trasladados.

B.- Al cargo referido a la ilegal privación de la LIBERTAD del procesado, responde con acierto indudable la Delegada en planteamientos que se comparten en su integridad y que liberan a la CORTE, por respeto a la debida brevedad y para no asumir el riesgo de inoportunas repeticiones, de cualquiera otro. Así se expresó el Ministerio Público:

"...el examen del expediente enseña que la Policía en esta actuación no incurrió en vicio alguno que afectara dicho derecho fundamental, pues como lo registra el proceso y lo plasma la sentencia la aprehensión aconteció por voluntaria entrega del procesado quien inmediatamente ocurridos los hechos, solicitó a su progenitora llamar la Policía, autoridad que concurrio poco tiempo después y autorizados por los moradores ingresaron a su residencia para concretar la captura (fls. 15, 16, 24, 25, 248, 282 y 288 Cuad. 1a. Inst.; 51 y 54 Cuad. del Tribunal).

"Además estos mismos apartes procesales evidencian que el incriminado no huyó y su aprehensión se materializó momentos posteriores a la comisión del hecho, es decir, contrario a lo sostenido por la demandante, el acusado fue descubierto en FLAGRANCIA en tanto plurales testigos presenciales percibieron en su actuar la perpetración de una conducta delictual, secuencia en seguida captada por la madre cuando descubre al hijo "en bata de dormir en la puerta, y le dije hijo mío qué hizo, ...entonces él me pasó el revólver" y transcurridos diez minutos llegó la Policía y "él salió voluntariamente" (Fls. 14 y 15 Cuad. 1a. Inst.).

"Las circunstancias señaladas evidencian que la autoridad no requería de orden judicial escrita para aprehender al autor de la infracción, por virtud de lo dispuesto por los artículos 32 de la Carta y 371 del C. de P. Penal, de manera que la mención de su ocurrencia pasada una hora de sucedidos los

hechos, no constituye desaparición del sorprendimiento en FLAGRANCIA, pues dicho tiempo no alcanzó a eliminar la actualidad delincuencial y menos aún si se repara que la propia madre del imputado refiere que la autoridad policial arribó pasados diez minutos. ...".

C.- Ahora, aquello de que el procesado debió ser liberado por virtud de lo mandado por el artículo 373 del C. de P. Penal, esto es, por tratarse de una captura en flagrancia de un servidor público, constituye predicamento que olvida lo previsto en el artículo siguiente (374 ibídem) que constituye la excepción a lo normado en el anterior ya que autoriza al fiscal o al juez a privar de la libertad al servidor público, cuando "la aprehensión no afecte la buena marcha de la administración", supuesto de hecho que en el evento sub-exámine se daba pues VICTOR MANUEL BAQUERO RAMIREZ se desempeñaba en la Registraduría Nacional del Estado Civil en el cargo de "Ayudante de Oficina 5155-04", en la Sección de Identificación, lo que de suyo comporta que lo regular sea considerar que la privación de su libertad no tenía porqué ocasionar grave trauma en la prestación de tal servicio. Ahora, recuérdese que lo extraordinario (sí lesióna la administración) sería lo que requeriría de prueba anexa.

D.- Para la demandante la simple circunstancia de que del experticio psiquiátrico no se hubiera corrido a las partes por el término de cinco (5) días "para que soliciten su aclaración, ampliación o adición" (art. 270 C. P. P.), omisión que también se realizó con respecto al dictamen sobre balística, constituye un atentado contra el debido proceso y el derecho de defensa. Mírese bien cómo es el solo hecho ahí, material, escueto el que comporta la vulneración, según la actora, pues que por parte alguna indica qué era cuanto iba a contradecir del mismo. El traslado tiene una finalidad, la que no señala el impugnante de qué manera dejó de cumplirse por el no traslado, o sea, cuál era la aclaración, ampliación o adición que iba a solicitarse de los peritajes. Y, otro hecho también de gran importancia, con la existencia de los subsodichos dictámenes no se sorprendió a la defensa, la que ciertamente tuvo ocasión de debatirlos ampliamente en el desarrollo de la audiencia pública, hasta cuya finalización contaba con término para objetarlos y si no lo hizo no puede negarse que la oportunidad para el repudio existió, debiendo asumirse tal comportamiento como aceptación de los mismos.

E.- A la actora le basta con decir que no se solicitaron los antecedentes penales del testigo presencial José Orlando Vanegas Ruiz, quien murió en circunstancias violentas después de los hechos materia de investigación y

de un hermano de la víctima que se encuentra recluido en la Cárcel Nacional Modelo, con lo que entiende que se ha vulnerado el derecho de defensa y en lo que halla estribo para solicitar la NULIDAD. Pero la verdad es que no explica la trascendencia que ese hecho concreto tenga en las resultas del proceso. Piénsese no más, en gracia de discusión, que así las aludidas personas tuvieran antecedentes y graves, de ello no se sigue la inocencia de su representado. La censora, y esa es su obligación, no explica la trascendencia de la carencia de la prueba que echa de menos y deja las cosas dichas así al desgaire, con lo que el cargo pierde eficacia, siendo que de otra parte los vacíos que contiene no pueden ser suplidos oficiosamente por la CORTE, por impedirlo el principio de limitación que rige este que aún continúa siendo exigente y extraordinario medio de impugnación.

F.- Sobre el ataque a la sentencia con base en la causal primera, VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, por ERROR DE HECHO, lo excepcional está en que éste se hace consistir en "un falso juicio al no apreciar en su conjunto las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica", pero esta idea que de por sí no es nunca clara, no se desarrolla cabalmente, es seguida por un verdadero galimatías que se construye así: "Demostración. Para la demostración del cargo formulado se presentan dos parámetros: uno, lo que la ley tiene establecido, y dos, lo que el juzgador realizó y de la confrontación o adecuación se observa la violación indirecta de la ley sustancial". En verdad que es así bien difícil seguir el hilo del discurso (mejor digresión) de la demandante.

A continuación se refiere aquella al artículo 247 del C. P. P. y se pasa a aseverar que "El fallador al valorar los testimonios de María del Pilar Franco y Orlando Vanegas, distorsionó o tergiversó el sentido del testimonio...". Se menciona el artículo 254 sobre "apreciación de las pruebas" y de inmediato se advera que esta disposición no se observó. Y, bajo el acápite de "La actuación procesal", se afirma que la percepción de los testigos de cargo se encontraba afectada por el estado de alicoramiento, para rematar afirmándose que el Tribunal en su sentencia omitió "valorar para el análisis" el reconocimiento médico sobre el cadáver de LEON FRANCO RAMIREZ (fls. 17) y el estudio del guantelete de parafina (fl. 96 a 101).

Este es, con las normas que afirma vulneradas, todo el contenido de la demanda en lo que toca con esta causal.

Precisamente, en cuanto a las disposiciones quebrantadas, se limita la censora a precisar las disposiciones de procedimiento que en su sentir se vulneraron, mas no determina ninguna norma sustancial, lo que deja el cargo inconcluso.

De otra parte, ya quedó dicho que el desarrollo del cargo es bien confuso. Por ningún lado señaló si se trataba de un falso juicio de existencia o de uno de identidad, y todo indica que indistintamente los colaciona, para terminar cayendo más bien en un ataque al juicio de convicción que asumió el sentenciador, pues no puede desconocerse que cuanto busca es refutar -y vanamente, desde luego,- la apreciación probatoria del Tribunal, con lo que desvía inperdonablemente la impugnación del alegado error de hecho al de derecho, olvidando además que en nuestro sistema procedimental penal ya no existe tarifa legal.

Pero, lo que también es muy grave, reduce lo suyo a asegurar sin más que no se respetó el análisis en conjunto de la prueba ni el sometimiento de la misma a las reglas de la sana crítica, pero no demuestra porqué, en tanto que las sentencias se encargan de verificar un análisis de todo el material probatorio, para arribar con lucidez innegable a la demostración de la autoría y responsabilidad de BAQUERO RAMIREZ en la muerte de Edgar Javier León Franco.

El siguiente aparte de la Delegada fija en sus exactos puntos la alegación última de la demandante y su intrascendencia, así:

"...Finalmente enrumba el pretendido error de hecho aseverando que "El tribunal en su sentencia omitió valorar para el análisis" el examen clínico que comprobó primer grado de embriaguez del procesado y el resultado del guantelete de parafina que concluyó reacción negativa para presencia de nitratos en sus manos, enunciado que como todos los anteriormente expuestos por la censora, carece de desarrollo lógico y coherente, de manera que aquí también elude demostrar el error y su obligada incidencia en el fallo que pretende romper, dentro del cual los juzgadores sí consideraron y valoraron los referidos dictámenes a los cuales les señalaron el mérito probatorio deducido a la luz de la sana crítica y luego de confrontarlos con todo el acervo probatorio, de manera que resulta absolutamente inexacta y desconocedora de la realidad procesal la formulada omisión probatoria, pues como se observa en las sentencias de instancia tanto el dictamen de embriaguez con el de parafinoscopia practicados al incriminado, fueron

ampliamente analizados por los jueces para desvirtuar los argumentos que sobre ellos pretendieron abogada y procesado (eregir) en dirección a enervar la autoría y la responsabilidad en los hechos imputados, pero que, como ya se señaló, razonada y juiciosamente desvirtuaron los juzgadores y también sobre ellos se edificó la sentencia impugnada amparada de manera inconmovible por la doble presunción de acierto y legalidad."

Definitivamente, los cargos no prosperan.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA, -SALA DE CASACION PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada, debidamente determinada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

VIGENCIA DE LA LEY/ DELITOS / CONEXOS / FRAUDE PROCESAL

Es del caso señalar que, pese a la existencia de la limitación que plasma el artículo 34 de la ley 81 de 1993, en el sentido de que la apelación permite al superior revisar únicamente los aspectos impugnados, la sentencia de primera y de segunda instancia se integran porque no es dable desconocer que se trata de un solo proceso en el que se investigaron y juzgaron delitos conexos y siendo que uno de ellos (la estafa), per se, permitía el acceso al recurso extraordinario de casación, no es atinado desvertebrar ya al final del proceso un asunto que se ha tramitado bajo una misma cuerda, para sostener que por las restricciones que marcan las nuevas disposiciones, la sentencia de primera instancia nada tiene que ver con la segunda o lo contrario, porque cada una de ellas es autónoma. Un pensar semejante equivale a ir contra lo que por fuerza de la naturaleza misma de las cosas, contiene nexos indestructibles. En consecuencia, no puede negarse que el proceso habla de un concurso, en el que uno de los delitos tolera el recurso extraordinario de casación.

El artículo 35 de la Ley 81 de 1993, extiende el recurso de que se trata al delito o delitos conexos (para el caso fraude procesal), así la pena para ellos prevista sea inferior a los seis años exigidos para la procedencia del mismo.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., abril cinco (5) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 47

Vistos

Por determinación de diciembre dieciséis (16) del año inmediatamente anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca dispuso no conceder el recurso de casación que el defensor de LUIS ANTONIO CONTRERAS había interpuesto contra la sentencia emitida por esa Corporación el cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), donde se resolvía la apelación formulada por los defensores de los condenados por los delitos de fraude procesal y estafa.

Fueron razones para la denegación del recurso de casación las siguientes:

Si bien la sentencia de primera instancia versó sobre los punibles de estafa y falsedad, la Sala, cuando desató el recurso, concretó su revisión a la estructuración del delito de FRAUDE PROCESAL y a la responsabilidad deducible a los procesados frente al mismo, ya que fue el único ilícito cuestionado, pues los recurrentes guardaron silencio y no formularon ningún reparo sobre el delito de estafa.

De otro lado -se dice- que la limitación de competencia del superior (art. 34 de la Ley 81/93, que modificó el artículo 217 del C. de P.P.: "la apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados"), repercute necesariamente en el alcance de la decisión adoptada en segunda instancia y, por consiguiente, en la legitimidad para recurrir que de ella pueda derivarse y en la procedibilidad en sí del recurso. Antes, con el D. 2700/91, el superior podía decidir sin límites sobre la providencia impugnada y así los no recurrentes, eventualmente, podían resultar legitimados para interponer el recurso de casación. Se predicaba una unidad inescindible entre los fallos de primera y segunda instancia. Hoy por hoy, por virtud del señalado artículo 34, la cuestión es bien distinta, al menos en lo que respecta a los puntos no controvertidos en el recurso y a los no recurrentes, pues ya no podrá decirse válidamente que el silencio de la segunda instancia se suple con la razones expresadas en el de primera, pues existe una autonomía propia de la decisión

adoptada en primera instancia, ante la imposibilidad del ad-quem de pronunciarse de fondo sobre la situación definida por el a-quo.

Sobre la anterior determinación se interpuso el recurso de hecho, fundamentado en que no es cierto que únicamente existió una apelación parcial de la sentencia y que por ello se hubiera concretado la revisión a la estructuración o no del delito de fraude procesal, ya que en la parte resolutiva del fallo se dispone 'confirmar la sentencia apelada'. Además, la tentativa de estafa es de la esencia del punible principal, "en este caso el fraude procesal, en el cual sin la existencia de éste, no puede existir el tentado, debido a que al desaparecer el fraude procesal, automáticamente desaparecería la estafa en el grado de tentativa".

De otra parte -se afirma por parte del defensor- que al procesado se le debe aplicar el Decreto 2700 de 1991, bajo cuyo imperio fue iniciado el proceso en su contra y, así, el recurso de casación sí es procedente porque el fraude procesal (art. 182 C.P.) tiene prevista una pena de cinco (5) años de prisión.

La Corte

1.- En determinación de cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), obrando como Magistrado Ponente, el Dr. Guillermo Duque Ruíz, esta Sala se pronunció sobre la admisibilidad del recurso de casación cuando la demanda se contrae al delito conexo que no comporta la pena exigida por el artículo 218 del C. de P.P., para la procedencia del recurso. Y comoquiera que el fondo de lo allí expresado, es aplicable al evento aquí controvertido, se transcribe, así:

> "Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual.
>
> a). Que todos los delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, ya que de conformidad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente considerados, sin que para este efecto importe que hubieren sido objeto de juzgamiento conjunto.
>
> b). Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración.

Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:

1.- Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí proceda éste, evento en el cual coinciden el concepto de la Delegada y la opinión de esta Sala, en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso 'se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior'.

2.- Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso.

En relación con este concreto caso surge la disparidad de criterios entre la Delegada y esta Sala.

La primera estima que en este último supuesto es preciso rechazar la casación por improcedente, toda vez que la admisión de ésta implicaría reconocer la 'autonomía' de estos delitos conexos 'frente a la procedibilidad del recurso'. Además, argumenta, para estos delitos 'menores' está ya prevista 'la casación excepcional en los términos del inciso tercero del art. 218 del C. de P.P.'.

Para esta Sala, en cambio, en la hipótesis que se comenta, el recurso sí resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación.

Para demostrar lo justa y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P. P., subrogado por el ya citado artículo 35 de la Ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone: 'El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior'.

En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos aunque tengan una pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la

extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona, en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto de delito o delitos que tengan señalada pena provativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos 'menores'.

Agréguese, por último, que la denominada casación excepcional no podría sustituir a cabalidad la institución en comento, pues bien conocida es su limitación legal, ya que únicamente procede cuando se considere 'necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales'...

Es del caso entonces señalar que, pese la existencia de la limitación que plasma el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, en el sentido de que la apelación permite al superior revisar únicamente los aspectos impugnados, la sentencia de primera y de segunda instancia se integran porque no es dable desconocer que se trata de un solo proceso en el que se investigaron y juzgaron delitos conexos y siendo que uno de ellos (la estafa), per sé, permitía el acceso al recurso extraordinario de casación. No es atinado desvertebrar ya al final del proceso un asunto que se ha tramitado bajo una misma cuerda, para sostener que por las restricciones que marcan las nuevas disposiciones, la sentencia de primera instancia nada tiene que ver con la de segunda o lo contrario, porque cada una de ellas es autónoma. Un pensar semejante equivale a ir contra lo que por fuerza de la naturaleza misma de las cosas, contiene nexos indestructibles. En consecuencia, no puede negarse que el proceso habla de un concurso, en el que uno de los delitos tolera el recurso extraordinario de casación.

Y, con la jurisprudencia que se acaba de transcribir, queda claro, que el artículo 35 de la citada Ley 81 de 1993, extiende el recurso de que se trata

al delito o delitos conexos (para el caso, el fraude procesal), así la pena para ellos prevista sea inferior a los seis años exigidos para la procedencia del mismo.

3.- El recurso es, pues, procedente por lo señalado. Y aquello de que aquí debe aplicarse el Decreto 2700 de 1991, según lo manifiesta el impugnante porque bajo su imperio fue iniciado el proceso, y por razones de favorabilidad, no es cierto. Basta en tal sentido indicar que, en el caso de la especie, la sentencia del Tribunal, objeto del recurso de casación, fue proferida el 4 de noviembre de 1994, esto es, más de un año después de que hubiera entrado en vigencia la Ley 81 de 1993, y que para la Corte, aplicando el criterio del tratadista Jiménez de Asúa (Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada S.A., 1964, Tomo II, pág. 671), la posibilidad de recurrir contra la sentencia, debe regularse según la ley bajo cuya imperio fue pronunciada, puesto que es consecuencia de la sentencia misma (M.P.Dr. Guillermo Duque Ruíz, auto de julio 26 de 1994).

Cuando la sentencia se produjo el artículo 218 ya estaba subrogado, luego no era norma aplicable al caso y sí la Ley 81 de 1993, en su artículo 35. De ahí que, en rigor, no pueda acudirse al principio de favorabilidad, ya que es de la esencia de este instituto que se presente un conflicto de normas, aquí de imposible ocurrencia.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, -SALA DE CASACION PENAL-,

Resuelve:

1o. Declarar que sí es procedente el recurso de casación.

2o. Devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación solo es procedente en los casos que taxativamente indica el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, valga decir, cuando en el territorio donde se adelanta la investigación: existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, la garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del simdicado o su integridad personal, "siendo de cargo del solicitante acompañar las pruebas en que funda sus razones - artículo 85 ibídem.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 48

Vistos

Resuelve la Sala la solicitud de cambio de radicación invocada por el defensor del acusado LUIS ALVARO SANCHEZ RODRIGUEZ ex-juez Cuarto Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, con fundamento en los artículos 446 y 83 del Código de Procedimiento Penal, y 29 constitucional, por considerar que existen circunstancias que afectan gravemente la imparcialidad e independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, el debido proceso y el derecho de defensa de su procurado.

La petición, que se acompañaba de otras relacionadas con la nulidad del proceso y la práctica de pruebas, se remitió por competencia a esta Corporación.

Fundamentos del peticionario

1.- Señala el solicitante, que el procesado resultó enjuiciado disciplinaria y penalmente por el trámite de unos procesos ejecutivos laborales, pese a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia de marzo 4 de 1991 suscrita por los Magistrados Doctores Gloria Inés Sabogal (sic), Julio Enrique Socha Salamanca y Flor Angela Torres de Cardona se inhibieron de iniciar la investigación en contra de todos los jueces laborales por los mismos hechos por los que ahora es acusado el doctor SANCHEZ RODRIGUEZ.

Añade que mediante sentencia del 13 de septiembre de 1991, el mismo Tribunal en la Sala Disciplinaria destituyó fulminantemente al juez SANCHEZ RODRIGUEZ, procediendo al siguiente día hábil a designarle en Sala Plena.

En contra de la determinación, su defendido interpuso el recurso de apelación y posteriormente intentó la revisión, siendo negada la primera y declarada infundada la segunda mediante providencia de Sala de Gobierno del 18 de noviembre de 1991, de la que hacia parte la Doctora Soledad Cortés de Villalobos.

El 14 de noviembre de 1991 con providencia signada por los Magistrados Doctores Luis Mariano Rodríguez Roa, Soledad Cortés de Villalobos y Goria Florez de Sabogal, se profirió en contra del procesado medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por omisión con similares consideraciones a las expuestas por la Sala disciplinaria, y no obstante el entonces defensor recusó a la Doctora Cortés de Vilalobos, se omitió darle trámite a dicho incidente.

Por otra parte, mediante providencia del 27 de octubre de 1993 el Tribunal improbó el acuerdo suscrito entre el doctor SANCHEZ RODRIGUEZ y la Fiscalía Delegada ante esa Superioridad, advirtiéndose allí que en contra de este procesado se adelantaba otro expediente bajo la conducción del Magistrado doctor Fernando Maldonado Cala.

2.- Después de invocar los principios de imparcialidad e independencia que rigen la administración de justicia, el escrito se refiere a un fallo de marzo 24 de 1994, al significado que de estas garantías trae el diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, y a algunos artículos de la Constitu-

ción, sobre lo cual afirma que al procesado se le conculcan sus derechos por cuanto:

> "Los Honorables Magistrados que conducen el proceso contra el Dr. ALVARO SANCHEZ RODRIGUEZ, eran miembros del H. Tribunal Superior del Distrito Especial de Santafé de Bogotá, D.C. para la época en que se adoptaron los proveídos citados en el acápite de hechos, relacionados con la destitución del acusado, el nombramiento apresurado de su reeplazo, no revisión de la sentencia, el auto de detención y el auto de improbación del acuerdo del 27 de Octubre de 1993 y/o, de donde se colige que no son ajenos a los hechos que originaron la presente investigación ni a ese criterio mayoritariamente adverso que ha existido contra mi prohijado desde su desvinculación.
>
> A los H. Magistrados que conducen este proceso, estoy seguro, les resultará imposible apartarse de esa opinión mayoritaria como lo corrobora el acta de la plenaria del 16 de Septiembre de 1991 —adjunta—, donde consta que luego de enterarse H. Corporación de la providencia de destitución del 13 de Septiembre de 1991 y sin siquiera esperar el resultado de la revisión, mucho menos de la apelación, mayoritariamente por treinta (30) votos destituyó al acusado y le nombró su sucesor (Dra. Blanca Herrera), sin esperar siquiera a la ejecutoria de dicha providencia.
>
> Esa decisión apresurada aunada, a la participación de los H. Magistrados en las demás determinaciones referenciadas en el acápite de los hechos, constituye en mi humilde opinión, indicio gravísimo de que mil representado el ExJuez de la República de Colombia Dr. LUIS ALVARO SANCHES RODRIGUEZ no tendrá un juicio justo e imparcial..."

Considera por lo anterior que la parcialidad es manifiesta, y que la Magistrada Soledad Cortés de Villalobos quien intervino tanto en la Sala Plena del 16 de septiembre de 1991, como en la Sala de Gobierno del 18 de noviembre del mismo año, jamás se declaró impedida para suscribir la medida de aseguramiento, ni aceptó la recusación que en oportunidad de formulara la defensa.

La situación, agrega, se agrava por la:

> "recurrente presión que con enojo ciego e intención rencorosa y cruel han mantenido algunos periodistas empecinados en condenar a proiri,

al Dr. SANCHEZ RODRIGUEZ al margen de las reglas propias de nuestro estado de derecho, violando la reserva ' del sumario (Art. 331 C.P.P.), su derecho a la intimidad (Art. 15 C.N.), y la presunción de inocencia que aún lo ampara en la presente etapa procesal Art. 29 ibídem).", afirmación que luego morigera al aclarar que la presiones periodísticas privaron en la formación del sumario —folio 11—.

Otras anotaciones críticas todavía se hacen antes de terminar manifestando que los pronunciamientos del Tribunal en el evento de que no prospere la solicitud del cambio de radicación, "se convertirán en sentencia anticipada ... "--además, que " — no puede— sin quebrantar la Constitución y la Ley, convertirse en sentenciador de primer grado en el caso que nos ocupa."

Para sustento de esta petición el defensor adjunta fotocipia autenticada de la Sentencia del 13 de septiembre de 1991 por medio de la cual se destituyó a su poderdante, suscrita por los Magistrados Graciela Moreno de Rodríguez, Marco Elías Arévalo Rozo y Clara Beatris Cortés de Aramburo; original del Acta No. 36 del 16 de Septiembre de 1991, expedida por la Secretaría General del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad y de la certificación expedida por la Secretaría de esa Corporación, donde se relaciona el nombre de la magistrados que asistieron a la Sala Plena de esa fecha.

También una nota que suscriben varias personas afirmando su conocimiento y trato con el doctor LUIS ALVARO SANCHEZ RODRIGUEZ durante el tiempo de su ejercicio como Juez de la República, copia de la providencia del 16 de octubre de 1991 asignado por los Magistrados Luis Mariano Rodríguez Roa, Soledad Cortés de Villalobos y Gloria Flórez de Sabogal, mediante la cual se ordenó la detención preventiva del doctor SANCHEZ RODRIGUEZ; y comunicación de su defensor con la recusación de la Magistrada Doctora Soledad Cortés de Villalobos.

Autos de sustanciación que en diferentes actuaciones separadas seguidas por hechos imputados al doctor SANCHEZ dispusieron la práctica de diligencias previas y en alguna ocasión la apertura sumarial, remitiéndose con relación a la constancia de la providencia del 27 de octubre de 1993 y a la sentencia de marzo 4 de 1991 a los folios del proceso señalados en el capítulo de hechos (Nos. 8, 9 y 10 y cuaderno primero principal, folios 115 a 151), rematando con la oferta de allegamiento de otros medios, si así se encontrase necesario.

3o.- En capítulo separado, el memorialista solicita se decrete la nulidad de la actuación por proferirse el cierre parcial de la investigación, por la comisión de irregularidades sustanciales que afectarian el debido proceso, por disponer que la actuación siguiera sin definir primero la recusación propuesta por el anterior defensor y por la ocurrencia de otras irregularidades que afectan el debido proceso y el derecho de defensa, y nulidad a partir de la resolución de acusación por proferirse sin el lleno de los requisitos sustanciales, y

4o.- A partir de la página 21 se solicita la práctica de una diversidad de pruebas como la práctica de inspecciones sobre unos cinco (5) procesos en los que interviniera el acusado doctor SANCHEZ RODRIGUEZ, la adjunción de copiosa documentación y la práctica de un dictamen pericial que cuantifique el valor del capital e intereses en los procesos ejecutivos tramitados por el procesado.

Consideraciones de la Corte:

1.- Merece aclarar primeramente que si bien el escrito petitorio se refiere a un mismo tiempo al cambio de radicación, la nulidad de la actuación y una formulación de pruebas, el conocimiento de la Sala en esta ocasión se queda restringido al primero de los temas enunciados que le compete dirimir de plano (artículo 68.8 del Código de Procedimiento Penal), constituyendo los restantes motivo de pronunciamiento separado bajo el conocimiento del Tribunal al cual competa el trámite de primera instancia.

En este orden conviene recordar que le cambio de radicación es procedente solo en los casos que taxativamente indica el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, valga decir, cuando en el territorio donde se adelanta la actuación: "existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal", siendo de cargo del solicitante acompañar las pruebas en que se funda sus razones artículos 85 ibídem.

2.- Para el caso presente se desprende del escrito petitorio que las prevenciones de la defensa apuntan a la imparcialidad e independencia de la administración de justicia bajo el enunciado de dos motivos concretos: Los Magistrados que integran la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de

Bogotá participaron en la decisión disciplinaria que dispuso la destitución del ahora enjuiciado doctor LUIS ALVARO SANCHEZ RODRIGUEZ, hecho que comrpomete en la presente investigación un criterio mayoritario adverso a los intereses del imputado; y segundo: la anterior situación se agrava por la actitud de algunos periodistas que durante la etapa de instrucción se obstinaron en condenar a priori al sindicado.

Para darle respuesta a estas inquietudes, sea lo primero destacar que el fallo disciplinario del 13 de septiembre de 1991 mediante el cual se dispuso la destitución del doctor LUIS ALVARO SANCHEZ RODRIGUEZ aparece suscrito solamente por los Magistrados doctores Graciela Moreno de Rodríguez, Marco Elías Arévalo Rozo y Clara Beatriz Cortés de Aramburo, quienes al proferirlo actuaron en ejercicio de unas concretas y específicas atribuciones legales.

Contra esa providencia procedía el recurso de revisión ante la Sala de Gobierno de la Corporación, para esos días integrada por tres Magistrados diferentes, de los cuales solo uno hacía parte de la Sala Penal, y si por otro aspecto debió hacerse un pronunciamiento en la Plenaria encaminado a determinar si la decisión de destitución llevaba o no a un cumplimiento inmediato, ese tema apenas refería a un pronunciamiento administrativo que no podía ingresar a la sopesación de los hechos ni los argumentos que habían dado lugar a la sanción disciplinaria, sino exclusivamente a definir aquel momento en que una decisión de esa índole podría obligar su operancia.

Definido ese tema, se hacía obvio que el mismo Tribunal como nominador, entrara a proveer y a la mayor brevedad el nombramiento de reemplazo, porque el juzgado no podría quedar vacante.

De lo anterior emerge que ninguna razón ni fundamento surge con seriedad para inferir que tales actuaciones cumplidas por el Tribunal obedecieran a causa diferente de su deber de intervenir tanto en el fuero disciplinario que le correspondía, como en la adopción de medidas administrativas, porque además de hallarse unas y otras previstas expresamente en la ley, jamás se acusa pero ni remotamente se entra a demostrarlo por parte del promotor de este incidente, que los hechos generadores de la sanción no hubiesen existido, o que las decisiones se hubiesen producido gratuitamente, por animadversión hacia su representado, parcialidad o ánimo proclive.

Los hechos que suscitaron el pronunciamiento en el ámbito disciplinario fueron también calificados en su connotación penal, y por lo mismo pasaron

a ser materia de investigaciones penales, una de ellas la que motiva este pronunciamiento. De esos hechos debieron conocer por fuero los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá hasta tanto inció su actividad la Fiscalía, correspondiéndoles ahora adelantar el juzgamiento del doctor ALVARO SANCHEZ, como obligaba consecuencia de la acusación que en su contra aquella entidad concreta.

Siendo ello así, si la defensa encuentra que alguno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión deba separarse del conocimiento por afectarle una causal de impedimento, quizá, por caso, la de haber comprometido su opinión extraproceso sobre los hechos o su valoración jurídica, no cabe duda que la opción legal que tiene de preservar la imparcialidad del juzgamiento radicará en tal caso en la opción de recusarlo, entrando a demostrar la existencia de la causal de excusa que encuentre.

Pero de allí a pretender que de los hechos resaltados surja para toda la Corporación seria sospecha de parcialidad o incapacidad de proferir un fallo en derecho media una marcada diferencia, pues, se insiste, de la acción disciplinaria solo conocieron unos pocos Magistrados, que ni son los que ahora deben realizar el juzgamiento, ni pueden desplazarse por la vía del cambio de radicación sino por las causales de impedimento, si es que ellas se acreditan.

Que le hubiera correspondido a varios integrantes de la Sala Penal el conocimiento de algunas de las imputaciones que en esa órbita debieron impulsarse en contra del doctor LUIS ALVARO SANCHEZ tampoco constituye motivo de desconfianza que involucre al órgano jurisdiccional provocando su reemplazo, porque las copias que sobre ese aspecto allega la defensa cuanto demuestran es un proceder prudente y objetivo, dado que excepcionalmente se abrió de inmediato la instrucción, pues en su mayoría, los magistrados ordenaron diligenicias previas, lo que acredita un manejo serio, responsable, ecuánime, desprevenido y atenido a las particulares circunstancias de cada uno de los cargos, que por lo visto imponían una mejor clarificación, previa la decisión sobre apertura sumarial.

Ninguna de las anteriores circunstancias pone en evidencia la necesidad del cambio de radicación.

3.- Adiciona el solicitante como motivo para lograr el tránsito de la actuación a otro Distrito Judicial el que en algunos diarios se hubiese

divulgado del caso y afirmado anticipadamente la responsabilidad penal de su protagonista.

Sobre este último aspecto se advierte que más allá de la afirmación de la defensa no asoma el ejercicio de presiones indebidas hacia el órgano jurisdiccional en el caso que se analiza, sin que de la sola especulación de un diarista, por desafortunada no infrecuente en el ámbito de la afectación social de la presunción de inocencia, surja motivo valedero para cambiar de sitio el debate en este asunto, pues esa sola información no tiene alcance para doblegar el ánimo de los servidores judiciales impuestos por la Constitución a proferir sus decisiones y a responder por ellas bajo el solo imperioi de la ley, sin descontar que una demostración sobre la idoneidad del riesgo tiene que presentarse seria, palpable, objetiva y cierta, como que de otro modo bastaría cualquier ligera información en la prensa de circulación nacional para dar por resultado la imposibilidad de hallar un solo sitio del territorio donde pudiera ubicarse a salvo el adelantamiento del proceso.

La competencia, pues, para el conocimiento de este asunto, tendrá que continuar en el Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, pues no se prueba motivo suficiente que justifique su desplazamiento a otro territorio.

Por las razones expuestas en precedencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal.

Resuelve:

DENEGAR el cambio de radicación solicitado por el defensor de LUIS ALVARO SANCHEZ RODRIGUEZ.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Para la Corte la sola prestancia y "presencia en el proceso de una persona no autoriza a asegurar que la justicia corre peligro, así aquella detente el poder que se quiera. Esta preeminencia por sí misma, no puede dar pie para pensar que las decisiones judiciales van a estar de sulado. Si así se razonara, la administración de justicia se tornaría imposible".

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

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

Aprobado Acta No. 48

Vistos

Se pronuncia la Corte sobre la solicitud de cambio de radicación impetrada por el representante de la parte civil, dentro de la presente causa adelantada contra CRISTOBAL BAQUERO BAQUERO y otros, por los delitos de homicidio en concurso homogéneo y secuestro simple.

Hechos

Tuvieron ocurrencia en los municipios de Guayabetal y Cáqueza, Cundinamarca, los días diecinueve (19) y veinte (20) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), cuando se apersonaron en la casa rural de la familia ROMERO ROJAS unos antisociales, quienes procedieron a disparar contra la humanidad JORGE ADELMO ROJAS ROMERO, cuando éste intentó salir corriendo, y pese a encontrarse allí dos de sus hermanos en compañía de su señora madre. Luego, los malhechores van en búsqueda de otros familiares y encuentran efectivamente a SAUL, a quien también dan

muerte, encontrándose su cadáver posteriormente al pie de una alcantarilla hacia el lado derecho de la vía que de Abasticos conduce a Ubáque en jurisdicción del municipio de Cáqueza. Igualmente se sabe que, en cuanto el tercero de los hermanos asesinados, JOSE CRISPULO ROJAS ROMERO, fue conducido a un sitio, donde al querer huir de sus captores, fue herido en la cabeza con proyectil de arma de fuego, logrando permanecer oculto en casa de un amigo hasta el día siguiente cuando fue trasladado al centro asistencial de Guayabetal y remitido de inmediato al hospital de Cáqueza, donde fue atendido. Y, ya superado el peligro de su fallecimiento, en las horas de la noche, irrumpen en dicho centro asistencial dos sujetos, uno de los cuales va a la habitación donde se encuentra el herido y lo remata a balazos, sin que el suceso, se hubiese podido evitar por parte del personal médico y paramédico que en ese momento se encontraba de turno.

Fundamentos de la solicitud del cambio de radicación

El respectivo memorial comienza haciendo su propio resumen de los hechos y pasa a referir que por los mismos se enjuició al Dr. CRISTOBAL BAQUERO BAQUERO, quien se desempeña para cuando la ocurrencia de aquellos como Alcalde de Cáqueza, siendo también, Mayor retirado de la Policía, dirigente político y miembro prestante de influyente familia en los destinos de la indicada ciudad.

Se dictó resolución de acusación, igualmente, contra RAFAEL ARTURO QUINTANA MUÑOZ, cuñado del hoy Ex-Alcalde y quien administraba la finca de su suegro, en donde precisamente se hurtaron dos automotores y se violó a una sobrina de CRISTOBAL BAQUERO, hechos estos que se dice fueron realizados por los ROJAS ROMERO.

Para el solicitante el indicado QUINTANA ejercía su influencia en esta región mediante la oferta y contratación de mano de obra del personal que labora allí.

Según el peticionario "está en peligro la imparcialidad y un justo fallo, por los vínculos de amistad, solidaridad política, compromisos económicos y favores adeudados por los estamentos públicos y privados en cabeza de personas con una gran capacidad de influencia en los destinos de esta localidad y por ende sobre la objetividad que el funcionario judicial requiere para administrar recta e imparcial justicia. PRUEBA de esta situación se

encuentra en la lectura de los siguientes testimonios que al unísono abogan por la inocencia del Dr. BAQUERO y no parecen suficientes -sic-, están además los escritos de apoyo suscritos por personas residentes en esta ciudad: (cita 15 nombres)... . Estas pruebas afirman el grado de poder que ejerce el Dr. BAQUERO y su familia en esta localidad.

"Considero prudente que sea en otro Distriro Judicial continuar la etapa de juzgamiento en guarda de la imagen de una justicia alejada de cualquier fundada sospecha de parcialidad y hasta la misma conservación de la vida e integridad personal de los testigos residentes en el municipio de Guayabetal como la familia ROJAS ROMERO y por supuesto del suscrito...".

También son pruebas para el memorialista en orden a la procedencia de su petición, la circunstancia de que la averiguación se hubiera adelantado por la Unidad de Investigaciones Especiales de la Fiscalía y el informe de los Agentes del C.T.I., que determina que 'la familia Baquero fue objeto de hurto y acceso carnal violento, culpando a Jairo Rojas, José Críspulo Rojas y Fernando, matándolos por orden del Alcalde CRISTOBAL BAQUERO BAQUERO y el organismo de seguridad que participó en el homicidio no es otro que la policía local, como lo demuestra que haya rematado a José Críspulo en el hospital de Cáqueza. Hecho alarmante y preocupante a sabiendas que los autores materiales del triple homicidio no han sido identificados, permaneciendo en impune libertad y muy seguramente residiendo en la misma localidad, ya que varios miembros de la policía nacional continúan prestando servicios en esta región...".

La Corte

1. Importa señalar, prima facie, que a pesar de que le peticionario del cambio de radicación lo solicita para otro Distrito Judicial diferente al de Cundinamarca, sus argumentaciones todas están enderezadas a demostrar que el Dr. Cristóbal Baquero Baquero, Ex-alcalde de Cáqueza y su familia tienen un tan extraordinario poder económico y político en tal ciudad, que esta situación comporta, per se, que la sentencia respectiva sería emitida sin la debida imparcialidad. Concreta pues tal fortaleza en ese específico municipio y no en las otras ciudades a las que se extiende el Distrito, lo que hace que el cambio bien hubiera podido pedirse simplemente a otro Circuito, a donde, según se desprende de sus propios asertos, no se extiende tal poderío.

Lo dicho no significa en manera alguna que la Corte considere válidas las razones del peticionario como para acceder al mismo, así sea dentro del mismo Distrito.

2. No se puede desconocer que existieron rumores de que la misma policía de Cáqueza hubiera tenido que ver con los homicidios de los hermanos ROJAS ROMERO. Y estos rumores tomaron cuerpo en los informes del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía y del DAS. Pero la verdad es que la investigación que llevó al proferimiento de la resolución de acusación contra el Ex-alcalde de Cáqueza, CRISTOBAL BAQUERO BAQUERO y otros, no fue interferida u obstaculizada por nadie y menos por la policía que, según comenta el memorialista, 'aún continúa prestando servicios en la región'.

De otra aparte, el mismo solicitante, es quien pide se tenga como prueba de su petición, la resolucuón de acusación, y es este auto de lee: "Tampoco hay precisión en cuento a de qué lugar pudieron haber llegado los sujetos que dieron muerte a los hermanos ROJAS ROMERO, pues una veces se dice que eran miembros de la policía de Cáqueza y otras solamente que se identificaban como Agentes de la Sijin o del F2, pero no porque aquellos se hubiesen identificado, sino por las manifestaciones que hacían a este respecto." Para la Fiscalía, pues, no existe ninguna seguridad en el sentido de que los autores materiales del hecho fueran agentes de la policía de Cáqueza y, concretamente, de aquellos que operaban en esta ciudad para cuando el precesado CRISTOBAL BAQUERO BAQUERO se desmpeñó como Alcalde de la misma. Y es que, en verdad, esto no obra debidamente demostrado en el plenario. Y de ahí que, en el indicado auto, además se exprese: "Este cargo (el de Alcalde de Cáqueza), así le permita tener supremacía en la dirección de dicho cuerpo armado, considera el despacho que en cabeza de una persona de las capacidades de mando, intelectuales y de injerencia sobre la comunidad, no le asistío razón alguna para que fuerte a insinuar siquiera a quienes como agentes bajo su mando, llevar a cabo tan horrendo crimen, sin dejar huella palpable y de fácil comprobación en cuanto a la respponsabilidad que pudiera endilgársele. Además, el mismo conocimiento que las gentes de la región tienen o tenían por la época de los insucesos acerca de los agentes de la policía, haría sin lugar a dudas, que no se emplearan a éstos para llevar a cabo este tipo de acciones criminales."

La circunstancia enconces de que el DAS y el Cuerpo Técnico de la Fiscalía, consideraran que fueron algunos miembros de la policía de Cáqueza

los autores materiales de los homicidios de autos, fue una opinión particular que no tiene respaldo en el proceso. Al menos éste fue le criterio de la Fiscalía. Y, lo que es más importante, ese presunto o real comprometimiento de la policía -como ya quedó apuntado- no ha significado que sus miembros estén interesados en torpedear la marcha del proceso, pues ningún hecho proveniente de ellos se ha presentado en tal sentido.

3. Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en supuestos que guardan estrecha relación con el caso que ahora se juzga, y que tienen que ver con la influencia de una persona, lo que hace que el cambio no prospere bajo la consideración de que su ascendiente constituye un riesgo cierto para la justicia, de perder su debida imparcialidad. Para la Corte la sola prestancia y " presencia en el proceso de una persona no autoriza a asegurar que la justicia corre peligro, así aquella detente el poder que se quiera. Esta preminencia por sí misma, no puede dar pie para pensar que las decisiones judiciales van a esta de su lado. Si así se razonara, la administración de justicia se tornaría imposible" (Auto de abril 8/86, M.P.Dr. Duque Ruiz).

Y es del caso agregar que aquí el peticionario solo hizo enunciaciones generales sobre compromisos económicos y políticos y de amistad de Baquero con los 'estamentos públicos y privados', pero no concretó comprometimiento ninguno de la justicia con los encausados o su familia, cuya inexistencia de otra parte quedó demostrada con el hecho mismo de la resolución de acusación que pesa en su contra. Ahora, lo natural es entender que si la Fiscalía pudo cumplir con su función, con imparcialidad, así también deben y pueden hacerlo los Jueces.

4. Que algunos testimonios aboguen por la inocencia del Ex-Alcalde, es cuestión que queda librada a los elementos de juicio existentes y a la sana crítica del juez y sería absurdo que ello constituyera prueba vinculante del cambio de radicación. Igual sucede con los escritos de apoyo a que alude el memorialista suscritos por personas residentes en la ciudad, los que de otra parte, en estricto sentido, no deberían hacer parte del proceso, bastándole al funcionario con no permitir su entrada al mismo, salvo cuando hayan sido solicitados en orden a demostrar la personalidad del procesado y previo el ordenamiento de la probanza.

5. Nada, pues, de lo señalado por el solicitante del cambio de radicación, conduce seriamente a pensar que no existen garantías de una recta administración de justicia en el juzgamiento de CRISTOBAL BAQUERO

BAQUERO y otros en la localidad de Cáqueza. Si bien los homicidios causaron la natural conmoción general en su momento, el tiempo que desde entonces (julio de 1992) ha transcurrido es obvio que permite una visión más serena de lo ocurrido; no se ha demostrado debidamente que el hecho, hoy por hoy, sea tema de pública discusión que lleve a la formación de bandos o partidos; el poderío que se dice posee el Dr. BAQUERO BAQUERO, económico, político y social, -que ni en lo más mínimo se ha acreditado- no se ha hecho sentir sobre Fiscales o Jueces, para torcer el natural sentido y alcance de la investigación o de las decisiones judiciales. En fin, resulta patente que el cambio de radicación es improcedente.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL-,

Resuelve

NO DISPONER EL CAMBIO DE RADICACION del presente proceso, adelantado contra CRISTOBAL BAQUERO BAQUERO y otros, por los delitos de homicidio en concurso homogéneo y secuestro simple.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS/ LIBERTAD PROVISIONAL

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, o en su momento al Juez de Ejecución de Penas, quien es el competente para reconocer cualquier rebaja de pena de conformidad con lo previsto en el atículo 510 del Código de Procedimiento Penal.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 49.

Vistos:

El procesado PEDRO NEL GAITAN MORENO, quien se halla detenido en el Penitenciaría NACIONAL DE TUNJA "El Narne", solicita que se trámite ante el Fiscal General de la Nación la rebaja de pena equivalente a una sexta parte (1/6) de la pena impuesta en este proceso, pues de conformidad con lo preceptuado en el literal e) del artículo 44 de la Ley 81 de 1993 (artículo 369 A del Código de Procedimiento Penal), se halla establecido en autos que se presentó voluntariamente ante la autoridad judicial competente, evitándole a la justicia un esfuezo para capturarle.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá (Cundinamarca), mediante sentencia de fecha 1o. de julio de 1993, condenó a PEDRO NEL GAITAN MORENO a la pena privativa de la libertad de diez (10) años y seis (6) 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.

En providencia de fecha 14 de febrero del corriente año, cuando GAITAN MORENO demandó el reconocimiento de la rebaja de pena por confesión según los términos del artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, la Sala reiteró una vez más que "...la Corte solo puede atender peticiones de rebaja de pena, cuando deba pronunciarse sobre el beneficio de libertad provisional, consagrado en el numeral 2o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, o sea, para acreditar el requisito cuantitativo de la pena previsto en el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de la sanción impuesta...", lo que no se da en este caso concreto, pues los hechos tuvieron ocurrencia el 1o. de junio de 1992 y su presentación voluntaria lo fue el 18 de los citados mes y año.

Entonces, 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, o en su momento al Juez de Ejecución de Penas, quien es el competente para reconocer cualquier rebaja de pena de conformidad con lo previsto en el artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual la Sala tendrá que abstenerse de considerar la nueva petición del precesado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, SE ABSTIENE de considerar la petición elevada por el procesado PEDRO NEL GAITAN MORENO, relacionada con la rebaja de pena por presentación voluntaria ante la autoridad judicial.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COPARTICIPACION/ COAUTOR/ NULIDAD

El fenómeno jurídico de la coparticipación criminal entendida como la realización conjunta de un hecho punible, comprende la intervención de diversas personas, ya como autores, coautores, cómplices o determinadores, siendo autor materia la persona que realiza la conducta típica descrita en el verbo rector como delito.

Son coautores todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho, ejecutando la parte que les corresponde en la división del trabajo para obtener el resultado criminal, o sea que mancomunadamente ejecutan el hecho punible.

De acuerdo con el art. 308 del C. de P.P., quien alegue la nulidad debe demostrar no sólo que la irregularidad es sustancial, sino además que "...ésta afecta garantías de los sujetos procesales, porque desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento...".

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

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta N° 048. Abril 5 / 95.

Vistos

Mediante sentencia del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, confirmando en su integridad la de primer grado, condenó a LUIS GERMAN Y JOSE VICENTE RUIZ RODRIGUEZ, a la pena principal de ciento veinte

(120) meses de prisión, como responsables del delito de HOMICIDIO en la persona de Jorge Alirio Villalba, consumado en esta ciudad de Bogotá el 16 de noviembre de 1.991.

Se aplicaron a los sentenciados las penas accesorias de rigor y fueron condenados en concreto al pago de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

Contra el referido fallo y mediante poder especial, el representante de los sentenciados interpuso el recurso extraordinario de casación, que el Tribunal declaró admisible. Dentro del término legal se presentaron sendas demandas a nombre de los procesados que fueron declaradas ajustadas a las exigencias legales.

Agotado el trámite propio de la impugnación se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

Relatan los autos, que aproximadamente a las doce de la noche del 16 de noviembre de 1.991, cuando Jorge Alirio Villalba pasaba con su compañera Diana Lozano.Lozano, por frente a una cantina ubicada en el barrio Socorro Sur de esta ciudad, fue objeto de algunas injurias por parte de Gildardo Cano Zapata, quien recibió del ofendido un puñetazo que lo lanzó por tierra.

Cuando parecía que el incidente había concluído, salieron del establecimiento los hermanos Germán y José Vicente Ruiz, quienes después de un corto cruce de frases retadoras, se enfrentaron en violenta lucha con Jorge Alirio empleando para la agresión y la defensa botellas destrozadas, llevando la peor parte en la contienda Jorge Alirio, quien recibió numerosas heridas cortantes en diversas partes del cuerpo. Cuando aún se luchaba con ardentía, llegó al lugar William Ruiz, menor de edad, hermano de Gérman y José Vicente, quien entregó al último de los nombrados un cuchillo que éste hunde en el cuerpo de Jorge Alirio, lesionándolo en el corazón, y ocasionando su muerte.

Incorporados al informativo los elementos de juicio que se estimaron conducentes, el Juzgado Sesenta y dos de Instrucción Criminal, mediante providencia del 18 de Marzo de 1992, profirió resolución de acusación en contra de los hermanos José Vicente y Germán Ruiz Rodríguez como coautores del delito de homicidio simple en Jorge Alirio Villalba.

Recurrida la anterior decisión por los abogados defensores, el Tribunal Superior de Bogotá le impartió aprobación integral considerando que "la magnitud y cantidad de las lesiones exhibidas en la necropsia por el cuerpo de Jorge Alirio, igualmente permite colegir que la voluntad de los atacantes se orientó mancomunadamente y dolosamente a ultimarle, a tal punto que, como bien lo dijera el Instituto de Medicina Legal, exhibe una herida de defensa en la región palmar de su mano izquierda, arribándose así a la inferencia lógica de que la conducta de Luis Germán y José Vicente Ruiz Rodríguez se orientó exclusivamente a acabar con sus días, con lo cual su conducta se constituye en coautores propios del delito objeto de investigación..."

Adelantada la causa, ésta terminó con las condenas que son ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

Las demandas de casación

En la demanda presentada a nombre de Luis Germán Ruiz Rodríguez y con fundamento en la causal tercera de casación del art. 220 de C. de P. P. se afirma que la sentencia del Tribunal es violatoria del art. 29 de la Constitución Nacional y del art. 304 del C. de P. P. ya que se profirió en un proceso viciado de nulidad, "...por cuanto al entrar a calificar el mérito del sumario, el Juez 62 de Instrucción Criminal, profirió equivocadamente resolución de acusación en contra de LUIS GERMAN RUIZ RODRIGUEZ, como autor material del delito de Homicidio en la persona de JORGE ALIRIO VILLALBA, cuando sólo se halla incurso en el delito de lesiones personales..."

En la fundamentación del cargo afirma el censor, que está demostrado en el expediente, que la muerte de Jorge Alirio Villalba tuvo como causa la herida ocasionada con cuchillo, única lesión de naturaleza mortal y que está igualmente acreditado que el único autor de esta herida fue José Vicente Ruiz, quien empleó para tal fin el cuchillo que le facilitara su hermano William. Que la participación de LUIS GERMAN se limitó a agredir al occiso con picos de botella causándole algunas lesiones "...pero sin que esta heridas revistieran gravedad alguna, tal como lo determinaron los médicos legistas..." Agrega el recurrente, que de la agresión a cuchillo de que fue objeto la víctima no pudo darse cuenta Luis Germán "...ya que se hallaba forcejeando con el occiso, situación que le impedía observar la conducta que desarrolló José Vicente..."

Afirma el casacionista que entre la actuación de los dos hermanos, no existió unidad de designio criminal y que Luis Germán solo responde del daño que ocasionó, esto es, de un delito de Lesiones Personales "...porque él no fue quien hirió mortalmente al occiso, ni prestó su concurso para la comisión de tal conducta, pues ni siquiera llegó a darse cuenta, ni tuvo oportunidad de advertir que su hermano tenía el arma letal, y mucho menos que tuviera la intención de causar la muerte con ella..." Con apoyo en el art. 21 del C. P. sostiene que nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión..."

Concluye este cargo el recurrente afirmando que al proferirse una resolución de acusación contra Luis Germán Ruiz como autor material de un delito de Homocidio, que no cometió a título de autor, coautor o cómplice, se afectó el debido proceso y los derechos fundamentales de su asistido. Pide en consecuencia, casar la sentencia, y decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación.

Segundo Cargo

En un segundo cargo que formula por separado, acusa la sentencia de haber quebrantado de manera indirecta la ley sustancial, porque debido a un error de hecho en la apreciación probatoria, se aplicaron indebidamente los arts. 23 y 323 de C. P.

En la fundamentación del cargo, se revive la argumentación anterior encaminada a demostrar que el autor del homicidio en Jorge Alirio Villalba fue unicamente José Vicente Ruiz. Se afirma que de acuerdo al testimonio de Diana Lozano Lozano, que fué el fundamento principal de la sentencia, la única persona que empleó cuchillo en contra de la víctima fué José Vicente Ruiz, sin que la declarante impute autoría o participación alguna a Luis Germán en este acto. Se apreció en consecuencia erróneamente la prueba testimonial y por ello el Tribunal consideró a Luis Germán autor del homicidio aplicándole indebidamente el art. 323 del C. P. ya que él no fue autor, coautor o cómplice en la muerte de Jorge Alirio Villalba.

Pide en consecuencia, que se case parcialmente la sentencia y se absuelva a Luis Germán Ruiz por el delito de homicidio.

Respuesta del Ministerio Público

Expresa el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que los dos cargos formulados en la primera demanda, son contradictorios y excluyentes entre sí, pues sobre la misma base y con idéntico argumento, se sostiene en el primero que el proceso es nulo y sobre él no puede recaer válidamente sentencia alguna; en el segundo proclama la validez de la actuación para reclamar un fallo absolutorio. Que si bien los cargos se formulan en capítulo separado, no son subsidiarios, "...esto es, como ataque que suple o robustece otro principal". Agrega la Delegada que esta anotación, no es de suyo suficiente para la desestimación de la demanda y por ello procede a emitir el concepto de fondo sobre las inconformidades del recurrente.

En relación con el primer cargo, conceptúa la Procuraduría, que aunque el ataque se encuentra bien planteado, "...resulta insuficiente el esfuerzo del recurrente, porque la calificación dada al delito, no depende como el lo cree, de la ubicación y naturaleza de las heridas que propinó LUIS GERMAN a su víctima, sino de su participación activa en los hechos delictuosos y su compromiso con el resultado finalmente logrado -homicidio- aspectos que no fueron discutidos por el actor..."Agrega, "...que la coautoría grado de participación imputado a LUIS GERMAN y a su hermano desde el momento en que se calificó el mérito del sumario, supone la ejecución de un hecho en común sin que necesariamente cada uno de los agentes efectúen en su totalidad el hecho típico, sino que su intervención contribuya a su realización y que no por ello sea dable responsabilizar a cada interveniente por la fracción del hecho realizado como lo entiende el libelista". Y agrega: "...Remitiéndonos al acontecer real, surge claro que los procesados con su actuar tenían un solo propósito al causar a Jorge Alirio Villalba Corredor múltiples heridas, aún cuando la causante de la muerte no sea precísamente una de las inferidas por Luis Germán..." De ahí que concluya afirmando que el cargo no tiene vocación de éxito.

En relación con el segundo cargo opina la Delegada, que la censura carece de fundamento, pues en ningun momento el juzgador tergiversó el testimonio de la citada Diana Lozano Lozano. Tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, siempre se ha afirmado que quien causó la herida mortal fué José Vicente Ruiz y en ningún momento Luis Germán. No existe en consecuencia un error de hecho en la estimación de la prueba testimonial, sino una diferente manera de apreciar los hechos, circunstancia que impide la prosperidad de la censura.

Segunda demanda

En la segunda demanda presentada a nombre de José Vicente Ruiz Rodríguez, se solicita la nulidad de la sentencia por haber sido proferida en un proceso viciado de nulidad. Considera el impugnante, que el funcionario instructor quebrantó el mandato constitucional que obliga investigar con igual celo lo favorable y lo desfavorable a los intereses del sindicado.

En el desarrollo del cargo, alega el impugnante varios "vacios probatorios" que afectaron el debido proceso:

En primer lugar, que no se escuchó en declaración juramentada a Alfonso Villalba Corredor, hermano del occiso, ni a Walter Rincón y Coguar Roa Vega, no obstante que fueron citados por el Juez de la causa. Sostiene luego, que la testigo Lozano señaló la presencia de diversas personas en el lugar de los hechos, pero que éstas no fueron llamadas a declarar, cosa que igualmente sucedió con William Ruiz Rodríguez cuya versión no se allegó a los autos, no obstante haber sido la persona que entregó el cuchillo al homicida, ni se recepcionó la versión de Gildardo Cano con quien el occiso tuvo el incidente inicial.

Se queja luego, de que no se determinó en forma exacta la manera como llegó a los autos el cuchillo con el cual se hiriera de muerte a Jorge Enrique Villalba, ni se ordenó un examen por el Laboratorio de Medicina Legal para determinar si era cierto que el arma presentaba huellas de sangre como lo sostiene el informe de las autoridades de Policía. Agrega que según versión de los sentenciados, fué la testigo Diana Lozano la que facilitó el cuchillo a su compañero para que con dicha arma agrediera a los Ruiz, pero que nada se hizo en la investigación para establecer la veracidad de esta afirmación.

Censura más adelante que se hubiese decretado la práctica de una Inspección Judicial para determinar el sitio exacto de los hechos, pues existe disparidad entre los distintos deponentes, ni las condiciones de visibilidad, ni la trayectoria de las heridas ni la posición de los contrincantes, todo lo cual había podido determinar con precisión si la herida mortal pudo haber sido causada por el entenciado José Vicente Ruiz.

Se queja finalmente que no se ordenó un reconocimiento médico legal para determinar si José Vicente Ruiz fué herido en la contienda, ni se realizó un exámen sobre alcoholemia a fin de determinar su estado de embriaguez,

ni tampoco se práctico prueba alguna para determinar si entre el occiso Villalba y el menor de los Ruiz Rodríguez, existían antecedentes que pudieran constituir el móvil de la tragedia.

Concluye el impugnante afirmando que con las omisiones que ha puesto de presente, ha quedado plenamente demostrado que no se cumplió por el juzgador con los mandatos constitucionales y legales que ha debido observar en guarda de la garantía fundamental del debido proceso, y que dichas irregularidades incidieron de manera determinante en el sentido de la sentencia.

Pide que se case el fallo impugnado y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación.

Concepto de la Procuraduría.

Para refutar los reproches contenidos en la anterior demanda, expresa la Delegada que conforme al principio de investigación integral, es verdad que los jueces tienen la obligación de buscar la verdad real del proceso, investigando no sólo lo desfavorable, sino también lo favorable al acusado. Pero advierte que él no se vulnera, cuando se trata de pruebas cuya práctica es imposible, o que no son necesarias para los fines de la investigación.

Por eso, sostiene que en el caso de autos no se puede pedir imposibles como es solicitar las declaraciones de personas no identificadas, cuando se carece de los mínimos datos para individualizar o determinar su sitio de residencia. Y que en relación con aquellas personas cuyo nombre se conoce, el demandante incumple con exigencias propias de este recurso, cuando se limita a enunciar pruebas que no fueron practicadas, sin demostrar su incidencia en el fallo atacado o que tenían por su contenido la capacidad de modificar la situación jurídica del procesado.

Tampoco puede criticarse al Juzgador por no escuchar la versión de Gildardo Cano, cuando hay constancia de que fué citado en diversas ocasiones sin que compareciera a rendir su testimonio.

Agrega la Delegada, que inútil resulta al libelista traer una serie de diligencias, como la Inspección Judicial, "...respecto de las cuales no se evidencia que tengan la virtualidad de modificar la situación jurídica de José Vicente, como el no verificarse, si el cuchillo decomisado se aportó al

proceso, o que no se ratificara el informe del Agente que decomisó el cuchillo, o que éste se enviara a Medicina Legal y cotejar las muestras de sangre con las del occiso... Así las cosas, no alcanza siquiera el grado de irregularidad la no práctica de una diligencia, cuando de ella no se desprende su trascendencia en el proceso, y menos aún motivo de nulidad como lo solicita el demandante...".

Pasa a referirse finalmente a la prueba de alcoholemia que en concepto del recurrente ha debido practicarse al acusado, para relievar que los hechos ocurrieron el 17 de noviembre y el procesado sólo fué puesto a disposición del funcionario Instrucctor dos días después cuando ya ningún resultado podía ofrecer la aludida diligencia.

Concluye su meritorio concepto sugiriendo a la Corte no casar la sentencia, porque de lo expresado por el demandante no se puede afirmar que se haya quebrantado el principio de la investigación integral ni menos el derecho de defensa.

Consideraciones de la Corte

Demanda presentada a nombre del sentenciado Luis Germán Ruiz Rodríguez.

Se recordará que el primer cargo que se presenta contra la sentencia, lo formula el demandante diciendo que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, lo cual constituye causal de nulidad pues no está el juzgador en relación con este acusado en presencia de un delito de Homicidio, sino de lesiones personales. Considera el casacionista en su libelo que el único autor de la muerte de Jorge Alirio Villalba, fué José Vicente Ruiz Rodríguez, sin que la participación en el hecho de Germán pueda comprometer a éste, como coautor o cómplice del relato investigado.

Ya del tema trató la sentencia de segundo grado que se ocupó de analizar la prueba de autos, para concluir que la calificación jurídica adecuada a los hechos materia del proceso en cuanto a los sentenciados, los hermanos Ruiz Rodríguez concierne, es la adecuada, al considerarlos coautores del homicidio perpetrado en Jorge Alirio Villalba. Y a propósito de la acusación extraordinaria ante la Corte, el Procurador examina de nuevo el contenido probatorio del proceso para sostener la inexistencia del error jurídico invocado, afirmando que Germán Ruiz, si bien no ocasionó la herida de

naturaleza esencialmente mortal, sí intervino materialmente y tuvo un compromiso con el resultado finalmente logrado.

Para la Sala, asiste razón al señor Procurador en la anterior apreciación.

El fenómeno jurídico de la copartición criminal entendida como la realización conjunta de un hecho punible, comprende la intervención de diversas personas, ya como autores, coautores, cómplices o determinadores, siendo autor material la persona que realiza la conducta típica descrita en el verbo rector como delito.

Para determinar quién es coautor, diversas teorías han sido planteadas en el campo doctrinario, resaltando por su importancia entre otras, la del CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR, según la cual, cada partícipe responde exclusivamente por la actividad desarrollada en el ilícito y por su culpabilidad. LA TEORIA FORMAL OBJETIVA, que sólo tiene por autor al sujeto que ejecuta la acción expresada en el verbo típico. Para los seguidores de la TEORIA SUBJETIVA, la diferenciación del autor respecto de los otros partícipes sólo podrá surgir de la actitud subjetiva de cada uno de los que tomaron parte en el hecho respecto del resultado. Y la TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO, sostenida entre otros por Welzel y Jiménez de Asúa, para quienes el dominio del hecho lo tienen quienes concretamente dirigen con voluntad y acción la totalidad del suceso hacia un fin determinado. Según Welzel, "tiene el dominio del hecho el que en base a su decisión de voluntad lo realiza finalmente".

La Corte Suprema de Justicia interpretando el precepto contenido en el art. 23 del C. P. ha sostenido que "...Son coautores aquellos autores materiales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad, idéntica conducta típica... ora porque realizan una misma y compleja operación delictiva con división del trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común..." (Cas. septiembre 9/80. M. P. Alfonso Reyes Echandía).

Armonizando la jurisprudencia y la doctrina y el precepto legal, se puede afirmar que son coautores todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho, ejecutando la parte que les corresponde en la división del trabajo para obtener el resultado criminal, o sea que mancomunadamente ejecutan el hecho punible.

En este orden de ideas, bien puede afirmarse que la intervención que en los hechos investigados tuvo Germán Ruiz lo compromete penalmente como coautor en la muerte de Jorge Alirio Villalba. De la prueba analizada por los juzgadores se deduce que los hermanos José Vicente y Germán Ruiz, salieron del establecimiento donde consumían bebidas embriagantes, en actitud beligerante y de franco desafío hacia Jorge Alirio Villalba, a quien agredieron con clara intención homicida, inicialmente con picos de botella ocasionándole quince heridas, hasta el momento en que José Vicente en el curso de la contienda empleó el cuchillo, causando la lesión que en definitiva llevó a la muerte al agredido Villalba. Es verdad como lo anota el casacionista que Germán no ocasionó la herida mortal, pero no es menos cierto que participó en el hecho con voluntad y acción, empleando un arma que en determinado momento puede ser idónea para ocasionar la muerte, si se vulnera partes vitales del organismo como el cuello de la víctima. Recuerdese, que el propio Germán tuvo que ser recluído de urgencia en un centro hospitalario gravemente herido con arma similar y ante lesión que en el cuello le ocasionara Villalba con idéntico instrumento cuando trataba de defenderse de la agresión de los hermanos Ruiz Rodríguez. La acción típica se realizó conjuntamente como lo entendieron los falladores de instancia y lo reafirma el señor Procurador Delegado y es indudable que la intensidad de la voluntad y la magnitud del aporte al hecho comprometen penalmente como coautor a Germán Ruiz en el resultado querido y finalmente obtenido por el trabajo conjunto de los dos hermanos procesados, siendo indiferente cuál de los dos a quienes animaba el mismo propósito, fué el autor de la lesión mortal. No existiendo el error manifiesto y evidente en la calificación jurídica que pregona el casacionista, el cargo no puede prosperar.

El segundo reproche por violación indirecta de la ley sustancial, lo fundamenta el casacionista en idéntico motivo aunque se invoca por causal diferente. Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en su sentencia en un error de hecho, al no apreciar en su verdadero contenido el principal testimonio de cargo proveniente de la versión juramentada que ante la justicia diera Diana Lozano Lozano, compañera del occiso. Expresa el actor, que esta declarante acusa únicamente a José Vicente Ruiz como autor de la herida de naturaleza mortal que recibiera el hoy occiso, que en estas condiciones Germán Ruiz no es coautor del homicidio y la sentencia debe ser casada para que se absuelva al acusado.

No obstante que este cargo es excluyente en relación con el anterior, la Sala lo considera por haber sido planteado por separado y porque un cargo de nulidad debe despacharse con prevalencia, como en efecto se hizo.

Debe anotar la Sala, que en ningún momento el Tribunal afirmó en su sentencia que Germán fuera el autor de la lesión ocasionada con el cuchillo, herida que se imputa de manera exclusiva a José Vicente Ruiz. Por ello el testimonio de Diana Lozano, no fué tergiversado ni apreciado por fuera de su verdadero contexto, siendo en consecuencia el cargo carente de fundamento. En relación con el aspecto de fondo, la Sala se remite a las consideraciones expuestas con anterioridad, suficientes para responder a las inquietudes del casacionista. No prospera la demanda.

Segunda demanda, presentada a nombre del sentenciado José Vicente Ruiz

Al amparo de la causal tercera de nulidad, se hacen varios reproches a la sentencia, que en concepto del casacionista invalidan todo el proceso, ya del C. de P. P. que alude al principio de la investigación integral, según el cual los jueces tienen la obligación de realizar una investigación que comprenda tanto lo favorable como lo desfavorable al acusado. Que al no cumplirse con este deber se quebrantó el debido proceso, incurriéndose en una de las causales de nulidad establecidas en nuestro C. de P. Penal.

Sostiene el recurrente, que se dejaron de recepcionar por los investigadores numerosos elementos de convicción, como el testimonio de Alfonso Villalba Corredor, hermano de la víctima, de Walter Alexander Rincón y de William Ruiz Rodríguez, hermano de los sentenciados, así como de las numerosas personas que, según se dice, presenciaron los hechos.

Como lo anota el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el cargo carece de fundamento, porque el actor "...se limita a enunciar pruebas que no fueron practicadas sin demostrar su incidencia en el fallo atacado, es decir, que de haberse evacuado tenían por su contenido la capacidad de modificar la situación jurídica del procesado, y por tanto su solo enunciado no constituye razón suficiente para afirmar que se vulneró el derecho de defensa".

A la razón que asiste a la Delegada en el concepto anterior agréguese que si buen número de estos testimonios no fueron recibidos, ello obedeció no a innercia del investigador, sino a que declarantes como Alonso Villalba y Walter Alexander Rincón, no fueron localizados para ser oídos por el Instructor, pese a los esfuerzos realizados al efecto. Difícil resultaba por otra

parte al juzgador, citar a declarar a personas deconocidas, pues si bien Diana Lozano afirmó que en el lugar de los hechos otras personas pudieron observar los acontecimientos, no brindó nombres o dato alguno que permitiera identificar a estos declarantes haciendo por tanto prácticamente imposible la recepción de la prueba; sólo se omitió escuchar la versión de William Ruiz Rodríguez, hermano menor de los sentenciados, cuyo testimonio de acuerdo a las motivaciones de la sentencia, no era fundamental para modificar la verdad establecida en el proceso y cuya versión llegó a los autos por los informes de las autoridades de Policía que se hicieron presentes en el lugar de los hechos. En estas condiciones, del alegado yerro de procedimiento, no se desprende violación del derecho de defensa, ni se infiere daño a las bases mismas del juzgamiento.

Se queja igualmente el recurrente de que no se ratificó el informe del Agente de Policía que decomisó el cuchillo, ni se realizaron las pruebas de laboratorio para verificar si las huellas de sangre que el arma presentaba, correspondían a la sangre de la víctima. Aduce además como grave omisión, el no haberse decretado la práctica de una diligencia de Inspección Judicial que hubiera servido para determinar las condiciones de visibilidad.

A estas presuntas irregularidades, contesta con acierto y claridad la Procuraduría Delegada cuando advierte que inútil resulta al libelista quejarse de la omisión "...de una serie de diligencias respecto de las cuales no se evidencia que tengan la virtualidad de modificar la situación jurídica de José Vicente... dado que en el plenario existen otros elementos probatorios suficientes para mantener el carácter condenatorio de la sentencia y que no abordó el libelista como era su deber..." y agrega: "...Así las cosas, no alcanza siquiera el grado de irregularidad, la falta de practicar una diligencia, cuando de ella no se desprende su trascendencia en el proceso y menos aún, motivo de nulidad como lo solicita el impugnante..."

Finalmente, agréguese a lo expuesto, que de acuerdo al art. 308 del C. de P. P., quien alegue la nulidad debe demostrar no sólo que la irregularidad es sustancial, sino además que "...ésta afecta garantías de los sujetos procesales, porque desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento..." cometido con el que no cumple el demandante al formular sus reproches. Los cargos no prosperan.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION PENAL, en total acuerdo con el señor Procurador Tercero

Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida a nombre de los procesados Luis Germán y José Vicente Ruiz Rodríguez.

Cópiese, Cúmplase y Devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CONCUSION / EMPLEADO OFICIAL / CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

La disposición sustantiva que tipifica el pumible de concusión determina, para su estructura, que el empleado oficial realice actos de constreñimiento sobre la víctima, conducta que se traduce en manifestaciones que generan temor, intimidación o amenaza, de tal manera que vence su libertad de determinación. Así, el exaccionado, dá o promete lo que le pide el abusivo funcionario, por la influencia sicológica que ejerce el *"metu publicae potestatis"*.

El empleado oficial, por el solo hecho de serlo, adquiere cierta representación ante los particulares, y más elevados serán sus perfiles si se trata de un administrador de justicia, dada la dignidad y las facultades que le son concebidas. Por eso, cuando un Juez incurre en punible de esta naturaleza, aparte de que despierta un sentimiento de irritación y de protesta, también cultiva en la opinión pública la creencia de que la justicia está dispuesta para la intriga y el favoritismo, todo lo cual es causa de inseguridad, alarma y zozobra en la sociedad.

Siendo tales las repercuciones que esta infracción genera, su represión no puede ser mirada con indiferencia, para que al momento de su sanción se aplique una condigna pena.

Circunstancias genéricas de este tipo, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte y buena parte de la doctrina, por ser criterios inherentes al proceso de dosificación de penas o, como dice el artículo 61 del C. P. "criterios para fijar la pena", no requieren de su señalamiento expreso en la resolución acusatoria porque "son un conjunto heterogéneo de fenómenos que en nada modifican la estructura del delito, que no alteran en absoluto el juicio de responsabilidad emitido por el Juez, que no reflejan el modo de ser de la persona del delincuente, y que solo adquieren valor jurídico en el momento de concretar la pena imponible" (La Punibilidad. - Reyes Echandía, Alfonso - Univ. Ext. de Col. 1978, págs. 146 y 152).

En tratándose de un juez de la República se impone aplicar con más drasticidad la sanción a que se ha hecho acreedor porque si bien "todos los delitos contra la administración pública tienen como características común constituir violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamadas funcionarios públicos o empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad ya que unos la tienen mayor que otros", y, además, no afecta el "nos bis in idem" la deducción de esta circunstancia genérica que se le endilgó en primera imstancia.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia,*
Aprobado Acta No. 47 - IV - 4 - 1995

Vistos

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del imputado, contra la sentencia de fecha 28 de septiembre del año pasado, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio condenó al doctor CARLOS EMILIO ROMERO GOMEZ a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y al pago de los daños causados con el punible, declarando que no era acreedor al subrogado penal de la condena de ejecución condicional, por hallarlo responsable del delito de Concusión, cometido cuando se desempeña como Juez Tercero Civil Municipal de esa ciudad.

Hechos y actuación procesal

Los hechos que originaron la formación de este proceso se contraen, según la denuncia formulada por el ciudadano ORLANDO VARGAS SALAZAR ante el Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio (M) el 17 de octubre de 1991, a que en su calidad de Juez Tercero Civil Municipal el doctor CARLOS EMILIO ROMERO GOMEZ, quien había sido comisionado para llevar a cabo la diligencia de entrega del predio "El Encanto", localizado en la Inspección Departamental de Puerto Colombia, jurisdicción de Villavicencio, le pidió la suma de seis millones ($6.000.000,00) de pesos para no hacer entrega igualmente de la cosecha de

arroz sembrada en el predio, sobre la cual tenía él alguna responsabilidad ante quienes tenían derecho a recogerla, por haber sido el arrendador, suma de la cual alcanzó a darle tres millones y medio ($3.500.000,00) de pesos.

Por los hechos anteriores, la Sala Penal del Tribunal Superior dispuso la apertura de investigación sumarial, oyó en indagatoria al acusado y posteriormente calificó el mérito probatorio (fl. 535) dictando en su contra resolución de acusación, la cual cobró ejecutoria.

En el momento procesal se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública, dentro de la cual se recepcionaron los testimonios de GILBERTO ANTONIO BONNA (FL. 711) y del doctor LUIS ENRIQUE RESTREPO MENDEZ (fl. 714), poniéndose fin a la instancia con el pronunciamiento del fallo concebido en los términos indicados al comienzo.

Fundamentos de la Sentencia

El Tribunal *a-quo* luego del detenido estudio que hizo del informativo encontró que la prueba recaudada seriamente corroboraba los hechos contenidos en la denuncia formulada por ORLANDO VARGAS SALAZAR, pues era demostrativa de que efectivamente éste había estado en varias oportunidades en la residencia del ex-juez acusado, llevándole dinero en la forma acordada para evitar que a tiempo de la entrega del predio hiciera lo propio con la cosecha de arroz, dinero que, incluso, estuvo representado en un cheque por la suma de quinientos mil ($ 500.000,00) pesos que el ex-funcionario no pudo negar que recibió, pero aludiendo a que se trataba de un préstamo que VARGAS SALAZAR le había hecho en circunstancias que fueron procesalmente desvirtuadas.

Encontró el Tribunal que esta conducta era tipificadora del punible de Concusión previsto en el artículo 140 del C. P. en consideración a que, con abuso de la función judicial de que estaba revestido en la diligencia de entrega del predio para la cual estaba comisionado, creó temores de que igualmente iba a afectar con la entrega la cosecha de arroz en la cual los arrendatarios habían hecho considerables inversiones, lo que llevó a ORLANDO VARGAS, el arrendador, a aceptar entregar la suma que le fue señalada para que esa entrega no se produjera.

Además de encontrar la prueba que le permitió deducir la responsabilidad penal del ex-juez, el Tribunal fallador hace especiales reflexiones sobre las circunstancias en que el hecho se perpetró para arribar a la conclusión de que no es beneficiario de la condena de ejecución condicional.

Razones de la Apelación

Al sustentar en esta instancia el recurso de apelación, adujo la defensa, luego de enseñar que los principios de la lógica no fueron aquí aplicados, que los presupuestos exigidos por el artículo 247 del C. de P. P., no se encuentran cumplidos en el proceso, toda vez que el elemento objetivo del delito no se comprobó, pues nada hay que indique que hubo constreñimiento o inducción sobre alguien por parte del Juez para dar dinero o cualquiera otra utilidad, atribuyendo los cargos que se le imputan a un montaje ideado con el único fin de desprestigiar al incriminado.

Acepta que el denunciante estuvo en la casa del doctor CARLOS EMILIO ROMERO GOMEZ y admite que recibió de aquel un cheque por la suma de quinientos mil pesos, resultante no de un compromiso funcional ilícito aseverado por personas que tienen interés en faltar a la verdad, sino por un préstamo que espontáneamente le hizo al enterarse, en una de sus visitas, que debía cubrir una deuda, hecho constatado por varias personas que depusieron en el proceso. En cuanto a otras cantidades que se afirma fueron entregadas al ex-juez, señala que aunque algunas personas hablan sobre su existencia contradictoriamente, nada hay que demuestre que efectivamente él las recibió.

Considera que, en esas condiciones, no hay prueba válida que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del procesado, motivo por el cual solicita que se revoque la sentencia de condena.

Consideraciones de la Corte

De conformidad con el artículo 247 del C. de P. P., para proferir sentencia condenatoria contra el procesado se exige que obre dentro del proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de su responsabilidad.

La Corte ha examinado prolijamente los medios de persuasión allegados al proceso y ha llegado a la convicción de que efectivamente CARLOS EMILIO ROMERO GOMEZ, a la sazón Juez Tercero Civil Municipal de Villavicencio, condición acreditada en autos, aparece como sujeto activo de una conducta típica, antijurídica y culpable, a título de dolo, que específicamente se catalogó como Concusión, reprimida por el artículo 140 del C. P. con pena de prisión de 2 a 6 años, y que por ende obró con acierto el Tribunal de instancia al dictar el fallo imponiendo la pena conforme a esa responsabilidad.

Ese estado de certidumbre deviene de las afirmaciones del denunciante ORLANDO VARGAS SALAZAR, quien en sus diferentes intervenciones

ha sostenido que el doctor ROMERO GOMEZ prevalido de que había sido comisionado para la entrega de la finca "El Encanto", le pidió la suma de seis millones de pesos para permitir que sus arrendatarios recogieran la cosecha, viéndose así obligado a dar parte de ese dinero para evitar un perjuicio mayor, puesto que éstos, por ser él el arrendador, lo responsabilizaban de cualquier pérdida que fueran a tener dada la millonaria inversión que hicieron para lograr los frutos de la tierra.

Aparte de que la Corte no encuentra ninguna razón que llevara al denunciante a extraviar el camino de la verdad formulándole al doctor ROMERO GOMEZ cargos inexistentes, y menos cuando resulta que la denuncia fue instaurada, no por iniciativa primera de aquel, sino porque en alguna reunión llevada a cabo en el Tribunal de Villavicencio se trajo a relación el desafortunado proceder del ex-juez en este caso y le obligó a cumplir con el deber ciudadano, la misma evidencia probatoria se encarga de respaldar, in integrum, sus asertos.

Véase, en primer término, que en la diligencia de continuación de la entrega (fl. 45) concurrieron LUIS FERNANDO GIRALDO y PEDRO NEL RAMOS RAMIREZ, asistidos de apoderado, para hacer valer los derechos que tenían como arrendatarios de 300 hectáreas de la finca "El Encanto", con la única pretensión de que se les permitiera recoger la cosecha, solicitud que el Juez anunció que resolvería al reanudar de nuevo la diligencia el 29 de agosto de 1991. Llegado este día, de cara a la petición en mención, tras algunas consideraciones en torno a las normas en que se fundó, sutilmente la halló sin asidero (ver folios 65 y 66).

Fue precisamente esta conducta del funcionario la que infundo temores al denunciante y a los arrendatarios (ver declaración de LUIS FERNANDO GIRALDO HERRAN fl. 385) pues presagiaban el desconocimiento de sus derechos y de contera la pérdida de la cosecha, de valor superior, al decir de algunos en estas diligencias, al de la finca misma en conflicto. De ahí que buscaran contactar al Juez en cuyas manos se encontraba la decisión final, lo que efectivamente hizo el denunciante en la residencia de aquél, llegándose al acuerdo remuneratorio para permitir que se recogieran los frutos por parte de los arrendatarios.

Estas afirmaciones no pudieron ser resultado de la invención del denunciante y de quienes testimonialmente lo corroboran (OMAR VARGAS SALAZAR, fl. 231, JESUS ALFONSO TOVAR, fol. 467, entre otros), pues en la continuación de la diligencia de entrega del día 9 de septiembre de 1991, cambió radicalmente el ex-juez su actitud para finalmente resolver:

"...de oficio y teniendo como fundamento una buena fe de los arrendatarios, la cual no ha sido desvirtuada y el Despacho ha adquirido convicción

sobre ella dentro del curso de la diligencia y evitando propiciar un enriquecimiento sin justa causa por parte de la demandante en el lanzamiento con sus funestas consecuencias jurídicas el Despacho decide proceder a hacer entrega real y material de los lotes de terreno no entregados de acuerdo con lo ya decidido imponiéndole la obligación clara y expresa a la demandante quien recibe los predios de permitir la recolección y sacada de la cosecha (sic) de los predios a los señores arrendatarios LUIS FERNANDO GIRALDO HERRAN y PEDRO NEL RAMOS RAMIREZ sembrada por ellos..." (fl. 85).

Este sorpresivo giro a una decisión que calificó en principio de madura, lógicamente sólo puede ser explicable merced al compromiso que en tal sentido adquirió en ese interregno con el denunciante, a instancias del cual hubo de ingresar a su patrimonio económico realmente tres millones y medio de pesos, que incluían un cheque por quinientos mil pesos, de los seis millones que había pedido.

Sobre este preciso particular debe la Corporación relievar que ningún Juez que tenga a su cargo la determinación de un asunto, recibe complacientes visitas en su casa de habitación de las personas involucradas en el mismo, pues con ellas razonablemente podría dar pábulo a un principio de traición a la justicia por el interés que lo puede mover al permitirlas. Algo más ocurrió en este evento, ya que el ex-funcionario procesado, con el anuncio de que los arrendatarios carecían del derecho pretendido sugestivamente provocó ser abordado en su residencia o fuera de ella por los interesados, en la seguridad de que obtendría algún beneficio, como efectivamente lo logró, según lo ya discurrido.

Fácil le resultó negar al imputado el recibo de la suma de tres millones de pesos en efectivo, cantidad que en autos se comprobó consiguió prestada el denunciante y parte de la cual entregó al ex-juez en la residencia de éste acompañado de su hermano OMAR SALAZAR VARGAS. Más igual actitud no podía asumir con relación al cheque por quinientos mil pesos, girado contra la cuenta corriente de Alberto Calpa como medio de pago de algún servicio prestado por ORLANDO VARGAS, el cual, por fuerza de las circunstancias, el procesado admitió que había recibido del denunciante, narrando pormenores, en justificación de ese hecho, que francamente riñen con la lógica y el sentido común, y que ofenden la inteligencia de los encargados de administrar justicia en este juzgamiento.

Pretender hacer creer que la cantidad representada en dicho cheque le fue dada en calidad de préstamo por el denunciante, en alguna de sus visitas, al ex-juez, porque se le estaba reclamando la satisfacción de una deuda, carece

de soporte en el normal discurrir de las cosas, así en su apoyo acudan su cónyuge, que fue quien según su dicho - de viva voz hizo partícipe al visitante de sus quebrantos económicos induciéndolo a que en un acto extremo de liberalidad ofreciera el cheque para sacarlo airoso de la situación, y una vecina, MARIA MERCEDES GIRALDO DE CORREA (fl. 450), quien, con dudas, confirma lo del préstamo. Es tan cierto lo dicho por el denunciante sobre la real razón de la entrega al ex-Juez del precitado cheque, que éste lo hizo efectivo a través de interpuestas personas para que no quedara vestigio de quien era el verdadero destinatario del dinero. Y tan inveraz es la afirmación del procesado sobre el manido préstamo que, a pesar de ser el denunciante un desconocido, no intentó en forma alguna garantizarle la devolución de su dinero, como era costumbre suya hacerlo en casos semejantes y ni siquiera indagó sobre las circunstancias en que debía ser restituido.

Sobre este punto, la defensa presenta una situación inconciliable con el mismo argumento exculpativo del acusado, pues si parte del principio de que todo ha sido fruto de un montaje para desprestigiar al ex-juez, ello supondría que en la visita que el concusionado hizo ya había adivinado que la esposa de aquel iba a hacer el comentario de que el supuesto acreedor había reclamado el pago de la deuda, dando así lugar para que el denunciante exhibiera el cheque que había preparado para la ocasión y generosamente ofrecérselo como medio para salir del impasse, situación que por entrar en pugna con la razón y las reglas de la experiencia, resulta increíble.

La disposición sustantiva que tipifica el punible de concusión determina, para su estructura, que el empleado oficial realice actos de constreñimiento sobre la víctima, conducta que se traduce en manifestaciones que generan temor, intimidación o amenaza, de tal manera que vence su libertad de determinación. Así, el exaccionado, da o promete lo que le pide el abusivo funcionario, por la influencia sicológica que ejerce el *"metu publicae potestatis"*.

En nuestro caso, el ex-juez acusado no hizo amenaza directa, pero sí infundió temor de que su resolución iba a afectar neurálgicos derechos involucrados en la diligencia que estaba adelantando. Cierto es, también, que no buscó a los interesados que tenían comprometidos sus derechos para hacerles exigencias a cambio de su decisión, pero también es exacto que dejó la puerta abierta para que ellos acudieran a él en busca de ese resultado dando por supuesto que recibiría ofertas, lo cual, para la configuración de la concusión, comporta lo mismo.

Bastante y convincentes razones tuvo entonces el Tribunal fallador para llegar a la conclusión de que el ex-juez CARLOS EMILIO ROMERO

GOMEZ fue sujeto agente del delito contra la administración pública examinado.

Ahora, el empleado oficial, por el sólo hecho de serlo, adquiere cierta representación ante los particulares, y más elevados serán sus perfiles si se trata de un administrador de justicia, dada la dignidad y las facultades que le son concedidas. Por eso, cuando un Juez incurre en punible de esta naturaleza, aparte de que despierta un sentimiento de irritación y de protesta, también cultiva en la opinión pública la creencia de que la justicia está dispuesta para la intriga y el favoritismo, todo lo cual es causa de inseguridad, alarma y zozobra en la sociedad.

Siendo tales la repercusiones que esta infracción genera, su represión no puede ser mirada con indiferencia, para que al momento de su sanción se aplique la condigna pena. Para la Corte, obró bien el Tribunal de instancia al deducir como pena principal 40 meses de prisión en consideración a la circunstancia genérica de agravación del numeral 11 del artículo 66 del C.P. la cual, pese a no haberse indicado con señalamiento de norma en el pliego de cargos, es deducible en el fallo, sin que ello constituya afectación al derecho de defensa. En efecto, la resolución acusatoria sí la tuvo en cuenta cuando afirmó: "Revelan los autos las condiciones en que se cometió el hecho punible denunciado, cuando un representante de la administración de justicia, sin el menor recato y respeto a esta institución, dejando de lado su verdadera misión dotada de imparcialidad, rectitud y ánimo desprevenido, dio prelación a sus intereses personales, en el más absoluto desprecio por su digna función, como prenda de garantía ante la sociedad, para saciar sus apetencias lucrativas, feriando sus facultades y por razón de su cargo de Juez al mejor precio por sus decisiones judiciales, haciendo gala de la autoridad que él representaba para influir en el ánimo del afectado,...." (fol. 366 C. Trib. -subraya la Corte); y, demás, porque circunstancias genéricas de este tipo, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte y buena parte de la doctrina, por ser criterios inherentes al proceso de dosificación de penas o, como dice el artículo 61 del C.P "Criterios para fijar la pena", no requieren de su señalamiento expreso en la resolución acusatoria porque "son un conjunto heterogéneo de fenómenos que en nada modifican la estructura del delito, que no alteran en absoluto el juicio de responsabilidad emitido por el Juez, que no reflejan el modo de ser de la persona del delincuente, y que sólo adquieren valor jurídico en el momento de concretar la cantidad de pena imponible" (La Punibilidad.- Reyes Echandía, Alfonso- Univ. Ext. de Col. 1978, Págs. 146 y 152).

Y esta Sala, en el mismo sentido, ha dicho: "De todas las circunstancias referidas en el artículo 66 del C.P. hay algunas que la doctrina y la

jurisprudencia han denominado "objetivas", esto es, evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso, y con base en ello se ha sostenido que no requieren de su mención expresa como agravante en la respectiva resolución acusatoria ni constituye violación al derecho de defensa su deducción debidamente fundamentada en la respectiva sentencia por la razones que destaca precisamente el señor Procurador, pues nadie puede sentirse afectado en sus derechos si en la sentencia se le agrava la pena por haber actuado, por ejemplo, "con la complicidad de otro", o "de noche", etc. si en la resolución acusatoria al narrar los hechos se mencionaron dichas circunstancias, así no se hubiesen considerado expresamente como agravación genérica de la conducta ni mencionado las normas que las contienen; y no puede ser de recibo ciertamente sostener, en tal evento, que el pliego de cargos no las contiene". (Sent. nov. 9/94 M.P. Dídimo Páez Velandia).

De otra parte, como bien lo destacó el fallo de primera instancia con apoyo en reiterada jurisprudencia de esta Sala, en tratándose de un Juez de la República se impone aplicar con más drasticidad la sanción a que se ha hecho acreedor porque si bien "todos los delitos contra la administración pública tienen como característica común constituir violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamadas funcionarios públicos o empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad ya que unos la tienen mayor que otros", y, además, no afecta el "non bis in idem" la deducción de esta circunstancia genérica que se le endilgó en primera instancia.

En firme la decisión, hágase efectiva la orden de captura impartida.

En mérito de lo expuesto. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

CONFIRMAR, en su integridad, la sentencia condenatoria apelada, impuesta al doctor CARLOS EMILIO ROMERO GOMEZ, en su calidad de ex-juez Tercero Civil Municipal de Villavicencio, por el delito de concusión.

En firme, devuélvase al Tribunal de Origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete, Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejia Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedrar Rojas, Jorge Enrique Valencia M. (Salvamento Parcial de Voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA
(Salvamento Parcial de Voto)

Se viola el derecho de defensa cuando se deducen al procesado circunstancias genéricas de agravación punitiva en la mismísima sentencia y no en la resolución de acusación cuando el acusado no tiene ya oportunidad ni manera de controvertirlas.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Conforme estoy con la sentencia de condena. Pero con recio acento sigo sosteniendo que se viola el derecho de defensa cuando se deducen al procesado circunstancias genéricas de agravación punitiva en la mismísima sentencia y no en la resolución de acusación cuando el acusado no tiene ya oportunidad ni manera de controvertirlas. Que fue lo ocurrido en el acto sub examen. Actuando, ex officio, la Sala ha debido corregir el desaguisado. Y como no pienso cambiar de opinión solo porque la mayoría de la Sala le da firmeza a la tesis contraria, seguirán mis planteos fatigando, entonces, a la Corte. Lo cual es ya decir mucho.

Ahora bien: La otra afirmación de que la circunstancia aquí deducida (ord. 11 del artículo 66 del C.P.) no afecta el principio del *"non bis in ídem"* es criterio cuya validez está por verse. En mi sentir -y repito lo que he dicho en otras ocasiones-

> "la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del non bis in ídem. Cuando un elemento que caracteriza la acción punible se aprecia coetáneamente como agravante en la sentencia, debe destacarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición". Uno de los presupuestos típicos del delito de prevaricato por acción es que el sujeto activo sea calificado. Mal puede, entonces, jugar esta misma característica como presupuesto de una circunstancia genérica de agravación. Como la sentencia de segunda instancia - con la cual me identifico en lo demás- insinúa

dicho criterio cumplo con mi deber de manifestar mi disentimiento en esta materia".

Digo más: Como no soy capaz de desentrañar las ideas en forma diferente a las aquí indicadas creo mi deber disentir del concepto mayoritario. En esto de opiniones y creencias sea cada cual como es.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

Fecha ut supra

IMPEDIMENTO / ACREEDOR

La condición en el juzgador de acreedor o deudor frente a alguna de las partes, alude a una situación personalísima de relación entre ellas, generada en las espaciales consideraciones y circunstancias que llevaron al uno a ser acreedor o deudor del otro.

Y sea vinculación *"intuitu personae"* no se da, por regla general, en tratándose de la financiación que ofrece un centro educativo a sus alumnos para la cancelación de la matrícula en cualquiera de sus cursos. Tal facilidad constituye un servicio abierto a una gama amplia de usuarios, ofrecida en condiciones de tipo general, y que no ata afectivamente o de manera especial al deudor con su acreedor, como para que se sienta ineludiblemente inclinado su ánimo a beneficiarlo, de tal forma que se comprometa su independencia o imparcialidad frente a la decisión.

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

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

Aprobado Acta No. 48 (05 - 04 - 95)

Vistos

De plano se decidirá sobre el impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Rodrigo Jabba Navarro, el cual fuera rechazado por los otros dos integrantes de la Sala.

Antecedentes

Con base en la denuncia formulada por el ciudadano HUMBERTO ANTONIO CABRERA HERNANDEZ, el 15 de Enero de 1990, el Juzgado

12 de Instrucción Criminal de Barranquilla dictó auto cabeza de proceso por un delito contra la libertad de trabajo y asociación, disponiendo vincular mediante indagatoria a los sindicados RICARDO CALDERON CALDERON y FERMIN ZULBARAN BARRAZA, Jefe de Personal y Presidente del Consejo Directivo de la Universidad Libre, Seccional Atlántico, respectivamente.

Una vez producida la vinculación de los sindicados, el 24 de octubre de 1990 se ordenó unificar a este proceso la diligencias preliminares adelantadas por otro instructor con motivo de la denuncia que por hechos similares y contra las mismas personas formulara el ciudadano FREDY ROBERTO MADRID LOBO.

Luego de practicar algunas pruebas, el 3 de julio de 1991 se decretó el cierre de la investigación y por auto de 28 de febrero de 1992 se calificó la misma, disponiéndose su reapertura respecto de ambos sindicados y absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento.

La parte civil apeló dicha decisión, pero el Tribunal Superior de Barranquilla la confirmó mediante proveído de 19 de junio de 1992.

El 27 de agosto siguiente la Fiscalía Séptima de la Unidad Especializada Número 3 de Barranquilla asumió el conocimiento de la investigación y luego de practicar varias pruebas la cerró nuevamente calificándola por segunda oportunidad el 13 de febrero de 1993, profiriendo resolución acusatoria contra los dos sindicados por el delito de violación de los derechos de reunión y asociación.

Los defensores de ambos procesados apelaron la acusación, pero la Fiscalía de segunda Instancia la confirmó mediante proveído de 28 de marzo de 1994, en la que además les impuso medida de aseguramiento de conminación.

El conocimiento del juicio le correspondió al Juzgado Sétimo Penal del Circuito de Barranquilla, Despacho ante el cual los sujetos procesales formularon numerosas peticiones, entre ellas una de nulidad, las cuales fueron resueltas en auto de 23 de septiembre de 1994.

Contra el anterior proveído uno de los defensores y el apoderado de la parte civil, interpusieron sendos recursos de apelación, motivo por el cual las diligencias pasaron nuevamente al Tribunal pero en esta ocasión el Magis-

trado Ponente se declaró impedido para resolver la alzada invocando la causal segunda del artículo 103 del C. de P.P., modificado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993.

El doctor RODRIGO JABBA NAVARRO fundamenta su impedimento en el hecho de que actualmente le adeuda a la Universidad Libre del Atlántico parte del costo de un curso de post-grado que se encuentra realizando en esa Institución, la cual tiene interés en el resultado del proceso por ser precisamente contra dos funcionarios suyos que se adelanta el presente juicio, circunstancia que, además, la convierte en potencial sujeto procesal dado que puede ser vinculada al mismo como tercero civilmente responsable.

Los restantes integrantes de la Sala de Decisión rechazaron el impedimento en cuestión por considerar que no se cumple ninguna de las dos causales que en su criterio realmente adujo el Doctor JABBA, es decir, la primera y la segunda del artículo 103 del C. de P.P..

Respecto de la primera argumentan que hasta el momento no se ha manifestado cuál es el interés que pudiera tener alguna de las personas señaladas en esta causal, y si se trata exclusivamente del funcionario como se sugiere, tampoco se ha aclarado cuál sería en concreto su interés en el proceso, vale decir, si económico, intelectual, etc., que pudiera separarlo del interés general de administrar justicia.

Y frente a la segunda expresan que la "Universidad Libre-Seccional Atlántico" no ostenta actualmente la calidad de sujeto procesal y el hecho de que pueda llegar a serlo no autoriza al ponente desde ya para separarse del conocimiento del proceso.

Consideraciones de la Corte

Para empezar debe precisarse que no son dos causales distintas las que adujo el Magistrado Jabba Navarro para declararse impedido, como lo entendieron sus compañeros de Sala, sino una sola, la consignada en el numeral segundo del artículo 103 del C. de P.P., tal como lo indicó en su proveído de 15 de diciembre de 1994. Cosa distinta es que, con mayúsculo desacierto, hubiera asimilado la condición de sujeto procesal a la de parte interesada para los efectos de la causal segunda, pero sin que pudiera entenderse que estaba aduciendo también la causal primera, pues la simple

lectura de su argumentación no deja duda de que el motivo para separarse del conocimiento del proceso es solo uno: ser deudor de la mencionada Universidad.

Sentado lo anterior, salta a la vista que el motivo esgrimido por el Magistrado Ponente para declararse impedido carece de fundamento real y serio, por la sencilla razón de que la UNIVERSIDAD LIBRE-SECCIONAL ATLANTICO no se encuentra reconocida en este asunto como sujeto procesal, y aunque lo estuviera tampoco se configuraría la causal de impedimento invocada, puesto que según antigua doctrina de esta Corporación, la condición en el juzgador de acreedor o deudor frente a alguna de las partes, alude a una situación personalísima de relación entre ellas, generada en las especiales consideraciones y circunstancias que llevaron al uno a ser acreedor o deudor del otro.

Y esa vinculación *"intuitu personae"* no se da, por regla general, entratándose de la financiación que ofrece un centro educativo a sus alumnos para la cancelación de la matricula en cualquiera de sus cursos. Tal facilidad constituye un servicio abierto a una gama amplia de usuarios, ofrecida en condiciones de tipo general, y que no ata afectivamente o de manera especial al deudor con su acreedor, como para que se sienta ineludiblemente inclinado su ánimo a beneficiarlo, de tal forma que se comprometa su independencia o imparcialidad frente a la decisión. Su situación no es exclusiva ni de índole peculiar, sino similar a la de muchos otros, igualmente beneficiados con este tipo de financiación directa.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por el Doctor RODRIGO JABBA NAVARRO, MAGISTRADO DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA.

Comuníquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedrar Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DELITO POLITICO / INDULTO

La aplicación de los beneficios contenidos en la Ley 104 de 1993 para quienes hubieren sido condenados por hechos constitutivos de delitos políticos o hubieran formado parte de una organización guerrillera que hayan demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil, contiene en sí misma una serie de requisitos los cuales se encuentran claramente plasmados en los artículos 48, 56 y 60, de cuyo contenido se desprende en términos generales, que el indulto se puede conceder a:

Los nacionales colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con estos, cuando hayan demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

2o. Los nacionales colombianos que por fuera de las organizaciones guerrilleras de las cuales formen o hayan formado parte demuestren su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

3o. A quienes confiesen, hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de delitos políticos, se les podrá conceder la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria, de acuerdo al estado del respectivo proceso penal.

No procede la aplicación de estos beneficios cuando se trate de delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión o barbarie.

Tampoco comprenden la responsabilidad civil que los favorecidos tengan respecto de particulares.

La misma normatividad establece la necesidad de que su aplicación esté regida por los principios de proporcionalidad y

necesariedad y en el contenido de su alcance el intérprete debe ceñirse a su tenor literal sin que le sea dable utilizar facultades no conferidas expresamente, so pretexto de interpretar la voluntad del legislador.

Bajo los anteriores parámetros surge claro que la aplicación de los beneficios solo es posible si se trata de delitos políticos o conexos con estos, previo lógicamente, el cumplimiento del trámite formal que para el efecto se demanda.

Así entonces, débese concretar que delito político es aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de la instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso, considere más justos.

Por tanto, el motivo determinante de su realización ha de ser igualmente político.

Dentro de la órbita de los delitos que el legislador denomina políticos, el término combate hace alusión a la lucha armada que tienen los rebeldes o sediciosos contra las fuerzas leales al Estado.

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

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

Aprobado Acta No. 48 (05-04-95)

Vistos

Resuelve la Corte la impugnación propuesta por el defensor de los procesados BLADIMIR MEJIA HERNANDEZ y ARNULFO ALIRIO GARCIA MORALES contra la decisión del diecinueve (19) de enero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín negó la cesación de procedimiento que se había invocado con base en la Ley 104 de 1993.

Antecedentes

El día veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993) en las horas de la noche, a la altura de la calle 103 con carrera 45 del barrio Santa Cruz de la ciudad de Medellín, lugar en el que se jugaba un partido de micro fútbol, se encontraban, entre otros, Uberney Moreno, Carlos, y los hermanos Alexander y Wbeimar Henao Hernández. Al sitio llegaron dos jóvenes conocidos en la comuna como "Victorino" y "Caballo". Este se acercó a Wbeimar y le solicitó explicación sobre un comentario desfavorable acerca de su comportamiento y el de su compañero a lo cual contestó negativamente y de inmediato solicitó la presencia de la persona que daba cuenta de ese comentario, y luego, al quedar aparentemente satisfecha la explicación, se retiraron del sitio los recién llegados.

Momentos más tarde apareció en el lugar donde se jugaba el partido, "caballo" esta vez acompañado por un individuo apodado "cachupe" y un menor de aproximadamente 14 a 15 años de edad. "Cachupe" llamó a Wbeimar y como éste no fue hacia él, dio dos pasos hacia adelante le dijo qué pasa, y procedió de inmediato a sacar un revólver de su pantalón y lo disparó en su contra varias veces, ocasionando su deceso en forma inmediata. Hecho esto, su acompañante "Caballo" realizó varios disparos al aire con el fin de lograr su retirada.

Por los anteriores hechos y concluido el respectivo trámite procesal, el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín, en providencia de septiembre veintiséis de mil novecientos noventa y cuatro, condenó a ARNULFO ALIRIO GARCIA MORALES (alias Cachupe o perro sonso) y a Marco Aurelio Velásquez Giraldo (a. Victorino), a la pena principal de cuarenta (40) años y dos (2) meses de prisión como coautores del delito de homicidio en la persona de Wbeimar de Jesús Henao Hernández, en concurso con el Porte Ilegal de Armas. A BLADIMIR MEJIA HERNANDEZ (alias caballo) lo condenó a la pena principal de cuarenta (40) años y tres (3) meses de prisión como responsable del concurso de punibles de homicidio a los que hace referencia el proceso y la causa acumulada que venía tramitando el Juzgado Décimo séptimo Penal del Circuito de esa ciudad.

Contra la mencionada decisión los condenados y su defensores interpusieron recurso de apelación que al ser desatado por el Tribunal Superior de Medellín decidió revocar la condena impuesta a Marco Aurelio Velásquez (A. Victorino) y por tanto lo absolvió de los cargos de homicidio y porte ilegal de armas.

Así mismo, modificó la condena impuesta ARNULFO ALIRIO GARCIA MORALES (a. cachupe) a quien le impone como pena principal la de veinticinco (25) años de prisión por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, en tanto que a BLADIMIR MEJIA HERNANDEZ le fijó como pena privativa de la libertad la de veintiún años y un mes de prisión como autor del delito de homicidio voluntario y dos injustos de porte ilegal de arma de fuego.

Dentro del término previsto para la ejecutoria de la sentencia de segundo grado, los condenados confirieron poder y su representante, mediante escrito, solicitó para ambos la aplicación de los beneficios consagrados en la Ley 104 de 1993.

El Tribunal Superior de Medellín en proveído del diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y cinco negó el beneficio solicitado a BLADIMIR MEJIA HERNANDEZ respecto de los delitos de homicidio consumado en la persona de Wbeimar Hernández y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal conexo con éste, y en cambio decretó la cesación de procedimiento por el hecho punible de porte ilegal del revólver marca "Llama Martial", calibre 38 largo, que le fuera incautado por Agentes de la Policía Nacional el día veintisiete (27) de Junio de mil novecientos noventa y tres (1993) en requisa que se le efectuara al mismo en la carrera 47 con calle 100 de la ciudad de Medellín. Por tal motivo se disminuyó la sanción privativa de la libertad en cuarenta y cinco (45) días, correspondiente a la pena impuesta por este porte ilegal de arma que adelantaba el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito y cuya causa fue acumulada al tramitado por el Juzgado Veinte de la misma especialidad.

La impugnación

Presenta al memorialista la sustentación del recurso de alzada en escritos apartes pero como su contenido es, en términos generales, el mismo, se hará una sola referencia de ellos.

Expresa el defensor de los procesados, que su inconformidad radica en que el despacho que negó la cesación de procedimiento a sus prohijados concluyó que el homicidio por ellos perpetrado en modo alguno puede catalogarse como en "combate".

Según él, dicho término aparece altamente restringido y más aún cuando se trata de una "realidad tan compleja e inusual como la planteada con el surgimiento y accionar de los grupos de milicias en la casi totalidad de los grandes centros urbanos de nuestro país".

Hace luego, un recuento del surgimiento de la milicias populares, dentro de lo cual comenta que la confrontación asumida entre estas, las bandas de narcotráfico y las fuerzas armadas nunca tuvo formas convencionales y que las bajas producidas en cualquiera de estos bandos casi siempre tenían como causa la labor de inteligencia que permitía saber a qué bando pertenecía una persona.

Como el Gobierno Nacional inició una campaña de ofrecimiento de recompensas y beneficios por denuncia y colaboración con la justicia era apenas evidente la necesidad de que los grupos al margen de la ley intensificaran sus medidas de seguridad, ejerciendo mayor control sobre la comunidad donde se encontraban radicadas.

Agrega que dentro del concepto tradicional de combate, el delator se constituye en enemigo de la organización al margen de la ley, y entra a desarrollar una labor de inteligencia militar que constituye uno de los más importantes elementos de la organización armada, más cuando se trata de una guerra irregular como la que se vive en esa área metropolitana.

Ya en el caso concreto y según se desprende de la providencia impugnada, el occiso venía haciendo comentarios acerca del comportamiento de uno de los miembros del grupo miliciano y si en el proceso "no se argumentó que la víctima pusiera en peligro o fuera enemigo de la organización al margen de la ley, ello se debió a la estrategia de defensa asumida, en virtud de la cual se negó cualquier responsabilidad en los hechos."

Dice que a consecuencia de los acuerdos celebrados en el Gobierno Nacional los miembros de la organización miliciana asumen reivindicación de sus actos y sin embargo, los móviles del homicidio que se trata deben ser buscados en la verdad que aflora en el proceso: "La calidad de milicianos de sus autores."

Consideraciones de la Sala

La aplicación de los beneficios contenidos en la Ley 104 de 1993 para quienes hubieren sido condenados por hechos constitutivos de delitos

políticos o hubieran formado parte de una organización guerrillera que hayan demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil, contiene en sí misma una serie de requisitos los cuales se encuentran claramente plasmados en los artículos 48, 56 y 60, de cuyo contenido se desprende en términos generales, que el indulto se puede conceder a:

1o. Los nacionales colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con estos, cuando hayan demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

2o. Los nacionales Colombianos que por fuera de las organizaciones guerrilleras de las cuales formen o hayan formado parte demuestren su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

3o. A quienes confiesen, hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de delitos políticos, se les podrá conceder la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria, de acuerdo al estado del respectivo proceso penal.

No procede la aplicación de estos beneficios cuando se trate de delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión o barbarie.

Tampoco comprenden la responsabilidad civil que los favorecidos tengan respecto de particulares.

La misma normatividad establece la necesidad de que su aplicación esté regida por los principios de proporcionalidad y necesariedad y en el contenido de su alcance el intérprete debe ceñirse a su tenor literal sin que le sea dable utilizar facultades no conferidas expresamente, so pretexto de interpretar la voluntad del legislador.

Bajo los anteriores parámetros surge claro que la aplicación de los beneficios solo es posible si se trata de delitos políticos o conexos con estos, previo lógicamente, el cumplimiento del trámite formal que para el efecto se demanda.

Así entonces, débese concretar que delito político es aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de las instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso, considere más justos.

Por tanto, el motivo determinante de su realización ha de ser igualmente político.

En el caso *sub examen,* esta situación jamás puede compararse con la evidenciada en autos, donde no se desplegaron infracciones de esta naturaleza, habida cuenta que se trata de hechos punibles comunes los que se originaron en una vía pública de la ciudad de Medellín, en la que se realizaba un partido de fútbol, sitio donde el procesado apodado "caballo" le hizo a la víctima una serie de reclamos, relativos a unos comentarios y luego regresó son otro sujeto conocido como "cachupe" quien casi sin mediar palabras procedió a dispararle ocasionándole así su deceso.

Pretender adecuar el comportamiento de BLADIMIR MEJIA y ARNULFO ALIRIO GARCIA a los supuestos fácticos de la normatividad en comento resulta bastante ilusorio, máxime cuando la incorformidad del recurrente radica es en el hecho de que el Tribunal concluyera que las circunstancias que acompañaron los hechos se cometieron fuera de combate. Si se hace un análisis global de la situación de sus representados y la decisión del Tribunal, fácil resulta establecer que este no fue el único ingrediente que tuvo en cuenta para negar el beneficio; allí, se pone de presente, con sobrada razón además, que los hechos no guardan relación con actividades políticas y que la agresión realizada contra la víctima nada tuvo que ver con despliegue de operativos insurgentes.

Pero aún si quisiéramos remitirnos únicamente al término "combate" tampoco resultan acertados sus planteamientos pues dentro de la órbita de los delitos que el legislador denomina políticos, el término combate hace alusión a la lucha armada que tienen los rebeldes o sediciosos contra las fuerzas leales al Estado.

No se pueden dar crédito a los argumentos que ahora trae la defensa puesto que ellos carecen de todo respaldo probatorio ya que por ningún lado se vislumbra que la víctima Wbeimar Henao Hernández fuera informante o perteneciente a alguna banda u organismo, como tampoco que realizara labores de inteligencia.

Mucho menos emerge de lo ocurrido que en el comportamiento de los apodados "Caballo" y "Cachupe" se manifestara un ánimo insurreccional contra las instituciones, ni los hechos acaecidos comportan de por sí una connotación política como la que pretende demostrar el defensor, so pretexto

de que por tratarse de grupos milicianos debían organizar sus propios mecanismos de defensa y que por ello debían asumir la tarea de defender sus comunidades. Aceptarlo así sería contrariar los parámetros que la ley impetrada establece para su aplicación pues se estaría dando a sus normas interpretación diferente a la consignada.

Por ello, esta Corporación considera acertada la decisión proferida por el Tribunal Superior de Medellín y en consecuencia la confirma de su integridad.

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

Resuelve

CONFIRMAR en su integridad el auto de diecinueve (19) de enero de los cursantes, por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín negó la cesación de procedimiento solicitada en favor de los procesados BLADIMIR MEJIA HERNANDEZ y ARNULFO ALIRIO GARCIA MORALES de acuerdo a las consideraciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Ricardo Calvete, Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejia Escobar, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / DEBIDO PROCESO / NULIDAD

No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el "juez o tribunal competente", y esa especial connotación impide al funcionario judicial pasar por alto o desconocer tal registro al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal.

Desde luego que la pérdida irremediable de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa natural de desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

Lo importante para un estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respecto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tomarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 29

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de la acusada LEONOR ALICIA BARRAGAN IZURIETA DE BERNAL en contra del fallo del Tribunal Superior de Ibagué del 22 de julio de 1993, mediante el cual confirma a la sentencia del Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad que la condena como responsable de un delito de estafa, adicionándole un plazo de 120 días para el resarcimiento de los prejuicios y su pago como condición para gozar del beneficio de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal

El 3 de febrero de 1990 LEONOR ALICIA BARRAGAN IZURIETA DE BERNAL suscribió promesa de venta sobre la mitad del lote de terreno número 25 de la Urbanización "Villa Marlen" ubicada en la calle 45 con carrera 6a. de la ciudad de Ibagué en favor de ELVIA INES REINA DE ROJAS, pactando como precio la suma de un millón seiscientos mil pesos, suma que la compradora canceló en tres contados de ochocientos pesos a la firma de la promesa, setecientos mil el 31 de marzo de 1990, fecha convenida para la suscripción de la escritura, y cien mil pesos el 30 de junio siguiente.

Antes del último pago, las partes acordaron verbalmente la venta de la otra mitad del predio por un millón ochocientos mil pesos que Elvia Inés canceló el 31 de diciembre de 1990, comprometiéndose la vendedora a firmar una sola escritura por todo el globo de terreno el día 31 de enero de 1991. La acusada, sin embargo, jamás cumplió la parte que le obligaba en ese trato, estableciéndose que del terreno solamente le pertenecía una parte en común y pro indiviso con sus hijos, y que sobre ella pesaba además un embargo.

Con asidero en la denuncia, el Juzgado Treinta y siete de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación penal por auto del 23 de agosto de 1991, procediendo a vincular mediante indagatoria a la imputada y a resolver situación provisional con medida de aseguramiento de

caución prendaria, correspondiendo luego calificar el mérito de esa actuación a la Unidad Primera de Fiscalía para el Patrimonio mediante resolución acusatoria del 11 de noviembre de 1992, por el delito de estafa.

Verificado el juzgamiento ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué, el 13 de abril de 1993 se profirió el fallo de condena en contra de LEONOR ALICIA DE BERNAL imponiéndole como penas principales la de veintidós meses de prisión y un mil ochocientos treinta y tres pesos de multa, y como accesoria la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, y la obligación de indemnizar los prejuicios tasados en quinientos gramos de oro. En la misma providencia se concedió a la enjuiciada la condena de ejecución condicional.

Inconforme con esta decisión el defensor interpuso el recurso de apelación, impugnación resuelta mediante fallo del 22 de julio de 1993, que al impartir confirmación al recurrido, lo adicionó para fijarle a la procesada un plazo de 120 días para cumplir con el resarcimiento de perjuicios, cuyo cumplimiento supeditaría el goce del subrogado.

A iniciativa del defensor de la acusada, la determinación de segunda instancia resultó objeto del recurso extraordinario de casación, de cuya solución se ocupa hoy la Corte.

La demanda:

Sin mencionar causal alguna de casación, el actor orienta su ataque por la vía indirecta, anunciando dos cargos bajo los cuales censurará la sentencia por error de hecho derivado de la tergiversación del sentido de la prueba, y a los cuales anticipa las siguientes reflexiones:

Dice primero que el a-quo atribuyó a la promesa de venta los efectos y consecuencias jurídicas de una escritura pública, olvidando que para transferir el dominio no basta el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, pues resulta necesario el cumplimiento de las solemnidades propias del título otorgado ante Notario.

A lo anterior añade que el perjuicio patrimonial no puede establecerse sino a través de un proceso civil instaurado para exigir el cumplimiento del contrato y previa legalización de la venta y demostración en forma clara del pago del bien, y que, además, ya desde la resolución acusatoria se viene

tergiversando la prueba, para hacerle producir efectos que no genera, como ocurre con la responsabilidad penal de la procesada y el desconocimiento de la presunción de inocencia, pues ni se aportaron los recibos de pago del precio, ni se acreditó en debida forma la segunda promesa de venta, pues las declaraciones utilizadas para demostrar su existencia resultaron "discordantes e inconclusas", de modo que ni los deponentes saben si los pagos cancelaban el valor del predio o más bien el de las mercancías que la procesada entregaba periódicamente a la denunciante.

Entrando a concretar el primer cargo de la demanda, el censor expresa que "se le ha dado un falso juicio a las pruebas aportadas para señalar una debida aplicación del art. 356 del C.P." al considerar inducción en error el no haberle revelado a la compradora que el bien prometido en venta se encontraba embargado, pero olvida que el artículo 1871 del Código Civil otorga validez a la venta de cosa ajena.

También se le atribuye a la procesada la obtención de un provecho ilícito que no llegó a demostrarse con el aporte de recibos, optando por recurrir a unos testimonios que luego se valoran como no les corresponde, porque se trata de versiones que no precisan la negociación ni el pago, lo que se hacía imprescindible dado que la procesada había entregado a la denunciante oro, alhajas y telas para la venta.

Objeta también el libelista el que la procesada hubiera desplegado engaño o artificio para llevar a error a la denunciante, resaltando que la negociación era lícita, la parte del bien prometido en venta le pertenecía a la acusada, y que el acuerdo generó obligaciones recíprocas que implicaban la transferencia de un derecho pero no la propiedad del bien que solo se obtiene con el registro de la escritura de venta.

Respecto de la víctima, tampoco se generó en ella error alguno o falso juicio de apreciación determinado por ardides, como quiera que la promesa de venta no conlleva "el dominio o tradición" y por lo mismo el hecho del embargado del bien no puede constituir artificio o engaño.

Sobre la ilicitud del provecho asegura que la jurisprudencia reiterada de la Corte en relación con el artículo 1521 del Código Civil sostiene que para hablar de "enajenación" en el caso de inmuebles embargados o en litigio, es necesario que el contrato dispositivo esté seguido del registro o tradición, y como en el presente caso estas formalidades no se dieron, no

se llegó a la enajenación y por lo mismo a un objeto ilícito, menos aún si nunca se pagó el precio.

Para desvirtuar el nexo causal entre artificio, error y provecho ilícito reproduce tanto las exigencias del artículo 89 de la Ley 153 de 1987 para que la promesa de venta produzca obligaciones, como una cita del tratadista Eduardo Zuleta Angel que trae Ortega Torres a manera de acotación del artículo 1511 del Código Civil sobre los hechos a probar cuando se alega error esencial de hecho.

Refiriéndose luego a la estipulación de la cláusula penal como presupuesto de retractación sostiene que el incumplimiento de las partes fue recíproco, pues no existió recibo que demostrara el pago del precio. Se dio sí la capacidad de las partes para contratar, como la ausencia de vicios, la licitud del objeto y la causa, así que por el concurso de todas esas circunstancias no podía imputarse a la procesada la comisión de un delito que solo sería posible si se hubiera otorgado la escritura pública sin tener la posibilidad de entregar el inmueble vendido.

Con el fin de abundar sobre su tesis de que la sola promesa de venta no constituye título traslaticio de dominio se atiene a extractos de jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte relacionados con la necesidad del registro para el perfeccionamiento de la compraventa de bienes inmuebles, concluyendo en que "no hay ninguna sucesión causal entre lo que se determinó por los falladores de artificio o engaño y el error para obtener un provecho injusto...".

En el segundo cargo de la demanda se afirma que el error del juzgador consistió en "un falso juicio a las pruebas aportadas para señalar, una debida aplicación del artículo 247 del C. de P.P." al considerar cumplidos los requisitos de plena prueba y certeza para condenar a la procesada cuando el hecho punible realmente no existió.

Alega que LEONOR DE BERNAL no suscribió escritura pública por no habérsele pagado el precio convenido, y una vez más pregona que a través de una promesa de venta, no se trasfiere el dominio, lo que impide que se cumplan los requisitos del artículo 356 del Código Penal, pues no existe la inducción en error y menos la certeza del hecho reprochado. Por lo tanto, los falladores ignoraron la presunción de inocencia, violando con ello la legislación penal.

Finalmente y dentro del acápite de "normas infringidas", el libelo se atiene a los artículos 29 de la Constitución, 23, 24, 26, 28, 356, 372 del Código Penal, y 2o y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Procurador

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal encuentra incompleta la demanda, carente de técnica y equivocada en la formulación que hace de los cargos defectos que califica de insalvables, teniendo en cuenta que no pueden ser oficiosamente remediados por la Corte. Olvida el actor su deber de invocar el precepto que establece las causales de casación; aduce violación indirecta por error de hecho frente al artículo 29 de la Constitución cuando esta norma es propia de la causal tercera; menciona como vulnerados los artículos 2o. del Código de Procedimiento Penal, 24 y 28 del Código Penal sin que guarden relación con los reparos formulados, y omite señalar el sentido de la transgresión de la ley sustancial.

Pasando, sin embargo al análisis de los dos reproches que contiene la demanda, la Delegada los unifica por considerar que pese a su separación, toda la alegación versa sobre un mismo tema.

En ese análisis encuentra que la argumentación resulta ambigua, pues sin haber enunciado con claridad en que consistió el falso juicio, del contexto de la demanda se inferiría que es de identidad, pero en desarrollo de la fundamentación se mezclan elementos ajenos al yerro invocado, pues en varios apartes lo que se pretende demostrar es un error de derecho por falso juicio de convicción.

Con las características propias de un alegato de instancia, la demanda busca desvirtuar la inducción en error con base en la validez que a la venta de cosa ajena le atribuye la legislación civil, sin que tal aspecto guarde relación con la demostración del yerro planteado, y en cuanto al provecho ilícito se quiere simplemente hacer prevalecer un criterio personal sobre el mérito asignado por el sentenciador a los medios de persuasión, como ocurre al decir que no hay recibos que demuestren el pago del precio establecido, y que los testimonios valorados no son claros, cuando las evidencias surgidas de las declaraciones que tuvo en cuenta el sentenciador revelan todo lo contrario.

Para demostrar el desacierto del libelista consigna la Delegada apartes de la sentencia de primer grado relacionados con la valoración de testimonios como el de Jorge Elber Díaz Cruz quien en distintas oportunidades reiteró que durante la negociación la procesada siempre manifestó que el predio estaba libre de gravamen; o los de Luis Enrique Morales Gómez, Hernando Florián, Laura Ligia Acosta, Atalivar Avilés Ospina, Minerva Leonor Barrientos de Vera, Fanny Huertas Urueña y Doris Angélica Morales Gamboa, compañeros de trabajo de la denunciante que desmienten la versión según la cual ésta se dedicaba a la venta de mercancías y por los permanentes comentarios que hacía se habían enterado de la negociación, del incumplimiento en la firma de la escritura y los pagos efectuados al punto que les consta la venta del carro, la solicitud de las cesantías y el trámite de unos créditos (avalados por Laura) para cumplir con el pago de las cuotas acordadas (en una de esas oportunidades Luis Enrique acompañó a la afectada a entregar el cheque respectivo).

La doble presunción de acierto y de verdad que respalda los fallos judiciales y la imposibilidad de revivir a través del recurso extraordinario el debate probatorio superado en las instancias, tornan inadmisible la acusación, más aún cuando se alega un falso juicio de convicción respecto del testimonio, porque esta prueba no está sujeta a tarifa legal.

Gran parte del libelo se destina a explicar, desde el punto de vista del casacionista, los presupuestos del delito de estafa previstos en el artículo 356 del Código Penal, limitándose a señalar que el contrato de promesa de venta no trasfiere el dominio sobre los bienes inmuebles y que el comportamiento de la procesada no es típico porque no desplegó artificio o engaño para inducir en error a la víctima, ni obtuvo provecho indebido o causó perjuicio correlativo.

> "Este modo de desarrollar la censura -advierte el Procurador- no corresponde, ciertamente, al error de hecho formulado contra el proveído atacado, pues no refiriéndose a determinado o determinados medios esenciales que sustenten la decisión, imposible resulta demostrar el vicio *in iudicando* por distorsión o tergiversación del sentido de la prueba como lo pregona el actor, lo que además demuestra, que apartándose del cuestionamiento de la estimación probatoria, la acusación se encauza en su aspecto más comprensivo, por la vía de la impugnación directa que nada tie-

ne que ver con el motivo de la violación indirecta escogida por el demandante; por esta razón las equivocaciones o errores que enrostra al juicio del sentenciador en cuanto a la interpretación de la norma tipificadora del delito de estafa, se encuentran avocadas al fracaso".

La afirmación de no haber sido pagado el precio y la indemostración de la promesa verbal de venta del segundo lote, son para la Procuraduría las únicas referencias que hace el actor a la apreciación probatoria, sin que por ello solo sean de recibo, por cuanto buscan revivir el debate agotado en las instancias que llevó a los juzgadores a conclusiones opuestas a las del libelista.

Consecuente con sus planteamientos, sugiere la Delegada a la Corte se abstenga de casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala

Siendo prioritaria la legalidad del proceso como supuesto de validez de la sentencia que se impugna, de aquella tendrá que ocuparse preferentemente la Sala dentro de la competencia que le confieren los artículos 219 y 228 del Código de Procedimiento Penal, que aún de manera oficiosa le imponen como deber, cuando quiera que su presencia se descubra, el de entrar a declarar y corregir las nulidades insubsanables que en el curso de su revisión descubra.

Tal es la situación que en el caso propuesto se presenta, al descubrir, previo el análisis de la demanda, que al operar el cambio de competencia establecido por razón de la cuantía en el Decreto 2700 de 1991, ni el Juzgado del Circuito que adelantó y definió la causa en la primera instancia, ni el Tribunal al revisar el fallo, eran los componentes para avocar el conocimiento del debate y entrar a dirimirlo, hecho que integra la causal primera de nulidad prevista en el artículo 304 del Código Penal.

En efecto, los cargos que comprende la resolución acusatoria se refieren a un concurso de delitos de estafa, el más grave en cuantía un millón ochocientos mil pesos (1.800.000.oo), y el segundo por un millón seiscientos mil ($1.600.000.oo).

Vigente para el momento de la comisión del hecho el Decreto 050 de 1987 que en su artículo 72 asignaba a los jueces municipales el conoci-

miento de los delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía no excediese de veinte (20) salarios mínimos mensuales, ningún reparo surge porque durante su primer impulso procesal hubiera conocido de la actuación el Juzgado Treinta y siete de Instrucción Criminal, dado que el monto del salario mínimo en aquella época implicaba el conocimiento de los juzgados del Circuito. Pero variado ese factor con la vigencia del Decreto 2700 de 1991 que elevó su margen de veinte (20) a cincuenta (50) salarios mínimos (artículo 73), ello implicó para casos como el presente, donde la cuantía oscila entre esos dos valores, el cambio de la competencia de los jueces del circuito a los municipales.

Siendo las normas de procedimiento (y entre ellas las atinentes con la competencia y ritualidad de los procesos) de orden público y aplicación general e inmediata, ninguna duda cabe sobre la vigencia del Decreto 2700 de 1991 ni su incidencia en el cambio de competencia para el conocimiento de este asunto, muy a pesar de la persistente incorporación en los Códigos de Procedimiento (vigente y derogado) y en la Ley 81 de 1993 de la regla que adscribe el conocimiento definitivo en razón de la cuantía "teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho", cuya previsión induciría en principio a pensar en la inmutabilidad de la adjudicación.

Ocurre, sin embargo, que a diferencia del Procedimiento civil donde la voluntad expresa del legislador es la de prorrogar la competencia por el factor cuantía salvo contadas excepciones (art.21), en el ámbito procesal penal como ya en ocasiones anteriores lo definió la Sala, no guarda el tema la misma coherencia, pues según se resalta en providencia del 22 de marzo de 1994, al dirimir una colisión de competencia,

> "...en la determinación de la cuantía que sirve de fundamento para determinar la competencia se debe tener en cuenta otra de las disposiciones de la Ley 81 de 1991 y que aún cuando está incluida en la preceptiva que alude a la competencia de los jueces penales municipales, evidentemente no es de restrictiva aplicación en los asuntos de los cuales estos funcionarios conocen. Se trata del segundo inciso del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 11 de la Ley 81 de 1993), que establece...
>
> La forma en que se redactó este aparte normativo es ambigüa pues ella da a pensar que una vez señalada la cuantía del hecho

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

Este discernimiento reiterado por la Sala como aparece en providencia de junio 22 del mismo año bajo ponencia del Magistrado Dr. Gómez Velásquez, pone en evidencia la falta de competencia del Juzgado del Circuito de Ibagué para adelantar el juzgamiento, y como consecuencia obligada la del Tribunal Superior para entrar a conocer en la segunda instancia de la alzada instaurada contra la sentencia de primera instancia, por cuanto el monto de lo timado en ninguno de los dos eventos concursales (un millón seiscientos mil pesos y un millón ochocientos mil pesos - $1.600.000.oo y $1.800.000.oo) superó la suma de dos millones cincuenta y un mil doscientos cincuenta pesos ($2.051.250.oo) que resulta de multiplicar el salario mínimo vigente para la época de los hechos ($41.025.oo) por cincuenta (50), que es el número de salarios legalmente previstos para definir este factor de competencia.

No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el "juez o tribunal competente", y esa especial connotación impide al funcionario judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal.

Desde luego que la pérdida irremediable de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción -en este caso aún distante- como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas

solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solamente es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediablemente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

El derecho a ser juzgado "conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la Constitución Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.

Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas pueden sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia solo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

En otros términos, valga apuntar que lo importante para un estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el segundo de los apartes del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, y sin que por lo dicho pueda entrar la Sala al estudio de la demanda presentada, procederá a casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y en su lugar a declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive, del auto por medio del cual se declaró cerrada la etapa instructiva, previendo la remisión del expediente al funcionario que corresponde de conformidad con los artículos 120-1 y 127 del Código de Procedimiento Penal.

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 el fallo impugnado por el defensor de la procesada LEONOR ALICIA BARRAGAN IZURIETA DE BERNAL y como consecuencia decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación proferido por la Unidad de Fiscalía Primera de Patrimonio de Ibagué el trece de octubre de 1992, y

SEGUNDO.- Ordenar la remisión del expediente de regreso a la Unidad de Fiscalías con sede en Ibagué, para que por el funcionario competente se proceda a la reposición de la actuación con fundamento en lo que por esta providencia se decide.

Cópiese, Notifíquese, Devuélvase y Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruíz, Carlos E, Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla (Salvamento de Voto), Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TERMINO
(Salvamento de Voto)

No es sufiçiente que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia reconozca que "la pérdida irremediable de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción como por la inoperancia de la justicia tardía". En mi criterio respetuoso, le corresponde asumir una posición ejecutiva, que evite esos percances y ayude a superar el marasmo procesal, para honrar la verdaderas prioridades, con lo cardinal delante de lo secundario, de manera que no se sacrifiquem la eficacia de la administración de justicia y sus ingentes esfuerzos por arribar a decisión definitiva, en aras de una irregularidad que ningún efecto anormal o conculcador produjo.
Es cuestión de escoger entre lo esencial y lo adjetivo, alternativa ya resuelta por la doctrina -criterio auxiliar de la actividad judicial-, al igual que por la ley y por la Comstitución Política de Colombia, que optaron por la prevalencia y la efectividad del derecho sustancial.

Salvamento de voto

Por razones similares a las expuestas en la aclaración que me permití formular sobre la providencia de fecha diciembre 16 de 1994, dictada dentro del trámite de casación No. 8915, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar, adicionadas por otras particularmente aplicables al asunto acá considerado, respetuosamente expreso y sustento a continuación la salvedad de mi voto frente a la decisión mayoritaria.

1.- Las nulidades sólo pueden decretarse por excepción y no es cualquier irregularidad la que conduce fatalmente a determinarlas. Su odioso potencial invalidatorio únicamente puede ser reconocido ante aquellos

vicios sustanciales e insubsanables, que hayan perjudicado severamente un alto interés legítimo de algún sujeto procesal o del Estado y que no puedan ser remediados por otra vía.

2.- La doctrina universal pregona que no hay nulidad sin perjuicio:

> "...las nulidades han sido reducidas por el número y por el contenido, los poderes del juez ampliados y adoptado el criterio de valoración de la nulidad según la relevancia del acto nulo en relación con los fines del proceso, es decir, según la efectividad del perjuicio que de la misma pueda derivarse. Todas las nulidades son, pues, relativas..." (Eugenio Florián, "Elementos de Derecho Procesal Penal", Trad. L. Prieto Castro, Ed. Bosch, Barcelona, reimpresión 1990, p. 126).
>
> "En virtud del carácter no formalista del derecho procesal moderno, se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la norma, si no se produce un perjuicio a la parte. La nulidad, más que satisfacer pruritos formales, tiene por objeto evitar la violación a las garantías en juicio...Es por esta razón por lo que algunos derechos positivos modernos establecen el principio de que el acto con vicios de forma es válido, si alcanza los fines propuestos..." (Enrique Véscovi, "Teoría General del Proceso", Ed. Temis, Bogotá, 1984, p. 304).

3.- Esa afortunada evolución en "derechos positivos modernos" fue oportunamente asumida por el derecho procesal colombiano, tanto en materia civil (art. 144.4, antiguo 156.4, C. de P.C.) como penal. Expresamente, el artículo 308.1 del Código de Procedimiento Penal incluye como uno de los PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACION, el siguiente:

> "No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa."

4.- Cabe observar, sin embargo, que esta acertada posibilidad de convalidación no es necesariamente moderna, sino que es el fruto de una juiciosa elaboración jurídica, cuyos fundamentos vienen apuntalados desde los enfoques más clásicos del Derecho Procesal universal:

> "La nulidad es relativa cuando la falta de algún requisito no tiene relevancia si, no obstante, el acto es justo, esto es, ha al-

> canzado su finalidad. El acto es anulable cuando la nulidad no puede ser puesta de relieve sin una reacción del sujeto al cual perjudica su injusticia, y por eso, protesta su invalidez." (Francesco Carnelutti, "Principios del Proceso Penal", trad. Santiago Sentis M., Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 296).

5.- Resulta inverosímil que si en realidad se hubiere conculcado el derecho a la defensa, la parte presuntamente agraviada ni siquiera lo advirtiese, a pesar de encontrarse técnicamente representada durante todo el transcurso del juicio.

Esta hipótesis, de elemental lógica, se confirma con la objetiva observación del expediente, pues por parte alguna aparece mengua del derecho de defensa. Los sujetos procesales mantuvieron intactas sus facultades, entre ellas la propia de alegar las nulidades que afectaron sus garantías, solicitar y contradecir pruebas e interponer recursos, hasta el extraordinario de casación en cuya sede fue oficiosamente decretada la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, "al descubrir, previo el análisis de la demanda, que al operar el cambio de competencia.

Establecio por razón de la cuantía en el Decreto 2700 de 1991, ni el Juzgado del Circuito que adelantó y definió la causa en la primera instancia, ni el Tribunal al revisar el fallo, eran los competentes para avocar el conocimiento del debate y entrar a dirimirlo, hecho que integra la causal primeras de nulidad prevista en el artículo 304 del Código Penal." (Página 13 de la providencia de la cual disiento respetuosamente).

6.– La trascendental misión jurídica de procurar la eficaz, pronta y firme aplicación de la normatividad sustantiva, impone relatividad en el establecimiento de las nulidades:

> "...si efectivamente queremos ser congruentes con los hechos, debemos adoptar un criterio flexible y abierto que nos conduzca a declarar, más que una inexistencia o nulidad del acto, una ineficacia de características relativas que tenga un amplio margen de juego según las consecuencias específicamente producidas o no por el acto afectado.
>
> De ese modo, podremos analizar en forma totalmente libre cuáles son las características especiales de un determinado acto

irregular y, sin prejuzgar sobre la sanción resultante, observar el despliegue de sus afectos en el ámbito del derecho para decidir entonces sobre el grado de ineficacia que lo afecta. El punto de partida es pues necesariamente inverso: atiende mejor a la producción de efectos y no a un rígido esquema de causas, o de delimitación personal de impugnaciones, o de posibilidades de convalidación.

Bajo este punto de vista, la ineficacia puede entonces apreciarse directamente y en forma objetiva en tanto exista una producción anormal de efectos en el acto cuestionado, y la medida de esta anormalidad es la que regirá nuestro criterio para decidir su clasificación". (René Japiot, citado por José Antonio Márquez González, "Teoría General de la Nulidades", Ed. Porrúa, México, 1992, ps.62 y 63).

Sin entrar en polémica sobre en qué medida esta doctrina sea aplicable al aspecto eminentemente procesal que es objeto de la presente salvedad, no cabe duda de que la irregularidad de haberse desarrollado el proceso bajo una competencia superior en jerarquía a la que finalmente se descubre que sería la indicada, ningún efecto malévolo produjo, ni conculcó el derecho de defensa, ni causó perjuicio alguno, ni conllevó "al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia", ni se presentó una "suplantación del Juez natural" (lo citado entre comillas proviene de la decisión mayoritaria, p. 17).

Es de observar que una suplantación se da cuando malintencionadamente se ocupa el lugar de otro, malicia que por ninguna parte se observa en este caso. De otro lado, la doble instancia si fue preservada, sólo que con mayor nivel al generarse ante el Tribunal, lo cual hizo viable el recurso extraordinario de casación en cuya sede emergió la decisión que se comenta. De dónde puede colegirse, entonces, que se haya irrogado algún perjuicio, mucho menos al derecho de defensa?

7.- El fenómeno invalidatorio, que tampoco fue columbrado por el señor Procurador Delegado, emana de la reforma legislativa sobre la determinación de las competencias, relacionada para el caso con los procesos por delitos contra el patrimonio económico, en atención al factor de la cuantía, veleidoso criterio derivado simplemente de la necesidad de regular el

trabajo, que fue elevado de 20 salarios mínimos mensuales (art. 72.1 D. 050/87) a 50 (art. 73.1 D. 2700/91), lo cual "implicó para casos como el presente, donde la cuantía oscila entre esos dos valores, el cambio de la competencia de los jueces del circuito a los municipales...muy a pesar de la persistente incorporación en los Códigos de Procedimiento (vigente y derogado) y en la Ley 81 de 1993 de la regla que adscribe el conocimiento definitivo en razón de la cuantía "teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión de hecho", cuya previsión induciría en principio a pensar en la inmutabilidad de la adjudicación" (p. 14 de la providencia).

8.- Es evidente que no se está en presencia de una abusiva arrogación de competencias, perpetrada por la Fiscalía de la Unidad Primera de Patrimonio de Ibagué, que declaró cerrada la investigación -desde entonces, octubre 13 de 1992, sobreviene la nulidad pregonada- y la calificó; ni por el Juzgado Quinto Penal de ese Circuito, que adelantó el juicio y profirió la sentencia de primera instancia, ni por la Sala de Decisión Penal del correspondiente Tribunal, que desató la apelación.

Todos estos despachos están legalmente investidos de jurisdicción en sus respectivos ámbitos y actuaron movidos por el obligatorio propósito de impulsar y fallar un proceso, para cuyo adelantamiento muy razonablemente se reputaban competentes, frente a una normatividad calificada de ambigua por la misma jurisprudencia a la cual acude la decisión que me atrevo a controvertir.

Muy distinto que la actuación hubiese sido desarrollada por un funcionario de Policía, o por cualquier otra autoridad ajena a la organización penal, o por quien usurpare el cargo o la función, por ejemplo si fuese el Fiscal quien profiriere la sentencia. Pero la buena fe -y el asomo de acierto, como pasará a verse- de quienes válidamente provistos de jurisdicción, actuaron sanamente convencidos de ser competentes, no puede castigarse con la anulación, estando también presente el a todas luces valioso aditamento de ser poseedores de una jerarquía superior a la requerida después de la reforma.

9.- En efecto, no es descabellado que, inducidos "en principio a pensar en la immutabilidad de la adjudicación", los funcionarios judiciales considerasen "que una vez señalada la cuantía del hecho punible, no es posible volver a modificar la competencia".

El penúltimo inciso del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal ciertamente invita a tal entendimiento:

> "La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho."

Además, la razón de ser de esta disposición radica en la necesidad de estabilizar la competencia y disminuir los riesgos de "peloteo" de los expedientes, que es una de las concausas de la ineficiencia judicial.

10.- No puede olvidarse que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, uno de los fines primordiales del recurso extraordinario de casación está constituido precisamente por la efectividad del derecho material, misión que en este trámite no fue cumplida, a pesar de estar avalada, con prevalencia "sobre cualquier otra disposición de este Código", por un principio rector del derecho procesal penal colombiano (art. 9o. y 22 C. de P.P.) y por la propia Constitución Política (art. 228).

11. Queda de esta manera esbozada mi posición, con argumentos que me obligan a salvar el voto, no porque pretenda que la competencia carezca de significado en el debido proceso, sino por estimar que debe ser prorrogada y su eventual defecto subsanado o convalidado, ante la actuación de buena fe de quien, válidamente investido de jurisdicción y razonablemente convencido de que es competente, realice actividades procesales apropiadas, que cumplan las finalidades hacia las cuales estén dirigidas, sin conculcar garantías legítimas como el derecho a la defensa ni ocasionar efectos anormales o diferentes de aquellos que se habrían alcanzado por el conducto que después se esclarezca como el adecuado.

En conclusión, considero que no es suficiente que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia reconozca que "la pérdida irremediable de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción -en este caso aún distante- como por la inoperancia de una justicia tardía". En mi criterio respetuoso, le corresponde asumir una posición ejecutiva, que evite esos percances y ayude a superar el marasmo procesal, para honrar las verdaderas prioridades, con lo cardinal delante de lo secundario, de manera que no se sacrifiquen la eficacia de la administración

de justicia y sus ingentes esfuerzos por arribar a decisión definitiva, en aras de una irregularidad que ningún efecto anormal o conculcador produjo.

En cuestión de escoger entre lo esencial y lo adjetivo, alternativa ya resuelta por la doctrina -criterio auxiliar de la actividad judicial-, de acuerdo con las citas anteriormente expuestas, al igual que por la ley y por la Constitución Política de Colombia, que optaron por la prevalencia y la efectividad del derecho sustancial.

(fecha ut supra)

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado.

UNIDAD PROCESAL / PECULADO / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / PENA / NULIDAD

Es reiterada y ampliamente conocida la doctrina de la Sala en punto a las consecuencias que para los procesados legalmente vinculados constituya la omisión en la vinculación de otro u otros imputados, porque sobre la base de ser la responsabilidad penal individual, el incumplimiento de aquella orden del artículo 14 del C.de P.P. (hoy artículo 88) según la cual para cada delito se habría de adelantar un sola averiguación penal sin importar el número de sus autores o partícipes, apenas constituye una irregularidad superable mediante la pertinente aunque tardía orden de copias, pues lejos de constituirse en mandato perentorio, el principio de unidad admite una variedad de excepciones que comienzan con la posibilidad de que entre los implicados se presenten aforados ante otras competencias, si no la hipótesis de ruptura de la unidad a raíz de la calificación de fondo, o siquiera el conocimiento tardío de otros responsables, etc (cfr. entre otras, sentencia de agosto 10 de 1992, proceso 6603).

Cierto si, que cuando el procesado se ha excusado en la intervención de un tercero conocido, identificable y respecto del cual surgen bases suficientes para entender que ha participado en la comisión de la infracción, siendo además la pieza vacilar para la exculpación, esa omisión de vinculación podría perjudicar los intereses de la defensa de aquel.

Los artículos 119 y 267 de la Constitución (anterior artículo 59 de la Carta Política de 1886) y el artículo 2o. de la Ley 20 de 1975, la labor de vigilancia y el control fiscal de la gestión de la administración pública le están asignados a la Contraloría General de la República.

"Se requieren tres condiciones fundamentales para que se tenga que responder penalmente por la apropiación o aplicación

oficial diferente del bien: que el agente sea un funcionario o empleado público, o como dice el Código Penal vigente "empleado oficial", que se le haya entregado un bien en administración o custodia en razón de o con relación a sus funciones y que disponga de él de modo que implique ejercicio, en alguna forma de ellos.

Respecto de esta última condición hay que decir que no se requiere una disposición del bien expresamente autorizada por la ley, es decir, una actividad manifiestamente atribuida a el agente como parte de sus funciones, sino que basta que la disposición esté relacionada en tal forma con la función que aquella no hubiera sido posible sin ésta."

Siendo la ley, por voluntad de la Constitución Política -artículo 230-, el único parámetro de sometimiento de los jueces, en ninguno de sus preceptos autoriza para fundar sobre la base de un error en la adecuación jurídica de la infracción la absolución de un acusado. Por el contrario, son claras y plurales las disposiciones normativas que solucionan por vía diferente la ocurrencia de los errores judiciales, dentro de una voluntad también superior, de lograr la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 ibidem).

Es precisamente dentro de este entendimiento que ya desde antaño la Sala afirma y reconoce cómo "tanto en el procedimiento señalado en el C. de P.P. de 1971 (art. 210) como en el estatuto de 1987 (Decreto 050 art. 305) el haber incurrido el juzgador en error en la denominación jurídica de la infracción, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y conlleva a la nulidad de la actuación, pues nadie puede ser juzgado en materia criminal, si el hecho imputado no ha sido subsumido plenamente y de manera correcta dentro de la descripción de un determinado tipo penal".

Tampoco sobraría advertir la falta de razón y congruencia que implicaría entrar a absolver a un procesado frente a unos hechos y a una responsabilidad que se han probado plenamente, solo a pretexto de que su conducta se sanciona bajo un nomem iuris diferente del mencionado en la resolución acusatoria, porque de obrar así se supeditaría a formalidades de no difícil corrección el interés muy superior de la administración de justi-

cia, función pública bajo la cual se amparan la vocación y las necesidades del Estado, del ofendido y la comunidad en la representación de los delitos y el restablecimiento del derecho. Siendo individual tanto la responsabilidad penal como la tasación de las sanciones, son de considerar al lado de los factores objetivos relacionados con la naturaleza y gravedad del hecho otros de índole netamente subjetiva como los grados de participación, análisis de personalidad y antecedentes de todo orden que por referir a la preparación, experiencia, cultura, comportamiento y modo de vida en general de cada individuo, marca definitivas disimilitudes de repercusión en una diferente gradación de las sanciones.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 41

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de los acusados RODRIGO AGUILAR VALLE Y FRANK ELIECER MOZO ROVIRA, en contra de la sentencia de condena proferida por el Juzgado 33 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, confirmada integralmente por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de la misma ciudad al desatar el recurso de alzada, decisión que impone a los acusados la pena principal de 38 meses de prisión, veinte mil pesos de multa, e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de dos años, en su condición de autores responsables de los delitos en concurso de Peculado por apropiación, y prevaricato por omisión.

Hechos y actuación procesal:

1.- El 4 de enero de 1988 según relato del teniente de la Policía César Augusto Pinzón Arana, recibió una llamada anónima en la cual daban cuenta que en la panadería San Fermín ubicada en el costado sur del par-

que de Lourdes, se iba a realizar la negociación de un certificado de procedencia ilícita. Las autoridades se dirigieron al sitio y encontraron en poder de Hernán Andrade Mora, cuyos rasgos había suministrado el informante, fotocopia de un título de participación clase B No. 36044 del Banco de la República a favor de Mandatos de Inversión Banco Colpatria.

El aprehendido manifestó tener el original en su residencia, trasladándose allí con los Agentes de la Policía donde procedió a hacer entrega del documento original, al mismo tiempo les informó, que el título lo había recibido de Jorge Isaac Salazar Serna, persona que también fuera retenida. Este último explicó que el título le había sido entregado por HERNANDO AGUILAR, hermano de RODRIGO AGUILAR funcionario del IFI., para que lo negociara por el cincuenta por ciento de su valor real. Esa misma noche fueron arrestados RODRIGO AGUILAR VALLE y HERNANDO MIER AGUILAR.

El antecitado título había sido adquirido el 22 de octubre de 1987 por el Instituto de Fomento Industrial IFI, a través de "Mandatos de Inversión Banco Colpatria", y estos a su vez, al Banco de la República por un valor de $204.734.350.oo El valor nominal al vencimiento del plazo sería de $235.000.000.oo; pasando bajo la custodia del Tesorero General del Instituto FERNANDO STERLING BENITEZ.

Sin embargo, en el arqueo practicado por los empleados de Auditoría de la Contraloría General FRANK E. MOZO y MARIA TERESA RUIZ el 18 de diciembre de 1987 -folio 205 c.# 1- ese título no fue relacionado, sirviéndose para su constatación de un acta sentada por otros revisores, mas nó la más reciente de noviembre 30 inmediatamente anterior, que de haber sido consultada hubiera dado base para detectar y resaltar la anomalía, lo mismo si se hubiesen revisado debidamente los demás libros y documentos actualizados, omisión de observaciones que finalmente habilitó el irregular egreso del título indicado.

2.- El mismo día de las aprehensiones, el Juzgado 112 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá ordenó la apertura de la averiguación penal. Luego oyó en diligencia de indagatoria a los imputados, y al momento de resolverles la situación jurídica se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en contra de RODRIGO AGUILLAR VALLE, JORGE SALAZAR SERNA y HERNAN ANDRADE MORA. En cambio, afectó con la detención preventiva a HERNANDO MIER AGUILAR por el delito de receptación.

La calificación del mérito sumarial le correspondió al Juzgado 16 de Instrucción Criminal de la misma ciudad, profiriendo resolución de acusación en contra de RODRIGO AGUILAR, FRANK MOZO Y MARIA TERESA RUIZ A., por el delito de prevaricato omisivo; de GABRIEL STERLIN BENITEZ y JOSE DELGADO por peculado culposo, y en contra de HERNANDO MIER AGUILAR por el punible de hurto agravado. Hernán Andrade Mora fue beneficiado con cesación de procedimiento.

La anterior determinación fue recurrida en apelación por el representante de la parte civil y los abogados de los afectados, siendo modificada por el Tribunal Superior de Bogotá (marzo 14 de 1990) reformando la imputación penal en contra de MIER AGUILAR para sustituir la adecuación de hurto por la de peculado; llamó a responder en juicio a RODRIGO AGUILAR VALLE por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato en concurso; a FRANK MOZO ROVIRA le adicionó el cargo de peculado y con MARIA TERESA RUIZ lo acusó de prevaricato; revocó la cesación de procedimiento en favor de HERNAN ANDRADE MORA para radicarlo junto con ISAAC SALAZAR SERNA como coautores del delito de peculado por apropiación. De otra parte confirmó el enjuiciamiento por peculado culposo en contra de GABRIEL FERNANDO STERLIN y JOSE ANTONIO DELGADO ESTUPIÑAN, decisión ejecutoriada en el mes de octubre de 1990.

El Juzgado 33 Penal del Circuito a quien le correspondiera adelantar el juzgamiento emitió el 26 de noviembre de 1992 el correspondiente fallo, condenando a RODRIGO AGUILAR VALLE y FRANK MOZO ROVIRA a la pena principal de 38 meses de prisión como autores responsables de los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por omisión de funciones. A HERNANDO MIER AGUILAR y JORGE ISAAC SALAZAR SERNA se les impuso la pena de 26 meses de prisión en condición de cómplices del peculado por apropiación, y a JOSE ANTONIO DELGADO ESTUPIÑAN y GABRIEL FERNANDO STERLIN BENITEZ la pena de dos meses de arresto y multa de quinientos pesos como autores responsables de peculado culposo, mientras que a MARIA TERESA RUIZ ALVARINO se le sancionó a un año de prisión en su condición de coautora responsable del delito de prevaricato por omisión. En favor del acusado HERNAN ANDRADE MORA se dispuso su absolución.

A los implicados se les impusieron las penas accesorias de ley y la obligación de cancelar solidariamente el equivalente a cien gramos oro como

indemnización de perjuicios. Con excepción de los dos primeros nombrados, los restantes fueron beneficiados con el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Inconformes con esta última determinación los defensores de los procesados interpusieron el recurso de apelación, pero ante el fracaso de sus pretensiones ante el Tribunal de Santafé de Bogotá, los acusados RODRIGO AGUILAR VALLE y FRANK ELIECER MOZO ROVIRA han formalizado el recurso extraordinario de casación.

Las demandas:

1o. En el escrito presentado a nombre de RODRIGO AGUILAR VALLE, en recurrente cita el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal para formular en contra de la sentencia cinco cargos, acusando en el primero la ocurrencia de una irregularidad sustancial con afectación del debido proceso derivada de la no vinculación de Carlos Madriñan Jaramillo a la investigación. En el segundo se propone un error en la denominación jurídica de la infracción por endilgarse al recurrente un peculado por apropiación cuando ha debido responder por el delito de hurto agravado. El tercer cargo se refiere a un error de hecho por falso juicio de identidad, bajo los mismos argumentos expuestos en el cargo anterior. El cuarto cargo se refiere a un error en la apreciación del acervo probatorio que llevó a la imposición de condena por un delito inexistente, mientras que en el quinto y último se invoca una violación directa por el quebranto del principio de igualdad ante la ley, pues el artículo 139 del Código Penal se aplicó de manera diferente a personas incursas en una situación jurídica idéntica.

1.1.- Considera el censor como irregularidad sustancial el hecho de que no se hubiera vinculado al proceso al individuo mencionado como Carlos Madriñan Jaramillo, de acento paisa, de 1.80 mts de estatura, blanco, de bigote, pelo negro, bien presentado, ni gordo ni flaco, de 35 a 36 años; quien al parecer residía en la diagonal 84D bis No. 78-54 de esta ciudad, y en cuya residencia se encontró la cédula falsa 8.932.056 expedida en Medellín a su nombre y un recibo firmado por Mier Aguilar en donde se consigna la entrega del título valor que diera origen a la investigación.

La existencia del citado individuo había sido también ratificada por el arrendador del inmueble quien lo mencionó con el ya dicho nombre de

Carlos Madriñán, coincidiendo en los rasgos físicos suministrados por el citado imputado y por la referencia en el proceso a un telegrama remitido desde la ciudad de Medellín a esa dirección y al mencionado Madriñán Jaramillo.

De no haberse dado en el proceso esta omisión, argumenta la demanda,

> "la calificación del mérito del sumario y la que hace la sentencia del tipo penal hubiera sido muy diferente; igualmente la situación vinculante de varios implicados y condenados en la sentencia, porque no se hubiera podido predicar y sostener que el título de marras desapareció del IFI por un acto de apoderamiento (hurto) por el Revisor de la contraloría General de la República, señor FRANK E. MOZO ROVIRA, con la participación o coautoría del Auditor RODRIGO AGUILAR VALLE".

Con esos argumentos solicita de la Corte la declaratoria de nulidad de lo actuado, para que por la Fiscalía se continúe con la investigación de allí en adelante.

1.2.- El segundo cargo se presenta bajo la ocurrencia en la sentencia de un error en la denominación jurídica de la infracción. A los encartados RODRIGO AGUILAR VALLE y FRANK E. MOZO ROVIRA se les indilgó el punible de peculado por apropiación, siendo que de las pruebas allegadas se deduce que la infracción corresponde al punible de hurto agravado.

Después de recordar los elementos del tipo del peculado por apropiación, el libelista sostiene que la nulidad se generó a partir de la resolución de acusación proferida por la Sala de decisión del Tribunal de Bogotá el 14 de marzo de 1990, al haber refundido la función fiscalizadora que ejerce la Auditoría Fiscal de la Contraloría General de la República con la de administrar, custodiar, guardar y manejar los bienes y valores de la entidad fiscalizada; actividad que se encontraba a cargo del Tesorero y del Subtesorero del IFI.

Para reafirmar su aseveración, añade que en esa providencia repetidamente se hace mención a que la guarda y custodia del título se encontraba a cargo de los funcionarios de la Tesorería del IFI, quienes tenían el deber de cuidar, vigilar, guardar y conservar los títulos valores, y que el acto

de apoderamiento ocurrió por parte de los inculpados aprovechando la confianza que el Estado depositaba en ellos y en razón de sus funciones, lo que en contraposición con lo afirmado en la sentencia, configura el delito de hurto agravado por la confianza que debió cargársele al revisor de la auditoría FRANK E. MOZO ROVIRA, pero no el de peculado por apropiación por el que terminara condenado.

Para el casacionista, la función fiscalizadora de la auditoría ante el IFI por parte de la Contraloría General de la República se encuentra regulada en la Constitución, en la ley, en resoluciones reglamentarias, y de manera armónica y concordante con las normas que rigen el derecho administrativo. Es así añade, que los artículos 119, 267 y 268 de la Constitución Nacional colocan en cabeza de la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión y el control fiscal de la administración; asignándoles la labor de señalar las formas en que se deben rendir las cuentas, su revisión, y lo relacionado con los respectivos informes.

El artículo 2o. de la Ley 20 de 1975 le asigna al Controlador General de la República la función de ejercer sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen, o dispongan de bienes o ingresos de la Nación así como la vigilancia y el control fiscal; mientras que la resolución 011512 de 1986 establece que el control ante los entes descentralizados de la administración pública ha de realizarse con posterioridad a los actos de administración.

Si como lo resaltó el Juzgador, la conducta consistió en el apoderamiento, la misma debió encuadrarse en el tipo penal de hurto y no en el de peculado; pues en tal evento, haría falta el acto de apropiación que se da por parte del funcionario público con relación a los bienes que se le hayan confiado para administrar, guardar o custodiar.

Con cita de los artículos 2o., 3o., 5o., 133, 139, 172, 227, 349, 351, 372 y 374 del Código Penal y 304 del Código de Procedimiento Penal; 29, 119, 122, 267 y 268 de la Constitución Nacional y la ley 20 de 1975 que considera desconocidos por el fallo, solicita de la Corte declare la nulidad de la actuación procesal a partir de la resolución de acusación y en su lugar ordene la reapertura de la investigación del proceso y la libertad de su patrocinado.

1.3.- El tercer cargo se formula por la vía de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal al acusar la ocurrencia de

un error de hecho por falso juicio de identidad al otorgarle el fallador al acervo probatorio, por exceso, un sentido que no correspondía a su contenido fáctico, llegando a atribuirle a FRANK E. MOZO ROVIRA funcionario de la Contraloría General de la República, la comisión del punible previsto en el articulo 133 del Código Penal, siendo que él no tenía la administración o custodia del título 36044 sobre el cual operó la apropiación. A ese convencimiento llegó el juzgador, en razón a que el día 18 de diciembre de 1987 en cumplimiento de sus funciones tuvo simplemente en sus manos el citado documento.

El fallador le atribuyó al auditor RODRIGO AGUILLAR VALLE idéntica responsabilidad al señalarlo como el autor intelectual del delito, pese a que carecía de la administración, guarda, vigilancia o custodia del documento.

En este aparte la demanda cita los mismos argumentos y disposiciones del cargo anterior, e insiste en sostener que esas labores según el manual de funciones de la citada entidad obrante a folio 49 del cuaderno original No. 3, se encontraban a cargo del Tesorero y Subtesorero del IFI señores STERLIN BENITEZ y JOSE ANTONIO DELGADO respectivamente, así que los señores AGUILAR VALLE y MOZO ROVIRA no podían incurrir en el delito de peculado, encaminando su petición a que la Corte case la sentencia y dicte la de reemplazo por el punible de hurto agravado.

1.4.- En el cuarto cargo apunta dentro de la violación indirecta a un error de hecho, por apreciación errónea del caudal probatorio. Se dice aquí que al acusado se le condenó por el delito de prevaricato por omisión, con el argumento de que los revisores de documentos FRANK E. MOZO ROVIRA y MARIA TERESA RUIZ ALVARINO en sus relatos habían manifestado no haber contado con el acta de la visita anterior para efectuar el recuento de los documentos, pero al hacerlo se desestimó que la cotejación documental la realizaron diferentes funcionarios con base en el acta de la visita realizada el 18 de octubre de 1987, y que en ella no aparecía relacionado el título, pues la Correspondiente al mes de noviembre del mismo año se encontraba en borrador. De este modo, aunque el acusado se hallaba a cargo de las dependencias y tenía la obligación de cuidar la pronta elaboración de las actas, su conducta se justificaba si se tiene en cuenta que para esa época afrontaba una crisis debido a la escasez de personal, pues los empleados Ofir Ospina, Carlos Vergara y Jorge E.

Vargas se hallaban disfrutando de sus vacaciones, lo mismo que las secretarias Gloria Martínez Ruales y Flor Alba Vera, Martha Cornejo, Hugo de Jesús Loaiza e Ismael de Jesús Muñoz, mientras que Rosenda Guerrero había sido declarada insubsistente. Además, se les habían asignado labores de supervisión en otras empresas como Econiquel Ltda y Corferias S.A.

De la planta de personal a cargo de la Auditoría conformada por 19 funcionarios, siete de ellos se encontraban en vacaciones, una declarada insubsistente, y no obstante el aumento de la carga laboral, el acusado apenas tenía a su disposición once empleados. Por lo tanto, no podía endilgársele el dolo que exige el tipo penal. De otra parte, el acusado tampoco supo de la falta del acta que notó de menos el Tribunal.

Tampoco se contempló que pese haber sido AGUILAR VALLE suspendido del cargo para ser investigado disciplinariamente, al término de esa actuación se le exoneró de responsabilidad siendo reintegrado a sus labores, lo que se acredita con documentos oficiales legalmente aportados al proceso.

El demandante se refiere a los artículos 2o. 3o. 5o. 27, 68 y 150 del Código Penal, 29, 119, 112, 267 y 268 de la Constitución y a la Ley 20 de 1975, normas que estima vulneradas, pero que espera como lo solicita a la Corte, sirvan para casar la sentencia a fin de que en su lugar se absuelva al acusado por el punible de prevaricato por omisión.

1.5- El quinto cargo se presenta como subsidiario dentro de la causal primera de casación, acusando una violación directa de la ley sustancial al romper con la sentencia el principio de igualdad frente a la ley, dando aplicación diferencial a la reducción que establece el artículo 139 del Código Penal respecto de la mayoría de los procesados que se encontraban en idéntica situación jurídica, pero exceptuando a su representado.

A GABRIEL FERNANDO STERLIN BENITEZ y a JOSE ANTONIO DELGADO, por ejemplo, se les reconoció en su integridad la rebaja en comento, pese a que se les halló responsables de peculado culposo. Para esa graduación se partió del mínimo de seis meses que consagra el artículo 137 del Código Penal, disminuyéndolo en cuatro que es el equivalente a las dos terceras partes. En cambio, al dosificar la pena para los implicados recurrentes en casación, no se partió del mínimo de 24 meses, sino de

52, tampoco se les reconoció la rebaja hasta en las dos terceras partes que equivaldría a 34 meses y 20 días quedando la disminución apenas en veinte meses, para a los 32 restantes agregarle seis más por el concurso, y dejar en definitiva una sanción principal de 38 meses de prisión.

A los encartados AGUILAR y MOZO se les debió imponer apenas 23 meses y 10 días de prisión, y como consecuencia otorgárseles el subrogado de la condena de ejecución condicional. Su desconocimiento generó la violación a los artículos 8o. 6o. 61 y 139 del Código Penal, 13 de la Constitución Nacional; 6o. y 20 del Código de Procedimiento Penal, lo que conlleva a que se case la sentencia, para que en sustitución se dicte la que esté de acuerdo con lo señalado.

2o.- Demanda presentada a nombre de FRANK ELIECER MOZO ROVIRA.

Con base en el recuento de los fallos y similares argumentos a los utilizados por el anterior libelista -salvo el cargo primero-, el actor formula en contra de la sentencia de segunda instancia la siguiente impugnación:

2.1- Primer cargo: Se dirige a criticar que en la resolución de acusación el Tribunal se equivocó subsumiendo la conducta de los acusados FRANK ELIECER MOZO y RODRIGO AGUILAR VALLE dentro del punible de peculado por apropiación, que las pruebas aportadas al proceso permitían demostrar la existencia de un hurto agravado.

Con análoga presentación y argumentación a la anterior libelista, el defensor de MOZO ROVIRA dice que su defendido no pudo incurrir en el tipo penal de peculado por apropiación, pues no tenía la función de administrar o custodiar el título valor que dio origen a la presente investigación, labor que tenía asignada al Tesorero y el Subtesorero del IFI.

Las normas que se invocan como violadas son también en este caso los artículos 119, 267 y 268 de la Constitución, 2o. de la Ley 20 de 1975 y de la resolución 011512 de 1986; sosteniendo en la página 17 del escrito los siguiente:

> "Si aceptamos el acto de apoderamiento del título de marras que por vía indiciaria se hace recaer en cabeza de mi defendido Mozo Rovira, ese acto de apoderamiento estructura en forma clara, precisa el delito de HURTO y no de PECULADO POR APRO-

> PIACION, porque jamás reunió los ingredientes normativos del tipo penal de custodia y administración, que exige el peculado por apropiación".

Insiste en que la custodia, administración, conservación y manejo del título correspondían al Tesorero y Subtesorero del IFI, difiriendo sus funciones fiscalizadoras con las de administración, y transcribiendo apartes de los fallos de primera y de segunda instancia termina solicitándole a la Sala se declare la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria.

2.2- El segundo cargo dice el censor que la sentencia le endilgó a su representado el punible de peculado por apropiación con fundamento en las disposiciones consagradas en la Ley 20 de 1975, en la Resolución 011512 de 1986 y en la resolución orgánica 7350 de 1979, así como los artículos 119 y 267 de la Constitución Nacional, pese a que MOZO ROVIRA no tenía la administración ni custodia del título valor. Sin embargo, por el Juzgador se sostiene lo contrario (folio 158 del Cuaderno No. 7), al afirmar que:

> "La norma penal analizada no sólo contiene como elemento normativo a la administración sino también la custodia, ha de significarse como esa apropiación en razón de sus funciones no tiene el limitado alcance que pueda corresponderle en el derecho administrativo; es decir una estrecha vinculación entre la función y la tenencia del bien público, si no que basta que la disponibilidad que en un momento dado se tenga derive del ejercicio de la función atribuida".

En el aparte transcrito, añade, se le pretende dar a la función de la Contraloría el alcance de custodia y administración sobre los bienes del estado, cuando el sentido del artículo 267 es el de que esos funcionarios "no podrán custodiar ni administrar bienes diferentes a los de su propia administración...", lo que lo lleva a insistir en que era el tipo del hurto aquel que ha debido aplicarse. En este sentido encamina su petición, y solicita se case la sentencia para que el acusado sea condenado por el delito de hurto agravado.

2.3- En el tercer cargo la vía señalada es la del error de hecho, proponiendo que el fallador le otorgó a las pruebas aportadas unas característi-

cas de las que carecen, considerando unos documentos de carácter personal como si fueran públicos, y haciendo consistir el delito de prevaricato por omisión por parte del acusado, en la falta de verificación del libro auxiliar de inversiones transitorias, aduciendo que ese hecho hubiera permitido detectar el faltante del título 36044. También, por no haber confrontado el acta de arqueo del mes inmediatamente anterior, ni el informe semanal de inversiones transitorias.

A lo anterior replica afirmando que el libro auxiliar no existía, y que mal podía reemplazarse por las hojas de borrador que el tesorero presentó en su diligencia de injurada, pues ese informe no servía para hacer la verificación, pues como lo señala el Subgerente Financiero del IFI, apenas arrojaba cifras globales. Y en relación con el acta anterior, si bien era verdad que su elaboración estaba a cargo de la Auditoría, también lo era que los funcionarios encargados del arqueo la solicitaron, pero no les fue suministraba por encontrarse en borrador y guardada en el escritorio de una de las secretarias que estaba disfrutando de sus vacaciones. En esas condiciones, añade:

> "...no fue culpa de los revisores el no haber llevado el acta del arqueo anterior, sino que no se las suministraron y por ello no se les puede endilgar conducta omisiva. Es todo lo anterior, lo que demuestra que la violación de la norma sustancial proviene de error de la apreciación de determinada prueba."

Con cita de las mismas disposiciones invocadas en la primera demanda, el libelista termina solicitándole a la Corte la casación de la sentencia para que a cambio se absuelva a su defendido por el delito de prevaricato por omisión.

2.4- El cuarto y último cargo propuesto de manera subsidiaria y en semejantes términos a los utilizados en la anterior demanda, se refiere a una "violación directa que desemboca en un error de derecho", por cuanto los juzgadores no le reconocieron a su defendido la misma rebaja de las dos terceras partes contempladas en el artículo 139 del Código Penal concedida al Tesorero y Subtesorero del IFI. lo cual hace mérito para que se case la sentencia y en su reemplazo se dicte la que corresponda con respecto a la ley.

Concepto del ministerio público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se refiere inicialmente al primer cargo formulado en la demanda a nombre de RODRIGO AGUILAR VALLE respondiendo que ninguna vulneración sufrió el debido proceso por la no vinculación de Carlos Madriñán Jaramillo, en cuanto la alegación se refiere a persona diferente de los condenados, así que por ser la responsabilidad penal personal, se trataría de un hecho inidóneo para afectar a terceros o incidir respecto del fallo proferido en contra del acusado AGUILAR VALLE. En el peor de los casos, todo lo que podría representar sería la probable impunidad de un partícipe.

Se muestra de acuerdo con las apreciaciones de los Juzgadores cuando ordenaron la nulidad de esa vinculación, dado que el expediente ofrece argumentos suficientes que permiten determinar como aquella persona no era real, tal cual sucede con la cédula falsa, los errores relativos a la nomenclatura de la vivienda, y la forma de aparición de ese personaje en los autos, lo que apuntaba a demostrar que se trataba de una estratagema urdida por los verdaderos autores del delito. Al carecerse de la identidad de ese personaje, mal podía mantenérsele vinculado al proceso o atribuírsele una falsedad personal.

Tampoco podría admitirse la hipótesis de que si ese individuo fue quien se apoderó del título valor, ello permitiría desvirtuar el apoderamiento atribuido a MOZO ROVIRA, como tampoco que su no vinculación deshaga la adecuación típica, o incida en la parte resolutiva de la sentencia, pues de ninguna manera puede descartarse que alguien con acceso al documento fue quien pudo cumplir su apoderamiento, para luego colocarlo en manos de particulares. Esos razonamientos, en consecuencia, son suficientes para recomendar como no atendible el cargo formulado.

Hallando que el segundo cargo presentado por el defensor de AGUILAR VALLE, coincide con el primero formulado en la demanda a nombre de MOZO ROVIRA, relacionándose los dos con el error en la denominación jurídica, conjuntamente les contesta en apoyo de esa censura advirtiendo que a su juicio el criterio de los falladores fue en este aspecto equivocado al pretender que el solo hecho de entrar en contacto con los documentos dentro del ejercicio de la función de revisión les atribuía la calidad de custodios, ya que los empleados de la Contraloría General de la Repúbli-

ca no tienen la función de administradores de los bienes propios de la entidad ante la cual ejercen la fiscalización.

Tampoco podría admitirse en los recurrentes la posibilidad de actuar a título de co-administradores, ni la de ejercer funciones de custodia derivada de la norma legal que les imponga control respecto de los bienes del ente vigilado. Estos funcionarios apenas podían entrar en contacto físico con los bienes de la entidad dentro de las mismas oficinas, o en las dependencias, pero solo para la verificación de inventarios. Para lograr su apoderamiento les era necesario recurrir a la maniobra de escamoteo, a un subterfugio, o al empleo de la fuerza, pues no podrían hacerlo valiéndose de la autonomía de su propia función. Así y por vía de ejemplo, no hubiera podido el revisor de documentos a los ojos de la empleada del IFI que estaba presenciando el arqueo, tomar el título que dio origen a esta investigación.

El contacto con el documento, repite, fue apenas físico, sin configuración de una posición autónoma, ya que la posesión y custodia seguía a cargo de la entidad, de modo que de un análisis de la diligencia de arqueo y la intervención de los en ella concurrentes, infiere que la vigilancia permanente por parte de los empleados de las dependencias auditivas, apenas le reportó a los auditores un contacto físico con los documentos sin ninguna autonomía sobre los mismos, luego en esas condiciones, la apropiación del título no se hizo en, o por razón de las funciones, sino por la habilidad, o el artificio que debieron emplear, pues no tenían el poder para a través de su propia iniciativa sacar de las oficinas el mencionado documento.

Entonces, agrega, si no se cumplió con la estructura del delito de Peculado consagrada en el artículo 133 del Código Penal, el sentenciador estimó incorrectamente una situación de facto y de la prueba relativa a la naturaleza de la relación entre los Auditores y los títulos que recontaban en el arqueo de caja, y por ello adecuó erróneamente la conducta a la del peculado por apropiación, ya que se carecía de la relación de custodia exigida por el mencionado tipo penal.

Solo que a diferencia de los demandantes quienes aseveran que el juzgador debió subsumir la conducta al tipo penal del hurto, hecho que corresponde a otro título de la codificación penal, estima que en lugar de retrotraer el proceso a la fase correspondiente, lo pertinente habrá de ser

el que la Corte absuelva por este cargo a los acusados, pues remitiéndose a lo dicho por la Sala en providencia de marzo 3 de 1994 cuando aplicó la excepción de inconstitucionalidad al control de legalidad judicial de las medidas de aseguramiento, considera que

> "... el criterio de la decisión citada lleva como consecuencia última que la nulidad por error en la calificación ya no genera la anulación procesal, sino la absolución porque el delito probado es distinto del delito por el cual se ha formulado la acusación fiscal. Excúsenme H. Magistrados, pero como ha sido nuestro criterio desde mucho tiempo atrás, que se reforzó con la estructura actual del proceso, bien puede pensarse en que la solución del caso no sea la de casar para anular, sino la de casar la sentencia para absolver a los sentenciados por un delito que no pudieron cometer por falta de la relación de custodia de los títulos de los cuales se apoderaron."

Sin embargo y al margen de lo expuesto, la Delegada considera que en razón a que el error comentado cubre uno de los aspectos de nulidad presentado por las dos demandas, lo procedente sería casar la sentencia para anular el proceso a partir de la calificación.

Dejando hasta allí el tema señalado, enseguida se refiere el Procurador al tercer cargo de la demanda presentada a nombre de RODRIGO AGUILAR VALLE, relacionada con la exidencia de un error en la apreciación de la prueba por falso juicio de identidad, al estimar los juzgadores que debido al contacto físico con el título se configuraba la custodia jurídica del mismo, razón por la cual llegó a subsumir erradamente la conducta en el tipo penal del peculado por apropiación.

Al encontrar que bajo esas circunstancias este cargo responde a los argumentos esbozados en el anterior, y tiene relación con la nulidad, siendo

> "...de orden prevalente y como ella impide el pronunciamiento respecto de los demás cargos de la demanda, le parece a la Delegada que si bien es lógicamente atendible el razonamiento de impugnación también por esta vía, por sustracción de materia, debe deferirse la decisión de casar el cargo de nulidad ya respondido."

Al referirse al cuarto cargo donde el censor acusa la sentencia a nombre del procesado AGUILAR VALLE de condenar por un delito de prevaricato inexistente, dice la Delegada que la argumentación no es válida cuando parte de que el acta no existía y que no había sido confeccionada por carecerse de personal, porque en su sentir, allí es justamente donde radica la adecuación del comportamiento, ya que la elaboración del acta era función propia de la Auditoría, así como la obligación por parte de la oficina de la Contraloría de contar con la misma al momento de hacer la confrontación.

Si lo que trataba de cuestionar el cuestionar el censor era lo atinente a la ausencia de dolo, ello no fue planteado claramente. Lo cierto es, que "la falta del acta y de confrontación, unidas a la sustracción del título en el arqueo de caja, permiten estructurar sólidamente la conclusión opuesta, como lo hicieron los sentenciadores de las instancias." "El cargo carece de fundamento en este punto al igual que la propuesta que se hace en la segunda demanda y por ello la Delegada se permite solicitar sea denegada esta pretensión.

El cargo quinto presentado por la vía de la violación directa y referido al quántum punitivo es descalificado por el Procurador en razón a que el artículo 139 del Código Penal no dispone una rebaja exacta y matemática, sino que deja a la discrecionalidad del juez la utilización del término "hasta en las tres cuartas partes", lo que indica que puede rebajar desde un día hasta el máximo citado.

De otra parte, la dosificación de la pena debe hacerse de acuerdo con la gravedad y modalidades del hecho, o del grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación o atenuación y la personalidad del agente según lo dispone el artículo 61 del Código Penal, así que la situación de los condenados en segunda instancia por el delito de peculado culposo quienes recibieron el mayor porcentaje de rebaja, es diferente a la de los auditores, pues estos fueron quienes se vieron involucrados de manera directa en la desaparición del título. Tampoco es asbolutamente válida la afirmación de que todas las personas sean iguales ante la ley, pues desde el punto de vista natural no lo son, ni pueden serlo:

> "Por ello, se ha discutido de largo tiempo, que la igualdad del derecho implica de por sí una injusticia en cuanto debe aplicarse

a supuestos diferentes (las personas). Por ello el sistema penal tiene elementos de individualización que permitan establecer la pena en forma más justa de acuerdo con el hecho, y el grado de responsabilidad de su autor. Así se establece un marco legal que particulariza la pena, a partir de lo cual sigue otro proceso de individualización de la punibilidad que se deja al buen arbitrio del Juez que tiene un margen discrecional en el ámbito mismo de la ley para ir de un extremo a otro de la punibilidad...".

En esas condiciones, el Juez individualiza las penas, y frente a varios procesados por un mismo delito ha de analizar su grado de responsabilidad: culpa, dolo, la concurrencia de circunstancias delictivas adicionales, como en el concurso, las cuales pueden concurrir en uno de ellos. Siendo ello lo que aquí sucedió, debe predicarse que no les asiste razón a los demandantes, y por lo mismo sugerir, como lo hace, la desestimación de los cargos que de manera similar se plantearon en las dos demandas.

Con las salvedades que advirtiera, resalta la Delegada la identidad de las dos demandas, lo que la lleva a solicitar que por la Sala se tengan en cuenta sus planteamientos de respuesta a la presentada a nombre de AGUILAR VALLE, frente a las pretensiones formuladas por el defensor de FRANK ELIECER MOZO ROVIRA, denegándolas

"...salvo por la casación parcial de la sentencia por existir una nulidad del proceso por error en la calificación del hecho punible, que se consideró como peculado de aprobación cuando en verdad no existía relación jurídica de administración o custodia del bien del cual se apoderaron."

Consideraciones de la Corte:

1°. El primer cargo que encabeza la demanda formulada a nombre del procesado AGUILAR VALLE se hace merecedor de las críticas que en su momento le dirige la Procuraduría, porque entera razón le asiste a la Delegada al advertir que el reproche no afecta la situación del impugnante sino de un tercero cuya identidad ni siquiera logró ser confirmada debida y oportunamente, por lo que mal podía intentarse una vinculación procesal a nombre de Carlos Madriñán Jaramillo, cuya existencia real quedó ampliamente desdibujada en el proceso.

Es reiterada y ampliamente conocida la doctrina de la Sala en punto a las consecuencias que para los procesados legalmente vinculados constituya la omisión en la vinculación de otro u otros imputados, porque sobre la base de ser la responsabilidad penal individual, el incumplimiento de aquella orden del artículo 14 del C. de P.P. (hoy artículo 88) según la cual para cada delito se habría de adelantar una sola averiguación penal sin importar el número de sus autores o partícipes, apenas constituye una irregularidad superable mediante la pertinente aunque tardía orden de copias, pues lejos de constituirse en mandato perentorio, el principio de unidad admite una variedad de excepciones que comienzan con la posibilidad de que entre los implicados se presenten aforados ante otras competencias, si no la hipótesis de ruptura de la unidad a raíz de la calificación de fondo, o siquiera el conocimiento tardío de otros responsables, etc (cfr. entre otras, sentencia de agosto 10 de 1992, proceso 6603).

Cierto sí, que cuando el procesado se ha excusado en la intervención de un tercero conocido, identificable y respecto del cual surgen bases suficientes para entender que ha participado en la comisión de la infracción, siendo además la pieza basilar para la exculpación, esa omisión de vinculación podría perjudicar los intereses de la defensa de aquel. Pero no menos exacto es advertir que no se trata en el caso presente del planteamiento de esa hipótesis excepcional pues sobre ese aspecto no explora la demanda las consecuencias prevenidas, lo que ya de por sí hace demérito a sus alegaciones, pero ante todo porque muy a distancia estaba el proceso de imponer la vinculación de Madriñán Jaramillo mediante injurada, cuando el expediente acreditaba con seriedad que su invocación tan solo obedecía a una acomodada excusa, dado que ni siquiera el documento de identificación que se propuso servir como asidero de su existencia encontró respaldo en los archivos oficiales, falsedad que se aunó a otras fragilidades en la excusa, sobre las cuales hizo énfasis el Juzgado cuando mediante auto de marzo 12 de 1988 decretó la nulidad del emplazamiento y declaración de ausencia de ese indefinido personaje, razonamientos que agotaron su objeto en las instancias cuando el Tribunal coincidió y por vía de apelación ratificó con amplitud ese criterio. Ninguna violación de derechos fundamentales se acusa con tal hecho.

Por deficiente presentación y falta de presupuestos fácticos para su prosperidad, el cargo formulado se desestimará.

2o. En el segundo cargo de la demanda a nombre de AGUILAR VALLE halla la Sala total coincidencia con el planteo contenido en el cargo

primero del libelo del co-acusado FRANK ELIECER MOZO ROVIRA, hecho que por economía procesal impone conceder única respuesta.

En este caso, se recuerda, la inconformidad consistente en la incursión por parte de los juzgadores en un error en la denominación jurídica de la infracción, pues en lugar de sentenciar a los enjuiciados por el delito de hurto agravado lo hicieron por el de peculado por apropiación, entrando a contrariar lo dispuesto en los artículos 119, 267 y 268 de la Constitución, el artículo 2o. de la Ley 20 de 1975 y la resolución 011512 de 1986, al refundir la función fiscalizadora que ejerce la Auditoría Fiscal de la Contraloría, con las de administrar, custodiar, guardar y manejar los bienes y valores de la entidad fiscalizadora, error que se hace manifiesto cuando la adecuación se hace en un momento en el que el control previo había sido subrogado por el control posterior.

En sus avales a este enfoque la Delegada todavía recuerda que los funcionarios de la Contraloría General de la República no ejercen funciones de custodia derivada de la norma legal que la imponga respecto de los bienes del ente vigilado; y por lo tanto carecen de autonomía sobre esos bienes. Su contacto es apenas físico, y por ende, para lograr la apropiación, les era necesario recurrir al artificio, el escamoteo, el subterfugio o el empleo de la fuerza, habilidades que en el caso presente configuraban un delito de hurto.

Los anteriores planteamientos parten, a juicio de la Sala de una premisa equivocada, y es la de entender que dentro del concepto complejo de administración de los bienes del Estado, la responsabilidad del ente vigilado difiere invariablemente de la del encargado del control fiscal, pues con ello se olvida que de acuerdo con las disposiciones invocadas inclusive por los impugnantes, los artículos 119 y 267 de la Constitución (anterior artículo 59 de la Carta Política de 1886), y el artículo 2o. de la Ley 20 de 1975, la labor de vigilancia y el control fiscal de la gestión de la administración pública le están asignados a la Contraloría General de la República, y para el caso concreto del cuidado de títulos como el de participación clase B que resultó materia de la distracción, ese control permanente y no posterior se hacía inminente mediante las sorpresivas y repetidas visitas de conteo donde la Auditoría accedía materialmente a los documentos para cumplir con la persistente revisión, cotejo y elaboración de arqueos.

Como en su planteamiento los demandantes no desmienten la presentación que desde el punto de vista fáctico hacen los juzgadores, conviene recordar, para edificar la solución del caso sobre presupuestos ciertos y probados, cuanto sobre la mecánica de los hechos y la intervención de los dos acusados recurrentes dice el auto de enjuiciamiento, que a espacio precisó los cargos. En este sentido, y luego de hacer una remisión pormenorizada a las pruebas, el ad-quem en su momento concretó:

> "En resumen se tiene: 1o) Que el título valor en posesión legítima por parte del "IFI" su propietario, se encontraba bajo la administración, conservación y cuidado de la Tesorería de dicha entidad; 2o).- Que por razón de específicas funciones sólo tenían acceso al mismo: El Tesorero GABRIEL F. STERLIN BENITEZ, el sub-tesorero JOSE A. DELGADO ESTUPIÑAN y la Auxiliar de Tesorería MARIA DE LOS ANGELES GONZALEZ o quien a ésta reemplace en sus ausencias; 3o.).- Que por razón de vacaciones disfrutadas desde el 27 de noviembre, MARIA DE LOS ANGELES fue reemplazada por la también auxiliar ESPERANZA HERNANDEZ DE BUITRAGO; 4o).- que el último reporte oficial que se hace sobre la existencia del título 36044 en poder de la Tesorería a la superintendencia Bancaria, data del nueve (9) de diciembre; y, 5o).- que nueve días después (el 18 de diciembre) FRANK ELIECER MOZO ROVIRA y MARIA TERESA RUIZ ALVARINO llevan a cabo en Tesorería la diligencia de arqueo a "inversiones transitorias" siendo atendidos por ESPERANZA HERNANDEZ BUITRAGO sin que en la respectiva acta se hubiese dado cuenta de la existencia del título 36044, ni, mucho menos de la inexistencia o de irregularidad alguna."

Complementando esta apretada síntesis del ocurrir, la Sala de Decisión resaltó cómo las diligencias de arqueo eran programadas a voluntad por la Auditoría a cargo de RODRIGO AGUILAR, cómo se dió la sucesión perfecta de episodios entre la oferta genérica de un título para su comercialización por parte del primo del Auditor AGUILAR, el co-acusado HERNANDO MIER el 16 de diciembre, y cómo para el día 18 o 19, cumplida la diligencia de arqueo, ya el negocio lo ofreció MIER AGUILAR, al médico SALAZAR SERNA sobre un título concreto, que no fue otro distinto del subrepticiamente retirado del IFI y objeto de esta causa, de donde con acierto se concluye en que "mientras el 16 de diciem-

bre MIER AGUILAR sólo tenía una expectativa -una posibilidad- al título, el 18 tenga ya, la seguridad de entregar el lunes inmediatamente siguiente una fotocopia del mismo", hechos que resaltan el programado acuerdo existente ente el Auditor RODRIGO AGUILAR citado por SALAZAR como uno de los intervinientes en la oferta del Bono, su primo HERNANDO MIER como intermediario, y el procesado FRANCK MOZO, quien llevaría a cabo como subalterno del Auditor ante el IFI la diligencia de arqueo, dentro de la cual y de manera maliciosa no se tuvieron como base de la cotejación de bienes ni el acta anterior ni los registros en libros, como estaban obligados a cumplirlo, facilitándoles la ocultación del apoderamiento que del título se hacía.

Siendo entonces sobre esta realidad que la alegación se ofrece, ha de reconocerse que la razón estuvo del lado de los juzgadores cuando consideraron el comportamiento de los acusados RODRIGO AGUILLAR y FRANK ELIECER MOZO como constitutivo de un peculado por apropiación, porque además de hacerse evidente que la ofensa no se dirigió con exclusividad en contra del patrimonio económico del Estado sino ante todo de la Administración cuyo prestigio y ordenado funcionamiento quebrantaron con la infidelidad a los deberes oficiales que les incumbían, no cabe duda en cuanto el apoderamiento del título operó dentro del ejercicio de sus funciones, toda vez que mediante acuerdo entre estos dos desleales servidores públicos, el primero programó a su conveniencia la diligencia de arqueo, y el segundo la ejecutó logrando en ella que los títulos se le dejaran a su disposición para el cumplimiento de las revisiones y cotejaciones funcionales que le incumbían, en abuso de las cuales operó la distracción del valor.

Para otorgar en este aspecto la respuesta que la formulación de las demandas requiere, y sin que el tema planteado implique novedad, vale la pena recordar que el criterio de la Sala en el análisis de la relación entre la función del empleado y la tenencia y disponibilidad del bien que se distrae, ha precisado ya de antaño que la expresión legal "en razón de sus funciones" utilizada en la definición del peculado no significa

> "que tales atribuciones deben estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley pues-

to que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

...Se necesita, para que haya peculado, una más directa referencia a las funciones del empleado.

Para delimitar el campo jurídico en que puede cometerse el peculado, deben fijarse, en primer término, dos límites negativos: que la posesión no se haya obtenido por un medio ilícito y que no esté expresamente prohibida por una norma legal." (sentencia de agosto 3 de 1976).

En sentido parejo, en fallo de noviembre 18 de 1980 se reiteró que en el delito de peculado

"No es necesario que las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., estén antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal. Basta, que la facultad de disponer del bien del cual se hace mal uso, surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función."

Y en decisión de julio 15 de 1982 todavía se precisó que

"...de acuerdo con repetidas doctrinas de esta Sala, no solo aquellas personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado pueden cometer el delito de peculado, sino, como lo expresa la sentencia, cuyos apartes ha transcrito el actor, las que lo reciben en consideración a sus funciones.

O sea que se requieren tres condiciones fundamentales para que se tenga que responder penalmente por la apropiación o aplica-

> ción oficial diferente del bien, que el agente sea un funcionario o empleado público, o como dice el Código Penal vigente "empleado oficial", que se le haya entregado un bien en administración o custodia en razón de o con relación a sus funciones y que disponga de él de modo que implique ejercicio, en alguna forma de ellos.
>
> Respecto de esta última condición hay que decir que no se requiere una disposición del bien expresamente autorizada por la ley, es decir, una actividad manifiestamente atribuida al agente como parte de sus funciones, sino que basta que la disposición esté relacionada en tal forma con la función que aquella no hubiera sido posible sin ésta."

En el caso del análisis se demostró a suficiencia que los dos acusados ahora recurrentes se hallaban vinculados oficialmente a la administración como empleados de la Contraloría General de la República y que dentro de sus funciones estaba precisamente la de ejercer actuales y periódicos controles, y no uno posterior sobre la guarda y el manejo de los títulos en depósito, lo que constituía una innegable participación en ese deber de custodia confiado al IFI sobre aquellos bienes públicos. También que en ejercicio de esas funciones se programaban los arqueos, y que en el curso de éstos los auditores recibían para constatar su existencia y revisar su contenido y vencimientos todos y cada uno de los títulos, valores y libros requeridos para el cumplimiento de esa función, de modo que no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se daba en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartivo ese deber legal -se insiste- de custodia.

Es más: a ese control fiscal también se ha referido la doctrina de la Sala para integrarlo, cuando de circunstancias muy concretas ello surge, a una labor de co-gestión, o co-administración, según se ha visto en fallo de abril 18 de 1990 que a su vez remite al de diciembre 6 de 1982, reconociendo por vía de ejemplo en cuanto al tema del recaudo y manejo de impuestos, cómo.

> "dado el mecanismo de controles a que está sometido, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración, dentro de los límites de

> sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar, señalándose como ejemplos los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad de determinados bienes que, de otra manera, hubiera escapado a su acción."

Y tal fue lo sucedido en el caso de análisis, dentro del cual se ha puesto de relieve que la repetición y forma de los arqueos no dejaba desprevenida la injerencia persistente de la Contraloría participando a través de sus auditores en la custodia de unos bienes de los cuales terminaron apropiándose para su propio lucro los funcionarios acusados.

Como dentro de su argumentación de apoyo a las demandas, ha sostenido el Ministerio Público que el delito contra el patrimonio se presenta porque a falta de una relación funcional los acusados recurrieron a la habilidad o los ardides, tampoco estará de sobra recordar que acreditada como se ha visto esa relación funcional que la Delegada nota de menos, tampoco el recurso a los medios de engaño o artificio son suficientes para transformar una ofensa a la administración pública en falta contra el patrimonio económico, pues como también lo ha precisado la doctrina de la Sala en el ya aludido fallo de julio 15 de 1982, una vez presentes los requisitos de la vinculación oficial del sujeto agente, la detentación del bien como resultado de su ejercicio funcional de administración o cuidado y su disposición indebida,

> "...no importa la forma como el bien sea sustraído de la esfera oficial de custodia o pertenencia. Por lo general el agente se vale de maniobras engañosas para lograrlo, o bien lo hace en forma clandestina, pudiera decirse furtiva. Pero ni aquellas convierten la infracción en ésta ni ésta en hurto. Predomina, como lo dice la Procuraduría, el carácter oficial del bien. E igualmente, agrega la Corte, el del agente y la vinculación de ese bien a la función del sujeto activo del ilícito."

En suma, ninguna de las razones aportadas por los demandantes ni adicionadas por la Delegada alcanzan para demostrar la ocurrencia de ese error en la calificación de la conducta del cual querían derivar como consecuen-

cia la invalidación del rito, lo que hace en este cargo imprósperas las pretensiones de las dos demandas.

Tampoco se opone lo anotado para que la Sala clarifique frente a la insinuación de la Procuraduría Delegada que en lugar de la invalidación de lo actuado propuso como alternativa la absolución de los acusados por el delito de peculado, que una solución semejante, fundada sobre el presupuesto de la titularidad de la acción penal en cabeza de la Fiscalía, no corresponde con los presupuestos que se manejan en el caso presente, toda vez que la causa se adelantó con fundamento en el Decreto 050 de 1987.

No empece a esta aclaración, considera oportuno precisar la Sala que ni siquiera en el caso de rituarse esta actuación bajo la preceptiva del Decreto 2700 de 1991 podría hallar cabida la sugerencia del Ministerio Público, pues son plurales las razones que a una solución como la insinuada se oponen de modo manifiesto.

Téngase en cuenta por vía de ejemplo que así sea cierto que el actual Código de Procedimiento Penal no establece, a diferencia del Decreto 050 de 1987 -artículo 501-, la posibilidad de variar en el curso de la causa la calificación jurídica de la infracción, semejante vacío no bastaría para asumir la posibilidad de tolerarla, pues la actual estructura del proceso demandaría una regulación expresa.

A esa conclusión se llega cuando la calificación de la instrucción se le atribuye privativamente a la Fiscalía, pero para perderla en el curso de la causa, al transformarse su intervención y restringirse a la de parte acusadora, radicando en el juez de allí en adelante la titularidad de la acción penal (artículo 24 C. de P.P.), que ejercerá en el curso de la audiencia dentro de los principios de equilibrio y de neutralidad que implican la dirección de ese debate.

Cierto también, cabe admitirlo, que el artículo 442 numeral 3 de la aludida codificación, le da a la calificación jurídica de la infracción que se contiene en la resolución de acusación el calificativo de "provisional". Pero no menos inconstestable que de esa sola circunstancia tampoco podrían derivarse consecuencias distintas de las señaladas por el legislador, y es evidente que ellas en este caso no quedaron a la postre reguladas.

De frente a estas consideraciones, es de advertir que siendo la ley, por voluntad de la Constitución Política -artículo 230-, el único parámetro de

sometimiento de los jueces, en ninguno de sus preceptos autoriza para fundar sobre la base de un error en la adecuación jurídica de la infracción la absolución de un acusado. Por el contrario, son claras y plurales las disposiciones normativas que solucionan por vía diferente la ocurrencia de los errores judiciales, dentro de una voluntad también superior, de lograr la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 ibídem).

Es precisamente dentro de este entendimiento que ya desde antaño la Sala afirma y reconoce cómo "tanto en el procedimiento señalado en el C. de P.P. de 1971 (art. 210) como en el estatuto de 1987 (Decreto 050 art. 305) el haber incurrido el juzgador en error en la denominación jurídica de la infracción, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y conlleva a la nulidad de la actuación, pues nadie puede ser juzgado en materia criminal, si el hecho imputado no ha sido subsimido plenamente y de manera correcta dentro de la descripción de un determinado tipo penal". (cfr. sentencia de marzo 17 de 1993).

Como bien puede cotejarse, ni el entendimiento de ese vicio ni el de su solución desactualizan la doctrina frente a la codificación que ahora rige, porque de nuevo en el numeral 2 de su artículo 304 "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso" "sigue constituyendo causal legal de nulidad, y así de modo coherente se resalta en los artículos 37 y 37A actualizados por la Ley 81 de 1993, el otorgamiento al juez, tanto en el caso de la sentencia anticipada como de la audiencia especial de la facultad de inaceptar acuerdos de la Fiscalía, e inhibirse de proferir sentencia cuando descubra ilegalidad o violación de las ganantías fundamentales.

Y en idéntico sentido en el procedimiento ordinario se admite desde el momento de asumir el conocimiento de la causa la alegación y el decreto de nulidades -artículos 446 y 447 ibídem- con el fin de que la vista pública se inicie solo después de verificar la validez de la actuación, oportunidad que tampoco precluye con la audiencia, como a simple vista se infiere del artículo 305 del invocado ordenamiento procesal.

Tampoco sobraría advertir la falta de razón y congruencia que implicaría entrar a absolver a un procesado frente a unos hechos y a una responsabilidad que se le han probado plenamente, solo a pretexto de que su conducta se sanciona bajo un nomen iuris diferente del mencionado en la resolución acusatoria, porque de obrar así se supeditaría a formalidades

de no difícil corrección el interés muy superior de la administración de justicia, función pública bajo la cual se amparan la vocación y las necesidades del Estado, del ofendido y la comunidad en la reprensión de los delitos y el restablecimiento del derecho.

3o. Los cargos tercero de la demanda a nombre del acusado RODRIGO AGUILAR y segundo en la presentada por FRANK MOZO se refieren de nuevo al desacierto en la adecuación típica del hecho imputado como peculado, solo que bajo la proposición de un error de hecho por falso juicio de identidad, acusando que hubo una deformación por parte de los juzgadores sobre la situación fáctica, que los llevó a inferir, de la sola tenencia del título en sus manos durante el curso de la diligencia de arqueo, la disponibilidad jurídica de los bienes.

Esta nueva alegación común a las dos demandas peca también en cada una de ellas por no identificar la prueba sobre la cual se hace recaer la deformación que se le atribuye a la sentencia, omisión que impide abiertamente ingresar al análisis del reparo.

Pero es más: si se consulta el texto del acta de arqueo adosada al expediente, el presupuesto de hecho sobre el cual pretende construirse la alegación decae, pues de modo claro en ese documento aparece que efectivamente y para que los auditores cumplieran con su función legal de examinar los títulos, bonos y demás papeles de valor, todos ellos les fueron entregados por la empleada del IFI en ese momento encargada de atenderlos, de modo que si así se hizo constar en la sentencia, ninguna alteración ni deformación de esa fuente probatoria puede pretenderse ocurrida.

El cargo, por otro aspecto, entraña una imperfección más que encamina a su rechazo, y es la alusiva al petitum con el cual concluyen los argumentos, pues resulta inaceptable pretender como se propone que luego de reconocerse por parte de la Corte que el delito cometido no era un peculado sino un hurto, se entrará a proferir fallo sustitutivo de condena por esta segunda infracción, pues de acoger semejante pedimento se generaría una incongruencia entre el pliego acusatorio y la sentencia, lo que de ningún modo podría hacerse de recibo.

4o.)- Tratando de enervar la imputación por el prevaricato omisivo, los cargos cuarto y tercero, respectivamente, en las dos demandas que se traen en estudio, alegan la existencia de un error de hecho consistente en que

los falladores apreciaron equivocadamente el caudal probatorio al desconocer que como consecuencia de la reducción de personal, de la falta de acta relativa a la última visita anterior y de libros para cotejo, los acusados MOZO y RUIZ ALVERINO carecían de la posibilidad de descubrir el faltante del título de inversión.

La demanda en este punto se torna especulativa y distante tanto del texto de las sentencias como de la realidad de lo probado, pues lejos de imaginar la prueba relacionada con la existencia del acta anterior donde aparecería incorporado el título luego sustraído, ni de desconocer otros medios relevantes, los juzgadores resaltaron dentro de los deberes imprescindibles y sin embargo omitidos por los revisores el de verificar una consulta de la documentación más reciente relativa a la existencia de los títulos a inspeccionar, pues tan solo con ella se podría descubrir si había o no faltante, y como consecuencia habilitar las medidas que resultaran pertinentes.

En este orden se destaca en la sentencia del a-quo cómo en las actas anteriores si se hacía referencia a la entrega por parte del IFI de todos los libros y documentos necesarios para el cumplimiento de esa función, lo que en cambio omitieron el día de la sustracción del título distraído, y en la de segunda instancia se insiste que por la redacción de todas las actas anteriores elaboradas por la propia Auditoría, surge invariablemente que el IFI si ponía a disposición de los revisores la integridad de los libros, títulos y documentos, para el cumplimiento de su tarea. Por otro aspecto, es de interés hacer notorio que si bien es cierto el acta de noviembre no se había pasado todavía a limpio, sus borradores habían quedado a disposición para consulta sobre el escritorio de la empleada encargada de elaborarla, lo que indica que ninguna dificultad surgía para que los revisores acusados, de haber querido cumplir con sus deberes, hubieran consultado aquella colección de datos mucho más actualizada y confiable que la integrada al acta relativa a la visita realizada un mes antes.

De lo anterior emerge, conforme se consigna en las sentencias, ese desinterés de MOZO y la señora RUIZ por realizar tan delicada labor de control de la manera como reglamentariamente les estaba impuesto, prescindiendo voluntariamente de datos esenciales que o bien tenían a su disposición o fácilmente hubieran podido ir a consultar, dado que por corresponder a su rutina, conocían que el acta que llevaban a la mano, en cuanto no era la correspondiente al último arqueo realizado, no les facilitaba

la información útil y necesaria para la correcta relación que estaban verificando.

Con el incumplimiento voluntario y consciente de esos deberes funcionales, los revisores realizaron apenas una labor formal y aparente, más no la que se les había encomendado dentro del ejercicio cabal y delicado de su deber, hecho que no se logra desvanecer con la sola proposición de circunstancias que, como la restricción de personal, ni tienen relación ni repercuten sobre el sentido final del fallo adoptado.

En otras palabras, pese a que se acusa la desestimación de medios, los demandantes no impugnan la prueba que en verdad sirvió de base a la formulación del cargo por el delito de prevaricato omisivo lo que equivale a dejarla enhiesta, y cuando aducen que no se tuvo en cuenta aquella relacionada con la disminución de personal en la Contraloría, tampoco entran a demostrar cual podría ser la incidencia de esos hechos en el incumplimiento de sus propios deberes por parte de los acusados.

El cargo, por lo anotado, no puede prosperar.

5o).- Por último, en la demanda presentada a nombre del acusado RODRIGO AGUILAR como cargo subsidiario se formula uno por violación directa de la ley remitido a la tasación de pena, bajo el entendido de que ésta se realizó desconociendo el principio de igualdad, ya que existiendo el reintegro, los falladores le reconocieron a los auditores una rebaja de solo veinte meses, sobre una pena base calculada en cincuenta y dos, lo que dió por definitiva una sanción de treinta y dos meses de prisión, creando un desequilibrio frente a la pena que se le tasó al ex-tesorero y ex-subtesorero del IFI a quienes se les reconoció el máximo de disminución autorizado por la Ley, reduciendo su sanción de seis a solo dos meses de arresto.

Para la Sala, la respuesta dada sobre el particular por parte de la Delegada resulta enteramente adecuada, porque de una parte hace ver al demandante que la reducción realizada estuvo realmente dentro de los límites que el legislador le permitía al juez en el artículo 139 del Código Penal, pero además, porque la pretendida igualdad resulta relativa en materia punitiva, dado que siendo individual tanto la responsabilidad penal como la tasación de las acciones, son de considerar al lado de los factores objetivos relacionados con la naturaleza y gravedad del hecho otros de índole netamente subjetiva como los grados de participación, análisis de

personalidad y antecedentes de todo orden que por referir a la preparación, experiencia, cultura, comportamiento y modo de vida en general de cada individuo, marca definitivas disimilitudes de repercusión en una diferente gradación de las sanciones.

Para el evento concreto del reparo que se le hace a la sentencia en el caso de los auditores, el a-quo motivó esa tasación considerando que por la gravedad del hecho no se podía partir del mínimo legal previsto para el peculado agravado por la cuantía, así que se tomó como base una pena de 52 meses de prisión. Si a ese tope se le disminuyeron 20 meses, quiere decir que el descuento se iba aproximando a la mitad, lo que no resulta desmedido si se tiene en consideración que ninguno de los agraciados fue quien hizo la personal devolución del título a las autoridades porque esa conducta la realizó a motu proprio ANDRADE MORA, ni desequilibrado frente a la disminución con la cual se agració a GABRIEL FERNANDO STERLIN y JOSE ANTONIO DELGADO ESTUPIÑAN, porque a diferencia de lo que piensa la defensa, también respecto del delito de peculado imputado a AGUILAR y a los exfuncionarios del IFI mediaba una importante diferencia, pues no es lo mismo cometer intencionalmente una infracción como se le dedujo al impugnante, que hacerlo en el grado de culpa atribuido a STERLING y DELGADO, diferencias que por notorias las comienza a reconocer la ley desde el momento mismo en que fija para cada una de estas modalidades unas sanciones marcadamente dispares.

Limitadas en este ámbito las inquietudes de la defensa a la crítica de una desigualdad que lejos de arbitraria se acredita claramente consistente, tendrá que concluirse en que el cargo formulado no prospera.

El 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 a nombre de los acusados RODRIGO AGUILAR VALLE y FRANK ELIECER MOZO ROVIRA.

Copíese, devuélvase y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REPOSICION / EXTRADICION

La extradición no es un proceso judicial sino un acto de derecho internacional por el que un Estado entrega a otro un sindicado para que sea sometido a proceso penal, o cumpla la pena impuesta si se trata de reos, sin que la formalización de la entrega tenga por sí misma repercusiones penales. Es por ello que la normatividad colombiana ha puesto en manos del ejecutivo y no de la rama judicial la facultad de conceder o negar la extradición, correspondiéndole a la Corte únicamente el examen de las exigencias impuestas por la ley o los tratados, cuya conformidad o incumplimiento expresa a través de un concepto que solamente tiene carácter vinculante cuando es negativo.
Es por ello que la opinión de la Corte en esta materia no puede equipararse a una decisión judicial, y mucho menos al recurso extraordinario de casación ni el procedimiento que debe agotar guarda semejanza alguna con los trámites en los que la Colegiatura adopta determinaciones de imperioso cumplimiento. Se trata de un concepto entendido en el más amplio sentido de la palabra, que por serlo no está sometido a recursos.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 52

Vistos:

Decide la Sala si el concepto de extradición emitido por la Corte dentro del presente asunto es susceptible del recurso de reposición que en su contra intenta HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA o HECTOR

JOSE GONZALEZ DE ARMAS y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ

Antecedentes:

1.- Cumpliendo con el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal rindió la Corte el pasado 28 de marzo concepto favorable a la extradición de los ciudadanos venezolanos HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA o HECTOR JOSE GONZALEZ DE ARMAS y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ, solicitada por el Gobierno de Venezuela por la vía diplomática y ordenó comunicarle su sentido al Ministerio de Justicia y a la Fiscalía General de la Nación.

La Secretaría de la Sala enteró a los solicitados el 30 de marzo y ese mismo día envió el expediente a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, de donde regresa ahora para que la Corte se pronuncie sobre los recursos de reposición interpuestos por los solicitados.

2.- La señora EDILIA ISABEL DE LA ROSA hizo conocer su inconformidad en escrito entregado a la Corte el 6 de abril, y en el manifiesta que el delito imputado y por el cual se les dictó auto de detención, es el denominado "incorporación indebida de bienes del patrimonio público" que no está contemplado en el artículo 2 del tratado de 1991, par agregar que si fuera cierta la subsunción de esa conducta en la modalidad de "estafa o engaño" no ve razón para que el auto de detención no se profiera por el delito que expresamente contempla el Código Penal Venezolano bajo la denominación de "la estafa y otros fraudes".

Por su parte, HECTOR JOSE GONZALEZ en escrito radicado en el Ministerio de Justicia el 5 de abril afirma que el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal hace procedente el recurso de reposición para que la Corte revoque el concepto emitido, pues al considerar aplicable el tratado suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 olvidó que por expresa disposición de éste (artículo 8o. inciso 3o.) la extradición de los "prófugos" se rige por las leyes internas del país al que se le solicita.

Además, con su opinión sobre el requisito de la doble inciminación la Sala "echa por la borda los más elementales principios de la lógica y de la dinámica que inspiran el progreso de las normas positivas del derecho, así como sus más preclaros antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios", ya que no puede confundirse la identidad, propia de la esencia de las co-

sas, con la similitud que se relaciona con la forma en que se manifiestan los fenómenos, tanto que:

> "si todas las conductas delictivas pudiesen subsumirse bajo la categoría genérica de la criminalidad (de la identidad) no se entendería como se llegó a la singularización de las diversas modalidades delictivas y, por consiguiente, a las diferentes sanciones penales. Por lo mismo, la dinámica del ordenamiento positivo es la particularización de la tipicidad y de la penalidad y no al contrario. Un simple examen retrospectivo nos indica que a medida que avanza la sociedad van apareciendo nuevos tipos de delito y nuevas variedades en el quantum de las sanciones. Y eso no se opone a que por otro lado, por el lado de la teoría del derecho y no ya de la normatividad, se de paralelamente un movimiento de onvergencia hacia la identidad, que busca comprender la naturaleza de la conducta humana, en su multiplicidad, desde una única conceptualización universal".

Piensa que en el sentir de la Corte basta que la conducta sea criminal para que proceda la solicitud, sin explicar por qué en el derecho internacional existe el sistema de la "lista" que en concepto del tratadista Marco Gerardo Monroy Cabra tiene el inconveniente de no incluir todos los delitos. Además, omite considerar el quantum de la pena que es elemento sustancial del principio de la doble incriminación del que no se puede aislar por ser indispensable para hallar la similitud de la formalidad legal.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte a través del recurso de casación ha reiterado que éste "no puede interponerse apoyándose en causales genéricas sino que debe formularse sobre acusaciones específicas, con lo cual ha establecido que se deben diferenciar los cargos (no identificarlos) y que no se puede meter todo dentro de reclamaciones generales" (transcribe apartes de una sentencia de casación del 30 de enero de 1990) y, en este caso, su criterio se orientó en el sentido de la tipología generalizante de la criminalización.

Es más, en concepto de extradición del 29 de abril de 1986 con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez precisó la Sala que no puede violarse el principio de especialidad en lo tocante con el quantum de la pena que "debe aparecer como sanción cierta, definitiva e inevitable", esto es singularizada.

De las diligencias no surge certeza sobre el forjamiento del cheque ni sobre la estafa, en la modalidad de fraude, lo que impide establecer el tipo penal asimilable en la legislación colombiana o el monto de la pena a imponer y, en consecuencia, no opera el fenómeno de la doble incriminación.

Finalmente, solicita "reponer el auto impugnado y en su lugar negar la solicitud de extradición con concepto desfavorable, o, mínimamente, proferir una providencia que de respuesta a los planteamientos hechos por mí y mi señora y más acorde con la misma historia jurisprudencial de la H. Corte Colombiana".

Consideraciones de la Corte:

La extradición no es un proceso judicial sino un acto de derecho internacional por el que un Estado entrega a otro un sindicado para que sea sometido a proceso penal, o cumpla la pena impuesta si se trata de reos, sin que la formalización de la entrega tenga por sí misma repercusiones penales. Es por ello que la normatividad colombiana ha puesto en manos del ejecutivo y no de la rama judicial la facultad de conceder o negar la extradición, correspondiéndole a la Corte únicamente el examen de las exigencias impuestas por la ley o los tratados, cuya conformidad o incumplimiento expresa a través de un concepto que solamente tiene carácter vinculante cuando es negativo.

Es por ello que la opinión de la Corte en esta materia no puede equipararse a una decisión judicial, y mucho menos al recurso extraordinario de casación como alguno de los solicitantes trata de asimilarlo, ni el procedimiento que debe agotar guarda semejanza alguna con los trámites en los que la Colegiatura adopta determinaciones de imperioso cumplimiento. Se trata de un concepto entendido en el más amplio sentido de la palabra, que por serlo no está sometido a recursos. En este sentido ya la Sala precisó en anterior ocasión:

> "Tampoco ignora (la Corte) que el concepto en materia de extradición que, por Ley, está obligada a rendir (artículo 555 del C. de P. Penal) no es ningún acto intrascendente y que tiene y debe ser asumido previa una detenida ponderación del material probatorio y de la normatividad que regula este trámite, lo que es apenas natural, pues sería prohijar el absurdo que el legislador colocara a la Corte realizando actuaciones baladíes o que ella

asumiera sus compromisos legales sin la responsabilidad que es dable exigirse de sus actos. Pero esto no comporta que la naturaleza jurídica del 'concepto' varíe, hasta el punto de que deba entenderse como un auto, interlocutorio o de sustanciación y, así, entonces, susceptible del recurso de reposición (art. 199 del C. de P.P.). Sobre este particular es del caso señalar que se trata de una actuación sui generis que tiene vida jurídica dentro de un procedimiento especialísimo, creado exclusivamente cuando de la solicitud de extradición se trata. No es entonces ni auto ni sentencia, pues si su esencia fuera ésta no habría razón para que la ley aludiera a él en concreto con un denominativo diferente y, siendo emitido por autoridad judicial, rompería toda la filosofía propia a lo imperativo de sus mandatos y a la independencia de los poderes públicos, el que el ejecutivo pudiera desentenderse de él cuando 'es favorable a la extradición' (art. 557 C.P.P.). Ahora, si se le concedieran estas necesarias características a tal valoración, para poder tenerlo como auto o sentencia, entonces no habría razón alguna para que la resolución sobre la extradición estuviera en cabeza del gobierno como así lo ordena nuestro derecho vigente". (Decisión del 26 de julio de 1994 con ponencia del Magistrado Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

A lo anterior ha de añadirse que si en criterio de los solicitantes el recurso intentado procedía, era de esperar al menos su formulación en tiempo lo que tampoco ha sucedido, pues su extemporánea interposición se constituiría en obstáculo insalvable para asumir el análisis de los reproches formulados, porque cumplido el enteramiento el día 30 de marzo, la pretendida ejecutoria habría corrido los días 31 de ese mes, y el 3 y 4 de abril, lapso que transcurrió sin enervamiento alguno, lo que aún dentro del pensamiento de los inconformes tenía que significar el fracaso de sus pretensiones.

Si bien lo anterior basta para que la Sala desestime los pedimentos agregados, nada obsta para apuntar a fin de no dejar a modo de dubitación siquiera la temeraria afirmación de que la Corte ha cambiado su criterio en materia de extradición, que se hace por entero inapropiado pretender la aplicación de criterios propios de la casación a un trámite regido por parámetros reglados de muy diverso modo, como impropio tratar de equiparar las exigencias de una resolución de acusación o un fallo, con las de

una medida cautelar de detención cual fue la examinada en este asunto. Pero además, que lejos de cambiar o innovar en este caso interpretaciones sobre la aplicación del Acuerdo Bolivariano de Caracas operante en este asunto, bastará constatar que en el caso conocido el 10 de diciembre de 1946 bajo ponencia del Magistrado Domingo Sarasty M. y respecto de la extradición a la República del Ecuador del ciudadano Alipio García Solano, ya esta Corte había emitido concepto favorable pese a la ausencia de una textual coincidencia en las denominaciones jurídicas de las infracciones dentro de la legislación de cada Estado involucrado, a condición si de la coincidencia del hecho como delito en los dos Estados y su enlistamiento en el Acuerdo, porque entonces se trataba de una infracción calificada en el catálogo penal colombiano como "Peculado", en el del país solicitante como "Desfalco al Tesoro Nacional", y dentro del tratado de "malversación cometida por funcionarios públicos...", términos estos últimos amplios y genéricos que, como ahora, identificaban, comprendían y unificaban las respectivas figuras dentro de las legislaciones internas.

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

Resuelve:

DESETIMAR por improcedente el recurso de reposición intentado en contra del concepto favorable a la extradición de HECTOR JOSE GONZALEZ GORRONDONA o HECTOR JOSE GONZALEZ DE ARMAS y EDILIA ISABEL DE LA ROSA DE GONZALEZ emitido por la Sala el 28 de marzo del presente año, disponiendo como consecuencia el inmediato regreso de las diligencias a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia.

Entérese esta decisión a los solicitados y a las autoridades a las cuales se comunicó el concepto emitido.

Copiése, devuélvase y cúmplase

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

POLICIA JUDICIAL / INDICIO

Las diligencias practicadas por la Policía Judicial cobraban, plena validez, pero su estimación como medios probatorios no podía extenderse para cubrir los elementos de apoyo procurados solo para relievar la labor de inteligencia. La Policía Judicial se hallaba instituída como cuerpo auxiliar de los funcionarios de instrucción (artículo 312 del C. de P.P.), y su finalidad radicaba en "prestar a los jueces la colaboración investigativa que sea necesaria" (artículo 326), apoyo a cumplir "bajo la dirección operativa del juez correspondiente y por el término que éste determine" (artículo 328).

En la construcción de la prueba indiciaria es imprescindible que el hecho indicador descanse sobre medios legal y oportunamente allegados al proceso.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 52

Vistos

Inacogida la ponencia originalmente propuesta para la decisión del presente asunto, por mayoría resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del acusado ADOLFO RAMIREZ OSPINA en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 4 de mayo de 1993, decisión por medio de la cual confirma la de condena emitida en primera instancia por el Juzgado Cuarenta y cinco Penal del Circuito de la misma ciudad, imponiendo al procesado la pena principal de diez años de prisión como

autor del delito de homicidio cometido en la persona de Cesar Augusto Rivera.

Hechos y actuación procesal:

Por los precarios datos contenidos en el acta de levantamiento del cadáver, las acotaciones del álbum fotográfico y el resultado de la necrodactilia, se sabe que el 20 de junio de 1987 en un sector del Barrio Quiroga de esta ciudad cercano a la calle 32 sur con carrera 20 fue ultimado César Augusto Rivera Páez mediante disparos de arma de fuego.

El Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal, que practicó la citada diligencia, ordenó la apertura de investigación mediante auto del primero de julio del mismo año, y para su perfeccionamiento dispuso solicitar la colaboración de las autoridades de Policía judicial, librando efectivamente ocho días después una comunicación con destino al Grupo de Sangre del D.A.S. encaminada a la obtención de mejores datos sobre esclarecimiento de los hechos e identificación de sus responsables.

Los agentes encargados de adelantar las pesquisas rindieron informe el 6 de agosto siguiente dando cuenta de la localización de dos testigos presenciales de cuyas versiones primeras se tendría que el autor del homicidio habría sido el individuo ADOLFO RAMIREZ hermano de un tendero del sector de nombre Gabriel Ramírez. Para mayor apoyo de esta información se acompañaron en copia las versiones rendidas por los dos informantes señores Jorge Hernando Pérez y Luis Eduardo Jiménez, de cuyo parecer se desprendía que el móvil del homicidio estaría relacionado con la obtención por parte de la víctima del premio de una máquina tragamonedas que había estado accionando largo tiempo su agresor.

El así señalado como autor señor ADOLFO RAMIREZ OSPINA fue emplazado y declarado persona ausente, y en su contra se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva.

Sin escucharse los testimonios de las personas señaladas por la Policía Judicial, ni allegar otros medios probatorios, la investigación se declaró cerrada pasando a manos de un juez *ad-honorem* que proveyó su calificación mediante resolución acusatoria del 6 de mayo de 1992, por el delito de homicidio.

Correspondería luego por reparto adelantar el juzgamiento al Juzgado Primero Superior de Bogotá, que convertido luego en Juzgado Cuarenta y

cinco Penal del Circuito insistió infructuosamente en la citación y recibo de versión de los testigos presenciales, debiendo entrar a presidir la diligencia de audiencia y a proferir después el fallo condenatorio de marzo 8 de 1993, de contenido ya indicado, el que al ser apelado por el defensor de oficio dió lugar a su confirmación mediante la sentencia ahora impugnada en casación.

La demanda

Al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, formula el censor un solo cargo acusando la sentencia por error de derecho consistente en la apreciación como testimonios de las versiones recepcionadas por la Policía Judicial, sin que en su recaudo se hubiese cumplido el requisito de validez del juramento, deficiencia que bien hubiera podido subsanar el instructor practicando las declaraciones con las formalidades legales.

Como de ese modo no se obró, la sentencia del Tribunal se fundamenta en pruebas carentes de los requisitos de validez a los cuales se añade, dice, una indebida apreciación probatoria, en cuanto no se tuvieron en consideración las contradicciones de los deponentes sobre el desarrollo de los hechos, lo que tampoco permitía inferir la responsabilidad del acusado.

Sin embargo, sobre la base de esa actividad meramente administrativas del D.A.S. se profirieron primero la resolución de acusación y luego la sentencia, cuando lo correcto hubiera sido eliminar dichos medios de prueba por su carácter dudoso.

Tampoco el reconocimiento fotográfico que menciona el informe policivo se realizó en forma correcta, pues no se cumplió con la utilización de un mínimo de seis (6) fotografías ordenadas por el artículo 391 del Decreto 050 de 1987, vigente para aquella época, pluralidad de desaciertos que se inadvirtió al condenar al procesado en contraposición a las previsiones del artículo 247 *ibídem,* que imponía contar con la certeza necesaria sobre la responsabilidad del sindicado como requisito de la condena, irregularidades por las cuales pide a la Corte entre a casar la sentencia recurrida y a dictar en sustitución la de absolución que corresponde.

Concepto del ministerio público

1.- Desecha el señor Procurador Segundo Delegado la prosperidad del reproche formulado en la demanda por encontrarlo distanciado de la ver-

dad de la sentencia impugnada, considerando evidente la confusión del censor al afirmar que el fallo del *a-quo* se fundamenta en las declaraciones de Luis Hernado Jiménez y Jorge Hernando Pérez Chávez recepcionadas por la Policía Judicial; cuando lo que hizo el Tribunal fue justamente desestimarlas como testimonios y atribuirles la condición de hechos indicadores que permitieron estructurar la prueba indiciaria. Por eso la omisión del juramento resulta irrelevante, careciendo de interés saber si los agentes del D.A.S. tenían la obligación de cumplir con ese requisito.

2.- Empero, la Delegada invoca la competencia oficiosa de la Corte para solicitarle entre a casar en todo caso el fallo recurrido en cumplimiento del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, considerando que ostensiblemente se vulneró el derecho fundamental a un debido proceso.

Para la Delegada las funciones de la Policía Judicial estaban taxativamente establecidas en el Decreto 050 de 1987, vigente para entonces, de forma tal que solamente podía actuar por iniciativa propia en caso de urgencia o fuerza mayor y ante la imposibilidad del juez de instrucción para iniciar la investigación preliminar (artículo 334); circunstancias que no se presentaban cuando el D.A.S. intervino en el presente caso, ya que además, se había dado inicio a la fase investigativa en la que el juez asume la dirección del proceso y el control de las actividades de la Policía Judicial, sin que le fuera permitido facultar a esa entidad para recibir testimonios o recaudar pruebas, salvedad que solo procedía en la etapa de investigación preliminar.

En la solicitud contenida en el telegrama del 8 de junio de 1987, agrega, el Juez de Instrucción Criminal solicitó la colaboración del D.A.S. para "aclarar los hechos y localizar a los responsables del delito de homicidio", pero no les confería facultades para la recepción de testimonios. En esas condiciones, los agentes encargados de la misión debieron limitarse a adelantar la averiguación, más no recoger las exposiciones de Jiménez y Pérez en la forma en que aparece.

El informe rendido por aquellos tampoco tenía virtualidad para suplir, ni legitimar versiones "ilegalmente obtenidas", pues de aceptarse que por ese medio se les dió vida jurídica, se incurriría en el "absurdo de considerar que una prueba ilegal se legaliza cuando se reproduce en un informe de policía judicial" cuando, como sucede en este caso, su inexistencia la

determina el incumplimiento de las formalidades legales y la falta de competencia de quien recepcionó las declaraciones.

No hallándose prevista en la ley esa clase de prueba, el apreciarlas hace aplicable el inciso 5o. del artículo 29 de la Constitución según el cual "Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Ahora, como esas versiones carentes de legalidad constituyen el hecho indicador del que se infieren los indicios que sirven de soporte a la sentencia impugnada, deberá concluirse en que el Tribunal erró al "reconocer que no eran testimonios pero a su turno, que le sirvieran de sustento para demostrar el referido hecho indicador". Ante esa circunstancia, lo procedente es la casación oficiosa que implica la absolución del procesado al no existir ninguna otra prueba en su contra.

Consideraciones de la Corte

1.- No comparte la Sala las críticas que el Ministerio Público le endilga a la demanda en el caso de análisis, pues así no constituya ese escrito un ejemplo de rigor técnico tampoco puede desconocerse que en su esencia se ciñe a las exigencias básicas del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, siendo así que con invocación de la causal primera de casación y de la vía de la violación indirecta, impetra la invalidación de la sentencia y su sustitución por un fallo absolutorio, dado que los juzgadores incurrieron en errores de derecho al tener como medios probatorios válidos y suficientes unos que frente a la ley no constituían base ni fundamento para el proferimiento de sentencia de condena, desconociéndose la exigencia del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal sobre la prueba plena de responsabilidad penal del acusado, a quien, de contera, se le impuso indebidamente una pena de prisión por el delito de homicidio.

Siguiendo, justamente, los planteamientos del libelo, y de conformidad con la secuencia que sobre actuación procesal se ha dejado expuesta, tiénese por cierto que el esfuerzo probatorio desplegado dentro del caso sub examen se centró en la demostración de los elementos externos de la infracción sobre los cuales ni se hace ni merece promover ningún reproche, pero que en lo tocante con la prueba de responsabilidad, toda la actividad del

instructor se concretó y restringió de modo equivocado a la exclusiva solicitud de apoyo a la Policía Judicial.

Así se tiene que con fundamento en la orden judicial inserta en el auto cabeza de proceso, para cuya verificación se libró el mensaje respectivo, los agentes del DAS señores Luis Rueda y Jorge Bohorquez suministraron datos de los posibles conocedores de los hechos, y aún el breve resumen de la información que habían recogido. Sin embargo, sin que el instructor se ocupara del recaudo formal de esas versiones, para suplir la falta de prueba se optó por darle al solo informe el valor de medio probatorio, ordenando primero la captura de RAMIREZ, vincularle luego en ausencia y designarle un defensor de oficio, decretando enseguida su detención, hasta llegar a proferir sobre esa realidad la resolución acusatoria.

Tampoco en la causa se modificó tan desolado panorama probatorio pese al interés del Juzgado por citar y oír a los testigos de cargo, así que se terminó por suplir la omisión equiparando en la sentencia las versiones informales recibidas con el informe de Policia Judicial, valorando esos dichos como testimonios para inferir de ellos la prueba indiciaria suficiente y basar el fallo de condena, actividad en la que recibió el *a-quo* el respaldo de la segunda instancia.

Las diligencias practicadas por la Policía Judicial cobraban, es verdad, plena validez, pero su estimación como medios probatorios no podía extenderse para cubrir los elementos de apoyo procurados solo para relievar la labor de inteligencia. La Policía Judicial se hallaba instituída como cuerpo auxiliar de los funcionarios de instrucción (artículo 312 del C. de P.P.), y su finalidad radicaba en "prestar a los jueces la colaboración investigativa que sea necesaria" (artículo 326), apoyo a cumplir "bajo la dirección operativa del juez correspondiente y por el término que éste determine" (artículo 328). Todos estos requisitos se reunieron en el caso que se controvierte.

Por otra parte, el personal del DAS estaba integrado por ministerio de la ley a la Policía Judicial (artículo 331 C. de P.P.) y su informe se rindió dentro de las formalidades que preceptuaba el artículo 336 *ibídem,* de modo que ninguna irregularidad ni violación de garantía fundamental puede centrarse en su proceder, que ni lo fue por iniciativa propia, caso en el cual la norma restringía su oficiosidad a la actuación preliminar y a las condiciones limitativas del artículo 334 del C. de P.P., ni mucho menos en exceso

o desborde de las atribuciones que les confería la ley como unidades auxiliares en las tareas instructivas.

Por otra parte, no se trataba aquí de una comisión ilegal, o mediante la cual pretendiese el funcionario delegar la práctica de pruebas que sólo a él le competían, sino de la expedición mediante auto oportuno de una orden encaminada a obtener efectiva colaboración para el esclarecimiento de los hechos, instructivo que los comisionados realizaron dentro de sus deberes funcionales al localizar e identificar posibles testigos del delito cuyos nombres suministraron con una adicional información relativa a las circunstancias que a cada enterante le constaban.

En cuanto hace con el valor probatorio de esas actuaciones, el artículo 338 del Código de Procedimiento Penal que en este caso se aplica, advertía al juez para que realizara su apreciación conforme a las normas generales establecidas para la aducción y crítica de la prueba. Dicha advertencia no autorizaba, sin embargo, como en este caso resulta ocurrido, para unificar ni confundir una información que apenas enteraba sobre la localización de unas personas al parecer conocedoras de hechos investigados, con la que mereciera la versión apresurada de sus informantes y mucho menos para tener a éstos a manera de cabales declarantes, porque la prueba testimonial exigía la aducción legal de esas versiones al proceso, rendidas ante funcionario competente y con el lleno de las exigencias normativas prescritas.

Y en este punto es donde se muestra evidente el yerro de los juzgadores en el caso que se examina, porque en lugar de analizarse en las sentencias el informe de los agentes señores Rueda y Bohorquez, con indudable exceso la valoración se extendió al análisis de las informales referencias suministradas por los ciudadanos Luis Eduardo Jiménez y Jorge Hernando Pérez que en realidad jamás fueron vertidas como testimonios, porque ninguno de los dos declaró ante funcionario competente, ni dentro de las exigencias que rodean la validez de ese medio probatorio.

Y no se diga, como aparece en los fallos de instancia que a falta de esos requisitos las dos versiones se interpretarían como indicios, porque en la construcción de la prueba indiciaria es imprescindible que el hecho indicador descanse sobre medios legal y oportunamente allegados al proceso, lo que tampoco sucedió en el caso que se examina, donde la informalidad de aquellos asertos solo los hacía útiles -ya se ha dicho-, para

sustento del informe de inteligencia, más no para reemplazar la necesidad del recaudo probatorio, único sobre el cual podía centrarse una actividad de controversia, principio rector del procedimiento contenido en el artículo 10 de la codificación que se aplica y que de otro modo resultaría inefectivo.

Así las cosas, siendo lo cierto que a los agentes del DAS no se les había conferido una facultad distinta a la de adelantar pesquisas, y que tampoco las versiones de los señores Luis Eduardo Jiménez y Jorge Hernando Pérez se recibieron en la forma prescrita por la ley para su validez, surge innegable que la sentencia no podía reposar sobre la consideración de esos medios para declarar como se hizo la responsabilidad penal del acusado, ni imponerle como consecuencia una pena, lo que acredita la ocurrencia de aquel error de derecho evidente y trascendente que acusa la demanda, porque lo cierto es que aparte del informe de Policía Judicial sobre unas versiones referenciales de oídas que jamás lograron ser formalizadas en el expediente, ninguna otra prueba de autoría emerge para comprometer la responsabilidad penal del acusado.

El falso juicio de legalidad se hizo evidente al contrariar en la valoración jurídica de las afirmaciones de los posibles presenciales las normas reguladoras de los medios de prueba, sus requisitos y eficacia (arts. 285, 291, 292, 242, 295, 150, 152, 153 y 304 del C. de P.P.), y si de agregado se tiene que por no mediar la prueba mínima de responsabilidad, no se llegó a desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado ADOLFO RAMIREZ OSPINA, la consecuencia obligada es el proferimiento del fallo sustitutivo absolutorio que se impetra, como consecuencia del cual habrá de disponer la Sala la revocación de las órdenes de captura vigentes en contra del enjuiciado.

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

Resuelve

CASAR el fallo impugnado de fecha, contenido y procedencia anotados en la parte considerativa, y en su lugar absolver al acusado ADOLFO RAMIREZ OSPINA frente al delito de homicidio por el cual fuera llamado a responder en esta causa.

Cancélense las órdenes de captura pendientes en contra del procesado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas (Salvamento de Voto), Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

POLICIA JUDICIAL / PRUEBA
(Salvamento de Voto)

De conformidad con las previsiones del artículo 334 de esa normatividad (Código Procesal de 1987) los miembros de la Policía Judicial sólo tenían facultades para practicar pruebas en la etapa preliminar. El precepto determina: "Por propia iniciativa, y únicamente por motivos de urgencia o fuerza mayor acreditada, sino puede el juez de instrucción, iniciar la investigación preliminar, el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial o quien ejerza estas funciones podrá practicar con las formalidades legales las siguientes diligencias..."

Dentro de esas facultades estaba la de recibir testimonios en la indagación preliminar, pero estos debían ser practicados bajo la gravedad del juramento (numeral 6 art. 334).

En el numeral 5o. se les autorizaba también en la indagación preliminar "a practicar todas las diligencias legales para la identidad física de los autores y partícipes y recibir su versión".

En tales condiciones el reconocimiento sobre fotografías se podía realizar pero observando que fuera sobre un mínimo de seis fotografías (art. 391), y siempre y cuando las diligencias se hallaran en la indagación preliminar.

La actividad evaluativa del juez solo puede recaer sobre aquellos elementos de juicio que se hayan producido con las garantías procesales, como presupuesto inexcusable para la libre apreciación.

Lo anterior no se debe mirar como un simple formalismo, sino como un derecho fundamental (art. 29 C.N.) que le asiste a todo ciudadano; límite que se impone a todo juzgador, para que ese convencimiento pueda ser adquirido con las pruebas aportadas y desarrolladas con corrección procesal, dentro del marco y exigencias establecidas en nuestra Constitución y el Código de Procedimiento Penal.

Salvamento de voto

No obstante participar de la decisión final adoptada por la Sala mayoritaria, en el sentido de casar el fallo impugnado por haber incurrido el juzgador en un error de derecho por falso juicio de legalidad, quiero dejar constancia de mi disentimiento respecto de la motivación que sustenta la sentencia de casación.

En mi sentir, el error de la sentencia impugnada que la Corte subsana no se estructura a partir de la confusión entre el informe rendido por la Policía Judicial y la versión que los integrantes de ésta le recibieron a sus informantes, ni a la calidad de declaraciones que se le dió a esas versiones. Pues, lo realmente trascendental en cuanto a la legalidad de la prueba cuyo recaudo censuró el actor, radica inicial y primordialmente en la competencia del funcionario que las realizó.

El actor basó la existencia del error en el hecho de que los agentes del DAS, le recibieron declaración a los dos únicos testigos sin siquiera haberlos juramentado. También reprochó la legalidad de la diligencia de reconocimiento fotográfico por haberse cumplido sin las formalidades que para su realización establecía el código de 1987, vigente para la época, como era el requisito de ejecutarla sobre un mínimo de seis fotografías.

Es claro que para el momento de la investigación estaba vigente el código procesal de 1987, pues el auto cabeza de proceso se dictó el 1o. de julio de ese año, precisamente fecha de entrada en vigor de tal ordenamiento y precisamente, cuando participaron los agentes del DAS ya se había iniciado el proceso penal, pues su colaboración fue solicitada por marconigrama del 8 de julio de ese año, donde se les pide: "preste colaboración fin aclarar hechos localizar responsables delito homicidio...". El informe fue rendido el 6 de agosto de 1987, habiéndose recibido las deposiciones los días 5 y 6 del mismo mes y año.

De conformidad con las previsiones del artículo 334 de esa normatividad los miembros de la Policía Judicial sólo tenían facultades para practicar pruebas en la etapa preliminar. El precepto determina: "Por propia iniciativa, y únicamente por motivos de urgencia o fuerza mayor acreditada, si no puede el juez de instrucción, iniciar la investigación preliminar, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial o quien ejerza estas funciones podrá practicar con las formalidades legales las siguientes diligencias...."

Dentro de esas facultades estaba la de recibir testimonios en la indagación preliminar, pero estos debían ser practicados bajo la gravedad del juramento (numeral 6 art. 334).

En el numeral 5o. se les autorizaba también en la indagación preliminar "a practicar todas las diligencias legales para la identidad física de los autores y partícipes y recibir su versión".

En tales condiciones el reconocimiento sobre fotografías se podía realizar pero observando que fuera sobre un mínimo de seis fotografías (art. 391), y siempre y cuando las diligencias se hallaran en la indagación preliminar).

Comoquiera que los funcionarios del DAS recibieron los testimonios sin la previa juramentación y el reconocimiento se realizó observando solamente la fotografía del sindicado que aparecía en la tarjeta decadactilar, tales elementos de convicción son ilegales. Pero lo más importante es que quienes las recaudaron no tenían competencia para ello, puesto que el proceso ya se había iniciado; luego, es preciso concluir que las pruebas son inválidas. Vicio que, en este caso, persiste aún cuando las hubieran practicado con el lleno de las exigencias de ley.

En estas condiciones, la ilegalidad de las pruebas criticadas por el censor, provino no solo de la inobservancia de las formalidades procesales establecidas para su recaudo, sino por el hecho de haber sido practicadas por funcionario sin competencia para ello; punto que en mi opinión ha debido ser el sustento fundamental de la determinación adoptada, porque la actividad evaluativa del juez solo puede recaer sobre aquellos elementos de juicio que se hayan producido con las garantías procesales, como presupuesto inexcusable para la libre apreciación.

Lo anterior no se debe mirar como un simple formalismo, sino como un derecho fundamental (art. 29 C.N) que le asiste a todo ciudadano; límite que se impone al juzgador, para que ese convencimiento pueda ser adquirido con las pruebas aportadas y desarrolladas con corrección procesal, dentro del marco y exigencias establecidas en nuestra Constitución y el Código de Procedimiento Penal.

En los términos expuestos, me aparto con todo respeto de las consideraciones que fundamentan la sentencia proferida en este asunto.

EDGAR SAAVEDRA ROJAS. Magistrado
Fecha ut supra.

COMPETENCIA / FISCAL GENERAL DE LA NACION

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia constitucional, bien se sabe que lo declarado inexequible se debe tener como derogado, es decir que pierde totalmente su validez y no puede producir hacia el futuro efectos jurídicos de ninguna naturaleza, y en tales condiciones la norma declarada inexequible de manera parcial se debe leer y entender haciendo abstracción del fragmento inconstitucional, de manera tal que esa norma quedó así:

"Corresponde al Fiscal General de la Nación:

"1) Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución".

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

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 052

Vistos

Se pronuncia la Sala respecto del recurso de reposición interpuesto contra el pronunciamiento de fecha 21 de febrero del año en curso por medio del cual esta Corporación denegó la petición del doctor Fabio Espitia Garzón para que se le reconociera como sujeto procesal dentro de estas diligencias.

Síntesis de las argumentaciones

El Fiscal Delegado ante esta Corporación inicia el escrito impugnatorio con una pequeña transcripción de la sentencia 113 del 25 de marzo de 1993,

emanada de la Corte Constitucional. A renglón seguido pregona que la Corte Suprema de Justicia le fijó unos alcances al fallo de exequibilidad del 20 de octubre de 1994 diversos a los que de él se desprenden, motivo por el cual discrepa de lo resuelto por Sala de Casación Penal.

En acápite que denominó "PROVIDENCIA OBJETO DEL RECURSO Y FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA IMPUGNACION", advierte que el pronunciamiento recurrido se debe estudiar bajo varios segmentos, cuyos contenidos se pueden sintetizar así:

A).- El impugnante cuestiona si conforme al fallo de inexequibilidad de la Corte Constitucional pueden los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia cumplir funciones propias del señor Fiscal General? A ello, responde que sí pueden cumplir con esas funciones, habida cuenta que el fallo de inexequibilidad proferido por la Corte Constitucional, "en ningún momento manifestó, ni en la parte motiva ni en la parte resolutiva, que tales funciones, no pudiesen ser objeto de comisión".

Igualmente advierte que no es cierto que el multicitado fallo haya restringido las funciones de los Delegados del Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, pues para confirmar este aserto basta leer la parte resolutiva de ese pronunciamiento.

B).- Se pregunta cuáles son las actuaciones procesales propias del señor Fiscal General de la Nación que los fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia pueden cumplir, en comisión? Sobre este tópico se contesta que conforme a la sentencia de inexequibilidad pueden desempeñar "TODAS" las funciones del Fiscal General; sin embargo, agrega, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia entendió que era para algunas de ellas "y, lo más grave, entiende que las actuaciones que pueden desarrollar están restringidas a la práctica de pruebas".

Luego de transcribir apartes de la decisión de la Sala, sostiene que si era la intención del Juez Constitucional aplicar el concepto del término "comisión" plasmado en la decisión que se impugna, así se habría manifestado, pues, entonces, "qué sentido tendrían las precisiones hechas en la parte resolutiva del fallo".

Asevera igualmente que si el término "actuaciones procesales" se refería exclusivamente a la práctica de pruebas así lo habría manifestado la Corte Constitucional, y esa Corporación sostuvo que el Fiscal General de

la Nación puede comisionar a sus delegados ante la Corte Suprema de Justicia "para todo tipo de actuaciones procesales, con excepción de la calificación, con lo que, se está diciendo SIN TEMOR A EQUIVOCOS QUE LA CALIFICACION ES EN SI UNA ACTUACION PROCESAL, más aún, la más importante del proceso".

Manifiesta que no existen argumentos para sostener que la inhibición, la apertura de investigación, la admisión de una parte civil, la definición de una situación jurídica y la intervención en la etapa del juicio, no constituyen actuaciones procesales.

Considera como premisa equivocada de la Sala el asimilar la comisión que se otorga a los delegados del Fiscal General de la Nación a la estatuida en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, pues desconoce la naturaleza de la figura que contempla el fallo, que es Constitucional y no legal.

Después de transcribir varios apartes del auto impugnado, manifiesta que cuando al Juez le corresponde "interpretar una decisión de constitucionalidad, debe establecer prima facie la naturaleza jurídica del fallo, pues aunque en algunos casos la Corte Constitucional se limita a declarar la exequibilidad o no de la norma, en muchas ocasiones, adopta modalidades de sentencias que aseguran mejor la guarda de la Constitución, una de ellas es la de proferir decisiones integradoras".

Advierte que la sentencia de 20 de octubre de 1994 proferida por la Corte Constitucional no se limitó a declarar la inexequibilidad del artículo demandado, sino que para evitar consecuencias de orden legal y política, "advirtió que LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DEL FISCAL GENERAL SE PUDIESEN CUMPLIR ACUDIENDO AL MECANISMO DE LA COMISION Y POR ESTE MEDIO DE SUS FISCALES DELEGADOS ANTE LA CORTE, solo a través de ellos".

Con apoyo en los salvamentos de voto de los H. Magistrados doctores Carlos Mejía Escobar y Nilson Pinilla Pinilla critica a la Sala por no tener en cuenta soportes de índole legal y político para emitir el pronunciamiento objeto del recurso, pues olvidó los criterios hermenéuticos para interpretar el concepto de comisión utilizado por la Corte Constitucional, "para acudir a la exégesis".

C).- Nuevamente cuestiona si puede el Fiscal General de la Nación con base en el fallo de la Corte Constitucional del 20 de octubre de 1994

comisionar a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia para que intervengan en la fase del juicio?

Resuelve el interrogante aseverando que la decisión que recurre se apartó de supuestos constitucionales claros y normas legales, de un lado, por expresa disposición del artículo 3 numeral 2 del Decreto 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de Fiscalía General de la Nación y del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la facultad del Fiscal termina con la ejecutoria de la resolución de acusación, "toda vez que en adelante es sólo un sujeto procesal, que por carecer de la titularidad de la acción no puede 'acusar' o abstenerse de hacerlo, apenas puede elevar peticiones para que se condene, absuelva o cese procedimiento a una persona".

Concluye su alegato afirmando que es cierto que no obstante existir resolución de acusación emitida por el señor Fiscal General, "pueden haberse allegado a la altura de la audiencia pública pruebas que permitan a la Fiscalía solicitar la absolución, pero por importante que sea la solicitud de absolución no es legítimo equipararla a la calificación que, se reitera, fue la única excepción fijada por la Corte Constitucional al fenómeno de la comisión".

Alegatos de los recurrentes

1. *El defensor del procesado*

Manifiesta que la transcripción de la sentencia número 113 del 25 de marzo de 1993, utilizada por el Fiscal Delegado para dar inicio a sus alegaciones impugnatorias, es acertada y se identifica con ella, pues considera "que en un Estado Social de Derecho, la Constitución es, lo que la judicatura dice que ella sea".

Luego de comentar varios artículos de la Constitución Nacional, asegura que la jurisdicción es irreformable e inmodificable por normas subalternas y al Fiscal General de la Nación, constitucionalmente, se le asignó la función de investigar y acusar a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional.

Sin embargo, que como se insiste por parte del recurrente sobre varias dudas que ha sembrado el fallo proferido por la Corte Constitucional del 20 de octubre de 1994, solicita que se le dé aplicación al artículo 24 del decreto 2067 de 1991.

En posterior escrito, el defensor reconoce que como con fallo del 25 de marzo de 1993 se decretó la inconstitucionalidad de la norma citada con anterioridad, pierde sentido la insinuación formulada en precedencia.

2.- *Opinión del Procurdor Tercero Delegado en lo penal..*

Considera que el problema jurídico radica en el conflicto surgido entre normas de rango constitucional (artículo 251) y legal (artículo 121 del Código de Procedimiento Penal) con un acto administrativo (Resolución 0-2482 de 1994 de la Fiscalía General de la Nación).

En cuanto a la interpretación de las normas con el criterio de conveniencia, advierte que "es evidente que tal solución es manifiestamente contraria a las normas superiores, porque desconoce a la Constitución Política su carácter de norma de normas prevista en su artículo 4o."

Para el Ministerio Público, los alegatos del Fiscal Delegado, son equivocados y errados al sostener que el concepto de "actuación procesal" cobija todas las actuaciones del funcionario judicial, pero a renglón seguido, acepta que los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia no pueden producir resoluciones de acusación, por expresa prohibición constitucional.

Luego de transcribir apartes del fallo de la Corte Constitucional del 20 de octubre de 1994, manifiesta que la voluntad del constituyente fue la de "prohibir el ejercicio de las funciones especiales del Fiscal General de la Nación por cualquiera de sus subalternos (por delegación o por comisión -las decisiones deben provenir del juicio del fiscal general, dijo-), resaltando que tal es el sentido que se debe dar al artículo 251 de la Constitución Política".

Advierte que con el fallo de inexequibilidad no se ha creado un nuevo concepto de comisión, pues el pronunciamiento simplemente aclaró que el "fiscal general puede comisionar el ejercicio de algunas funciones de las contenidas en el artículo 251 de la Carta y agregó, para diferenciar los conceptos con naturaleza jurídica propia anterior, que la comisión sea diferente de la delegación. A tales señalamientos se acogió la Sala en el auto ahora impugnado".

Sostiene que el artículo 29 de la Constitución Nacional establece que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto

que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo cual, en su opinión "quiere decir que únicamente se podrá aplicar a la tramitación de los procesos ritos previstos en la ley y delimitados en sus orígenes".

Por ello, la Resolución 0-2482 de 1994 no tiene poder derogatorio de la disposición procesal, "como no lo tiene la alusión a la comisión que hiciera la Corte Constitucional en su sentencia, porque las normas de procedimiento penal, teniendo el carácter de disposiciones de derecho público y estando contenidas en una compilación que determina el debido proceso, no pueden ser modificadas más que por el legislador ordinario (artículo 150.2 de la Constitución Política)".

Así las cosas, sostiene que el término de comisión debe ser entendido dentro de los precisos marcos señalados en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal. "Cualquier otro entendimiento resulta contrario a la Constitución y violatorio del debido proceso consagrado como garantía fundamental en su artículo 29".

Por lo anterior solicita a la Sala no reponer el auto atacado.

Consideraciones de la Corte

Es una verdad meridiana que el propio juez, en el contenido de sus decisiones, señala los alcances del auto o sentencia mediante los cuales resuelve una determinada situación; y dentro de tal perspectiva resulta absolutamente lógico que sea el propio juez constitucional quien defina los parámetros de entendimiento de sus fallos.

Tal postulado, no se desconoció al haber tomado la determinación que ahora es motivo de impugnación, como parece darlo a entender el recurrente, quien pretende darle al fallo de constitucionalidad un alcance que corresponda a las premisas que equivocadamente propone.

El Fiscal Delegado presenta argumentos que contradicen y desconocen de manera total el fallo constitucional en que se fundamenta la providencia que es motivo de impugnación, pues plasma aseveraciones inexplicables, que de ser admitidas, llevarían al desconocimiento total de la sentencia de inexequibilidad. No de otra manera se pueden entender afirmaciones como esta:

"No es cierto que del texto de la decisión de la Corte Constitucional se deduzca que ciertas actuaciones procesales pueden ser cumplidas por los fiscales ante la Corte, basta leer la parte resolutiva del fallo, para entender que todas, reitero, TODAS las actuaciones procesales pueden ser cumplidas por los Fiscales Delegados ante la Corte en virtud del fenómeno jurídico de la comisión".

La sinrazón de la anterior afirmación surge con nitidez del texto de la norma declarada parcialmente inexequible que a continuación se transcribirá, destacando en subrayado y negrilla la parte declarada como contraria a la Constitución:

"Corresponde al Fiscal General de la Nación:

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

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia constitucional, bien se sabe que lo declarado inexequible se debe tener como derogado, es decir que pierde totalmente su validez y no puede producir hacia el futuro efectos jurídicos de ninguna naturaleza, y en tales condiciones la norma declarada inexequible de manera parcial se debe leer y entender haciendo abstracción del fragmento inconstitucional, de manera tal que esa norma quedó así:

"Corresponde al Fiscal General de la Nación:

"1) Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiera lugar, directamente, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución".

Y la interpretación que la Corte Constitucional hizo de la norma demandada corresponde integralmente a su deber de guardar la integridad de la Carta Política, porque surge con claridad que el constituyente quiso distinguir entre las funciones del órgano (art. 250 C.N.) y las del funcionario que dirige la Fiscalía (art. 251 C.N.).

Ahora bien, si en algún momento se pensara que el texto constitucional no es claro, habría que recurrir a su génesis, que no es otra que las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, de donde se concluye que fue querer del Constituyente que existieran funciones adscritas de manera particular e indelegable al Fiscal General de la Nación.

Esa voluntad política del Constituyente tiene una explicación doctrinaria y jurisprudencial de carácter universal, consistente en que el juzgamiento funcional de los altos dignatarios del Estado se debe realizar por sus superiores jerárquicos, y por funcionarios de la misma categoría constitucional cuando se trate de servidores públicos que se encuentren en el vértice de la pirámide burocrática del mismo. Esta, la razón política que impide que funcionarios de una jerarquía inferior puedan entrar a investigar o acusar a empleados públicos de mayor categoría constitucional.

Por ello, considera la Sala que la afirmación hecha por el impugnante en el sentido de que los fiscales delegados ante la Corte pueden realizar todas las actuaciones en procesos de fuero constitucional, es un claro desconocimiento al texto constitucional y obviamente al fallo tantas veces citado.

El juez constitucional, en la parte resolutiva del fallo, afirmó que:

> "No obstante, se advierte que el Fiscal General de la Nación podrá comisionar a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo"; (subrayado fuera de texto).

De esta precisión, no se puede deducir, como lo entendió equivocadamente el recurrente, que el Fiscal General puede comisionar a sus Delegados ante la Corte para la práctica de "todas" las actuaciones procesales, dado que el texto transcrito reza todo lo contrario, en cuanto claramente predica la posibilidad de comisionarlos solo para aquellas actuaciones procesales "distintas" de la calificación y las subsecuentes.

Es claro entonces que fue voluntad del Juez Constitucional prohibir la indebida delegación que el Fiscal hizo de las funciones asignadas constitucionalmente a su persona y esta imposibilidad de delegación comprende la "comisión" general y abstracta que se hace para todos los procesos

de fuero constitucional en los que debe intervenir el Fiscal General de la Nación.

Recuérdese que la sentencia constituye un cuerpo unitario, en el que la parte resolutiva no es más que la condensación de las consideraciones hechas en la parte motiva, y por ello se debe interpretar integralmente en su contexto motivacional y decisorio.

En el fallo constitucional se dijo:

> "El asunto bajo examen -la investigación y acusación de funcionarios con fuero constitucional-, por ejemplo, exige que dada la naturaleza de los hechos objeto del proceso penal, y de la inmensa responsabilidad política que se encuentra en juego debido a la alta investidura del agente estatal sindicado las decisiones que se adopten provengan de la inmediata dirección, conocimiento y juicio del Fiscal General" (subrayas fuera de texto).

Es claro entonces que la acertada interpretación que el juez constitucional dio a la Carta Política revela la existencia de unas funciones privativas del Fiscal General que por la gran responsabilidad política que las mismas representan deben ser la expresión de la voluntad única y directa de tan alto funcionario y ello implica la imposibilidad de comisionar por fuera de actuaciones puramente probatorias.

Decidir si contra un alto funcionario del Estado se abre o no proceso penal, si se le dicta o no medida de aseguramiento o cualquiera de las otras importantísimas decisiones que se toman en el curso de la investigación, no son, en manera alguna, actuaciones de poca monta. Pues, tratándose como se trata de funciones constitucionales es obvio que ellas no pueden ser delegadas a nadie, de la misma manera que es imposible comisionar a un subalterno para que actúe en representación del superior cuando éste es el único que tiene la opción constitucional de actuar.

Siguiendo el razonamiento del juez constitucional, existen dos tipos de actuaciones procesales a cargo del Fiscal General, unas, que implican el ejercicio de las atribuciones personalísimas que le ha conferido la Constitución y que por el compromiso político jurídico que involucran son indelegables, motivo por el cual es su obligación realizarlas directa y per-

sonalmente. Las otras, son aquellas que si bien, en principio, también son atribuciones del Fiscal General, por carecer de esa connotación jurídica y política, puede trasladar su ejecución a sus subalternos a través de la institución procesal de la comisión.

Bajo los anteriores parámetros esta Sala entendió el fallo de constitucionalidad en el sentido de que las decisiones de fondo que se toman en desarrollo de la instrucción penal, le corresponde cumplirlas al Fiscal General de la Nación, restándole la posibilidad de comisionar la realización de actuaciones concretas desprovistas de connotación jurídica y política, como ocurre, exclusivamente, con el recaudo de pruebas.

En estas condiciones, el texto legal declarado parcialmente inexequible quiso que el Fiscal pudiese actuar en los procesos de fuero constitucional por intermedio de sus delegados, pero la voluntad de la Corte Constitucional, al interpretar acertadamente al texto Superior, es totalmente opuesta, en cuanto decidió que en los asuntos de fuero constitucional los delegados del Fiscal General no pueden actuar por delegación, así ésta sea denominada comisión.

Ahora bien, en lo que respecta con la etapa del juicio, la Corte Constitucional es muy clara al dilucidar que tanto la calificación, como las actuaciones subsiguientes son funciones privativas del Fiscal General de la Nación, y como en el trámite del juicio la realización de la audiencia pública es subsecuente a la acusación, esta intervención posterior también es privativa de las funciones que personalmente debe realizar ese funcionario y por tanto no es posible que comisione a sus Delegados para que actúen por él.

Por otra parte, el recurrente pretende demostrar una equivocada concepción de lo que se ha de entender por comisión, al tiempo que asegura que la Corte Constitucional creó un nuevo concepto de comisión, distinto del establecido por la legislación procesal.

A ese respecto, resulta oportuno recordarle al inconforme que el fallo de inexequibilidad tantas veces citado cumplió su cometido de interpretar las normas procesales demandadas, entre las cuales no se encuentran las que regulan la institución legal de la comisión y que, tampoco interpretó, bajo ningún aspecto, ese tema procesal. Por tanto, no existe fundamento jurídico alguno para sostener que el juez constitucinal creó, en ese campo, una nueva figura jurídica. Por lo demás, es bien sabido que el ejerci-

cio del control constitucional no faculta al Tribunal competente para abrogarse atribuciones legislativas; si algún acercamiento se puede producir con tal función, es en lo que respecta a la hermenéutica de las disposiciones ya existentes; de tal manera, la creación o modificación de institutos ya regulados está reservada por la propia Carta Política al poder legislativo.

Así las cosas, si el fallo de inexequibilidad utiliza una expresión procesal sin darle un significado diverso al que existe en la normatividad positiva es apenas lógico que se debe acudir a su significado legal, sin que por el hecho de hacerlo se esté distorsionando el fallo de inconstitucionalidad.

El impugnante valora en muy poco la labor del Fiscal General de la Nación cuando al referirse a la actuación de éste en el juicio en los procesos de fuero constitucional sostiene que por ser un mero sujeto procesal, solo puede formular "una simple solicitud de absolución o de cesación" y que las mismas no son equiparables a la acusación o a la abstención de hacerlo, porque tal actuación procesal termina con la resolución del auto calificativo. Estas afirmaciones revelan protuberantes equívocos conceptuales.

Mírese si no, cómo el hecho de que en la etapa instructiva el titular de la acción sea el Fiscal y en el juicio lo sean los jueces, no quiere decir que en esta última etapa, el titular de la instrucción no tome determinaciones trascendentales, por cuanto, es indesconocible que en los procesos de fuero constitucional tienen inocultables efectos políticos el mantener o desistir de la acusación, que como función privativa e indelegable de quien inicialmente la formuló es una decisión que sólo puede adoptar el Fiscal General.

De lo contrario se estaría llegando al absurdo de que el Fiscal General no puede comisionar a un subalterno suyo para que ejerza las funciones constitucionalmente a él señaladas, pero si puede hacerlo en el curso del juicio para que un delegado suyo, según su propio criterio, determine si persiste o no en la actuación. De esta manera se estaría desconociendo flagrantemente la voluntad del constituyente, la claridad de la Ley Fundamental y por supuesto la decisión de la Corte Constitucional que ha sido motivo de análisis.

Entonces, no le asiste razón al recurrente y de conformidad con los criterios expresados por el Procurador Delegado y por la defensa, no se repondrá el auto que es motivo de la impugnación.

Las argumentaciones relacionadas con el exceso de trabajo y la conveniencia de que el Fiscal actúe por intermedio de sus Delegados, no le merecen a la Sala ningún comentario, porque cuando de conservar la integridad de la Carta se trata, ni el juez constitucional ni funcionario alguno del Estado puede acudir a tales motivaciones que son completamente extrañas y exóticas en temas de constitucionalidad.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

Resuelva

NO REPONER la decisión del 21 de febrero de 1995 por medio de la cual se negó la petición del Fiscal Delegado para que se le reconociese su calidad de sujeto procesal.

COMUNIQUESE esta determinación al Fiscal General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar (Salvamento de Voto), Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (Salvamento de Voto), Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FISCAL GENERAL DE LA NACION
(Salvamento de Voto)

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Respetuosamente nos permitimos expresar que mantenemos nuestro disentimiento frente a la decisión mayoritaria de la Sala, expresada en esta oportunidad en la providencia de fecha 20 de abril de 1995, por medio de la cual dispuso no reponer la determinación tomada el 21 de febrero de este mismo año, que negó la solicitud del Fiscal Delegado ante esta corporación para ser reconocido como sujeto procesal dentro del presente juicio.

Las razones de este disentimiento están contenidas en los respectivos salvamentos de voto, expuestos en su oportunidad sobre la providencia recurrida (fs. 141 a 149 y 151 a 157 cdno original C.S. de J.).

(fecha ut supra).

Nilson Pinilla Pinilla.

Carlos E. Mejía Escobar.

IMPEDIMENTO / RECUSACION / COLISION DE COMPETENCIA

Mientras que las causales de impedimento se refieren con exclusividad a factores radicados en la persona del funcionario que ha de avocar o proseguir en el conocimiento de un determinado asunto legalmente asignado a su competencia, pero respecto del cual surgen motivos que afectan su imparcialidad, el tema de la competencia tiende a enervar la capacidad genérica de hacer sobre un asunto cualquier pronunciamiento, porque legalmente corresponde a otro despacho en razón de factores que atañen con el territorio donde se dio su ocurrencia, la naturaleza del hecho criminoso o su cuantía, las diferentes funciones de los Despachos Judiciales o el fuero del sujeto pasivo de la acción.

En el primer caso, el impedimento y la recusación apuntan a aspectos subjetivos e internos de la persona del administrador de justicia, sean ellos derivados del parentesco, el interés o los afectos. En el segundo, la competencia atañe con factores objetivos y relacionados con el lugar de ocurrencia del delito, su naturaleza, circunstancias y fueros de juzgamiento.

Paralelamente, la definición de uno y otro aspectos en la controversia procesal discrepa, pues mientras para el trámite y solución de los impedimentos se hayan previstas las reglas de los artículos 103 y siguientes de Código de Procedimiento Penal, la colisión de competencia se dirime por los ritos del artículo 97 y siguientes del mismo ordenamiento.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 54

Vistos

Procedente del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacías llega a esta Corporación parte de la actuación seguida contra el condenado JAIME ENRIQUE VALENCIA ROJAS, para que la Sala se pronuncie sobre el aparente conflicto de competencia suscitado entre ese Despacho y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha.

Antecedentes

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha condenó mediante sentencia del 12 de septiembre de 1991 al acusado JAIME ENRIQUE VALENCIA ROJAS a la pena principal de 36 meses de prisión como autor de un delito de hurto, fallo que mereció confirmación por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca mediante providencia del 30 de julio de 1992.

Inicialmente por hallarse el condenado requerido por la Fiscalía 150 Unidad de Patrimonio Económico de Santafé de Bogotá, dispuso el *a-quo* dejarlo a cargo del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad reparto de esta ciudad capital, habida cuenta de su localización en la Cárcel Nacional Modelo de este Distrito Judicial.

Sin embargo, mediante resolución No. 9986 de diciembre 23 de 1994, dispuso el INPEC el traslado del interno a la Colonia Penal Agrícola de Acacías, en cuya localidad se inició el trámite del Artículo 522 del Código de Procedimiento Penal. Llegado el momento del respectivo pronunciamiento de fondo, la funcionaria titular del Juzgado de Ejecución de Penas de Acacías encontró con fundamento en el artículo 103 ibídem que en su caso se daba una causal de impedimento para intervenir en el asunto, pues tanto ella como su esposo habían actuado en calidad de defensores de quien ahora solicitaba el pronunciamiento judicial, de modo que por auto de enero 13 declaró su formal impedimento, pero en lugar de impulsar el trámite que correspondía, optó por remitir las diligencias al Juzgado que emitió el fallo de primera instancia, con el fin de que continuara conociera del cumplimiento de la condena impuesta.

Recibidas las diligencias en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Soacha, mediante providencia del primero de marzo siguiente optó por de-

volverlas al Juzgado de origen para que diera cumplimiento a lo previsto en el artículo 105 del Código de Procedimiento Penal, advirtiendo que para el caso de no coincidir con sus motivos, le proponía colisión de competencia negativa.

La Juez de Ejecución de Penas profirió entonces el auto de marzo 24 en el que optó por aceptar la colisión propuesta, remitiendo el cuadernillo respectivo a esta Corporación.

Consideraciones de la Corte

No resulta difícil descubrir que el trámite correspondiente a la manifestación de impedimento hecha por la señora Juez de Ejecución de Penas de Acacías resultó trocado abruptamente por el de una colisión de competencia sin que en uno y otro caso sean las razones esgrimidas coincidentes, ni necesariamente unos mismos los funcionarios involucrados en la controversia, haciéndose notoriamente prematuro el tema de la colisión, hasta tanto no se determine si deberá la titular del Juzgado de Acacías continuar o no en el conocimiento del asunto, porque su impedimento no opera con el solo pronunciamiento que de él se haga, sino que aún precisa de un pronunciamiento que lo califique y admita o desestime, y que para el caso presente no ha tenido todavía ocasión de expresarse.

En efecto, mientras que las causales de impedimento se refieren con exclusividad a factores radicados en la persona del funcionario que ha de avocar o proseguir en el conocimiento de un determinado asunto legalmente asignado a su competencia, pero respecto del cual surgen motivos que afectan su imparcialidad, el tema de la competencia tiende a enervar la capacidad genérica de hacer sobre un asunto cualquier pronunciamiento, porque legalmente corresponde a otro despacho en razón de factores que atañen con el territorio donde se dio su ocurrencia, la naturaleza del hecho criminoso o su cuantía, las diferentes funciones de los Despachos judiciales o el fuero del sujeto pasivo de la acción.

En el primer caso, el impedimento y la recusación apuntan a aspectos subjetivos e internos de la persona del administrador de justicia, sean ellos derivados del parentesco, el interés o los afectos. En el segundo, la competencia atañe con factores objetivos y relacionados con el lugar de ocurrencia del delito, su naturaleza, circunstancias y fueros de juzgamiento.

Paralelamente, la definición de uno y otro aspectos en la controversia procesal discrepa, pues mientras para el trámite y solución de los impe-

dimentos se hallan previstas las reglas de los artículos 103 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la colisión de competencia se dirime por los ritos del artículo 97 y siguientes del mismo ordenamiento.

En el caso bajo estudio la funcionaria titular del Juzgado de Ejecución de Penas con sede en Acacías no discute la competencia de su Despacho para la definición del tema que corresponde en el proceso seguido contra el rematado JAIME ENRIQUE VALENCIA. Lo que la funcionaria ha propuesto es el motivo de excusación previsto en el artículo 103-4 del Código de Procedimiento Penal, porque de acuerdo a sus palabras fue la defensora suplente durante el juicio seguido contra VALENCIA ROJAS, mientras que su esposo se desempeñó en él como defensor principal del acusado.

Luego lo que está por dirimir no es a qué Juzgado le corresponde conocer sobre la ejecución de la pena impuesta al procesado, sino la calificación de la excusa propuesta por la doctora MARIA DEL PILAR BUITRAGO que, se insiste, no constituye causa legal de incompetencia de su Despacho, sino motivo de personal excusa que previamente tendrá que valorarse por el funcionario a quien remita la impedida el expediente de conformidad con las reglas indicadas en el artículo 105, no para que automáticamente avoque el conocimiento, se insiste, sino para que haga el pronunciamiento relativo a la calificación de la causal que ha sido invocada.

Mientras el trámite indicado no se surta, es prematura la remisión de las diligencias a la Corte, que por ahora carece como se infiere de los preceptos señalados, de competencia alguna para dirimir tanto un conflicto indebidamente planteado, como el prematuro tema del impedimento esbozado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, SE INHIBE de dirimir el aparente conflicto planteado, disponiendo en su lugar el regreso de las diligencias al Juzgado de Ejecución de Penas de Acacías, a fin de que proceda conforme a lo indicado en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

Al tenor del artículo 234 del C. de P.P. es exigencia formal de la demanda de revisión cuyo examen debe adelantar la Corte en observancia del artículo 235 *ibídem* para establecer o no la viabilidad de la acción, que el actor relacione las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición.

Esto por cuanto en el proceso de instauración de la acción, que lo constituye la presentación de la demanda, debe la Corte establecer si ella es o no viable, siéndolo entonces indispensable verificar si entre las pruebas -así sean sumarias- que se le dan a conocer y "los hechos básicos de la petición" existe la imperativa relación causal que permita la tramitación de la acción, lo que en sencillos términos traduce que ellas deben ser conducentes a la demostración del error alegado. Y para formarse su criterio, antes que todo, esas pruebas deben haber sido aportadas. Si no lo fueron, el único pronunciamiento legalmente posible para la Corte, es el del rechazo de plano del escrito.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 53. IV-20-95

Visto:

Se resolverá lo que en derecho corresponda en relación con el aspecto formal de la demanda presentada por la señora apoderada del sentenciado WILSON JAVIER SANCHEZ MENDEZ para sustentar la acción de revisión incoada contra la sentencia proferida el 6 de julio de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la que se le condenó por el delito de hurto calificado y agravado.

Antecedentes

1.- El 28 de junio de 1993, fueron capturados los sujetos WILSON JAVIER SANCHEZ MENDEZ y Jesús El Nazareno Caballero Cárdenas cuando se ocupaban de sacar de un parqueadero ubicado en el barrio San Francisco, al sur de esta ciudad capital de la República, el vehículo automóvil marca Nissan de placas BBZ-929 que dos días atrás, el 26, luego de suministrarle escopolamina en una cerveza, dos mujeres con las que departía acabando de hacer amistad, habían hurtado junto con sus pertenencias personales al ciudadano Edgar Gustavo Hergett Gamboa, en la carrera 15 con calle 83 de la misma ciudad.

2.- Dada la ninguna credibilidad que ante los funcionarios judiciales ofrecieron las explicaciones suministradas por los mencionados sobre la tenencia del automotor y, considerando que el hecho punible de desarrolló mediante una empresa criminal con múltiples participantes y discriminación de actividades para cada uno, el Juzgado 6o. Penal del Circuito de Santafé de Bogotá emitió fallo de condena, que fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial en el que ha sido objeto de la acción impugnatoria por parte del mencionado WILSON JAVIER SANCHEZ MENDEZ.

La demanda

Sostiene la señora apoderada demandante, fundada en la causal 2a. del artículo 232 del citado Estatuto, que contra ninguno de los dos hombres sentenciados el ofendido presentó denuncia mientras que sí lo hizo respecto de dos mujeres que le suministraron el bebedizo y que durante el proceso no se investigó si aquellos incurrieron en delito de receptación ya que -según advierte-:

> "...ni se evidencia una constancia de participación directa en el ilícito ni el sindicado los acusó de haber sido ellos los que se apoderaron de su carro, ni el juzgador puede juzgarlo (sic) basado en suposiciones, que así sean lógicas no pueden aceptarse en contra de un sindicado ya que se estaría violando la imparcialidad jurídica que debe acompañar cualquier decisión judicial" (fls. 2-3).

A continuación controvierte el testimonio de uno de "los agentes" que declaró en el proceso haber escuchado de uno de los capturados que el

carro lo habían hurtado "en complicidad con una prostituta", pues considera la profesional que

> "esta afirmación es imposible que haya partido de uno de los jaladores de carro y que además fueron dos las mujeres que cometieron el ilícito...";

y finalmente, luego de dejar conocer la evaluación que en su criterio debió conferirse a la prueba en el proceso y afirmar que su procurado carecía de antecedentes penales al momento de su captura, asevera que "esta condena no tiene piso jurídico y con ella se violó el debido proceso, el derecho defensa (sic) y la imparcialidad jurídica..." y por esta razón, según dice, el caso encuadra en la causal de revisión invocada porque:

> "...es necesario que hubiese sido el denunciante y sujeto pasivo del delito la única persona que puede asegurar quienes fueron las personas que le pusieron en estado de indefensión para hurtarle su carro y por ese motivo sindica únicamente a las dos mujeres con las que se fue a consumir cerveza y en ningún momento a mi defendido o al otro condenado".

Finalizada la alegación, anexa los fallos de las instancias con su constancia de ejecutoria, el poder que se le confirió, un comprobante de registro para reclamar certificado judicial de su cliente, y una constancia de un empleo que éste había desempeñado.

Consideraciones de la Corte

Al tenor del artículo 234 del C. de P.P., es exigencia formal de la demanda de revisión, cuyo examen debe adelantar la Corte en observancia del artículo 235 *ibídem* para establecer o no la viabilidad de la acción, que el actor relacione las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición.

Esto por cuanto en el proceso de instauración de la acción, que lo constituye la presentación de la demanda, debe la Corte establecer si ella es o no viable, siéndole entonces indispensable verificar si entre las pruebas -así sean sumarias- que se le dan a conocer y "los hechos básicos de la petición" existe la imperativa relación causal que permita la tramitación de la acción, lo que en sencillos términos traduce que ellas deben ser conducentes a la demostración del error alegado. Y para formarse su criterio,

antes que todo, esas pruebas deben haber sido aportadas. Si no lo fueron, el único pronunciamiento legalmente posible para la Corte, es el del rechazo de plano del escrito, como habrá de decidirse en este evento.

A criterio distinto no puede conducir el breve escrito de demanda reseñado y transcrito en sus apartes esenciales: Ni las copias de los fallos proferidos en el transcurso del proceso, ni el mandato que le confirió el sentenciado constituyen prueba del hecho que aduce en la demanda; pero tampoco asumen esa categoría el "Recibo No. 157413 para reclamar certificado judicial donde se evidencia la C.C. de WILSON JAVIER SANCHEZ MENDEZ" y la "constancia de trabajo expedida por Alirio Mojica González" que anuncia en los numerales 3 y 4 del capítulo de "ANEXOS" con el que culmina su escrito, pues que nada tienen que ver las atestaciones contenidas en estos documentos con haberse dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse por falta de petición válidamente formulada, que es, de las opciones de la causal 2a. del artículo 232 del C. P.P., a la que se acoge la actora.

Pero a la circunstancia de ser claramente manifiesta la inconducencia de las dos únicas pruebas aportadas con la demanda, súmase la confusión conceptual contenida en el escrito, en punto a la acción de revisión, consistente en afirmar como argumento válido para demostrar la causal aducida, que con la sentencia impugnada "se violó el debido proceso, el derecho defensa (sic)" (fl.3), sin considerar su distinguida signataria que esta clase de transgresiones corresponden normativamente a nulidades subsanables dentro del proceso mediante el recurso extraordinario de casación, y no por medio de la acción de revisión cuando este ya ha terminado.

Es pues, formalmente ineficaz la demanda para otorgar viabilidad a la acción incoada.

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

Resuelve

1o. RECONOCESE a la doctora Sylvia Eloina Castro Escobar como apoderada del sentenciado WILSON JAVIER SANCHEZ MENDEZ para los efectos y en los términos del mandato obrante al folio 1 de la actuación.

2.- RECHAZAR IN LIMINE la demanda de REVISION presentada a nombre del sentenciado Wilson Javier Sánchez Méndez.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION / PENA

Siendo dos los procesos acumulados es preciso determinar la fecha de los hechos investigados y de la resolución de acusación para poder entrar a determinar si el fenómeno prescriptivo de la acción penal se ha producido.

Que la pena a imponer sea la mínima que la ley señala para las conductas delictuales cometidas, no implica que los sentenciados sean por esa razón, acreedores al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 038 (Marzo 15-95)

Vistos

El 16 de noviembre de 1993, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta condenó a Alvaro Cardona Jaramillo a la pena principal de catorce (14) meses de prisión como responsable de los delitos de uso de documento público falso; a Jefferson Quintero Chacón a cuarenta (40) meses de prisión como responsable del delito de falsedad material de particular en documento público; a Pedro Manuel Rodríguez Ramírez a doce (12) meses de prisión como cómplice del delito de falsedad material de particular en documento público; a Oscar Mendoza Cabeza a veinte (20) meses de prisión como responsable de los delitos de uso de documento público falso y estafa; a Alvaro Pío Valero Mora a treinta y ocho (38) meses de prisión como responsable del delito de falsedad en documento público.

El Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la anterior decisión en sentencia del 7 de marzo de 1994 en relación con los procesados Pedro Manuel Rodríguez Ramírez y Alvaro Pío Valero Mora. Posteriormente concedió el recurso extraordinario de casación, interpuesto oportunamente.

Más adelante esta Corporación declaró ajustada la demanda a las exigencias legales y por ello dispuso oír al Ministerio Público, quien en cabeza del Procurador Tercero Delegado en lo penal solicitó declarar la prescripción de la acción seguida contra Alvaro Pío Valero Mora, Alvaro Cardona Jaramillo y Pedro Manuel Rodríguez Ramírez por los delitos de falsedad material de particular en documento público y uso de documento público.

Ahora le corresponde a la Sala resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes:

Hechos

Primer proceso

El 16 de marzo de 1986 los agentes de Decypol retuvieron en los parqueaderos del estadio Atanasio Girardot de Medellín la camioneta Toyota 1983 distinguida con placas HS 2902 que se encontraba en poder de Oscar Lizcano Ruiz, porque por sus características parecía ensamblada en Venezuela. El tenedor la había adquirido de Oscar Mendoza Cabeza, a quien en anterior oportunidad le había sido decomisado el automotor en Cúcuta, por estimarse que era de contrabando, en esa investigación se dispuso la entrega del vehículo, el cual, Mendoza Cabeza matriculó ante las autoridades de tránsito de Santa Rosa de Cabal, con documentos falsos, tales como un acta de remate, fotocopia de un recibo de consignación para el remate, fotocopia del acta de entrega por adjudicación en el remate y el oficio 1044 del Juzgado Unico Superior de Aduanas de Cúcuta que contenía la transcripción de fragmentos de supuestas providencias emitidas por jueces de primera y segunda instancia dando la orden del remate.

El abogado Alvaro Pío Valero Mora, representando a Mendoza Cabeza, pretendió obtener la recuperación del vehículo retenido por las autoridades de Medellín, presentando la documentación falsa.

Segundo proceso

El 11 de septiembre de 1986 el abogado Alvaro Cardona Jaramillo se presentó ante el Jefe de las bodegas del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cúcuta, acompañado de Pedro Manuel Rodríguez Ramírez, con los oficios 1223 y 1224 del 10 de septiembre de 1986, supuestamente firmados por la doctora Rosa Inés Soto Vargas, encargada del Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta, en los cuales se ordenaba la entrega de ocho vehículos que estaban retenidos por cuenta de la jurisdicción Aduanera. No obstante, ni la funcionaria había firmado tales oficios, ni existía decisión judicial alguna que dispusiera la entrega, la cual, sin embargo, se cumplió.

En el curso de la investigación se estableció que los oficios los elaboró Jefferon Quintero Chacón, citador del Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta, en la máquina de escribir que usaba oficialmente, estampándoles los sellos de ese despacho. Documentos que el subalterno judicial llevó a la oficina del también abogado Alvaro Pío Valero Mora, de quien los recibió el doctor Alvaro Cardona Jaramillo.

Actuación procesal

Primer proceso

El proceso penal se abrió por auto del 26 de septiembre de 1986. Al año siguiente, el 20 de febrero, fue indagado Oscar Lizcano Ruiz, y el 10 de abril siguiente se cumplió igual actuación con Oscar Mendoza Cabeza. La detención preventiva de éste último se dispuso mediante proveído del 23 de junio de 1987.

En pronunciamiento del 22 de febrero de 1988, el Juzgado de Instrucción Penal Aduanero ordenó la reapertura de investigación en relación con los indagados.

El 3 de mayo de 1988 se indagó a Alvaro Pío Valero y el 28 de julio del mismo año se le decretó detención preventiva.

Por auto del 11 de agosto de 1988 se declaró persona ausente a Jefferson Quintero Chacón.

Con fecha del 13 de abril de 1989 se dictó resolución de acusación contra Oscar Mendoza Cabezas y Alvaro Pío Valero Mora por los delitos de contrabando interno y uso de documento público falso; y contra

Jefferson Quintero Chacón por falsedad material de empleado oficial en documento público. El 19 de mayo de 1989 se repuso la anterior decisión para adicionarla en el sentido de dictar resolución de acusación por estafa contra Mendoza Cabeza.

En proveído del 15 de mayo de 1990 el Tribunal de Aduanas confirmó la resolución de acusación.

La acumulación de este proceso con el que se adelantaba en Cúcuta contra los mismos sindicados se decretó mediante auto del 23 de mayo de 1991 del Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín.

Segundo proceso

Este otro proceso, adelantado inicialmente contra Alvaro Pío Valero Mora, Jefferson Quintero Chacón, Alvaro Cardona Jaramillo y Pedro Manuel Rodríguez Ramírez por delitos contra la fe pública, se inició por auto del 3 de octubre de 1986.

El 20 de noviembre del mismo año se indagó al doctor Alvaro Cardona Jaramillo, contra quien, cinco días después, se profirió detención preventiva por uso de documento público falso.

El 26 del mismo mes y año se escuchó en indagatoria al doctor Alvaro Pío Valero Mora, a quien se le decretó la detención preventica por auto del 1o. de diciembre de 1986 por el delito de falsedad material de particular en documento público.

Por auto del 16 de marzo de 1987 se declaró reo ausente a Jefferson Quintero Chacón.

Previa diligencia de indagatoria, en proveído del 17 de marzo se decretó la detención de Pedro Manuel Rodríguez Ramírez por el delito de falsedad material de particular en documento público.

El 24 de junio se indagó a Fermín Ibarra Castro, contra quien no se halló mérito para proferir medida de aseguramiento, según consta en auto del 11 de noviembre de 1987.

En pronunciamiento del 16 de marzo de 1987 se declaró persona ausente a Oriestes u Orestes u Oriestel Sayago Jaimes por el delito de falsedad.

Con fecha del 28 de febrero de 1989 se dictó resolución de acusación contra Alvaro Cardona Jaramillo por el delito de uso de documento público falso, contra Alvaro Pío Valero Mora por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, contra Pedro Manuel Rodríguez por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, contra Jefferson Quintero Chacón por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público. Así mismo se ordenó el cese de procedimiento en favor de Fermín Ibarra Castro y de Oriestes u Oriestel u Oreste Sayago Jaimes.

Al recibir la actuación, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta, al efectuar el control de legalidad, en auto del 14 de abril de 1989, advirtió que en la parte motiva de la providencia calificatoria se dijo que contra los procesados Jefferson Quintero Chacón y Sayago Jaimes había mérito para decretarles medida de aseguramiento, y a pesar de ello, en la parte resolutiva se omitió un pronunciamiento a ese respecto y en su lugar, al último de los mencionados se le favoreció con cese de procedimiento, razón por la cual ordenó se devolviera el proceso al instructor.

Por auto del 21 de abril de 1989 se repitió la calificación, exactamente igual a la anterior, pero profiriendo la medida de aseguramiento contra Jefferson Quintero Chacón y absteniéndose de hacerlo contra Sayago Jaimes, en cuyo favor nuevamente se dio la orden de cesar el procedimiento.

Por auto del 12 de junio de 1991 se aceptó la procedencia de la acumulación decretada por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín y se ordenó la remisión del proceso a ese despacho.

Procesos acumulados

En proveído del 29 de noviembre de 1991 el Juzgado Segundo Superior de Aduanas declaró la prescripción de la acción correspondiente a la infracción administrativa aduanera de contrabando en favor de los implicados Alvaro Pío Valero Mora y Oscar Mendoza Cabeza y dispuso el envío del proceso acumulado a los Juzgados Penales del Circuito de Cúcuta, para que asumieran el conocimiento de los delitos de falsedad y estafa.

El 2 de marzo de 1993 se realizó la diligencia de audiencia pública.

El 16 de noviembre de 1993, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, dictó sentencia por medio de la cual condenó a:

a) Alvaro Cardona Jaramillo a la pena principal de 14 meses de prisión como responsable por el delito de uso de documento público falso (art. 222 C.P.);

b) Jefferson Quintero Chacón a la pena de 40 meses de prisión como responsable del delito de falsedad material de particular en documento público (art. 220 C.P.);

c) Pedro Manuel Rodríguez Ramírez a la pena principal de 12 meses de prisión como cómplice del delito de falsedad material de particular en documento público (art. 220 C.P.);

d) Oscar Mendoza Cabeza a la pena principal de 20 meses de prisión como responsable de los delitos de uso de documento público falso (art. 222 inc. 1o.) y estafa (art. 356, art. 372.1 C.P.);

e) Alvaro Pío Valero Mora a la pena principal de 38 meses de prisión como responsable, en calidad de determinador del delito de falsedad material en documentos públicos (art. 220 C.P.), cometida por Jefferson Quintero Chacón; también como determinador del uso que de esos documentos falsos hiciera Alvaro Cardona Jaramillo (art. 222 C.P.) y del delito de uso de documentos falsos (art . 222 C.P.) que él mismo protagonizara ante las autoridades de Medellín (art. 222 C.P.).

Por sentencia del 7 de marzo de 1994 el Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la sentencia en relación con Pedro Manuel Rodríguez Ramírez y Alvaro Pío Valero Mora, que fueron los recurrentes.

La demanda de casación presentada, representa los intereses del procesado Alvaro Pío Valero Mora.

Los argumentos de la demanda

El ataque contra el fallo de segundo grado se formula al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta, por haberse incurrido en un error de hecho por errónea interpretación de las pruebas (falso juicio de identidad) "al hacerles producir efectos positivos y negativos, simultáneamente, lo cual conduce necesariamente al falseamiento de su expresión fáctica, efectos que, en verdad, no los tienen o no se derivan de su texto".

El actor solicita se invalide la sentencia censurada por ser violatoria de los artículos 21 del C.P. (causalidad), 297 del C. de P.P. (procedimiento en caso de confesión), el 302 del C. de P.P. (prueba del hecho indicador), el art. 300 del C. de P.P. (indicios) y finalmente por violar el art. 294 del C. de P.P. (criterios de apreciación del testimonio).

El censor concreta su desacuerdo con la forma como las instancias les dieron credibilidad a las imputaciones que bajo la gravedad del juramento hizo el coprocesado doctor Alvaro Cardona Jaramillo a Valero Mora. También resalta las deficiencias del interrogatorio formulado al empleado de la cárcel Nicolás Gáfaro Fernández. Por lo demás, censura el alcance que se dio a circunstancias tales como el comportamiento del empleado Jefferson Quintero Chacón, que unido a la amistad de éste con el procesado, más la creencia de que Valero Mora contrató a Cardona Jaramillo, y el problema que surgió en Medellín con la camioneta Toyota, las cuales llevaron a la Sala a la certeza de que Alvaro Pío Valero Mora fue el inspirador del delito.

Así mismo, el actor critica el tratamiento de "confesiones" que se dio a las versiones de Alvaro Cardona Jaramillo, Mendoza Cabeza y Pedro Rodríguez Ramírez.

Luego de hacer reproches de carácter general a todos los testimonios supuestamente interpretados en forma errónea, el casacionista divide la censura en cuatro ataques. El primero de ellos lo destina a analizar la versión de Alvaro Cardona Jaramillo, del que afirma que no "fue analizada por la Sala en su sentido objetivo, ideativo, lógico, natural y obvio, esto es, se miró la diligencia en su aspecto formal y rutinario, no se examinó el contenido sicológico y social de la versión".

El censor asevera que no se tuvo en cuenta que el procesado-declarante es un abogado de más de cuatro años de experiencia, que litiga en civil y penal, situación que debe llevar a no creerle cuando afirma que fue engañado y que eso todo lo hizo por incauto y por desconocer el derecho penal aduanero; sin embargo, agrega el impugnante, Cardona hizo oposición a la entrega de un vehículo automotor en el Juzgado Superior de Aduanas, antes de este incidente.

En sentir del recurrente "La indagatoria de Cardona Jaramillo es una descarga malsana e inmoral contra Valero Mora; es la manera fácil de des-

embarazarse del peligro a bordo; es el arma del "caimán jíbaro"; es el despliegue de fuerza, aparato de batalla, para defenderse de un ataque apócrito y feérico; es en fin, la estúpida creencia de un trapacero que cree que, con su actuar dramático, burdo y callejero, defraudará a la Justicia...".

De lo anterior concluye que hubo una errada apreciación de la injurada de Cardona Jaramillo.

En el "segundo ataque" critica que el testimonio de Nicolás Gáfaro Fernández hubiera sido acogido en su integridad, en cuanto a la manifestación de "que lo habían visitado, en su casa de habitación, el Dr. Valero y Pedro Rodríguez, para que le dijera al Dr. Alvaro Cardona Jaramillo, que no reconociera a éste, ni ésta a aquél, es apreciar dicho testimonio sin ningún tipo de crítica. No indagó el instructor de la época, y esto era de Perogrullo, si realmente Cardona Jaramillo asintió o no, ante la propuesta llevada a disuadir; menos aún, se le preguntó al testigo si Cardona Jaramillo le manda alguna razón, de contravuelta, al Dr. Valero Mora o a Pedro Rodríguez, y en fin, no se profundizó sobre este hecho importante y que ha servido como fundamento de la sentencia de segunda instancia..."

El impugnante prosigue afirmando que la indagatoria es un medio de defensa, excepto que el sindicado confiese para convertirse en un medio de prueba y "si no es así, como medio de defensa (y no de prueba), no sirve esta diligencia para incriminar a nadie; a excepción que se le juramente, y entonces, en ese momento, se convierte, en denunciante o víctima, y su dicho debe ser criticado como todo testimonio".

El casacionista refiere el "tercer ataque" a su desacuerdo con la afirmación de la instancia en el sentido de que el procesado Valero Mora conminó a Jefferson Quintero a la elaboración ilegal de los documentos falsos porque "por ninguna parte hay prueba de que Alvaro Pío Valero Mora hubiese conminado a Jefferson Quintero (citador del juzgado de aduanas), a la facción de los documentos falsos" grave acusación que le hace el Juez de conocimiento a mi cliente, y que no existió, desde luego. Conminar significa amenazar, y ello no está demostrado en ninguna parte, ni nadie lo ha dicho".

El "cuarto ataque" está referido a las declaraciones de Pedro Rodríguez, Alvaro Cardona y Oscar Mendoza Cabeza, respecto a las cuales el demandante considera que no pueden ser el fundamento del fallo porque se pre-

tende convertirlas en confesiones para que sirvan de medio de prueba. En su opinión "si son simples indagatorias, se comportan como medios de defensa de los sindicados, y como en ellas, no se juramenta a nadie, no pueden tener la fuerza incriminadora de un testimonio, que se ofrece siempre bajo juramento, para imputar algo en la cuenta corriente de alguien". Todas estas afirmaciones lo llevan a sostener que si el sindicado incrimina a alguien debe ser juramentado y su sindicación debe ser apreciada de conformidad con las reglas de la sana crítica.

De lo anterior, el libelista deduce que esas indagatorias no comprometen al Dr. Valero Mora y que a lo sumo se lo podría ubicar como simple encubridor.

La demanda finaliza con la petición para que se case la sentencia y se dicte fallo de reemplazo condenado a su defendido por el delito de encubrimiento con derecho a la libertad o que se le conceda el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

El representante de la sociedad inicia su reflexión afirmando que resulta incuestionable que el censor pone de presente como eje central de sus críticas, los hechos que tuvieron ocurrencia en la ciudad de Cúcuta, por la falsificación de los oficios 1223 y 1224 del 10 de septiembre de 1986 emanados del Juzgado Segundo Superior de Aduanas.

De la afirmación anterior concluye que "en relación con los hechos ya delimitados conforme se dejó plasmado en la sinopsis procesal, los que dieron lugar al proceso iniciado por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Cúcuta por los delitos de falsedad particular en documento público en concurso con el uso de documento público falso, ocurrieron el 11 de septiembre de 1986, investigación en la cual se produjo la calificación del mérito del sumario el 21 de abril de 1989, decisión que quedó ejecutoriada el 16 de mayo de 1989".

El Delegado prosigue manifestando que "Bastan estas referencias temporales, para advertir atendiendo lo dispuesto por el artículo 84 del Código Penal, que la acción penal que se estudia se encuentra prescrita para los inculpados Alvaro Cardona Jaramillo, Pedro Manuel Rodríguez

Ramírez y Alvaro Pío Valero Mora -recurrente- por los ilícitos que se les imputó".

Lo anterior, por cuanto "Los hechos punibles de falsedad material de particular en documento público y uso de documento público falso, tienen como máximo de pena ocho años de prisión cada uno; al interrumpirse el término prescriptivo con la resolución de acusación, el término se reduce a la mitad del máximo ya señalado pero en ningún caso inferior a cinco años. Para el caso examinado, este lapso comienza a contarse desde el 16 de mayo de 1989 - ejecutoria de la resolución de acusación- cumpliéndose los cinco años indicados el 16 de mayo de 1994, prescribiendo así en esta fecha la acción penal".

Dice que no sucede igual para el procesado Jefferson Quintero Chacón quien por su calidad de funcionario público el período prescriptivo se cumple en el mes de noviembre de 1995.

Sostiene que como consecuencia de la prescripción, el juez de penas en los casos pertinentes debe hacer la correspondiente adecuación de penas.

Termina solicitando se decrete la prescripción de la acción en favor de Alvaro Pío Valero Moral, Alvaro Cardona Jaramillo y Pedro Manuel Rodríguez Ramírez por los delitos de falsedad material de particular en documento público y uso de documento público.

Consideraciones de la Sala

Siendo dos los procesos acumulados es preciso determinar la fecha de los hechos investigados y de la resolución de acusación para poder entrar a determinar si como lo afirma el Procurador Tercero Delegado en lo penal, el fenómeno prescriptivo de la acción penal se ha producido.

Lo que se ha venido denominando como primer proceso contiene la actuación que se originó por el decomiso de un vehículo efectuado el 25 de septiembre de 1986 por las autoridades de Antioquia, el cual resultó matriculado con papeles falsificados y cuya restitución pretendió lograr el abogado Alvaro Pío Valero Mora, presentando un oficio y una certificación espurios del Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta; hecho al cual se contrae la resolución de acusación proferida por el Juzgado Primero de

Instrucción Penal de Aduanas el 13 de abril de 1.989, por medio del cual se formuló auto de enjuiciamiento contra Oscar Mendoza Cabeza y Alvaro Pío Valero Mora por contrabando (por auto del 29 de noviembre de 1991 se declaró prescrita la acción por contrabando) y por uso de documento público falso contra los mismos y por falsedad material de empleado oficial en documento público contra Jefferson Quintero Chacón.

Esta decisión se repuso el 25 de septiembre de 1.989 para formular acusación contra Oscar Mendoza por el delito de estafa.

Fue confirmada por el Tribunal de Aduanas por decisión del 15 de mayo de 1990, cuya notificación personal se terminó de realizar el 4 de junio siguiente. La constancia de la ejecutoria de la anterior decisión está fechada el 18 de enero de 1.991.

El segundo proceso es el que se origina por la falsificación de los oficios 1223 y 1224 del 10 de septiembre de 1986 emanados del Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta por medio de los cuales se ordenaba la entrega de ocho vehículos que se encontraban bajo custodia del Fondo Rotatorio de Aduanas.

La investigación a que se refiere el proceso comentado la calificó el 21 de abril de 1989 el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal Radicado de Cúcuta, con resolución de acusación contra Alvaro Cardona Jaramillo por el delito de uso de documento público falso; contra Alvaro Pío Valero Mora por el delito de falsedad materia de empleado oficial en documento público; contra Pedro Manuel Rodríguez Ramírez por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público; contra Jefferson Quintero Chacón por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público.

Luego de notificada, la resolución acusatoria quedó legalmente ejecutoriada el 17 de mayo de 1989.

En este punto, conviene tener presente que la parte resolutiva de la providencia calificatoria acusa a los procesados en los siguientes términos:

> "PRIMERO. Dictar resolución de acusación en contra de ALVARO CARDONA JARAMILLO, de anotaciones personales y civiles conocidas en autos, por el hecho punible de "Uso de Documento Público Falso" en perjuicio del Fondo Rotatorio de

la Aduana Nacional de esta ciudad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los autos y conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO. Dictar resolución de acusación en contra de ALVARO PIO VALERO MORA de anotaciones personales y civiles conocidas en autos, por el hecho punible de "Falsedad Material de Empleado Oficial en Documento Público", en perjuicio del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dan cuenta los autos y conforme a lo expresado en la parte motiva de este proveído. (El subrayado no es textual).

"TERCERO. Dictar resolución de acusación en contra de PEDRO MANUEL RODRIGUEZ, por hecho punible de "Falsedad Material de Empleado Oficial en Documento Público", en perjuicio del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dan cuenta los autos y conforme a lo expresado en la parte motiva de este proveído.

"CUARTO. Dictar resolución de acusación con contra de JEFFERSON QUINTERO CHACON, de anotaciones personales y civiles conocidas en autos, por el hecho punible de "Falsedad Material de Empleado Oficial en Documento Público", en perjuicio del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dan cuentas los autos y conforme se expresó en la parte motiva de este proveído.

"....."

La calificación jurídica de los cargos así formulados contra Alvaro Cardona Jaramillo, Alvaro Pío Valero Mora (recurrente) y Jefferson Quintero Chacón, fueron modificados en la sentencia de primera instancia, pues la Falsedad material cometida por empleado público descrita en el artículo 218 del Código Penal, se modificó por la Falsedad material ejecutada por particular, consagrada en el artículo 220 del mismo estatuto. Además, a la conducta del procesado impugnante, Alvaro Pío Valero Mora, se le agregó la agravante que contempla el inciso 2o. del artículo 222 *ibídem*.

El *ad quem,* aprobó esa modificación que de la calificación de los hechos delictivos efectuó el Juez de primera instancia en su sentencia, por ser favorable a los procesados.

Esta reiteración de la actuación procesal obedece a que en ejercicio de la atribución que el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal le otorga a la Corte Suprema de Justicia para casar la sentencia que atente ostensiblemente contra las garantías fundamentales, la Sala advierte que en este caso ha concurrido una eventualidad de esa índole, que debe ser subsanada; la cual, además, trasciende en el término prescriptivo de la acción.

Según se dejó expuesto, a Alvaro Pío Valero Mora se le formuló resolución de acusación, solamente por el delito de Falsedad Material de Empleado Oficial en Documento Público, sin agravante de ninguna naturaleza; conducta que en los fallos finalmente fue definida como Falsedad material de Particular en Documento Público, pero adicionándole la agravante del inciso 2o. del artículo 222, por el uso del documento falso. De esta manera, la condena de Valero Mora por un hecho punible que no le fue atribuido en el pliego de cargos pone de manifiesto una flagrante violación a las garantías fundamentales del debido proceso y, por consiguiente, del derecho de defensa, que es necesario restaurar.

Ahora bien, la corrección de la irregularidad se efectuará casando parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de delimitar la responsabilidad del procesado recurrente, Alvaro Pío Valero Mora, en el segundo proceso relacionado en este pronunciamiento, al delito de Falsedad Material de Particular en Documento Público" (artículo 220 C.P.).

En estas condiciones, para los efectos del cómputo de la prescripción se debe tomar en cuenta que el delito de uso de documento público falso (art. 222, inciso 1o. C.P.), de cual se responsabilizó a Alvaro Cardona Jaramillo, y el de falsedad material de particular en documento público (art. 220 C.P.), cuya ejecución se atribuyó a Alvaro Pío Valero Mora, Jefferson Quintero Chacón y a Pedro Manuel Rodríguez tienen, cada uno, una penalidad máxima de ocho años.

En estas condiciones, la penalidad correspondiente al hecho punible ejecutado en la ciudad de Cúcuta y relacionada con la falsificación y utilización de los oficios 1223 y 1224 supuestamente emanados del Juzgado Superior de Aduanas de esa ciudad, está regulada por el artículo 220 del

Código de las penas. Ello implica que el máximo de pena a imponer para tal comportamiento es de ocho años.

Este lapso máximo que tiene el Estado para administrar justicia en este caso se interrumpió con el proferimiento de la resolución acusatoria, y quedó reducido a cinco (5) años, según lo establece el artículo 84 del Código Penal.

Comoquiera que la ejecutoria del calificatorio se cumplió el 17 de mayo de 1989, ese lapso quedó superado de sobra, sin dar oportunidad a pronunciamiento distinto al de declarar el acaecimiento de este fenómeno extintivo de la acción en lo que respecta a los procesados Alvaro Cardona Jaramillo, Alvaro Pío Valero Mora, Pedro Manuel Rodríguez y Jefferson Quintero Chacón; por ende, al tenor de lo dispuesto por el artículo 36 del Código de procedimiento Penal, en su favor, se dispondrá el cese de todo procedimiento. Tal decisión se identifica con una verdadera absolución y por tanto se deberá ordenar la cancelación de las órdenes de captura si estuvieren vigentes, de la misma manera que la devolución de las cauciones que hubieren prestado en el decurso del proceso.

Por el contrario, no es del caso pensar en la prescripción de los delitos investigados en el primer proceso, porque la ejecutoria de la resolución de acusación tuvo lugar el 18 de enero de 1991 y es apenas obvio que los cinco años aún no se han cumplido.

En esas condiciones, la sentencia impugnada mantendrá su vigencia sólo respecto de las decisiones adoptadas para el primer proceso, que se refiere a los hechos ocurridos en Medellín y por los cuales también habían sido condenados Alvaro Pío Valero Mora y Jefferson Quintero Chacón. Decisión que obliga a redosificar la pena impuesta a estos dos sentenciados para asignarles la correspondiente a los delitos juzgados en el trámite que primeramente se relacionó dentro del cuerpo de esta providencia.

Jefferson Quintero Chacón, había sido condenado a la pena de cuarenta (40) meses de prisión como autor de dos (2) delitos de Falsedad de Particular en Documento Público; a uno de los cuales, aquél en el cual la acción prescribió, se le dedujeron las circunstancias de agravación punitiva contenidas en el artículo 66.2.12 del C.P., más el incremento correspondiente al concurso delictual.

Como en la sentencia de primera instancia no se le dedujeron las mencionadas agravantes genéricas por el delito investigado en la ciudad de Medellín, y la situación de Jefferson Quintero no fue revisada por el ad quem porque ni el procesado ni su defensor apelaron la sentencia de primer grado, la pena que le corresponde es la mínima establecida en el artículo 220 del Código Penal, esto es, la de prisión por el término de 24 meses.

En la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, se concluyó que la conducta de la cual resultó penalmente responsable el doctor Alvaro Pío Valero Mora, dentro del proceso adelantado inicialmente en Medellín, encuadra en la descripción del artículo 222 por el uso de documento público falso, al haber desaparecido el delito cometido en concurso, en razón de la prescripción, también en este caso el procesado se hace acreedor a la pena mínima que establece el tipo penal, esto es, la de prisión por el lapso de doce (12) meses.

Que la pena a imponer sea la mínima que la ley señala para las conductas delictuales cometidas, no implica que los sentenciados sean por esa razón, acreedores al subrogado de la condena de ejecución condicional, pues no se puede olvidar que Quintero Chacón era un servidor de la rama jurisdiccional a quien, como tal, se le había encomendado la ejecución de labores de singular importancia dentro del engranaje de un despacho judicial y apartándose de sus deberes y de la lealtad debida a la administración de justicia, traicionó la confianza que la sociedad le había dado al depositar en sus manos el cumplimiento de tareas oficiales. Todo ello, impide suponer que no requiere de tratamiento penitenciario.

A la misma conclusión se llega al estudiar la situación del doctor Alvaro Pío Valero Mora, pues se advierte que utilizó su título profesional y su experiencia de abogado para transgredir el orden jurídico, dejando de lado los deberes que en cualquier nación civilizada le atañen a un ciudadano común, y más aún, a un profesional del derecho.

Estas incidencias y las modalidades de la ejecución de los hechos punibles que se sancionan, conducen a la Sala a negar a los sentenciados el subrogado de la condena de ejecución condicional, sin que ello implique, en ningún momento, que se ha agravado la situación de los condenados, de los cuales sólo Alvaro Pío Valero Mora fue recurrente, pues desde las instancias tanto a éste implicado como a Quintero Chacón se les

había negado la suspensión de la condena porque las penas impuestas superaban los tres años de prisión.

Ahora, al haberse extinguido una de las acciones penales adelantadas contra los citados procesados, la Sala se limitó a ajustar la pena impuesta en la sentencia de la acción que se mantiene vigente, analizando esta vez, ya no el quatum de la pena, sino la personalidad de los sentenciados y las modalidades de ejecución de la conducta que se les reprocha.

Finalmente, como Jefferson Quintero Chacón fue investigado y juzgado como reo ausente y el doctor Valero Mora no ha estado detenido, pues logró huir de las instalaciones del Tribunal de Cúcuta cuando fue capturado y dejado a disposición de esa entidad, después de proferida la sentencia de segunda instancia, se habrán de librar las órdenes de captura pertinentes para que se ejecuten las penas impuestas.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelva

CASAR PARCIALMENTE la sentencia del 7 de marzo de 1994, proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, por ostensible violación de las garantías fundamentales del procesado Alvaro Pío Valero Mora en el segundo proceso (denominación de éste proveído), por haberle imputado además de la falsedad material de particular en documento público, el uso de éste, cuando esa conducta agravada no fue imputada en la resolución acusatoria; la cual, por consiguiente queda revocada.

DECLARAR, oficiosamente, la prescripción de la acción penal adelantada contra el doctor Alvaro Cardona Jaramillo como autor del delito de Uso de documento público falso; y contra Alvaro Pío Valero Mora, Jefferson Quintero Chacón y Pedro Manuel Rodríguez Ramírez como responsables de la Falsedad material de particular en documento público.

ORDENAR la cesación de todo procedimiento contra los procesados Cardona Jaramillo, Valero Mora, Quintero Chacón y Rodríguez Ramírez, la cancelación de las órdenes de captura que existieren contra ellos y la devolución de las cauciones prestadas, todo ello en relación con este proceso. Deber que está a cargo del juez de primera instancia.

MODIFICAR las penas principal y accesoria impuestas a Jefferson Quintero Chacón, en el aquí denominado primer proceso, reduciéndolas, respectivamente, a veinticuatro (24) meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas.

MODIFICAR las penas principal y accesoria impuestas a Alvaro Pío Valero Mora, en el aquí denominado primer proceso, reduciéndolas, en su orden, a doce (12) meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas.

DENEGAR a los sentenciados Jefferson Quintero Chacón y Alvaro Pío Valero Mora la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

ORDENAR la captura de los condenados para que cumplan la pena impuesta; deber a cargo del juez de primera instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.