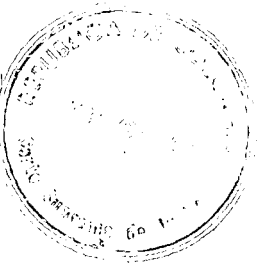
REPUBLICA DE COLOMBIA

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 II

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 Morenò 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

ACCESO CARNAL

El legislador quiso reprimir la realización del acceso carnal y cualquier acto sexual diverso de éste, siempre que el sujeto pasivo de la acción hubiese sido puesto en "incapacidad de resistir" y, es de elemental comprensión para el intérprete de la ley, que esta incapacidad en la víctima puede surgir de situaciones físicas con o sin implicaciones sicológicas o de situaciones meramente sicológicas pero siempre propiciadas por el agresor que le faciliten su ilícito actuar.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 53 (IV-20-95)

Se decidirá lo que resulte procedente en relación con la concesión del recurso de casación interpuesto con fundamento en el tercero inciso del artículo 218 del C. de P.P. por la defensa del procesado CARLOS RODRIGUEZ VILLAMARIN, contra la sentencia proferida el 23 de enero del año que transcurre por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que lo condena por el delito de acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

Antecedentes

Así reseña el fallador de segunda instancia los hechos materia de la sentencia que se pretende impugnar:

> "Se tiene conocimiento que el 6 de noviembre del año 1992, se realizó una fiesta en el Club de Agentes de la Policía Nacional, de esta ciudad, con el propósito de recolectar fondos para la Cooperativa de Bomberos de Bogotá.

A la mencionada reunión asistieron múltiples personas, en su mayoría pertenecientes al Cuerpo de Bomberos de Bogotá, entre las cuales estaban María del Carmen Parra Reyes y CARLOS RODRIGUEZ VILLAMARIN.

El mencionado señor era uno de los organizadores, como teniente de Bomberos e integrante de la Cooperativa mencionada. La señora María del Carmen Parra Reyes, también pertenecía a la institución y cuando llegó al sitio tomó una mesa con otros contertulios, en ánimo festivo.

Pasada la media noche el teniente RODRIGUEZ VILLAMARIN empezó a bailar con Carmen Parra y luego de un tiempo salieron del recinto donde se desarrollaba la reunión, a la zona verde y desde un inicio este sujeto, a la fuerza y prevalido de las condiciones en que se encontraba la dama, hizo tocamientos en el cuerpo de la señora mencionada.

Hubo caricias lascivas, besos y manoseos por parte del agresor, pese a la resistencia inicial de la víctima, la cual disminuyó porque como posteriormente se supo, por exámenes médicos practicados a aquélla, al momento de ocurrir el hecho se encontraba bajo los efectos de fármacos". (fls. 4-5 cd. Tr.).

El examen toxicológico de la sangre de la ofendida reveló la presencia de benzodiazepinas (fl. 26 cd. ppl. 1), lo que le produce "un cuadro de neurotoxicidad", según el dictamen del Instituto de Medicina Legal fundado en la prueba recopilada (fls. 145-146 cd. ppl. 1), y que se traduce en: "somnolencia, disminución de la atención y de la concentración, alteración de la coordinación motora y de algunas funciones cognitivas en especial la memoria y déficit en la capacidad de decisión".

El mismo peritaje advierte que "la administración de benzodiazepinas, en especial si ocurre sin el conocimiento del sujeto, puede determinar un (sic) importante disminución del estado de alerta, es decir, alteración de la conciencia, aún cuando la persona se encuentre despierta".

Tramitado el proceso, el acusado RODRIGUEZ VILLAMARIN fue condenado a la pena principal de doce meses de prisión, como ejecutor de acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 300 C.P.) en el fallo en el que el Tribunal Superior del Distrito confirmó el de la primera instancia y contra el cual la defensa interpuso ante esa Corporación el recurso de casación de que trata el tercer inciso del artículo 218

del C. de P.P., para cuya eventual concesión el asunto ha sido remitido a la Corte.

La solicitud de concesión del recurso

Como fundamento de la solicitud de concesión del recurso el señor defensor dice en su lacónico escrito considerar "necesario para la Jurisprudencia aclarar la situación, respecto asi es menester que la víctima de un atropello sexual se encuentre en completo estado de inconsciencia o si basta el suministro de sustancia para tratar de colocarla en dicha situación. Como se puede observar en el caso de los hechos que dieron lugar al juzgamiento la víctima estaba plena y completamente consciente para cuando ocurriera el atentado al sexo, según la versión suya". (fl. 19 cd. Tr.).

Consideraciones de la Corte

Pretende el señor defensor que la Corte, en uso de su facultad discrecional consagrada en el inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P., conceda el recurso de casación que oportunamente interpuso contra la sentencia que condenó a su procurado por el delito tipificado en el segundo párrafo del artículo 300 del C.P., cuya sanción privativa de la libertad máxima es tres años de prisión; esto es, la petición se orienta al recurso extraordinario que excepcionalmente puede conceder la Corte cuando "lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" y, conforme al texto de su escrito petitorio, se contrae a la primera de las mencionadas eventualidades.

Toma el profesional como apoyo argumental de la interposición del recurso la necesidad de que se aclare "para la jurisprudencia...si es menester que la víctima de un atropello sexual se encuentre en completo estado de inconsciencia o si basta el suministro de sustancia para tratar de colocarla en dicha situación", partiendo de la base fáctica probatoria, según advierte, de que la ofendida en el caso concreto se hallaba "plena y completamente consciente" al momento del atropello a su libertad y pudor sexuales de que fuera objeto.

Pues bien; de cara al texto de la norma que tipifica y sanciona la conducta del sentenciado (artículo 300 del C.P.), debe decirse que la petición carece del fundamento indispensable que impela a la Corte a conceder el recurso con miras al desarrollo jurisprudencial sugerido.

El precepto deja ver con plena objetividad, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, que el legislador quiso reprimir la realización del acceso carnal y cualquier acto sexual diverso de éste, siempre que el sujeto pasivo de la acción hubiese sido puesto en "incapacidad de resistir" y, es de elemental comprensión para el intérprete de la ley, que esta incapacidad en la víctima puede surgir de situaciones físicas con o sin implicaciones sicológicas o de situaciones meramente sicológicas pero siempre propiciadas por el agresor que le faciliten su ilícito actuar.

El texto de la norma, reza:

> "Artículo 300.- Acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir, o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual, incurrirá en prisión....
>
> Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será...";

y no ofreciendo, como se ha dicho, dificultades interpretativas, la polémica que procura el actor se diluye por completo aún considerada la circunstancia invocada por él de hallarse la ofendida, por razón de la inadvertida ingestión de la sustancia que revela el proceso, consciente del atropello de que era objeto, pues que dicha circunstancia lo único que hace es evidenciar la magnitud de la incapacidad de resistir a que fue sometida por el sentenciado.

Insuficiente el motivo aducido por el señor defensor para propiciar la concesión excepcional del recurso de casación, se resolverá de conformidad.

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

Resuelve

NO CONCEDER el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 23 de enero de 1995 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la que se condena a CARLOS RODRIGUEZ VILLAMARIN por el delito contra la libertad y el pudor sexuales de que da cuenta el proceso.

en firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

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.

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA

La causal aducida (prueba nueva) (art. 232 C.P.P.) prevé es la aportación de una prueba sobreviniente y en manera alguna una nueva interpretación de una prueba ya obrante en el proceso. No se olvide que cuando de acción de revisión se trata, el blanco del disenso es una decisión con carácter de cosa juzgada (con sus notas características de definitividad e inmutabilidad) y que la misma tiende a conjurar una palpable injusticia que emerge postreramente, es decir, con la aducción de un elemento de juicio que no tuvo la oportunidad de ser valorado por el juzgador (simplemente porque no existía físicamente en el proceso) y que ahora, de serlo, mutaría sustancialmente la situación jurídica del procesado.

En ninguno de los eventos de prosperidad de la demanda de revisión la ley contempla la consecuencia de absolución. Se dicta por la Corte, sí, fallo de reemplazo, cuando sale avante cualquiera de las causales que menciona el numeral primero del artículo 240 del Código de Procedimiento Penal (prescripción de la acción penal, ilegitimidad o caducidad de la querella o cualquier otra causa que extinga la acción penal). "En los demás casos - sigue diciendo dicho artículo- la actuación será devuelta al despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique".

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado acta No. 56

Conoce la Sala de la acción de revisión presentada a nombre de los hermanos JORGE SANCHEZ MANJARRES Y GILBERTO SANCHEZ MANJARRES, quienes fueron condenados por el delito de homicidio.

Antecedentes

1.- Los hechos que generaron el proceso respectivo fueron narrados así por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué:

> "Datan los autos que en las horas de la tarde del 14 de mayo de 1983, falleció el señor Eduardo Montoya Giraldo en un lugar de la carretera que de Anzoátegui conduce a la quebrada 'El Fierro', al ser herido violentamente con arma de fuego y machete; quedando su cadáver abandonado en ese paraje solitario, mientras un menor de edad que lo acompañaba emprendía su huída para avisar lo sucedido".

2.- Por dicho homicidio el Juzgado Primero Superior de Honda condenó a los hermanos Gilberto, Jorge y Ernesto Sánchez Manjarrés, a 16 años de prisión, delito que consideró agravado por la indefensión.

Apelado dicho fallo por el defensor de los procesados, el Tribunal Superior de Ibagué lo confirmó mediante sentencia de 24 de septiembre de 1992 (fls. 28 y ss).

El mismo profesional recurrió dicha providencia en casación, más esta Sala, por medio del fallo de 7 de abril del presente año, en cuya producción no intervino el Magistrado que elabora esta ponencia (fls 61 y ss), mantuvo intacta la sentencia.

La demanda

El apoderado de los nombrados Jorge y Gilberto Sánchez Manjarrés promovió acción de revisión, con base en el artículo 232-3 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la causal que prevé la existencia de pruebas o hechos nuevos.

Alega el accionante que el único testigo del homicidio en cuestión fue el nieto de la víctima, menor Jairo Montoya Rivera, quien en el proceso aparece como la persona que presenció los hechos en su condición de acompañante de Montoya Giraldo.

Añade que dicho menor (de 14 años de edad) en la primera versión que dio al momento de hacerse el levantamiento del cadáver de Montoya Giraldo, sostuvo que fue Ernesto Sánchez Manjarrés quien hizo los disparos letales, sin hacer mención para nada a los otros dos hermanos procesados, afirmación que sólo hizo en postreras intervenciones, en las cuales dijo que una vez efectuados dichos disparos, Jorge y Gilberto Sánchez Manjarrés propinaron golpes de machete a la víctima: "Mi abuelo cayó y lo encendieron a machete Gilberto Sánchez y Jorge Sánchez" (fls. 77), se lee en una cita que de una declaración de Montoya Rivera hace el accionante.

Dice refiriéndose a una de las declaraciones del citado testigo:

> "Aquí el menor de edad incluye dos tipos y los ubica en la parte de abajo. Si analizamos la espontaneidad de la versión amén del conocimiento que afirma tener 'perfectamente' de Gilberto y Jorge Sánchez, de haber sido éstos partícipes, los hubiera mencionado con sus nombres y no empleado el calificativo y menos en términos de: 'De inmediato vi que salieron los dos tipos...' para a continuación luego de relatar su ida al pueblo, decir 'Los tipos que salieron del lado de abajo llaman Gilberto y Jorge Sánchez'.
>
> "Qué impacto psicológico produjo aquel episodio en el menor de edad, como para referirse a sus conocidos en términos de 'dos tipos'? ninguno, sencillamente, de ser cierta la aparición en el escenario de 'dos tipos', no le eran conocidos, reitero, los hubiere referido en su primera versión y, si hubiesen sido conocidos los hubiere referido por sus nombres en la versión.
>
> "Es el mismo, quien afirma que por el susto no se dio cuenta cómo estaban vestidos" (subrayado del original. fls. 78 y 79).

Insiste en que el referido testigo mintió y en que por ello los procesados a quienes representa son inocentes del homicidio por el cual se les condenó. Consecuentemente concluye: "Solicito a esta alta corporación la revisión de la sentencia y al comprobar la causal invocada, con relación a los hermanos Gilberto y Jorge Sánchez Manjarrés, declararla sin valor emitiendo la providencia que corresponda absolviendo a los citados señores" (fls. 80).

Se considera

De la mera lectura de la demanda de revisión resumida atrás, emerge con toda claridad que realmente el accionante, a pesar de su inicial enunciado, no apoya su libelo en la causal tercera de revisión (hecho o prueba nueva que demuestre o ponga en seria duda la responsabilidad de los procesados), sino que se limita a criticar una prueba que ya obraba en el proceso cuando se profirió el fallo atacado, haciéndola objeto de una valoración diversa de la que le fue dada por los falladores de instancia.

La causal aducida (art. 232 C.P.P.) prevé es la aportación de una prueba sobreviniente y en manera alguna una nueva interpretación de una prueba ya obrante en el proceso. No se olvide que cuando de acción de revisión se trata, el blanco del disenso es una decisión con carácter de cosa juzgada (con sus notas características de definitividad e inmutabilidad) y que la misma tiende a conjurar una palpable injusticia que emerge postreramente, es decir, con la adución de un elemento de juicio que no tuvo la oportunidad de ser valorado por el juzgador (simplemente porque no existía físicamente en el proceso) y que ahora, de serlo, mutaría sustancialmente la situación jurídica del procesado.

Como es ostensible que el accionante ha entendido erróneamente lo anterior y ha hecho de demanda tan exigente un alegato de instancia, resulta obvio que por no cumplir los requisitos de forma previstos en la ley (art. 234 C. de P.P.), debe ser inadmitida.

Por último, conviene hacer ver al accionante que también está en un error al solicitar a esta Sala que absuelva a los procesados, por cuanto (en ninguno de los eventos de prosperidad de la demanda de revisión la ley contempla la consecuencia de absolución. Se dicta por la Corte, sí, fallo de reemplazo, cuando sale avante cualquiera de las causales que menciona el numeral primero del artículo 240 del Código de Procedimiento Penal (prescripción de la acción penal, ilegitimidad o caducidad de la querella o cualquiera otra causa que extinga la acción penal). "En los demás casos -sigue diciendo dicho artículo- la actuación será devuelta al despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique".

De acuerdo con lo dicho, en este caso concreto de invocación (de la causal tercera de revisión) no es exacto solicitar, como lo hace aquí el

accionante, que se revise "la sentencia", debiéndose, en cambio, pedir la revisión del proceso.

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

Resuelve

INADMITIR la demanda de revisión presentada a nombre de los sentenciados Jorge y Gilberto Sánchez Manjarrés.

Notifíquese y cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Santiago Beracaza Hoyer. Conjuez, *Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Alfonso Gómez Méndez.* Conjuez, *Edgar Saavedra Rojas, Julio Rozo Rozo.* Conjuez, *Jaime Bernal Cuéllar. Conjuez.*

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / NULIDAD

Resulta lamentable que la Sala del Tribunal Superior que resolvió la apelación haya invalidado todo el proceso, cuando la argumentación realizada solo conducía a una nulidad parcial con la consiguiente ruptura de la unidad procesal, conforme a lo previsto en el numeral 3o. del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal.

Para esta Corporación el error en la denominación jurídica trae como consecuencia la nulidad del proceso a partir del auto calificatorio inclusive.

Al juez como director de la etapa del juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido formulada correctamente, aspecto este que forma parte de la garantía del debido proceso, y que de ningún modo constituye violación del principio de imparcialidad, pues en el caso de la denominación jurídica se trata simplemente de verificar que a los hechos declarados probados por la fiscalía no se le haya dado un nomen juris equivocado.

No es cierto que el fiscal sea una especie de dueño absoluto de la acusación, entre sus funciones efectivamente está la de acusar, pero dicha acusación no será de recibo sino se ajusta a las exigencias del debido proceso, entre las cuales, como ya se dijo, está la de dar a los hechos que estime acreditados la denominación jurídica acertada.

Nada más que una bufonada sería un procedimiento penal que consagrara entre los motivos de absolución, no sólo la demostración de la inocencia o la falta de pruebas, sino también la alegación de que a los hechos corresponde un nombre jurídico diferente, así la variación surja como consecuencia de las pruebas practicadas en la audiencia, razón por la cual el fiscal no las conoció al momento de calificar.

Mientras en el código se mantenga el actual sistema de congruencia, la solución a los errores en mención se debe hacer por la vía de la nulidad.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 5

Vistos

Por apelación revisa la Sala el auto del 2 de diciembre de 1994, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, en el proceso adelantado contra el doctor Fernando Ruiz Sarria, ex-Juez Quinto de Instrucción Criminal Ambulante de Cali, por los delitos de Falsedad en Documento Público y Prevaricato por Acción.

Antecedentes

1.- El día 13 de marzo de 1992 fue secuestrado el médico Francisco José Caicedo Quintero, por quien sus plagiarios exigían que su hermano residente en los Estados Unidos, cancelara una deuda que tenía con "el patrón".

2.- El 26 del mismo mes y año, unidades del Ejército Nacional lo rescataron en la calle 1a. No. 12A-27 del Barrio San Antonio de la ciudad de Cali, y capturaron a Octavio Gallego, José Humberto Gómez y Alba Ruby Arias, a quienes se les decomisó tres armas de fuego, cuarenta y cuatro cartuchos, un radio marca Yaesu, dos bippers y otros elementos.

3.- Luego de practicadas algunas pruebas en la Unidad Investigativa de Policía Judicial de Orden Público, se remitieron las diligencias a un Juzgado de Instrucción de Orden Público, el que mediante auto del 30 de marzo avocó conocimiento y ordenó recibir diligencia de injurada a los detenidos, comisionando al Juez Ambulante que designara la Dirección de Instrucción Criminal.

4.- Por resolución No. 0220 del 31 de marzo de 1992, se asignó para la práctica de las injuradas al titular del Juzgado Quinto de Instrucción Criminal Ambulante, doctor Fernando Ruiz Sarria.

5.- El Juez Quinto avocó conocimiento, recibió las indagatorias, y el 7 de abril del mismo año resolvió la situación jurídica dictando medida de aseguramiento de detención preventiva a José Humberto Gómez Alcalde, Octavio Gallego Ramírez y Alba Ruby Arias Hernández por el delito de secuestro simple, concediéndoles la libertad provisional mediante caución de cincuenta mil pesos ($50.000.oo) por cada uno, dinero que debía ser consignado en el Banco Popular.

En vista que el mencionado Banco se encontraba en cese de actividades para la época, el dinero fue recibido en el Juzgado y al día siguiente depositado en la entidad crediticia; en consecuencia se libraron las órdenes de libertad y se suscribió la diligencia de compromiso, en ella se especificó que los títulos No. 162068305, 16206855 y 161068552 habían sido presentados para obtener la libertad, cuando en realidad fueron expedidos un día después de firmada el acta.

6.- La actitud asumida por el Juez Quinto de Instrucción Ambulante fue puesta en conocimiento del Tribunal Superior, Sala Disciplinaria, que lo sancionó con dos meses de suspensión en el ejercicio del cargo y compulsó copias para que se investigara penalmente.

La Fiscalía Delegada ante el Tribunal abrió investigación, y luego de practicadas algunas pruebas dictó Resolución de Acusación en contra del doctor Fernando Ruiz Sarria por los delitos de Falsedad ideológica en Documento Público, en concurso heterogéneo con el punible de Prevaricato por Acción.

7.- Celebrada la audiencia pública, el Tribunal de Cali encontró que existía una nulidad que le impedía dictar la sentencia, y al efecto dijo:

> "4.- Pero, si bien es cierto no se estructuró el PREVARICATO POR ACCION, cuando el funcionario dictó ilegalmente un acto que estaba por fuera de su órbita de competencia, tal conducta sí viene a constituir un delito de abuso de función pública previsto en el art. 162 del C. Penal.

4.1- En efecto, cuando el doctor FERNANDO RUIZ SARRIA decide resolver la situación jurídica de los indagados, sin encontrarse facultado para hacerlo, pues el acto que le generó su competencia la precisaba estrictamente a recibir las diligencias de injurada, abusó de su cargo, como que ejerció funciones diferentes de aquellas para cuyo ejercicio estaba expresamente facultado, saliéndose de los precisos límites jurídicos que se le habían fijado y adentrándose en competencia funcional atribuída exclusivamente al comitente, este sí con plenitud de atribuciones para adelantar la investigación, tomar decisiones dentro de ella y concluirla con la respectiva calificación".

El *a-quo,* al considerar que en la resolución se había incurrido en errónea calificación del hecho, afectándose el debido proceso, decretó la nulidad a partir del pliego de cargos y concedió al procesado el beneficio de libertad provisional causionada.

8.- Esta decisión fue recurrida por la Fiscal Delegada ante el Tribunal de Cali, quien solicita se revoque la misma, al estimar que:

"Acorde con las constancias procesales y las jurisprudenciales transcritas, se precisa sin temor a equivocarse, que el Doctor Fernando Ruiz Sarria, excediéndose en el ejercicio de sus funciones no sólo cometió un acto arbitrario porque carecía de competencia, sino que ese acto se caracteriza por ser "ostensiblemente contrario a la ley", por cuanto es indiscutible que efectuó una valoración amañada del acervo probatorio con la finalidad de colocar en la calle a los delincuentes comprometidos en un delito de Secuestro Extorsivo. Ello implica que su comportamiento necesariamente se encuentra dentro de los parámetros del artículo 149 del Código de las Penas. Quiere decir lo anterior que se está en presencia de un concurso aparente de normas penales, que se resuelve de acuerdo al principio de la especialidad, pues cierto es que el delito de Abuso de Poder en el que incurrió el implicado no es otro que el delito de Prevaricato, más no el de extralimitación de funciones, es decir, que por mayor riqueza descriptiva, por contener un elemento más "Lo manifiestamente contrario a la ley" este concurso aparente se define a favor del punible de Prevaricato".

Concluye la Fiscal argumentando que la nulidad ha debido ser parcial, porque la indebida adecuación típica en sentir de la Sala Penal, solo comprometió el delito de Prevaricato y no el punible de Falsedad Ideológica.

9.- El defensor del encausado solicita a la Corte, revoque la providencia del Tribunal Superior de Cali, y en su lugar dicte sentencia, porque solo así se respetará el principio del juez imparcial, y afirmó:

> "De prosperar la tesis expuesta por el Tribunal en el sentido de que el Juez puede decretar nulidad por encontrar errada la calificación de la investigación hecha por la Fiscalía, o sea por hallar equivocada la acusación, se abriría paso la autorización a la violación del debido proceso, por desconocimiento del principio del Juez Imparcial, porque, como se dijo, se concentraría en el Juez la doble función de acusar y juzgar, pues la obediencia del fiscal al mandato de variación de la calificación no es nada diferente a su sumisión al criterio del Juez, siendo ello sí, una indebida injerencia del juez en la función acusadora..."

Acota el defensor, que ante la calificación errada respecto del delito de prevaricato, no le queda otra alternativa al Tribunal que la de absolver al imputado, sin que le sea permitido decretar la nulidad, como en efecto ocurrió.

Consideraciones de la Sala

1o.- Un punto inicial en el cual hay que reconocer que le asiste razón a la Fiscal recurrente, es que resulta lamentable que la Sala del Tribunal Superior que resolvió la apelación haya invalidado todo el proceso, cuando la argumentación realizada solo conducía a una nulidad parcial con la consiguiente ruptura de la unidad procesal, conforme a lo previsto en el numeral 3o. del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal.

Si el presunto error aducido por el a quo se limitaba a la calificación de la conducta prevaricadora con abuso de la función pública, y ello no comprometía para nada el punible de falsedad sobre cuya denominación no había objeción, la nulidad total decretada resulta excesiva y sin justificación.

La preocupación del Tribunal sobre una posible acumulación aritmética de penas, de no anularse todo el proceso, es una evidente demostración

de que ignora que el Código tiene consagrada la figura de la acumulación de penas, motivo por el cual ya ningún perjuicio se causa al acusado si no se acumulan las causas que tenga en su contra.

2o. Sobre el tema de fondo propuesto, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones (junio 13 y Octubre 19 de 1989 con ponencia del Magistrado Saavedra Rojas; y febrero 13 de 1991 actuando como ponente el Magistrado Páez Velandia), en las cuales ha concluido que el concurso aparente que se presenta cuando se prevarica abusando de la función pública, se soluciona aplicando la norma que tipifica el prevaricato que es la de mayor riqueza descriptiva.

En el caso que nos ocupa, el acriminado FERNANDO RUIZ SARRIA fue comisionado para recepcionar unas indagatorias hasta el día 3 de abril de 1992, y no solo rebasó el término otorgado, sino que resolvió la situación jurídica para la cual no se le había facultado, de manera manifiestamente contraria a la ley.

Si la decisión tomada hubiera sido legal se habría tipificado únicamente el abuso de función pública, pero como además ese acto sirvió para hacer un pronunciamiento contrario a la ley, todo el comportamiento se subsume dentro del tipo de prevaricato por acción, tal como acertadamente lo calificó la fiscalía. La evidente falta de competencia es un elemento más de la ilegalidad de la providencia, y un factor a tener en cuenta para la demostración de la intención con que actuó al continuar conociendo del asunto.

No existiendo el error que le sirvió de fundamento al Tribunal para decretar la nulidad recurrida, la Corte revocará esa decisión y devolverá el expediente para que se dicte la sentencia que corresponde, previa orden de captura contra el implicado.

3o. Aunque por sustracción de materia la petición de absolución que formula el defensor no tiene sustento procesal, es oportuno reiterar que para esta Corporación el error en la denominación jurídica trae como consecuencia la nulidad del proceso a partir del auto calificatorio inclusive.

Al juez como director de la etapa de juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido formulada correctamente, aspecto éste que forma parte de la garantía del debido proceso, y que de ningún modo cons-

tituye violación del principio de imparcialidad, pues en el caso de la denominación jurídica se trata simplemente de verificar que a los hechos declarados probados por la fiscalía no se les haya dado un nomen juris equivocado.

No es cierto que el fiscal sea una especie de dueño absoluto de la acusación, entre sus funciones efectivamente está la de acusar, pero dicha acusación no será de recibo si no se ajusta a las exigencias del debido proceso, entre las cuales, como ya se dijo, está la de dar a los hechos que estime acreditados la denominación jurídica acertada.

Nada más que una bufonada sería un procedimiento penal que consagrara entre los motivos de absolución, no solo la demostración de la inocencia o la falta de pruebas, sino también la alegación de que a los hechos corresponde un nombre jurídico diferente, así la variación surja como consecuencia de las pruebas practicadas en la audiencia, razón por la cual el fiscal no las conoció al momento de calificar.

Mientras en el Código se mantenga el actual sistema de congruencia, la solución a los errores en mención se debe hacer por la vía de la nulidad, aspecto éste en el cual acertó el a quo, pero en un evento en que no había razón para decretarla.

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

Resuelve

REVOCAR el auto del 2 de diciembre de 1994, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decretó la nulidad del proceso a partir de la resolución de acusación inclusive.

Devuélvanse las diligencias para que el a quo ordene la captura del acusado y proceda a dictar la sentencia correspondiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FAVORABILIDAD

Resulta indudable que el indicado Decreto 2535, consigna disposiciones de carácter sustancial más favorables al procesado, por lo cual es de aplicación inmediata, sin que importe que entre a cobijar una situación acaecida con anterioridad a su vigencia, pues se trata simplemente de una aplicación retroactiva de la ley, con claro y sabio apoyo constitucional y legal (artículo 6o. Código Penal y 29 de la Constitución política).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado acta No. 52.

Vistos

Decide la Corte la colisión negativa de competencia trabada entre un Juzgado Regional de Cúcuta y el Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga.

Antecedentes

A MISAEL TAVERA RODRIGUEZ y LUIS ALBERTO FLOREZ se les profirió resolución de acusación en su contra por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (artículo 2o. del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el artículo 1o. del Decreto 2266 de 1991 e incorporado al Código Penal, artículo 202), por cuanto se les incautaron armas pese a estar amparadas por salvo conducto, sus proveedores habían sido reformados en forma tal que violaban las especificaciones técnicas del artículo 9o. del Decreto 1263/79, modificado por el artículo 4o. del Decreto 2003 de 1982.

Según la experticia obrante al folio 273 del cuaderno original 1, y que fuera rendida por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Bucaramanga, Sección Criminalistica, la pistola hallada en la habitación de LUIS ALBERTO FLOREZ es una 'Browing', calibre 7.65 mm., de longitud de cañón 9 ½ cm. y de proveedor con capacidad para 12 cartuchos. Y el proveedor encontrado en poder de MISAEL TAVERA RODRIGUEZ corresponde a un arma de fuego tipo pistola, calibre 7.65 mm. y/o 32 automática, con capacidad para 12 cartuchos.

Fundamentos del Juez Regional para provocar la colisión

El Decreto 2535 de 1993 dejó sin vigencia las disposiciones que le fueran contrarias, en especial el Decreto 1663 de 1.979 y el 2003 de 1982. Y en el artículo 1o. se informa el ámbito de su aplicación, mencionando como uno de sus fines, la 'clasificación de las armas'. En su artículo 8o. dice cuales son las armas de guerra y por tanto de uso privativo de la fuerza pública haciendo una descripción de sus características especiales. Es así como en el numeral a) señala "las pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas) que no reunan las características establecidas en el artículo 11 de este Decreto", y en el numeral b) "pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm. (.38 pulgadas)".

Lo anterior significa que "una pistola o revólver de calibre 9.652 que tenga las especificaciones del artículo 11 de ese Decreto, es de defensa personal; por el contrario, si no lo reúne, estaremos en frente a un arma de uso privativo de las F.F.M.M. Si es superior a ese calibre también es un arma restringida. El artículo 11 del Decreto 2535/93 dice que son armas de defensa personal las "diseñadas para defensa individual a corta distancia", y refiriéndose a los revólveres y pistolas, prescribe que deben tener las siguientes características para considerarlas como tales: a) calibre máxima 9.652 (.38 pulgadas), b)longitud máxima de cañón 15.24 cm. (6 pulgadas), c)en pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática, y, d)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 amplia a 10 cartuchos."

Cita luego el Juzgado Regional apartes de las determinaciones de esta Corte de Mayo 5 de 1994 y de Diciembre 15 del mismo año, y concluye que "la pistola incautada al procesado cuyo calibre es de 7.65 mm. y ca-

pacidad para 12 cartuchos, así como también el proveedor con capacidad para 12 cartuchos, según peritazgo del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Bucaramanga, debe considerarse como de defensa personal, pues ese calibre es inferior al que señala el artículo 8o. del Decreto 2535/93, es decir, 9.652 mm., sin importar tampoco la capacidad del proveedor''. En apoyo de su concepto cita también un aparte de una decisión del Tribunal Nacional de Agosto 16 de 1994, que recoge un caso similar al presente y en donde, entre otras cosas, se precisa que ''De la simple lectura de los artículos 8 y 11 del Decreto 2535 de 1993,...., se infiere que toda arma de calibre inferior a 9.652 mm. que no sea automática, es de defensa personal''. Remite, entonces, por competencia (Artículo 9o. del Decreto 2790/90, modificado por el Decreto Ley 99/91, numeral 5o, en concordancia con el 10 *ibídem*) el proceso a los Jueces Penales del Circuito-Reparto-de la ciudad de Bucaramanga.

Razones del Juez Octavo Penal del Circuito para aceptar el conflicto

Los hechos ocurrieron en 1992, cuando todavía no estaba vigente el Decreto 2535 de Diciembre 17 de 1993, lo que hace que en materia de adecuación típica se deba remitir el asunto al artículo 202 C.P., modificado por el Decreto 3664/86, artículo 2o., en concordancia con el Decreto 1663 de 1979, reformado a su vez por el Decreto 2003 de 1982, señalando éste último en su artículo 2o., numeral d), que eran armas de fuego de defensa personal las de 'capacidad en el proveedor de la pistola no superior a nueve (9) cartuchos'. Y como está plenamente demostrado que los procesados al momento de su captura poseían armas y proveedores ''de mas de ocho (8) cartuchos'', excediendo los límites del ya citado Decreto 2003, las armas son ya de uso privativo de las Fuerzas Armadas, ilicitud ésta por la que la Fiscalía Regional de Cúcuta dictó resolución de acusación, determinación que fué confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional.

La Corte

1.- Las decisiones de ésta Corporación en las que apoya su concepto el Juez Regional para separarse del conocimiento del presente asunto, en lo pertinente, señalan:

"La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (el 8o. y el 11o. del Decreto 2535/93), de ninguna manera faculta el intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la fuerza pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para mas de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que tratándose de ésta clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm.. Y es lógico que así lo hubiere hecho porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la fuerza pública, 'aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público', como lo dice el ya copiado artículo 8o., necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la fuerza pública. Por esta misma razón no puede admitirse el argumento de que como la enumeración que trae el artículo 8o. es meramente enunciativa y no taxativa ('tales como', dice la norma), si es posible comprender en ello la pistola 7.65 mm. solo por causa de la capacidad del proveedor superior a nueve (9) cartuchos. Por lo demás, este tipo de interpretación, por la indeterminación que implica, vulnera directamente el principio rector de la tipicidad, consagrado en el artículo 3o. del Código Penal, en virtud de la cual 'la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca'. (Mayo 5 de 1994, M.P. Doctor Guillermo Duque Ruíz).

Y en determinación de Diciembre 15 de 1994, Radicado No.10048, se apuntó:

"...el arma de autos (pistola 'Star', 9 mm., con proveedor apto para alojar 15 proyectiles, con energía cinética de 365 libras/pie y con un proyectil de los 11 que se decomisaron con blindaje de punta hueca), es de uso personal por la sola circunstancia de que su calibre es inferior a 9.652 mm. ... ."

Así, pues, sin hesitaciones de ninguna naturaleza, el arma incautada, cuyo calibre es de 7.65 mm. y con capacidad para 12 cartuchos, así como el proveedor decomisado de igual capacidad, son de defensa personal, pues el calibre es inferior al que la ley exige para que se tenga como de uso privativo de las Fuerzas Militares, sin que para tal conclusión importe la capacidad del proveedor.

2.- Lo sostenido por el Juzgado Octavo Penal del Circuito, en el sentido en que los hechos ocurrieron en 1992, cuando todavía no estaba vigente el Decreto 2535 de Diciembre 17 de 1993, presupone que la normativa aplicable sea el Decreto 1663 de 1979, modificado por el Decreto 2003 de 1982, lo que constituye tésis inaceptable, pues resulta indudable que el indicado Decreto 2535, consigna disposiciones y caracter sustancial mas favorables al procesado, por lo cual es de aplicación inmediata, sin que importe que entre a cobijar una situación acaecida con anterioridad a su vigencia, pues se trata simplemente de una aplicación retroactiva de la ley, con claro y sabido apoyo constitucional y legal (Artículo 6o. Código Penal y 29 de la Constitución Política).

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, -Sala de Casación Penal-,

Resuelve

1.- ATRIBUIR el conocimiento del presente asunto al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga, a donde se remitirá el proceso, por la SECRETARIA DE LA SALA, de inmediato.

2.- Por la misma SECRETARIA, hágase llegar copia del presente auto al Juzgado Regional de Cúcuta, aquí colisionante, para los fines de ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PECULADO POR
APROPIACION / PRESCRIPCION / EMPLEADO OFICIAL

El término prescriptivo afecta a todos los copartícipes, puesto que la norma -artículo 82 del Código Penal-, no dice que el lapso extintivo del ius puniendi se aumentará únicamente para el empleado oficial que ha cometido un delito de responsabilidad. Lo que el precepto legal extiende, es el término para la prescripción de la acción penal, cuando el delito hubiere sido cometido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, afectando a todas las personas que hubieren tomado parte en la ejecución del hecho punible, sin que interese si se tiene o nó dicha calidad.

En tal hipótesis la voluntad de la ley se encamina a que el Estado retenga la facultad para investigar el delito por mas tiempo, en razón a que la condición de empleado oficial puede obstruir el descrubrimiento del comportamiento ilícito, perturba la investigación, posibilita el ocultamiento o destrucción de las pruebas indispensable para su esclarecimiento, y todas estas ventajas lo favorecen no solamente a él como sujeto investido de la cualificación jurídica de empleado oficial, sino también a todos sus copartícipes, pues éstos resultarían amparados con la impunidad de aquél.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos E. Mejía Escobar*
Aprobado acta No. 57

Vistos

El procesado JOSE FERNANDO ARBOLEDA SALAZAR, quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Zipaquirá

(Cundinamarca), al momento de ser notificado de la providencia de fecha quince (15) de Marzo del corriente año, por medio de la cual se negó la libertad inmediata e incondicional por no haber prescrito la acción penal, interpuso recurso de reposición contra la decisión aludida.

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

Consideraciones de la Corte

La Procuraduría Tercera Delegada en lo penal consignó los hechos así:

> "Para los meses de mayo a diciembre de mil novecientos ochenta y siete, entre otras las entidades Cody, Industrias Metalibec, Cementos Boyacá, Energía de Bogotá, Películas Mejicanas, Cartón de Colombia, Lister y Colombiana de Distribuciones de Combustibles giraron cheques destinados al pago de impuestos de diversa índole, los cuales por medio de Hector Augusto Alvarez, Luis Antonio Vergel -empleados de la Administración de Impuestos Nacionales- y HENRY MOSQUERA SALAS -Servidor de la Contraloría General de la República- previo endoso falso, fueron consignados en la cuenta corriente del particular José Fernando Arboleda con la anuencia del Gerente del Banco de Colombia Sucursal Edificio Lara, Señor Rodrigo Poveda, del Inspector de Caja Aquilino Acero Reyes y de la Cajera Principal Ligia Rivera Farfán, lográndose así la apropiación ilegal de dineros del erario público en cuantías superiores a quinientos mil pesos".

El procesado en memorial sustentario del recurso de reposición expresa su inconformidad con la decisión tomada por esta Sala en providencia de quince de marzo del año en curso aseverando que en el momento de cometer el delito él era un particular y no un empleado oficial, motivo por el cual no está de acuerdo que se le haya dado aplicación al artículo 82 del Coódigo Penal, y por lo tanto considera que tiene derecho a la libertad inmediata por prescripción de la acción penal.

En la providencia impugnada la Corte puntualizó: "El Tribunal Superior de esta ciudad al revisar por vía de apelación la providencia de fecha 23 de agosto de 1984 mediante la cual el Juzgado 20 Superior de Santafé de Bogotá calificó el mérito del sumario, respeto del peticionario consig-

nó que "es evidente que todo el acervo de convicción está señalando de manera clara e inequívoca al individuo JOSE FERNANDO ARBOLEDA, como el actor intelectual y determinador de los comportamientos investigados en este proceso, pues no sólo se tiene la demostración de la amistad con todos sus demás compinches, sino que sobre su cuenta corriente fueron consignados los cheques que las diferentes empresas habían librado a favor de la Administración de Impuestos y Tesorería Distrital como pago de sus impuestos, elementos éstos de convicción que son mas que suficientes para pregonar su responsabilidad frente a los delitos que se están investigando".

"Y con relación al peculado el Tribunal en su providencia de fecha 6 de junio de 1987, precisó que 'se tendrán 3 modallidades de participación en el peculado: I-El Determinador, el Particular JOSE FERNANDO ARBOLEDA, quien determina a los empleados oficiales a tomar bienes del Estado, y posteriormente los distribuye según la actividad de cada cual, II-Los autores materiales, que son los empleados oficiales de la Administración de Impuestos Nacionales y Tesorería Distrital que sustrajeron los títulos-valores para tomar el pagado al erario público por su conducta, III-Los empleados del Banco, que no obstante tratarse de un cheque restringido por ser librado a favor de una entidad oficial, faltando a las reglas correspondientes, hicieron el trámite de pago de tales documentos contribuyendo a la culminación del fraude gestionado por los anteriores...' (fl. 9 y ss. cuad. Tribunal)."

"Entonces, ARBOLEDA SALAZAR, los empleados de la Administración de Impuestos Nacionales y el servidor de la Contraloría General de la República, aún vinculados a este proceso, están sometidos al régimen prescriptivo que consagra el artículo 82 del Estatuto Penal, esto es, que el término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder del máximo allí fijado.

"Como ya quedó ampliamente establecido, la infracción que se imputa a los procesados aún vinculados a este informativo, tienen señalada en su máximo una pena de quince (15) años de prisión, la que aumentada en una tercera parte, daría veinte (2) años sin que tal guarismo exceda al máximo previsto en el artículo 80 del Código Penal. Y como quiera que debe reducirse a la

mitad por mandato del inciso 2o. del artículo 84 ibidem, el término prescriptivo será el de diez (10) años, que se cumpliría tan sólo el 24 de junio de 1997."

Contrariamente al pensamiento del recurrente, el término prescriptivo afecta a todos los copartícipes, puesto que la norma -artículo 82 del Código Penal- no dice que el lapso extintivo del ius puniendi se aumentará únicamente para el empleado oficial que ha cometido un delito de responsabilidad. Lo que el precepto legal extiende, es el término para la prescripción de la acción penal, cuando el delito hubiere sido cometido por un empleado oficial en ejecicio de sus funciones o con ocasión de ellas, afectando todas las personas que hubieren tomado parte en la ejecución del hecho punible, sin que interese si se tiene o nó dicha calidad.

En tal hipótesis la voluntad de la ley se encamina a que el Estado retenga la facultad para investigar el delito por mas tiempo, en razón a que la condición de empleado oficial puede obstruir el descubrimiento del comportamiento ilícito, perturba la investigación, posibilita el ocultamiento o destrucción de las pruebas indispensables para su esclarecimiento, y todas estas ventajas lo favorecen no solamente a él como sujeto investigo de la cualificación jurídica de empleado oficial, sino también a todos sus copartícipes, pues éstos resultarían amparados con la impunidad de aquel.

Aquí la acusación que soporta el procesado es la de agente determinador de un delito de peculado por apropiación en cuantía superior a los $500.000.oo, de manera que el término prescriptivo es el de diez (10) años, lapso que no ha transcurrido desde la ejecutoria del pliego de cargos como ya se dijo.

No surge entonces motivo que haga variar lo sostenido en pasada oportunidad.

Por lo anteriormente expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL, NO REPONE, el proveído de fecha quince (15) de marzo del corriente año, mediante el cual negó a JOSE FERNANDO ARBOLEDA SALAZAR la libertad inmediata e incondicional por no haber prescrito la acción penal.

Notifiquese 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.

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO

Un criterio fundamental para determinar cuándo un funcionario ha incumplido la norma que le obliga a documentar en determinada manera verídica y fiel se encuentra en la perfecta observación de las normas que regulan su actividad, ya que ellas delimitan el margen dentro del cual puede moverse un funcionario en el cumplimiento de la función que se le ha encomendado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 57

Vistos

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados doctora JOSEFINA FLOREZ ENCISO (ex-Juez Treinta y dos Civil Municipal de Bogotá) y JORGE ELIECER ROJAS TOCANCIPA, en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de fecha junio 15 de 1994, mediante la cual se impusieron a la funcionaria las penas de 46 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas y al particular y a su hermano CRISTOBAL ROJAS 45 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como penalmente responsables del delito de falsedad ideológicas en documento publico.

Hechos y antecedentes

En el mes de septiembre de 1990 la Procuraduría General de la Nación recibió un escrito firmado por Luz Estella Montoya Murillo informando sobre una situación anómala protagonizada en el Juzgado Treinta y dos Civil Municipal de Bogotá, la que se describió en los siguientes términos:

"Ocurre Señor Procurador que en la oficina No.701 de la Calle 16 No.13-19 de esta ciudad existe una sucursal de dicho Juzgado manejada por los señores Cristobal y Jorge Rojas y es alli en donde se elaboraran la casi totalidad de las declaraciones extrajuicio y juramentadas y demás que llegan diariamente a los Juzgados adyacentes a dicha oficina, pues en ésta existen fomatos del Juzgado 32 para únicamente ser llenados con los nombres de las personas interesadas en éstas diligencias las cuales se presentan ante los Señores Rojas, firman el respectivo formato en blanco cancelan la suma que les fijen estos señores la que oscila entre $2.000 y $ 5.000 pesos y más tarde regresan por la respectiva diligencia sin haberse presentado personalmente ante el Juez. EL MODUS OPERANDI ES EL SIGUIENTE: Los policías de vigilancia que se encuentran de servicio en los Juzgados de la carrera 12 entre calles 15 y 16, carrera 10a. Banco de Bogotá, calle 16 con carrera 13 y calle 16 con avenida Caracas, son los encargados de reclutar las personas que necesiten de este servicio y conducirlas ante los señores Rojas, fuera del pago por cada persona que lleven al policía que gane la competencia diaria, "al que la gane" se le da una bonificación especial y es por ésto que no hay ningún día en que se elaboren menos de 100 declaraciones...".

1.- Le correspondió a la Abogada Visitadora Fanny Murillo de Moron adelantar la respectiva averiguación por comisión de la Procuraduría Segunda Regional de Bogotá, en colaboración de la Oficina de Investigaciones Especiales que igualmente comisionó a dos de sus Agentes para que en coordinación con el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial practicaran el allanamiento de la referida oficina, previa orden judicial.

La diligencia fué autorizada por el Juez Noventa y tres de Instrucción Criminal Ambulante por solicitud del Jefe de la División de Investigaciones del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, y con su directa intervención se practicó el 20 de noviembre de 1990 obteniendo los siguientes resultados:

En el lugar del allanamiento se encontraron como responsables de la oficina los señores JORGE ELIECER Y CRISTOBAL ROJAS TOCANCIPA y las Secretarias MYRIAM JANETH CAYON SALDAÑA Y YOLANDA JIMENEZ MURILLO, quienes elaboraban en ese momento

algunas de las declaraciones extrajuicio requeridas por los particulares alli presentes: José Alberto García Bareño, Héctor Guzmán Barrios y su esposa Mercedes Cano Ibáñez, Cecilia Martinez de Monroy, su esposo Hernando Monroy y Rosa Delia Medina de León, Maria Gladys Orozco Vargas y Bernardo Montealegre Loaiza, José Albeiro Toro Bedoya, Marquesa Baños Vda. de Castro, Martha Judith Saldaña Téllez, Luis Enrique González González y Nelson Castro Lagos.

También fueron halladas numersas declaraciones extrajuicio ya firmadas y pendientes de entrega, elaboradas en formatos a nombre de Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal, constando en ellas que los testigos comparecieron al Despacho de la Juez quien les tomó el Juramento de rigor y con su secretario certificó la habilidad e idoneidad de los declarantes. También se hallaron otras declaraciones preparadas pero que todavía no habían sido llevadas al Juzgado para su suscripción, mostrando apenas la firma de los interesados.

De los elementos de oficina decubiertos hacían parte 146 formatos sin diligenciar, en cada uno de los cuales aparecía la solicitud dirigida al Juez 32 Civil Municipal, nota de presentación con la antefirma del secretario Fabio Rojas Rojas, auto del Despacho ordenando la recepción de los testimonios con la antefirma de la Juez Josefina Flórez Enciso, los encabezamientos comunes a toda declaración extrajuicio, con espacios para incorporar la fecha, los datos personales del declarante y la manifestación del testigo y las antefirmas de la Juez y el Secretario, e igualmente la certificación sobre habilidad e idoneidad de los declarantes con antefirmas de los funcionarios mencionados.

2.- Los documentos incautados, total o parcialmente diligenciados, merecieron en la calificación sumarial diversa connotación penal, según la fecha de su expedición, Así:

2.1.- Los elaborados a partir del 1o. de junio de 1990 (ya en vigencia del Decreto 2282 de 1989) según criterio de la Fiscalía Delegada ante la Corte que revisó la decisión de acusación, guardaban relación con el delito de abuso de función pública y no con el de falsedad, por cuanto al carecer entonces de competencia el Juzgado (Artículo 266 del Código de Procedimiento Civil) se trataría de documentos privados (no utilizados). Sin embargo, su relación permite evidenciar la magnitud de las actividades cumplidas en la oficina de los señores ROJAS.

Los descubiertos con fecha del 20 de noviembre de 1990 (firmados únicamente por los solicitantes y los testigos) revelan el lugar de su diligenciamiento, y la naturaleza y cantidad de las declaraciones recibidas en apenas dos horas de actividad, que antecedieron al allanamiento: son ellas las versiones de Luis Sánchez, Maria Victoria Suárez Muñoz y Angel Hernando García, María de Jesús Gordillo y Luz Estella Espitia Escalante, Patricia Pinzón (aparece su firma pero no está diligenciada la declaración), Ruby Merchán (está diligenciada pero no firmada su declaración), Agustín Porras y Jairo Luna Vergara (diligenciada pero sin firma todavía) y Javier Salazar Ruíz.

Otros formatos firmados en blanco acreditan la imposición de las firmas de los testigos antes de rendir sus declaraciones, así aparecen algunos firmados por los solicitantes María Omaira Arias Huertas, Jairo Hernán Romero y los testigos Nelson Valencia, César Julio Pérez, Valerio Daza Martínez, Gustavo Pineda, Héctor Eliserio Rodríguez, Claudio José Cortés y otras ilegibles.

Con fecha del 19 de noviembre, firmadas por los solicitantes, declarantes y funcionarios del juzgado, las siguientes actas muestran parte de la actividad cumplida el día anterior al allanamiento: Ana Leguizamón y Olga Nidia Herrera Ruiz, Marqueza Baños Vda. de Castro, Bárbara Isabel Muñoz Correales, Luis Alfonso Piraquive Ballesteros, José Ramón Romero Varila, Oneida Castro Baños, Gilma Rosa Jiménez y Silvio Cubides Ramos, María Elena Fonseca y Olga Díaz García, Gregorio Salguero y Carlos Guillermo Bermudez, Olga Díaz García y María Elena Fonseca, Nubia Guevara y Olga Díaz García, Matilde Sánchez Moreno y Silvio Cubides Ramos, Romelia Lugo de Manzanarez y Corona de Jesús Isaza, Romelia Lugo de Manzanares y Pablo Orlando Flórez.

Otros documentos, también del 19 de noviembre, demuestran cómo a pesar de la carencia de firmas de los particulares los funcinarios del juzgado suscribían las declaraciones. Es el caso de Ana Paulina Leguizamón y Dilma Esperanza Torres, Amanda Barreto y Hermelinda Rincón Páez, María Alape y María Concepción Gómez Cely.

Del día anterior a la diligencia también hay declaraciones sin las firmas de los funcionarios del Juzgado Treinta y dos: Flor María Martínez Rodríguez y Lucila Sánchez Ramírez, Cecilia Barreto y Carmen Amanda Borja.

Otras actuaciones, de fechas anteriores pero que al parecer no habían sido todavía reclamados, permiten establecer la reiteración del hecho, tratándose de diligencias con las firmas de los testigos y de los funcionarios del juzgado: Del 1o. de noviembre, versiones de Isneider Reyes y Tomás Gerrero Soles, de noviembe 2, María Eugenia Díaz y Sara Santos Vega (Jorge Rojas firma a ruego por Sara).

El 24 de octubre declara Carlos Alberto Mora Martínez, el 25 de octubre Pedro Ignacio Monsalve Fandiño, el 11 del mismo mes Raúl Rojas y Concepción Sánchez, el día inmediatamente anterior Isneider Reyes y Aracelly Puin Suárez.

Con fecha del mes de septiembre, del día 7 aparecen las declaraciones de Sandra Castro y José Fernando Cortés; de agosto 27 la de Ana Betulia Murcia, del 28 de agosto las de Esperanza Romero, María Campos y Jorge Ignacio Mejía Lozano y la que rinde Luis Ricardo Méndez se fecha el 22 del mismo mes.

2.1- Los elaborados antes del 1o. de junio de 1990 (antes de la vigencia del Decreto 2282 de 1989), sobre los que versa la acusación por falsedad ideológica en documento público que dió lugar al proferimiento de la condena motivo de apelación comprenden:

Del 31 de mayo la declaración de Manuel Ignacio Gerrero Ochoa donde afirma ser soltero, sin hijos ni vida marital con persona alguna, la de Francisco Vega Cáceres quien dice trabajar en forma independiente contando con ingresos mensuales de cuarenta y dos mil pesos y el testimonio de Alirio Henry Cabrera Meneses quien testifica que no posee vivienda ni propiedad raíz. Con fecha 30 de mayo Alfonso García y Libardo Edilio Sánchez Mahecha a solicitud de Ana Ascención Romero Rodríguez declaran que la solicitante vive en unión libre con Libardo Edilio, persona incapacitada y dependiente económicamente de ella. El 21 de mayo aparecen declarando Orlando Rozo Rojas para decir que trabaja en forma independiente y tiene ingresos mensuales de sesenta mil pesos, Gladys Molano Sanabria para afirmar que no está obligada a declarar renta y René Alejandro Vanegas quien sostiene trabajar en forma independiente y poseer ingresos mensuales de sesenta mil pesos.

Del 18 de mayo aparecen las declaraciones de María Ernestina Ruiz y Alejandra Cortés Guzmán a solicitud de Carlos Alberto Martínez Gutiérrez

sosteniendo que este convive en unión libre y tiene dos hijos por los que Alejandra no recibe subsidio familiar; del 16 de mayo la versión de María del Carmen Gómez quien dice trabajar en forma independiente y tiene ingresos mensuales de cuarenta y dos mil pesos; del 3 de mayo la exposición de Jorge Ignacio Caldas Silva afirmando que trabaja independiente y tiene ingresos mensuales de cincuenta mil pesos.

El 27 de abril declara Wilson Euclides Alfonso Pinzón que es soltero y no hace vida marital con persona alguna, pero la firma del deponente aparece borrada. El 26 de abril Ana Isabel Suárez, Orlando Gayón y José Gerardo Muñoz a solicitud de Héctor Falla Garichey declaran que éste es arrendatario de dos inmuebles donde fué suspendido el servicio telefónico por el no pago de una cuenta de las páginas amarillas. El 16 de abril Jorge Eliécer Sierra y Odilio Cubides Roncancio a petición de Martha Dolly Zuluaga Arcila declaran sobre la convivencia del segundo de ellos con la solicitante y su dependencia económica por estar incapacitado para trabajar. Jorge Eliécer Sierra y Sofía Arcila de Zuluaga a solicitud de Martha Dolly Zuluaga Arcila declararon que la segunda es la madre de la peticionaria y no trabaja ni recibe pensión, renta o subsidio familiar.

El 6 de Abril afirmó Manuel Hernando Rodríguez según acta testimonial que era soltero y no hacía vida marital. Orlando Gayón y Jairo Luna Vergara a solicitud de Leonor Cárdenas Amarillo declararon que tanto ésta como su hija Lida Viviana dependen económicamente de Juan Carlos Pinto Cárdenas. El 6 Abril María del Pilar Herrera Díaz declaró que no posee vivienda ni propiedad raíz. El 5 de abril José Eduardo Ramírez Camelo y Alba María Herrera Lozano a petición de Marco Alejandro Alfonso afirmaron que éste convive con Alba María y con un hijo menor que depende económicamente del solicitante y por quien su compañera no recibe subsidio familiar. Ruby Merchán y Alvaro Lugo a petición de José Francisco Hernández declararon que del solicitante dependen económicamente tres hijos menores y por ellos no recibe subsidio familiar.

El 14 de marzo Blanca Sofía Ramírez Reyes declaró que no posee vivienda ni propiedad raíz, y Mariela Useche Rodríguez que su hija Marien depende económicamente de la declarante. El 13 de marzo Olga Janeth Monroy y María Teresa Pardo Muñoz por ruego de Dagoberto Gómez declararon que estos dos conviven en unión libre, la mujer se dedica al hogar y no está afiliada a cajas de compensación familiar ni el seguro. El

2 de marzo Clara Macías y Sinforoso Estupiñán a solicitud de Cristina Díaz Ramírez declararon que de ella depende su hijo menor por quien no recibe subsidio familiar.

En el mes de febrero el día 27 Luis Castellanos y Luz Nelly Cruz declararon a solicitud de Ligia Angulo Gutiérrez que su hijo depende económicamente de ella porque su padre falleció y no recibe subsidio familiar; el día 23 Ricardo Mora y Francisco David Ovalle a solicitud de Carmen Cecilia Guerrero Pardo declararon que el hijo de la solicitante depende económicamente de ella y no recibe subsidio familiar, y el día 2 Juan José Mendoza y Ana Silvia Marín a solicitud de Luis Martín Hernández Pinzón declararon que estos dos conviven en unión libre, que ella se dedica al hogar y no está afiliada a ninguna caja de compensación ni al seguro. Es de observar que en estas declaraciones faltan las firmas de la juez y del secretario en la declaración de Ana Silvia y la del secretario en la de Juan José y en el certificado de idoneidad. El día 1o José Oswaldo Ocampo Primiciero declaró que trabaja en forma independiente y tiene ingresos mensuales por cuarenta y dos mil pesos, y Pedro Vicente Escobar Torres y Víctor Manuel Rojas a solicitud de Juana Valderrama declararon que estos dos viven en unión libre y tienen una hija por quién el compañero no recibe subsidio familiar.

2.3.- Las siguientes declaraciones, firmadas por la Juez y el Secretario en distintas fechas del año 1990, demuestran que los dueños de la oficina 701 servían de testigos oficiosos, o se valían de otras personas con ese fin:

Cristobal Rojas: El 19 de noviembre con Milton Medardo Garzón Lozano (no está firmada su declaración) a solicitud de Ligia Susana Alfonso Sánchez (sin firmar la petición) declaró que estos dos conviven en unión libre y tienen un hijo por el que Milton no recibe subsidio familiar. El 3 de agosto con Esmeralda Quimbayo a solicitud de Luis Alberto Segura Puerta declaró que estos dos conviven en unión libre, que el solicitante no trabaja ni está afiliado a ninguna caja de compensación ni al seguro. El 27 de abril con María Inés Guevara Moncada a solicitud de Ligia Martínez de Pérez afirmó que ésta estuvo casada con Argemiro Pérez Mancera hasta su muerte, tuvieron dos hijos, el fallecido no dejó hijos extra matrimoniales y la solicitante permanece en estado de viudez y no hace vida marital. El 16 de abril con Luis Zuluaga a petición de Nubia Alba

Helen Gayón: El 15 de noviembre declara con Aminta Jiménez a petición de Cenaida Pérez Torres que la solicitante responde económicamente por su hijo menor porque el padre los abandonó. El 9 de agosto con Malberi González Rodríguez a petición de Luis Enrique Sánchez Cuellar afirma que estos conviven en unión libre y tienen una hija por la que la madre recibe subsidio familiar pero entre los dos no alcanzan el tope señalado por la ley. El 18 de enero con Adriana Hernández y Jairo Luna Vergara a petición de Oscar Ruíz Velasco declararon que el solicitante es propietario de un inmueble que tenía arrendado cuando suspendieron el servicio de teléfono (sin firma del solicitante). El 11 de enero con Noé Pinilla Cruz a solicitud de Federico Pinilla Abril declara que Noé depende económicamente del solicitante y carece de pensión, renta ni asistencia médica.

Rosa Murillo: El 15 de noviembre con Luz Aliria Poveda a petición de Germán Hernández Palacios declara que estos conviven en unión libre y tienen un hijo por el que la mujer no recibe subsidio familiar. El 13 de noviembre con Alicia Quiroga Castañeda a solicitud de Miguel Antonio Sánchez Ramírez declara que éstos conviven en unión libre y tienen tres hijos menores por los que ella no recibe subsidio familiar.

También ese día las mismas declarantes a solicitud de Sánchez Ramírez manifestaron que a cargo de éste están Fredy y María Inés Sánchez Contreras por quienes su compañera no recibe subsidio familiar. El 7 de noviembre con Fabiola Hoyos a petición de Juan Carlos Orjuela Hurtado declara que estos conviven en unión libre y tienen una hija por la que ella no recibe subsidio familiar (sin las firmas del solicitante y de su compañera declarante). El 9 de octubre con María Graciela Sabogal Díaz a solicitud de José María Barrera Velasco declara que éstos conviven en unión libre y tienen un hijo por el que la madre no recibe subsidio familiar (no aparece la firma de la compañera declarante). El 24 de septiembre con Jairo Alberto Aguilar Luna a solicitud de Gloria Estella León de Aguilar sostiene que estos están legítimamente casados, tienen cuatro hijos menores de edad y por ellos el solicitante no recibe subsidio familiar. El 3 de julio con José Gilberto Ruiz Alarcón a solicitud de Martha Enciso Mesa afirma que la vieron en estado de embarazo, la visitaron en el lugar donde nació su hija y saben que convivió con el padre de la niña hasta el día de su fallecimiento. El 26 de junio con Ana Elvia Vda. de Alvarado a petición de César Salomón Alvarado Castellanos dice que los hijos de éste

dependen económicamente de él y están al cuidado de la abuela. El 31 de mayo con Sandra Rocío Vargas a petición de Julia Mercedes Muñoz Rojas declara que vieron a la solicitante en estado de gravidez y la visitaron en el lugar del alumbramiento.

Luis Zuluaga: El 31 de mayo con Ana Rosario Escobar Molina a solicitud de Rubén Jaime Morales declaró que estos conviven en unión libre y tienen una hija por la que ella no recibe subsidio familiar (no está firmada la solicitud). Ese mismo día con Rosa Murillo a petición de Gilma López Rubio declaró que sus hijos menores dependen económicamente de ella (no aparecen las firmas de la solicitante ni de los testigos).

El 23 de mayo con Luis Orlando Díaz Osorio a solicitud de Gladys Jiménez de Díaz declararon que la solicitante y su esposo no recibieron subsidio familiar durante los años 1982 a 1985 por sus tres hijos menores. El 27 de abril con Luciano Ramírez y Luis Horacio Pineda Rocha a solicitud de María Ligia Rico de Suárez dijo que ésta es propietaria de un inmueble arrendado a José Rodríguez Franco quien no pagó servicios y por esa razón le suspendieron el teléfono. El 17 de abril con Daniel Ricardo Rodríguez a petición de Teresa Ramírez declara que sus menores hijos dependen económicamente de ella porque su padre los abandonó y no recibe subsidio familiar. El 23 de marzo con Pedro Antonio Chaparro Quintero a petición de Clara Odilia Chitiva Pérez declaró que ésta convivió en unión libre con Pedro Hercilo Cortés Farfán hasta el día de su fallecimiento y ella y sus dos hijos dependían económicamente del fallecido. El 2 de marzo con Helena Amparo Grajales Bohorquez a solicitud de Dagoberto Gómez aseveró que estos dos viven en unión libre, ella se dedica al hogar, y no está afiliada a cajas de compensación ni al seguro. El 21 de febrero con Andrea del Pilar Herrera Sierra a petición de José Areválo dijo que estos dos conviven en unión libre y tienen una hija por la que Andrea no recibe subsidio familiar.

2.4.- En la oficina también fueron halladas declaraciones extrajuicio tramitadas por el Juzgado Treinta Penal Municipal de esta capital, a cargo de la doctora Ana Josefa Vélez Pinzón, pero sobre esos hechos se adelanta investigación separada.

3.- Los hechos anteriores dieron lugar a la iniciación de investigación penal en contra de los hermanos ROJAS TOCANCIPA por parte del Juzgado Cincuenta y cinco de Instrucción Criminal de Bogotá a quién corres-

pondió el asunto por reparto, y en el auto que resolvió la situación jurídica de estos implicados se ordenó librar las copias para que el Tribunal de Bogotá averiguara la conducta de la Juez 32 Civil Municipal, doctora JOSEFINA FLOREZ ENCISO.

Con fundamento en la información recibida, el Tribunal abrió investigación el 19 de diciembre de 1990 en contra de la aforada y de su Secretario, y a la vez dispuso la unificación del proceso, dando lugar a la remisión del original del expediente.

Durante la instrucción, la doctora FLOREZ ENCISO se refirió a las declaraciones extrajuicio halladas en la oficina de los hermanos ROJAS TOCANCIPA, y en relación con la actividad que en la oficina de estos se cumplía manifestó en su injurada:

> "Son los señores Jorge Rojas y Cristóbal Rojas a quienes en alguna oportunidad me solicitaron si les podía colaborar en la recepción de declaraciones extrajuicio y yo les contesté más exactamente a Jorge Rojas... que siempre y cuando se llenaran los requisitos de Ley, siendo esto que los testigos se presentaran ante el Despacho a tomarles el juramento; yo les autorizaba a que los datos de las declaraciones los recibieran ellos ya que según entiendo tienen oficina donde sirven de intermediarios y dado el cúmulo de trabajo en los Juzgados, la autorización si se puede llamar así, era que ellos mecanografiaban el contenido, con posterioridad me las hacían llegar al Despacho, yo hacía seguir al declarante o declarantes y les preguntaba su cédula de ciudadanía y cuando no sabían el mismo de memoria, les hacía imprimir su huella junto a la firma. Después procedía a tomarles el juramento y después la firmaba yo y el secretario".

CRISTOBAL ROJAS TOCANCIPA dice que la oficina 701 de la calle 16 No. 13-19 es de su hermano Jorge Eliécer y allí durante cuatro años hicieron declaraciones extrajuicio, demandas de alimentos, memoriales de los abogados, reconocimientos de menores y todo lo relacionado con ejecutivos y cobranzas; en esa actividad contaban con la asesoría de los abogados Ana Victoria Panqueva Tarazona y Maximiliano Pérez Troncoso, y sobre la doctora JOSEFINA FLOREZ y los formatos de las declaraciones manifiesta:

"la conocí porque pasamos allá uno ejecutivos para cobrar un cheque, ahí fué cuando miramos las declaraciones extrajuicio y empezamos a trabajar, pues todo el mundo trabajaba con eso. Hablamos con ella y le preguntamos que si podíamos elaborar la declaraciones y ella dijo que no había ningún problema.

Tenemos unos formatos, nosotros elaboramos un original y un formato y a veces le sacamos copia para no tener que elaborarla toda, pues casi todos dicen lo mismo y no cambian nada".

Según la versión indagatoria de JORGE ELIECER ROJAS TOCANCIPA inicialmente su trabajo fué en la mencionada oficina con un político, pero como allí llegaba mucha gente de escasos recursos aprovechó para hacer clientela repartiendo tarjetas. La gente lo llamaba por teléfono o le solicitaba sus servicios (empleados del D.A.S., del F-2 o de empresas) para que les elaborara declaraciones para subsidio familiar, y sobre los formatos y la colaboración de la funcinaria acusada agrega:

"El formato fué ideado por nosotros para acelerar el trabajo que llegaba, por cuanto allí en la parte en blanco se colocaba únicamente la declaración de los testigos y la solicitud de la declaración, estaba membretiado con el Juzgado 32 Civil Municipal, porque con ellos trabajamos, directamente, especialmente con la doctora le pedí el favor a la doctora que me firmara las declaraciones extrajuicio, cuando me estaba iniciando en esas labores, ella en una forma muy cortés me dijo que si, ya que en ese tiempo mi situación económica era un poco alcanzada...

La doctora Josefina Flórez Enciso, la conozco hace aproxima damente unos ocho años, los vínculos que unen son de amis tad y por lo cual estoy muy agradecido con ella porque me ayu dó en el momento preciso que estaba mal".

Las personas interrogadas con relación al trámite de algunas de las declaraciones halladas en la oficina de los hermanos ROJAS negaron haber estado en el Juzgado Treinta y dos Civil Municipal y ni siquiera saben donde se encuentra ubicado. Así por caso José Alberto García Barreño refiriéndose al trámite de una declaración extrajuicio que necesitaba para subsidio familiar dice que acudió a una oficina del piso 7o. u 8o. (no sabe la dirección) pagó dos mil pesos y el señor que le iba a hacer la declara-

ción le entregó unos papeles para que firmara el declarante Aristóbulo Franco, los llevó a la casa del testigo donde éste firmó y al día siguiente regresó "a la oficina esa del allanamiento a entregarlo".

Agotada la fase instructiva el Tribunal calificó el mérito de la investigación con resolución acusatoria en contra de las doctoras Josefina Flórez Enciso y Ana Josefa Vélez Pinzón, jueces 32 Civil Municipal y 30 Penal Municipal y de los particulares Jorge Eliécer y Cristóbal Rojas Tocancipá por los delitos de falsedad en documento público y cohecho. Afectó con idéntica decisión a Myriam Janeth Gayón Saldaña y a los empleados de los dos Juzgados: Fabio Rojas Rojas, Fanny Mancipe Hernández, Myriam Marlén Perea Cuervo, Cecilia Domínguez Valdivieso, Hernán Trujillo García y Ricardo Armando Beltrán Segura por el delito de falsedad en documento público.

Decretó la detención preventiva de los acusados (sin beneficio de excarcelación para los primeros y algunos de los empleados judiciales); dispuso la cesación de procedimiento por el delito de cohecho en favor de los empleados de los juzgados y de Myriam Janeth Gayón Saldaña, y solicitó la suspensión en el ejercicio del cargo de las jueces acusadas y de los empleados no beneficiados con libertad provisional.

Ordenó además expedir copias para investigar penalmente a los particulares que aparecen suscribiendo las declaraciones, a las jueces 32 interina, 36 y 40 civiles Municipales; disciplinariamente a los funcionarios y empleados acusados y por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría la misma actividad ilegal en que al parecer estaban comprometidos otros juzgados civiles municipales de la ciudad.

Impugnado el calificatorio el proceso llegó a la Corte para desatar la alzada en marzo de 1992, pero a los pocos días de haber recibido concepto la Procuraduría Primera Delegada entró en vigencia el Decreto 2700 de 1991 y por esa razón el expediente pasó por competencia a la Fiscalía Delegada ante la Corte.

Esta dependencia mediante decisión del 20 de abril de 1993 impartió confirmación parcial al pliego acusatorio dejando vigente la acusación en contra de la Juez FLOREZ ENCISO, de los particulares JORGE ELIECER Y CRISTOBAL ROJAS TOCANCIPA y MYRIAM JANETH GAYON SALDAÑA pero únicamente por el delito de falsedad en documento pú-

blico. Al propio tiempo ordenó la reapertura de investigación para la juez ANA JOSEFA VELEZ PINZON por el delito de falsedad, y revocó la acusación por el delito de cohecho para ordenar la reapertura de la investigación por ese delito. Los cargos por tentativa de falsedad en documento público se revocaron disponiendo por esa imputación la cesación de procedimiento en favor de la doctora FLOREZ y los hermanos ROJAS TOCANCIPA. También se revocó la acusación contra los empleados de los juzgados por el delito de falsedad en documento público y se modificaron en lo pertinente las medidas de aseguramiento, adicionando la acusación por el delito de usurpación y abuso de función pública en contra de la ex-Juez Treinta y dos Civil Municipal doctora JOSEFINA FLOREZ.

Posteriormente, mediante providencia del 12 de mayo de 1993 se adicionó la anterior decisión en el sentido de "cesar todo procedimiento" en favor de los empleados de los juzgados vinculados al proceso y acusados en primera instancia.

3.- De la etapa de juzgamiento que conoció el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, culminando su actuación con la sentencia del 15 de junio último, en la que se desecha la nulidad alegada por el defensor de la funcionaria acusada, se condena a la doctora JOSEFINA FLOREZ a 46 meses en prisión y suspensión de derechos y funciones públicas por tiempo igual como responsable del delito de falsedad ideológica en documento público, la absuelve por abuso de función pública; condena a los hermanos JORGE ELIECER Y CRISTOBAL ROJAS TOCANCIPA a 45 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término como "coautores" del delito de falsedad y los absuelve por abuso de función pública. Absuelve también a MYRIAM JANETH GAYON SALDAÑA por el delito de falsedad, declara que no hay lugar a condena por perjuicios, reitera la orden de captura contra JORGE ELIECER ROJAS y mantiene la libertad provisional otorgada con posterioridad y la calificación en favor de la doctora FLOREZ y de CRISTOBAL ROJAS, y ordena la expedición de copia de la sentencia para los fines del artículo 501 del Estatuto Procesal, y de otras piezas del proceso para que la Fiscalía General de la Nación investigue el comportamiento de los abogados que asesoraban a los hermanos ROJAS.

La inconformidad de los defensores de la ex-juez y de JORGE ELIECER ROJAS es el motivo de la alzada que ahora ocupa la atención de la Sala.

Las impugnaciones:

1.- La audiencia de sustentación ante la Corte se inició con la intervención del defensor de la doctora JOSEFINA FLOREZ, quien después de referirse a los vínculos de amistad que lo unen con el padre y los hermanos de la procesada la describió como una mujer que pese a su edad continúa como niña mimada por su familia, lo que le ha creado una especie de "capitis diminutio" que la torna ingenua y poco preparada para asumir responsabilidades como la de administrar justicia.

Originó este proceso estuvo rodeada de nociva espectacularidad, y asegura que no es posible aceptar que la oficina 701 fuese una especie de sucursal del Juzgado Treinta y dos Civil Municipal, como se afirmara en la televisión, pues allí únicamente se elaboraban declaraciones extrajuicio, sin intervención alguna en asuntos o trámites relacionados con los procesos a cargo de ese despacho.

El tráfico jurídico, como lo hacía notar algún reportero, en contradicción al principio de la buena fé ha invadido de requisitos y formalismos la vida en sociedad y por eso al ciudadano no le basta presentarse a cobrar la mesada de una pensión sino que debe allegar declaraciones que demuestren su existencia, conduciendo a que en tiendas como la de la calle 14 entre carreras 3a. y 4a. y cigarrerías como la de la calle principal de Usaquén se vendan formularios para denunciar la pérdida de documentos, demostrar supervivencia o tramitar licencias de construcción; por eso en contra de la desconfianza que se ha encargado de propiciar el Estado, la Constitución ha sentado el principio de la buena fé y la no exigencia de requisitos superiores a los establecidos en la ley.

El Juzgado regentado por la acusada no era el único que mantenía esa actividad. Igual proceder observaban todos los despachos judiciales, incluídos los penales, y en la actualidad en las Notarías el procedimiento sigue siendo el mismo: un empleado de cuarta o quinta categoría llena los formatos y con su firma el Notario da fé de la comparecencia de un declarante a quien no ha visto, repitiendo el mismo simulacro en las presentaciones personales, la autenticación de firmas, etc.

Los investigadores y el Tribunal hicieron una entremezcla de distintos fenómenos para presentar las conductas como un todo, cuando lo que ocurría en la oficina 701 era totalmente independiente del Despacho de la

doctora FLOREZ ENCISO. Allí los señores ROJAS en ejercicio de un seudo tinterillaje preparaban a destajo declaraciones extrajuicio, desde luego como fuente de riqueza, pero cumpliendo cierta economía procesal que la gente le gustaba porque le evitaba las trabas que les ponían en los juzgados para obtener esas declaraciones y de ese modo, como lo dice el expediente, se aceleraba la justicia a que aspira todo ciudadano.

En el mundo moderno lo sustancial prevalece sobre lo formal y las vulneraciones procesales que no quebrantan garantías no pueden generar nulidad. Aquí, a primera vista, impresiona la gran cantidad de declaraciones, algunas firmadas por el Juzgado pero no por el testigo, otras en las que el declarante no concurrió al juzgado sino que le llevaron la declaración a la casa para su firma, o el caso del presunto soborno de uno de los protagonistas a un testigo; suma de acontecimientos delictuosos que la instrucción no aclaró con la seriedad que ameritaba el caso para saber que estaba ocurriendo en realidad. Así, hechos tan graves como el testigo que dice haberse atribuído la paternidad de uno de los hijos de su amante, carecen de verificación porque un expediente con más de doscientos documentos, en el que se habla de falsedad, no cuenta con una sola prueba grafológica.

La Juez no podía saber que era lo que había firmado o no, la confianza de los ROJAS llegó a tal extremo que enviaban las declaraciones con una empleada que las entregaba a la doctora, firmaba e inmediatamente las devolvía, lo que demuestra que el ambiente se fué corrompiendo, pero de lo que no existe la mas mínima prueba que permita establecer una relación causal, un comportamiento preacordado, o una unidad de voluntades entre lo que ocurría en la oficina 701 y la irresponsable negligencia de la juez Treinta y dos.

En esa oficina no simplemente se preparaban declaraciones sino que se creó un verdadero negocio o comercio, inaceptable desde luego, pero que no compromete a la doctora FLOREZ ENCISO porque está descartado que hubiera percibido un solo peso de esa actividad, lo que permitió la cesación de procedimiento en su favor por el delito de cohecho, y así lo hicieron saber los señores Rojas al afirmar que ni le ofrecieron ni le dieron un solo peso; esa rectitud corresponde a la estirpe de la acusada.

El panorama de aquello que comenzó como la simple elaboración de unas declaraciones extrajuicio se fué oscureciendo hasta el punto que, como

lo refieren algunos declarantes, ya eran los policias encargados de la seguridad de los edificios donde funcionaban los juzgados, quienes enviaban o acompañaban a esa oficina a los interesados en obtener las declaraciones, no se sabe con certeza si a cambio de una participación de los beneficios económicos obtenidos, o con algún sentido cívico. Sin embargo, el Juzgado no tenía ingerencia en esa organización de los señores ROJAS con agentes de policía.

Las declaraciones generalmente tenían por objeto demostrar la dependencia de un hijo que debía prestar el servicio militar, la supervivencia para cobrar un seguro o pensión, la convivencia en concubinato, el no pago de subsidio familliar por algún hijo y en general hechos de la vida cotidiana que por exceso de formalismo debían certificarse y en eso fué que colaboró la Juez acusada.

Los juzgadores, basados en el tiempo que la doctora había prestado esa colaboración, le atribuyen un acuerdo con los señores ROJAS y con empleados del juzgado para delinquir en forma permanente y habitual, así lo dicen en todas las providencias, pero olvidaron iniciar la averiguación por la presunta asociación o concierto para delinquir. Es mas, en el proceso no existe prueba que permita ligar intelectualmente a la funcionaria acusada con los señores ROJAS, los agentes de la policía y los testigos.

Para la doctora FLOREZ lo que ocurría en la oficina 701 le era absolutamente ajeno, por eso no se puede aceptar que alegremente se le considere afectada por el indicio grave surgido del soborno o la presión ejercida por alguno de los señores ROJAS sobre la declarante Valderrama Manrique para que modificara el contenido de su declaración, como quiera que la testigo dice no conocerla ni haberla visto jamas porque no estuvo en el juzgado. Se recurre nuevamente a la figura de la organización criminal que ni se tipificó ni se investigó, vulnerandose de ese modo el debido proceso.

Es cierto que la acusada suscribía sistemáticamente en forma arbitraria y negligente lo que le pusieran los ROJAS a su firma, pues tomaron tanta confianza que ya no necesitaban acercar a los declarantes al juzgado. Sin embargo, ninguna otra actividad del despacho se vió afectada por esa intervención. No hay un solo testigo que insinúe siquiera la obtención de un fallo o el aceleramiento de una providencia por solicitud de éstos, y en ese sentido es evidente el respeto por el sagrado deber jurisdiccional.

La investigación dejó un gran vacío de caracter procedimental al no establecer mediante prueba grafológica cuales de las tantas declaraciones obrantes en el proceso fueron firmadas por la Juez sentenciada.

Yolanda Jiménez Murillo informa que su actividad consistía en ir al juzgado, allí era anunciada y la hacían pasar al despacho, le dejaba las declaraciones a la doctora encima del escritorio y cuando regresaba una o media hora después ya estaban firmadas en poder del Secretario; lo que muestra que la acusada firmaba sin la comparecencia de los testigos, confiada en sus amigos ROJAS de la oficina 701 y eso mismo sucede en el actual sistema con los Notarios. El procedimiento es reprochable y no debe propiciarse, pero le sirve a la defensa para buscar -dice-, el justo medio que evite un desbordamiento punitivo.

En ese sentido, existen fallas que deben ser analizadas por violación del debido proceso, como la ruptura de la unidad procesal ordenada por el Instructor cada vez que surgían hechos aparentemente independientes y así fueron expedidas copias para investigar por separado a los declarantes, a la policía, a los abogados que asesoraban a los ROJAS, y se quedó únicamente con las conductas de la Juez, las personas de la oficina 701 y los empleados del juzgado, procurando una depuración del proceso con resultados contraproducentes, porque después se vino a hablar de firmas falsas, de dinero, de la intervención de los policías, de falsificaciones, cuando por falta de unidad ya no se podían tocar esos temas, sin citar como verídicos hechos que aún no estaban siendo investigados. Entonces, lo procedente sería decretar una nulidad para que se investigue, por ejemplo, el concierto entre la Juez y los hermanos ROJAS de que viene hablando el Tribunal.

La dosificación punitiva sobre el hecho comprobado de firmar sin la presencia ni el juramento del testigo, resulta ajustada al contexto de la dogmática jurídica colombiana, sin comentarios en contra; pero lo que en realidad sucedió, y así le fué planteado oportunamente al Tribunal, fué una "falseda de hecho verdadero" en la que la doctora FLOREZ no obró con un dolo directo y perfecto de violar la ley, sino que firmó irresponsablemente, con negligencia. Pero como el delito de falsedad no admite la modalidad culposa, deberá entonces la Corte impartir absolución.

El Tribunal empieza por manifestar que el Artículo 228 del Código Penal es un tipo subordinador, cuando se está es en presencia de una figu-

ra atenuada, y no acepta la tesis de la falsedad de hecho verdadero porque considera que hubo falsedad de la función certificadora de la Juez al expresar que el testigo estaba presente y eso no era cierto. El argumento tiene el caracter de sofisma porque el hecho verdadero para que sea típico tiene que tener alguna falsedad, de lo contrario sería una falsedad inocua, que de todos modos también tiene falsedad pero sin resultados jurídicos. Así por vía de ejemplo, el defensor que apremiado por la pérdida de su tarjeta resuelve falsificar una para demostrar su condición profesional, comete en ese caso falsedad de hecho cierto porque lo único que pretendía era demostrar el hecho indiscutible de que era abogado.

Tampoco es cierto que las cetificaciones falsas excluyen la falsedad de hecho verdadero. Sería el caso del Director del Inpec que para evitar la salida de un condenado falsifica la parte resolutiva de la sentencia que desapareció del prontuario, incluídas las firmas y sellos que tenía el original. Pese al cúmulo de falsedades el hecho central del documento es verdadero porque efectivamente esa persona fué condenada y en eso consiste la falsedad de hecho cierto, sin importar la posición de autor, coautor, cómplice o auxiliador con que se actúa, ya que el tipo penal ofrece la suficiente movilidad para adaptarse a cualquiera de las circunstancias descritas en el capítulo al que pertenece.

Está demostrado que el hecho central, lo que pretendía demostrar los testigos en este caso, era cierto, independientemente de si concurrieron o no al juzgado, bien sea la supervivencia, ora la convivencia y tantos otros hechos que ningún reclamo ha suscitado por parte de personas que crean haber sido perjudicadas con esas declaraciones, porque no fueron utilizadas para estafar, defraudar o menoscabar patrimonios. Entonces, como lo dice el Tribunal, es cierto que hay falsedad en el procedimiento, de lo contrario la conducta no tendría ascendencia jurídica si no existe falsedad.

Haciendo una síntesis de sus planteamientos, concluye la defensa su sustentación reafirmando primeramente que en el caso de su defendida se descarta el beneficio económico derivado de las declaraciones extrajuicio; que en segundo término, que pese a la espactacularidad creada en torno de la investigación, el expediente demuestra que en el Juzgado de la doctora FLOREZ no existió tráfico de influencias, infiltración de los señores ROJAS en la actividad judicial o participación de la funcionaria en el soborno de algún testigo, y menos el concierto para delinquir que deseperadamente trataron de establecer los investigadores. En tercer lugar,

es inegable que existe una serie de firmas y comportamientos al margen de la seriedad que implica el trámite de las declaraciones extrajuicio. Cuarto, el desmembramiento de la investigación no era lo más conveniente, y sin embargo, a pesar de ser un hecho cumplido, se vienen a utilizar en este proceso pruebas de cargos pertenecientes a investigaciones que se adelantan por separado. La ruptura de la unidad procesal resulta sospechosa porque mientras se acepta que el fuero reconocido a la juez cobija a personas no aforadas como los señores ROJAS y una empleada subalterna, quedaron por fuera hechos tan conectados y consustanciales como el uso de los documentos presuntamente falsos, la actividad de los polícias y la falsedad en nombre de otras personas.

Finalmente considera suficiente el material del expediente para concluir que el actuar de su defendida fué negligente, "imprudente al grado en que empezó a firmar una serie de cuestiones que no debía firmar", depositando gran confianza en las personas que quiso ayudar, comportamiento que implica su absolución, por inexistencia de una falsedad en la modalidad culposa. Sin embargo, en caso de no prosperar esa posibilidad, solicita que subsidiariamente se acepte la tesis de la falsedad de hecho verdadero.

2.- El defensor de JORGE ELIECER ROJAS TOCANCIPA empezó su intervención afirmando que nunca existió la falsedad porque no se estableció la alteración de la verdad, ya que los investigadores no se preocuparon por averiguar si lo que se decía en las declaraciones era cierto o no, limitándose únicamente a comprobar que los testigos no habían estado en el Juzgado, no habían sido juramentados y en cambio sí se había certificado su idoneidad. Considera que el juramento es una figura llamada a desaparecer, tanto que la Corte Constitucional ha dicho que no es elemento necesario para la certeza de una declaración y que a un evangélico, por ejemplo, no se le puede obligar a jurar si no quiere; por su parte, el Código de Procedimiento Civil lo considera prestado con la sola presentación del escrito.

Si una de esas declaraciones extrajuicio (prueba sumaria que puede ser controvertida en cualquier momento) afirma que los padres de un niño son determinadas personas, ese es un hecho cierto no desmentido, pues no se demostró que no era hijo de esas personas y eso le correspondía hacerlo al investigador que se conformó únicamente con averiguar si el testigo había estado o no en el Juzgado. Atribuye al doctor Luis Carlos Pérez el ejemplo de la persona que cree estar aportando datos falsos y se ha pro-

puesto la realización del hecho punible, pero no cometió el delito porque la información que suministra resulta toalmente cierta. Además, muchas de esas declaraciones permanecieron guardadas por espacio de varios meses y no causaron ningún perjuicio, circunstancia que en contra del criterio de la Corte es considerada por el tratadista citado como elemento de la falsedad y así debe ser.

El Tribunal, que no aceptó la tesis de la falsedad inocua, afirmó que la Juez no podría recibir declaraciones extraproceso porque esa facultad le había sido trasladada a los notarios y alcaldes. En esas condiciones las que no recibió no tienen validez y la actividad que cumplió no fué en ejercicio de sus funciones, por eso solicita a la Corte absolver a todos los procesados teniendo en cuenta que el hecho punible no existió.

El ministerio público

El Señor Procurador Primero Delegado asumió la representación del Ministerio Público en la audencia de sustentación comenzando por afirmar que la falsedad de hecho verdadero está relacionada con la falsedad de la prueba, esto es con el objeto de las estructuras típicas de los artículos 218 y siguientes que se refieren a documentos que pueden servir de prueba, y así lo falso debe ser el documento que prueba; siendo necesario distinguir el contenido su contenido como tal, del documento como elemento del tráfico jurídico del cual se predica lo falso.

Como la protección que ofrece la ley penal Colombiana lo es para el tráfico jurídico, lo que se debe establecer es si la prueba dentro de ese tráfico es falsa o verdadera, porque puede ocurrir que haya una prueba falsa de un hecho verdadero que merece una pena atenuada por la circunstancia que el legislador ha consagrado, en gracia de la verdad óntica que contiene.

Para superar la dificultades que ofrece el tema de la falsedad hay que escindir la prueba y su falsedad de los hechos materiales u ónticos subyacentes. Desde luego que lo ideal sería que esas realidades coincidieran con la prueba en el tráfico jurídico, pero no siempre ocurre así; por esa razón la simulación documental no es falsedad puesto que la prueba simulada es verdadera. Así las cosas, el bien jurídico protegido frente a la falsedad ha cambiado, ya no es la fé pública sino "el tráfico jurídico basado en la

prueba'' como dice Romero Soto. Es decir, lo que se tutela en ese caso son las relaciones jurídicas estipuladas en documentos probatorios.

Lo que se maneja a través de la prueba es el conjunto de relaciones sociales que, según el decir de algún autor español, contempla dos aspectos: el de las pruebas legítimamente formadass por quienes tienen la actitud para hacerlas y el de las situaciones jurídicas reales que carecen de prueba. Si una deuda carece de título que la respalde y para probarla confeccionó una letra de cambio, esta será falsa pero el hecho es verdadero; por eso lo falso debe confrontarse respecto de la creación de la prueba.

En cuanto a la falsedad de hecho veraz que plantea la defensa, se equivocó el Tribunal al afirmar que en el caso de la juez no puede aceptarse porque el artículo 228 del Código Penal es un tipo subordinado que no contempla un sujeto activo calificado, y erró porque lejos de ser una norma subordinada es una circunstancia de atenuación para todos los delitos estructurados en los artículos 218 a 227 y por eso en la posibilidad prevista cabe el caso de la falsedad ideológica cometida por empleado oficial.

Además, a manera de comentario tangencial, por cuanto de ello la procesada fué absuelta, advierte en la sentencia una incoherencia consistente en afirmar que al no ser usado el documento privado en que se cometió la falsedad ideológica se incurrió en abuso de funciones públicas por parte del empleado, porque lo correcto es afirmar que se está frente a una tentativa de falsedad en documento privado.

Plantea luego frente al caso concreto que la funcionaria mintió al decir que había presenciado las declaraciones, pero si aquellas personas realmente concurrieron con ese propósito y los hechos manifestados eran ciertos, solo que para ahorrarse tiempo fueron ante el intermediario y no al Juzgado, no es posible afirmar que la Juez faltó a la verdad que debía recoger.

Indudablemente en la facultad de atestación que tenía sobre los datos externos de la declaración hay una falsedad, pero no en su contenido; sin embargo, la falsedad de hecho verdadero no se queda ahí porque el tema está fuera del documento y resulta de confrontar éste con lo que aparece fuera de él; por eso si a la oficina de los señores ROJAS acudió por vía de ejemplo Manuel Corredor para declarar sobre la supervivencia de una persona y efectivamente eso es lo que recoge el documento, así la juez haya cometido falsedad ideológica al certifiar la presencia del declarante,

debe admitirse que la realidad material que está fuera del documento es verdadera. Por esa razón, cuando el contenido de la información escapa al control del funcionario, lo consignado sin ser verdad es la elaboración de una prueba false de hecho verdadero, si el testigo efectivamente concurrió y es el que aparece firmado.

Ahora, en los casos en que la persona que aparece declarando no es la misma que concurrió con ese fin, o no existe, la acusada creyó de buena fé que estaba atestando la verdad, por la relación de confianza que tenía con la oficina 701; es decir, hay un error, porque tenía el convencimiento de que estaba atestando la declaración de una persona que realmente existía, y por ende una causal de inculpabilidad.

En cuanto al apelante Rojas, ni él ni su hermano podían estar en error pues se trataba de quienes elaboraban las declaraciones y por lo mismo conocían de la existencia o no del declarante; luego, debe considerárseles autores de la falsedad cometida por la juez.

Respecto de esos otros casos en los que no se sabe si la juez actuaba para probar hechos verdaderos, surge la duda avalada por el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, ahora establecida para ser tenida en cuenta únicamente en el juzgamiento, la que debe resolverse en su favor.

Consideraciones de la Corte:

1.-Es importante recordar que por ministerio expreso de la ley (artículo 34 de la Ley 81 de 1993 que modificó en lo pertinente el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal), no le resulta posible a la Sala entrar a ocuparse de temas diferentes de aquellos promovidos expresamente por los apelantes, lo que permite destacar, en cuanto ninguno de los recurrentes contradice esa realidad, que no hay reparo alguno relativo a la calidad de la acusada doctora JOSEFINA FLOREZ ENCISO como titular del Juzgado 32 Civil Municipal de Bogotá para la época de los sucesos que se controvierten, como tampoco se discute en relación con la intervención plural de personas que el modus operandi se dió bajo el acuerdo pactado entre la funcionaria y los señores ROJAS para que en una oficina que éstos poseían, procedieran en fechas anteriores al primero de junio de 1990 cuando todavía le concedía la ley de facultad de recibir declaraciones extrajuicio a elaborar actas de declaración que posteriormente procedía la

doctora FLOREZ a suscribir autorizándolas como juez, sin que los declarantes comparecieran a su Despacho, sin recibirles juramento, sin practicarles interrogatorio alguno ni constarle lo que dichas personas expresaban, ni mucho menos si las firmas que allí se estampaban eran o no de quienes figuraban declarando, llegando al extremo de certificar a ciegas, pues ni siquiera se preocupaba ya por conocer físicamente a los deponentes ni cerciorarse de su existencia física, que se trataba de personas hábiles para declarar.

Según ya quedó dicho, la calificación definitiva otorgada por la Fiscalía a estos hechos en su providencia de segunda instancia, los adecuó a un concurso homogéneo de falsedad ideológica en documento público, lo que así se infiere con claridad de las siguientes consideraciones:

> "...tratándose de los documentos que aparecen completos, o sea, los suscritos por la ex-juez, su secretario y el deponente, cada vez que asumía esa conducta cometía delito de falsedad ideológica en documento público (art. 219 del C.P.) en cuanto a los elaborados con anterioridad a la vigencia del Decreto 2282 de 1989, ya que por ley estaba habilitada para recepcionar esas declaraciones (art. 18 del C.P.C.). En efecto, cuando la ex-juez podía cumplir esa actividad, o sea, antes del 1o. de junio de 1990, al recepcionar esas diligencias, los documentos que las contienen son públicos, al cobrar vida jurídica en ejercicio de su cargo (art. 251 inciso 3o. del C. de P.C.).
>
> Por modo que cuando en esas declaraciones se desfiguraba la verdad, por consignarse que los deponentes comparecían al Juzgado, eran identificados y juramentados por la funcionaria, lo que está demostrado no es cierto, incurría en la mentada falsedad, pues, se hacía aparecer en un acto a personas que no intervinieron en el mismo, conducta que al ser reiterada origina tantos ilícitos cuantas veces se repitió, dando lugar al concurso homogéneo sucesivo de infracciones (Art. 26 del C.P.)."

El cargo, como viene de advertirse, quedó aislado y único, luego de haber sido prevista en la calificación la reapertura sumarial para el delito de cohecho, y ser materia de preclusión la imputación de tentativa de falsedad, como ahora de absolución, no impugnada, el delito de abuso de función pública que llegó a complementar el pliego acusatorio.

2.1.-Hecha la anterior salvedad, comenzará la Sala por analizar la razones traídas por el señor defensor de la procesada doctora FLOREZ ENCISO y dentro de ellas preferentemente la alusiva a un posible vicio de procedimiento con fundamento en el cual reclama la nulidad de la actuación, pues de llegar a prosperar esa iniciativa el regreso del proceso a un estadio previo a la sentencia de primera instancia implicaría la contingencia del análisis respecto de los demás reparos.

La informalidad sustancial que se propone y dice el señor defensor que afectaría el debido proceso se concreta en la ruptura de la unidad procesal, porque en lugar de adelantar una sola actuación respecto de todos los cargos y todas las personas involucradas en los hechos, paulatinamente se fueron segregando copias para indagar por separado la conducta de los agentes que llevaban declarantes hasta la oficina de los ROJAS y no a los Juzgados, las de los declarantes y otros posibles partícipes como los abogados que asesoraban a los gestores, dejando por fuera de la averiguación los insinuados cargos de integración de una organización criminal y percepción irregular de dineros, y pretendiendo tener como base de incriminación pruebas integradas a los procesos segregados.

Sobre este particular conviene recordar que ya de tiempo atrás es la legislación procesal penal la encargada de advertir que el principio de unidad procesal no es absoluto, siendo plurales las excepciones que tanto la constitución como la ley le oponen, lo que ha dado lugar al pronunciamiento reiterado de la doctrina en términos que bien vale la pena resaltar por oportunos para solucionar el caso bajo exámen:

> "Dispone el Art. 167 del C. de P.P. -dijo la Corte en fallo de Casación de febrero 14 de 1984- que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, regla que igualmente deberá seguirse cuando se trate de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o en acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio. Este mandato legal que consagra el principio de unidad procesal...constituye un valioso mecanismo instrumental para que el proceso se adelante sobre los causes de orden y coherencia y con el fin de evitar decisiones judiciales contrapuestas..."
>
> "No obstante -añadiría en sentencia de abril 12 del mismo año- la pretermisión del citado principio no está elevada a la categoría

de nulidad, pues su desconocimiento no atenta contra los derechos fundamentales de las partes. Además, esta Sala ha reiterado que la responsabilidad penal es individual, de suerte que la formación de distintos procesos para copartícipes de un mismo hecho punible o por razón de hechos punibles cometidos en concurso recíproco, constituye una informalidad vituperable, pero en manera alguna una nulidad...

...el hecho mismo de que la ley admita excepciones al principio de unidad procesal está indicando que éste no es un principio inflexible y que, por tanto, la omisión del mandato contenido en el Art. 167 del ordenamiento procesal, no vulnera la estructura del proceso, ni quebranta ritualidades de imperativo cumplimiento, ni desconoce derechos fundamentales de las partes..."

Las referencias al precepto allí citado pueden considerarse enteramente válidas respecto del Código de Procedimiento Penal de 1987 y no menos exactas frente al precepto que ahora rige, pues una y otra codificación han mantenido el mismo sistema de excepciones al principio de unidad procesal como lo conciben más recientes pronunciamientos de la Sala, uno de ellos el del 5 de junio de 1991 donde se precisó en los términos que siguen, cual sería el alcance invalidatorio del principio que se enuncia:

"...si normativamente se prevé que esa ruptura no genera nulidad (referencia al artículo 14 del Decreto 050 de 1987 que hoy virtualmente reproduce el artículo 88 del C. de P.P., vale la pena añadirse), de no ser que con ella se afecte el derecho de defensa, queda sin sentido la formulación de alegaciones en orden a demostrar quebrantamientos del debido proceso en eventos en que tal excepción a la nulidad haya sido propuesta. Al así hacerse, se busca evidenciar aquello que, desde la estimación legal ha sido negado.

Lo anterior significa que en la nueva regulación al régimen de causales de nulidad contemplada en el Código de Procedimiento, donde las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa son motivos autonómos de invalidación, la ruptura de la unidad procesal debe ser alegada dentro del marco de este último, único criterio en función del cual podría ser examinada como factor de ineficacia de la relación jurídico procesal."

Para el caso que se examina, la defensa propone el desconocimiento del principio de unidad como vulneración al debido proceso, pero al hacerlo desestima las circunstancias procesales que hacen impropia su formulación, pues al hacer mención de la posible averiguación relacionada con la percepción de dineros por la irregular práctica de la Oficina de los ROJAS, desconoce que por el delito de cohecho se dispuso en la calificación que la instrucción siguiera su curso, evento legal expreso de ruptura de la unidad procesal; al pretender que se cubra dentro de este mismo trámite un posible concierto para delinquir desatiende que la intervención plural de personas la resolvió la calificación de fondo concretando a los hermanos ROJAS TOCANCIPA el cargo de determinadores respecto de la doctora FLOREZ ENCISO; y en cuanto hace con la indagación de otros cargos, nuevamente desestima que en el auto calificatorio se tomó la decisión de precluirlos lo que de nuevo impone ese diferente rumbo a las actuaciones, aspectos reglados todos, que por serlo, deshacen la alegada violación del debido proceso.

Por otro aspecto se observa que pese a insinuar la alegación un eventual perjuicio para los intereses defensivos porque supuestamente se consideraron para éste proceso pruebas correspondientes a los otros asuntos separados, a la hora de concretar esta censura no se identifica esos irregulares medios, ni mucho menos se deja conocer cómo se dió su ilegal aducción o práctica, ni en qué consistió la insinuada irregularidad, como tampoco se indica cual su trascendencia o en qué etapa o circunstancia se desconoció quizás con ellos la posibilidad de controvertirlos.

Muy al contrario, sin dificultad se observa que los medios de prueba enunciados en la resolución acusatoria, sobre los cuales medió amplia oportunidad de conocimiento y crítica a lo largo del debate, fueron los mismos utilizados como base en el fallo de condena, sin que logre descubrirse ni en su aporte ni en su valoración ese desequilibrio, o deslealtad que tan genéricamente se proponen.

Ninguna vulneración a los derechos fundamentales de los procesados se vislumbra dentro de la actividad procesal cumplida en este asunto, y de ello emerge la necesidad de desechar en este aparte la alegación del apelante, respetando y manteniendo como consecuencia la validez de lo actuado.

2.2.- Cuando la alegación a nombre de la acusada propone que su responsabilidad no se comprometió en la exigencia de dineros, que su Juzgado carecía de injerencia alguna para interferir en la relación de los ROJAS con los agentes de la Policía y que no existe prueba alguna que sugiera una supeditación de los fallos de la doctora FLOREZ a la influencia o presión de los co-procesados, resulta claro que la atención se distancia de la esencia del cargo que la acusada afronta en este juicio, pues en ningún momento se ha insinuado por la Fiscalía ni por el Tribunal que la actuación reprochada a la ex-funcionaria hubiese desbordado la sola comisión del delito de falsedad, y ni siquiera especulativamente se llegó a insinuar que el móvil del delito tuviera relación con esos tres aspectos que menciona la defensa.

Dígase una vez más que por el cargo de cohecho ni siquiera se llegó a complementar la resolución de acusación, de modo que pretender su desvirtuación en esta sede constituye una verdadera impertinencia que hace innecesaria una respuesta por simple sustracción de materia.

Tampoco guarda relación con el delito de falsedad que se imputa la manera como los señores ROJAS lograron que agentes de la Policía condujeran a los usuarios hasta sus oficinas, porque de ese hecho tampoco se le hace imputación a la doctora FLOREZ, y mucho menos se ha extendido la crítica a cargos de prevaricato como para que la defensa se esmere en afirmar que las providencias de la ex-funcionaria no se hallaban comprometidas de parcialidad en intereses de los co-procesados.

La alegación en este aspecto resulta por completo improcedente y ninguna respuesta, por consiguiente ameritará por parte de la Sala.

2.3.- Sostiene luego el apelante que la investigación dejó un gran vacío por no haberse realizado una prueba grafotécnica que hubiera permitido conocer cuales declaraciones fueron firmadas por la juez.

A este respecto debe responderse que ninguna duda asomó en el curso de la actuación sobre la autenticidad de las firmas que como de la doctora FLOREZ aparecían en los escritos criticados para que hubiese surgido la necesidad de ordenar y verificar esa cotejación que viene a extrañarse ahora de menos, porque no solo coincidieron siempre las voces de sus subalternos y de los co-enjuiciados para atribuir esa actividad a la encausada, sino que entrando a despejar de una vez cualquier dubitación, fué la propia

incriminada quien procedió a reconocer su participación y la colocación de su autógrafo en aquellas actuaciones que admitía estar de tiempo atrás realizando con la colaboración de los señores ROJAS TOCANCIPA.

Desde este punto de vista la intervención del perito resultaba contingente, dada la suficiencia de la prueba que dentro del principio de libertad previsto en el artículo 253 del C. de P.P., dejaba conocer con certidumbre la autoría de las rúbricas que como de la juez, había estampado en los documentos reprochados la acusada.

Es más: muy a pesar de esta objeción resulta ser el propio defensor quien la desvirtúa cuando conoce que por la versión de Yolanda Jiménez se acreditaba de qué manera la doctora FLOREZ realizaba la actividad por la cual se le acusa, lo que equivale a reconocer que la autenticidad de su firma no estaba en el proceso sometida a vacilaciones.

2.4.- En el siguiente punto de la alegación los argumentos del defensor se unifican con los del Ministerio Público, lo que permite darles una respuesta de conjunto, y ello sucede al sugerir que en el proceso de adecuación se incurrió en error porque en lugar de darse la transgresión al artículo 219 del Código Penal, la conducta de la procesada debía analizarse frente al artículo 228, que en el Código Penal describe la figura atenuada de la falsedad de hecho verdadero.

Para el apelante ese "hecho verdadero" consistía en que los solicitantes de las declaraciones solo pretendían demostrar con sus testigos hechos ciertos, independientemente de si se daba la comparecencia de los deponentes al Juzgado.

Para el Ministerio Público, que en la audiencia modifica de raíz su concepto emitido con motivo de la apelación contra la resolución acusatoria donde categóricamente había dado por demostrado el delito de falsedad ideológica en documento público a cargo de la enjuiciada, la falsedad de hecho verdadero se presenta en cuanto el contenido de la información suministrada por los declarantes escapaba al control de la funcionaria, de modo que ésta atestaría un hecho verdadero si el declarante en todo caso había concurrido y firmado con ella el documento.

El planteamiento conjunto que sobre esta aspecto se promueve parte, a juicio de la Sala, de unas premisas erradas, al confundir indebidamente la actividad de los particulares concurrentes al acto de la declaración, con la

de la funcionaria a cuyo cargo estaba responder por la naturaleza verídica de su declaración documental dentro del marco preciso que le fijaba la ley.

Por ello y con razón se afirma que un criterio fundamental para determinar cuando el funcionario ha incumplido la norma que le obliga a documentar en determinada manera verídica y fiel se encuentra en la perfecta observación de las normas que regulan su actividad, ya que ellas delimitan el margen dentro del cual puede moverse el funcionario en el cumplimiento de la función que se le ha encomendado. En este aspecto es clara e indiscutible la naturaleza pública de los documentos objeto de la infracción, toda vez que la aforada en su condición de juez estaba legalmente autorizada para recepcionar declaraciones extrajuicio, lo mismo que para certificar la habilidad e idoneidad de quienes las rendían. Como tales, esos documentos "hacen fé de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza" (artículo 264 del Código de Procedimiento Civil) y su veracidad está legalmente protegida por el artículo 219 del Código Penal.

Por otra parte y para el caso en debate la alegación hace necesario recordar de modo más concreto que esos deberes impuestos por la ley a la doctora FLOREZ ENCISO surgían de la facultad que le otorgaba el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil (precepto operante antes del primero de junio de 1990) en cuanto en él se le facultaba conocer a prevención "De las peticiones sobre pruebas anticipadas con destino a procesos o asuntos de competencia de cualquier autoridad judicial, o sin fines procesales". En concordancia con este precepto, el artículo 299 estaba autorizando la solicitud de testimonios "fuera de audiencia" y "para fines procesales o extraprocesales", a los cuales se les daba el valor de prueba sumaria.

El procedimiento a seguir en esas pruebas lo señalaba el artículo 301 ibídem, y no era otro diferente al indicado en las "reglas establecidas para la práctica de ellas en el curso del proceso", lo que implicaba una remisión a los artículos 213 y siguientes de la misma codificación, y en particular lo indicado en los artículos 215 y 216 que señalaban las causas de inhabilidad absolutas y relativas de los declarantes, cuya existencia solo se podría percibir por el funcionario en el momento de recibir la respectiva versión, como sería el caso de quienes padecieran trastorno mental o psicológico grave o concurriesen en estado de embriaguez, el artículo 226 que presuponía una valoración previa de las preguntas para evitar que

careciesen de claridad o precisión o que en ellas se insinuase la respuesta, el artículo 227 sobre identificación previa del declarante, amonestación, juramento y calificación del interrogatorio para evitar las preguntas impertinentes, superfluas, inútiles o de autoincriminación, lo mismo que del artículo 228 que imponía al juez la obligación de estar presente y conducir el interrogatorio a propósito de alcanzar los fines en esa norma indicados y atinentes con los factores de credibilidad, exactitud e integridad de la respuesta y fidelidad de su transcripción en el acta.

De este señalamiento de deberes cuyo cumplimiento habría luego de certificarse al levantar el acta respectiva difería el contenido de la versión testimonial, sobre el cual no podría exigirse al funcionario que diera aval a la verdad del relato del tercero, porque su responsabilidad quedaba concretada y restringida al contenido del acta por el cual respondería en caso de alteración, dando fé sobre los comparecientes, su identificación y la entrega formal de su versión, sin extenderse a garantizar la verdad intrínseca de sus respuestas, ni la intención o el propósito que los animaba, porque ello escapa obviamente a la percepción judicial.

Esa era exactamente la comprensión que de este caso tenía el Ministerio Público al rendir respecto de la calificación del sumario su concepto con motivo del recurso de apelación, al punto de expresar de manera textual y con la cita exacta de las versiones de cargo, que bien podría

> "...afirmar categóricamente que se tipificó el delito de FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO por parte de la Juez JOSEFINA FLOREZ ENCISO como titular del despacho del Juzgado 32 Civil Municipal al haber consignado una falsedad en todas las declaraciones citadas cual fué que tales personas comparecieron a su Despacho, que se identificaron en debida forma, que se les tomó el juramento, que se les oyó sobre lo que iban a declarar y que posteriormente se recepcionó la firma; todo esto se probó que no ocurrió y por consiguiente no fué cierto quedando demostrada la falsedad ideológica en documento público en que quedó incursa la procesada, haciéndose acreedora por este grupo de declaraciones a que se profiera resolución de acusación."

Pero si tan claro veía el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que la falsedad se daba por la discrepancia sustancial entre lo narrado

en el documento y lo que la funcinaria estaba obligada a narrar, no resulta explicable que sin variación de la prueba (nótese, por vía de ejemplo que los testimonios de Juana María Valderrama y María Ligia Rico de Suárez citadas en el primer concepto afirmaban la primera que imitó sin autorización la firma de quien aparecía declarando y la segunda se enteró de otros que sin concurrir al Juzgado aparecieron suscribiendo las actas al lado de la juez), presentase tan notoria variación del rumbo afirmando que la funcionaria puede responder no ya por la certificación repetida de mentiras relacionadas con su actuación oficial, sino por una falsedad de hecho verdadero remitida al dicho de los declarantes, como si el cargo por el que se pedía acusación se hubiese esfumado del plenario.

Que la doctora FLOREZ ENCISO certificó como verdaderos hechos falsos que funcionalmente debía hacer constar con ceñimiento invariable a la realidad, es, pues, una evidencia en el plenario, frente a la cual no tiene posibilidad alguna de prosperidad la alegación que ofrecen de consuno su defensor y el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues ni remotamente se vislumbra la modalidad prevista en el artículo 228 del Código Penal cuando la ex-funcionaria no llegó a certificar verdad alguna encubierta. Los hechos fueron certeramente calificados por la Fiscalía y el Tribunal frente al artículo 219 del ordenamiento punitivo, y así tendrá que ser reconocido por la Sala.

2.5.- Califica el defensor de imprudente y negligente el comportamiento de la acusada, buscando descartar de esa manera el dolo y las implicaciones penales de la conducta incriminada, dado que la ley no penaliza en la falsedad una modalidad culposa, y para el efecto asegura que la doctora JOSEFINA FLOREZ ignoraba lo que ocurría en la oficina de los señores ROJAS, a quienes solamente quiso hacerles un favor, haciendo énfasis de nuevo en la no percepción por parte de la funcionaria de beneficio pecuniario alguno, alegación de la cual vuelve a participar el Ministerio Público afirmando que la acusada creyó de buena fe que atestaba la declaración de personas realmente existentes.

La primera objeción que suscita este planteamiento con vista en la realidad del expediente se refiere a las calidades, preparación y experiencia de la doctora FLOREZ ENCISO quien en su indagatoria es clara al afirmar su condición de abogada titulada y experta, porque en el Juzgado 32 Civil Municipal de Bogotá venía desempeñándose en propiedad desde hacía ya más de siete años (agosto de 1982).

Si se trataba de una juez experta, no podría pretenderse de su parte ni la ignorancia de sus deberes oficiales ni una comprensión imperfecta de los mismos. Mas no se trata aquí de una sola inferencia de la Sala fundada en los datos anotados y el valor que reporta la experiencia. Mirando con cuidado la diligencia de indagatoria se descubre que en realidad el entendimiento de la Doctora FLOREZ sobre el alcance y límite de sus deberes era correcto y acertado, pues cuando se le interroga sobre el origen de las declaraciones tachadas, luego de reconocer que allí aparecía su firma explica que sí le había autorizado a los señores ROJAS que recibieran esas versiones fuera de su Despacho Judicial, pero que justamente les ponía como limitante que "se llenaran los requisitos de Ley" (folio 144, cuaderno 2 de originales), luego sabía la indagada que no estaba en presencia de un deber funcional informal o susceptible de variación o concesiones, sino de una actividad reglada que le imponía certeros e insustituibles compromisos de actuación.

Y son precisamente sus palabras las que confirman ese entendimiento, pues a renglón seguido la indagada añade que esos requisitos "de ley" no eran otros distintos al compromiso de que "los testigos se presentaran ante el Despacho a tomarles juramento", de modo que lo único que en su criterio delegaba era la labor manuscritural, porque la juez no renunciaba a su deber de verificar la existencia física del declarante, de identificarle en debida forma, de juramentarle, y de firmar con su Secretario allí, ante ellos, lo que implicaría cuando menos el convencimiento de la conformidad del testigo con lo que aparecía escrito en el acta.

Este procedimiento, en realidad, podría admitirse irregular y digno de un reproche disciplinario si se quiere, pues para entonces la ley le prohibía a los jueces tener como colaboradores de sus despachos supernumerarios ajenos a la nómina oficial. Para ese entonces, por lo demás, había prevenido la jurisprudencia de esta Sala (consúltese la decisión de abril 21 de 1981 con ponencia del Magistrado Doctor Dante Luis Fiorillo) que la siempre desbordante realidad había impuesto por práctica el recibo de varios testimonios simultáneos o sucesivos en los despachos judiciales donde el juez juramentaba e interrogaba paralelamente a los distintos declarantes con el apoyo de sus subalternos, lo que iba en perjuicio de la seriedad y profundidad del testimonio y la continuidad del interrogatorio con lamentable prevalencia del aspecto formal sobre el material buscado con la prueba, pero sin que tan reprochable práctica impuesta por el

inmanejable volumen de trabajo llegase a constituir delito de falsedad documental.

No obstante, lejos estuvo de admitir la Corte y mal podría hacerlo, que esa autorización llegara a tolerar como atípica la falta a la verdad en el texto de las diligencias con generación real o potencial al menos de un perjuicio.

Pero es que muy a pesar de lo advertido por la doctora FLOREZ en su indagatoria, su comportamiento superó los lindes del condicionamiento impuesto a los ROJAS para optar por la vía de las certificaciones abierta y arbitrariamente mentirosas, pues como queda visto ya los declarantes ni siquiera se acercaban a su despacho a identificarse, ni mucho menos se les juramentaba, certificando sin comprobación alguna sobre su existencia y habilidad e idoneidad como testigos según se hizo más que evidente en los casos de las aquí testigos señoras Valderrama y Rico, donde por vía de ejemplo, lo que de bulto se muestra es la voluntaria decisión de la ex-funcionaria de incumplir con su deber ineludible de dar fé solo respecto de aquello que dentro de su ejercicio funcional hubiera percibido como cierto.

En tales condiciones no puede admitirse sino especulativa la proposición de la defensa y el Procurador para que sea tenida la conducta de la doctora FLOREZ a título de culpa, porque lejos de acreditarse un simple error de conducta matizado por la imprudencia o la negligencia, se está en presencia de una violación maliciosa y repetitiva del artículo 219 del Código Penal, frente a la cual poco o nada interesa conocer el móvil, para éste caso confeso de favorecer con algunos ingresos a los señores ROJAS TOCANCIPA, hecho por el cual se han mostrado éstos procesados abiertamente agradecidos con la co-acusada.

Ninguna de las esmeradas razones de la defensa, ni las traídas por el Procurador para favor de la ex-funcionaria acusada pueden hacerse de recibo, motivo suficiente para que la Sala entre a respaldar como en efecto lo hace, el fallo apelado, sin ingresar a la crítica que el Ministerio Público hace a su falta de lógica en la argumentación que apunta al aspecto absolutorio, pues, como ha quedado dicho en incipiencia, debe el ad-quem ceñirse en sus análisis a las limitantes que impone quien apela.

3.- Resta por contestar a las razones aducidas por el señor defensor del acusado don JORGE ELIECER ROJAS TOCANCIPA.

La primera de ellas, se recuerda, hace mención a una omisión de la instrucción porque los encargados de adelantarla no se ocuparon de establecer si lo dicho por los declarantes correspondía o no a la verdad.

Como al respecto ya avanzó la Sala y en extenso su criterio al responder la alegación encaminada a que los hechos se adecuaran a un delito de falsedad de hecho verdadero, tan solo restaría por añadir que por no ser objeto de la averiguación un delito de falso testimonio, no resultaba pertinente distraer la instrucción sobre ese aspecto que propone el recurrente, pues si lo que interesaba establecer era la veracidad de las certificaciones expedidas por el Juzgado 32 Civil Municipal en cuanto hacían constar la comparecencia de unos declarantes al Despacho, su identidad, su juramento, la consignación cabal y verdadera del texto de sus afirmaciones y su habilidad e idoneidad como testigos, a esos aspectos tenía que concretarse la averiguación penal como lo hizo, porque el cargo imputado lo fué por una falsedad ideológica en documento público, y ella se remite no a la veracidad de quien concurre ante el funcionario a expresar una versión o un acto de su voluntad, sino a la fidelidad del funcionario para consignar de acuerdo con sus deberes funcionales la verdad que se le ha confiado en guarda.

La segunda parte de esta alegación se centra en una crítica al empleo del nombre de Dios como fórmula de juramento, considerando que es ésta una práctica que tiende a desaparecer, más cuando en criterio de la Corte Constitucional ni siquiera, por motivos religiosos puede imponerse contra la conciencia ese deber a un declarante.

Si con esta alegación se inclina la defensa a desvirtuar la obligación que le incumbía a la doctora FLOREZ ENCISO de juramentar personalmente a los testigos comparecientes ante su Despacho, baste con responder que dentro de los deberes funcionales no era el de juramentar a los testigos el único que le obligaba a la acusada dentro de las declaraciones extraprocesales, según se ha dejado visto con cita de la precisa secuencia que estaba obligada a cumplir, pero ni aún restringiéndose a esa obligación es dable solucionar el tema de lege ferenda como se propone sino con remisión a las disposiciones aplicables, que de ninguna manera consagraban fórmulas ni efectos religiosos sino legales de su exigencia, que aún en casos como el de la presentación de la demanda se consideraba prestado con la sola entrega del libelo. Lo jurídicamente relevante era la amonestación y el compromiso en este caso del declarante para que dijera la

verdad, con la advertencia de que faltando a ella se haría acreedor a las consecuencias penales de un falso testimonio, y en ello no asomaba viso alguno de inconstitucionalidad que pudiera relevar a la acusada del cumplimiento de dichos requisitos que, por lo demás, ha sido ella la primera en reconocer su obligación de exigirlos.

La sola alegación siguiente y relacionada con que la juez no podría recepcionar declaraciones extrajuicio pues se trataba de una función que le había sido asignada a los Notarios y Alcaldes, cuando en la resolución acusatoria se hizo amplia claridad sobre las normas que en el curso de esos años se sucedieron regulanda la materia, en nada contradice lo que allí entonces había sido consignado, pues concretada como fué la imputación a las declaraciones irregulares realizadas en los primeros meses de 1990 y hasta el último día de mayo de ese año, la defensa no demuestra en contra de la argumentación de la Fiscalía y el Tribunal que cuando el Decreto 1557 del 14 de julio de 1989 autorizó a los Notarios para el recibo de declaraciones con fines extraprocesales, privó de esa competencia a los jueces civiles, pues de manera precisa allí se consignó que la autorización se daba "sin perjuicio de la competencia asignada a éste último funcinario", situación que solo modificó el Decreto 2281 de 1989, pero a partir del 1o. de junio de 1990, día desde el cual se dispuso su vigencia.

Infiérese, entonces, de lo ampliamente razonado que ninguno de los argumentos traídos en contra de la sentencia de primera instancia hace mérito a la revocación ni modificación de la sentencia recurrida, motivo que conducirá a la Sala conforme lo anuncia a impartirle su integral confirmación, a consecuencia de la cual se expedirán las órdenes de captura encaminadas a la efectividad de la condena, tal y conforme se previó en el fallo de primer grado.

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: Denegar la nulidad invocada, y

SEGUNDO: CONFIRMAR en su integridad el fallo de junio 15 de 1994 proferido dentro del presente asunto por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá, por medio del cual se condena a la doctora JOSEFINA FLOREZ ENCISO y los señores CRISTOBAL ROJAS TOCANCIPA Y JORGE ELIECER ROJAS TOCANCIPA por el delito de falsedad ideológica en documento público cometido en concurso homogéneo y sucesivo según cargos contenidos en la resolución de acusación, y se toman otras determinaciones.

Háganse efectivas las órdenes de captura previstas para efectividad de la condena.

Cópiese, notifiquese, 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 (Salvamento Parcial de Voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Una vez más reitero mi criterio disidente ante la violación del derecho de defensa en este proceso al deducirse circunstancias de agravación punitiva en la mismísima sentencia cuando la persona acusada no tiene ya ni ocasión ni oportunidad de controvertirlas. Por lo demás, he entendido siempre 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. Que es la situación existente en el acto sub exámen.

Como -según advierto- mis glosas no estimulan la discusión en sentido contrario, seguiré en lo mío, esto es, en adverar la validez de mis creencias contra la opinión mayoritaria de la Sala.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.
Magistrado

Fecha ut supra

COLISION DE COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La competencia que la Corte tiene para dirimir los conflictos de competencia, sean de carácter negativo o positivo, los concreta el artículo 68-5 del C. de P.P. a los que resultan en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un Tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier Juez de la República.

Por manera que esta colegiatura, en virtud de esa taxativa enumeración, carece de competencia para hacer pronunciamientos de cualquier índole en el presente caso, donde el supuesto conflicto se ha planteado entre una fiscalía y un Juzgado de Instrucción Penal Militar.

Por originarse la controversia sobre la asunción de la competencia entre distintas jurisdicciones, la Constitución Política en su artículo 256-6 asigna privativamente dicha función al Consejo Superior de la Judicatura, y específicamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria conforme al artículo 9-1 del Decreto 2652 de 1991.

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

Magistrado Ponente: *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 57

Vistos

Resuelve la Corte lo que corresponda sobre la manifestación que hiciera la Fiscalía Quinta de la Unidad Especializada de Riohacha, en rela-

ción a que la competencia para conocer de estas diligencias radica en el Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar de ese lugar, y la negativa de éste para aprehender el conocimiento del asunto.

Antecedentes inmediatos

1. En razón de amenazas que hiciera el agente de Policía LUIS GUERRERO MARTINEZ, el supuesto ofendido HAROLD GARCIA ZAMBRANO lo denunció penalmente, lo cual dió lugar para que la Unidad de Fiscalía Permanente de Riohacha dispusiera investigación previa (fl.3) y luego dictara resolución de apertura de instrucción (fl. 20). Finalmente, entendiendo la Fiscalía Quinta Unidad Especializada que la competencia radicaba en la Justicia Penal Militar, ordenó la remisión de lo actuado al Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar en auto del 23 de marzo del presente año (fl.33).

2. Dicho Juzgado en resolución de 31 de marzo del citado año se negó a asumir el conocimiento, pues estimó que la conducta atribuída al imputado ninguna relación tenía con el servicio policial, propone colisión de competencia y dispone seguidamente el envío del expediente a esta Corporación para que resuelva el "conflicto suscitado".

Consideraciones de la Corte

La competencia que la Corte tiene para dirimir los conflictos de competencia, sean de carácter negativo o positivo, los concreta el artículo 68-5 del C. de P.P. a los que resultan en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un Tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República.

Por manera que esta colegiatura, en virtud de esa taxativa enumeración, carece de competenia para hacer pronunciamiento de cualquier índole en el presente caso, donde el supuesto conflicto se ha planteado entre una Fiscalía y un Juzgado de Instrucción Penal Militar.

Por originarse la controversia sobre la asunción de la competencia entre distintas jurisdicciones, la Constitución Política en su artículo 256-6 asigna privativamente dicha función al Consejo Superior de la Judicatura,

y específicamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria conforme al artículo 9-1 del Decreto 2652 de 1991, a la cual se ordenará el envío de esta actuación para los fines consiguientes.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

Resuelve

1. ABSTENERSE de dirimir la controversia sobre competencia aquí suscitada, por no ser de su conocimiento.

2.ORDENAR la remisión de la actuación a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para los fines legales consiguientes.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICCION

Recuérdese que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 560 del C. de P.P., le corresponde al Ejecutivo decidir si entrega o no al solicitado en extradicción hasta tanto se le juzgue y condene, se le cese el procedimiento o se le absuelva.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., abril veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*
Aprobado acta No. 58

Vistos

Decide la SALA sobre el recurso de reposición interpuesto por el defensor de LUIS SANCHEZ RIVERA o LARRY SALVADOR TOVAR ACUÑA contra el auto de veintiuno de marzo del año en curso.

Antecedentes

El veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995), como únicamente restaba recibir las pruebas solicitadas al Gobierno de Venezuela y que dicho requerimiento por fuerza debía hacerse cumpliendo los protocolos diplomáticos, el Magistrado conductor de esta actuación, en vista de que podría alguna tardanza en el trámite de la extradición, dispuso continuar con el ordinario que prevée la ley procesal, pues la demora no podía traducirse en una suspensión indefinida del trámite respectivo.

Por consiguiente, tras la ejecutoria del auto se ordenó poner a disposición de las partes el expediente para que el requerido en extradición y su defensor presenten los alegatos de conclusión sin que ello obste para que se insista en la respuesta pedida.

La reposición

1. Recuerda el defensor, en primer término, que el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y las interlocutorias de primera o única instancia y que en el auto recurrido se ordenó su notificación a las partes.

Luego señala que no ha sido allegada a los autos la prueba decretada en el auto de febrero veinticuatro (24) pasado en la que se pedía certificación a la Fiscalía General de la Nación sobre la existencia de investigación penal para establecer la posible falsedad de la cédula de ciudadanía expedida a nombre de LUIS SANCHEZ RIVERA, así como el estado de la misma y si se había involucrado a aquel como sindicado de autoría material del supuesto punible, hecho que le impediría a la Corporación aplicar el artículo 565 del estatuto procedimental.

Considera como indispensable la respuesta de la Fiscalía para los fines que persigue la defensa pues la "negativa al pronunciamiento" da lugar a pensar en una inactividad procesal que, de comprobarse, haría procedente las acciones de rigor.

De otro lado, la ausencia en el expediente de los Decretos 3215 y 3227 dictados por el Presidente de la República de Venezuela mediante los cuales, en su orden, indultó a LARRY SALVADOR ACUÑA y declaró nula tal decisión, le impiden a la defensa hacer un estudio de fondo de estas determinaciones, "...lo que le hubiera permitido obtener conclusiones respecto a la legalidad de esas decisiones con incidencia jurídica..." en el caso sometido a la CORTE.

Como quiera que la petición se hace a un Estado extranjero es previsible la demora lo que impide dar estricto cumplimiento a los términos previstos en el artículo 556 del estatuto procedimental. Esta situación, a su juicio, debe resolverse aplicando el llamado "término de la distancia", previsto en el Convenio de Extradición suscrito en Caracas por los países Bolivarianos el 18 de julio de 1911 que aunque se refiere a la formalización de la extradicción, puede apliarse analógicamente. A continuación recuerda que el término original era de treinta (30) días, ampliando a noventa (90) por los gobiernos de Colombia y Venezuela según interpretación contenida en las notas diplomáticas firmadas por los cancilleres de ambos países el seis (6) y veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos vein-

tiocho (1928), contados a partir de la fecha en la que se requirió la prueba por los medios diplomáticos.

De proseguirse la tramitación conforme a lo ordenado en el auto en comento, se vulneraría el debido proceso, el que merece pleno acatamiento y sujeción a las normas garantizadoras del derecho de defensa en favor de la parte que carga el gravamen.

Por consiguiente, solicita revocar el auto en mención, ordenando en su lugar el requerimiento por vía diplomática al Gobierno de Venezuela de las pruebas pedidas y a la Fiscalía general de la Nación la certificación impetrada.

2. Estando al Despacho para resolver sobre el recurso, llegaron procedentes de la Embajada de Colombia en Venezuela -vía fax- los Decretos 3.215 de 21 de octubre de 1993 y 3.227 de 27 de octubre del mismo año, publicados en las Gacetas oficiales 35.332 y 35.326, respectivamente.

La Corte

1. Alega el recurrente que se lesiona el debido proceso con la prosecución del trámite sin haberse allegado a la actuación la certificación pedida al Gobierno de Venezuela sobre la concesión del indulto y su posterior revocatoria al detenido. De igual manera, aún falta por establecer si a su defendido se le sindica de una posible falsedad en documentos por lo que, la iniciación de la respectiva indagación penal en su contra impediría su extradición. Estas dos pruebas, por consiguiente, son valiosas para la defensa y con fundamento en ellas necesariamente debe versar su alegato de conclusión, pues proporciona nuevos elementos de juicio que enriquecerían la discusión.

2. Como ya se dijo, estando el negocio para resolver el recurso de reposición se allegó a los autos, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la Embajada de Colombia en Venezuela -vía fax- los textos de los Decretos que modificaron la situación jurídica de TOVAR ACUÑA. El primero, es el 3215, de 21 de octubre de 1993, publicado en la Gaceta Oficial 35.332 que le concede el indulto pleno, y el segundo, es el 3.227 de 27 de octubre de 1993, también publicado, en la Gaceta Oficial 35.326, que declaró nulo el anterior.

El allegamiento de esta prueba, que a juicio del recurrente era indispensble para sustentar la defensa de su prohijado, deja sin valor alguno los argumentos que elevara sobre una posible violación al debido proceso, pues ya hace parte del proceso y sobre ella puede edificar los argumentos que estime convenientes.

3. Ahora, en lo se refiere a la petición que se hiciera a la Fiscalía a fin de que informe si en este momento cursa proceso por un posible delito de falsedad en documentos en que pudiera hallarse incurso TOVAR ACUÑA, la SALA no encuentra razón a su pedimento.

Recuérdese que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 560 del C. de P.P., le corresponde al Ejecutivo decidir si entrega o no al solicitado en extradición hasta tanto se le juzgue y condene, se le cese el procedimiento o se le absuelva. Por consiguiente, resulta indiferente en este momento procesal la constancia sobre la existencia de un proceso en Colombia, pues en nada influye sobre la decisión que la SALA haya de tomar.

3. Así las cosas, la reposición del auto no tiene cabida por las razones expuestas en el cuerpo de este proveído.

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

Resuelve

NEGAR la reposición impetrada por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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.

PREVARICATO POR ACCION

Una cosa es ignorar la ley, que implica no conocerla, no tener noticia de la misma y otra bien diferente es el error que recae sobre ella, que indica una concepción diferente a la que predica su contenido o um conocimiento deformado de la realidad.

Nadie niega que el juez, al ejercer su labor de intérprete de la ley, puede llegar a equivocarse. Una redacción confusa, la proliferación abrumadora de normas, la complejidad del tema, puedem conspirar contra una correcta intelección legal. Em estos supuestos, la equivocación surge diáfana y excluye de suyo cualquier tipo de conducta prevaricadora.

Los jueces, como profesionales de derecho, han tenido la formación académica de rigor, teniendo oportunidad de conocer, por lo menos, las bases fundamentales de las disciplinas jurídicas, hechos que los capacita mínimamente para, por lo menos, aplicar adecuadamente la ley.

Afirmar que, pese a tener los conocimientos de cualquier abogado, no se encuentran capacitados para tomar decisiones que no necesitan conocimientos especializados en grado sumo ni dotes especiales de análisis y creatividad, es darle curso a cualquier juez de la República, so pretexto de desconocer la ley, tome decisiones que contraríen el derecho y atropellen a los ciudadanos, poniéndose en peligro la tranquilidad de la comunidad.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo tres (3) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobado Acta No.58 IV-27-95

Vistos

Decide la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué, contra la sentencia absolutoria proferida por dicha Colegiatura en favor del procesado José Augusto Hermández Vargas, exjuez Promiscuo Municipal de Alpujarra, por los hechos que se le imputaron como presunto autor de un delito de prevaricato por acción.

Hechos y actuación procesal

En oportunidad anterior, la Sala hizo la síntesis correspondiente, de las actuaciones cometidas por el funcionario acusado a partir del primero (1o.) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989) en los siguientes términos:

> "Denunció Carlos Alberto Salas Lozada, quien se desempeñaba como escribiente grado cuarto del Juzgado Promiscuo Municipal de Alpujarra, algunos comportamientos atribuibles al doctor JOSE AUGUSTO HERNANDEZ VARGAS, en su carácter de titular del citado despacho judicial, que en su sentir podrían constituir infracciones a la ley penal, así:
>
> 1o. Exigir al Secretario del Juzgado a su cargo, que recibiese una máquina de escribir que entregó la Alcaldía a cambio de otras que habían sido dadas para su arreglo;
>
> 2o. Dictar a un empleado del despacho del cual era titular, un memorial de desistimiento y darle el trámite correspondiente decretando la cesación de procedimiento, dentro del proceso seguido contra Gentil Cardozo Pedraza Heredia, por el delito de hurto;
>
> 3o. Dar curso a un escrito de renuncia a la acción penal, y ordenar la cesación de esta, en el juicio seguido contra Florentino Peña Florián por abuso de confianza, cuando el documento no estaba suscrito por el ofendido;
>
> 4o. Diligenciar la solicitud elevada por Jairo Iván y Campo Elías García Esquivel, relacionada con el desistimiento de la acción, a pesar de no hallarse suscrita por todos los perjudiciarios con la

infracción y de tratarse el hecho punible allí investigado de un hurto calificado.

5o. Dictar auto de detención sin derecho a la excarcelación contra Eléazar González, sindicado de lesiones personales, cuando la incapacidad señalada al ofendido fue de veinte (20) días sin secuelas, y este había dimitido de la acción.

6o. Imponer a Hollman Hernández la pena de veinticuatro (24) meses de prisión cuando la correcta era de dos meses de arresto, pues se le juzgó por lesiones personales en donde se fijó a la víctima treinta (30) días de incapacidad;

7o. Condenar a Luis Otálora González a doce meses de prisión por lesiones personales de que fue sujeto pasivo Benjamín Narváez Castro, cuando se daban circunstancias similares a las mencionadas en el numeral anterior;

8o. Entregar copias del proceso seguido contra Luis Alfonso Arias Pacheco, al mismo sindicado, sin que se hubiese suscrito la correspondiente diligencia de compromiso de no violar la reserva sumarial.

Una vez iniciada la investigación por parte del Tribunal Superior de Ibagué, se acreditó la calidad de Juez Promiscuo Municipal de Alpujarra del doctor JOSE AUGUSTO HERNANDEZ VARGAS, para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos.

Se practicaron diligencias de inspección judicial sobre los procesos a los cuales se refirió CARLOS HUMBERTO SALAS en su denuncia y ampliaciones a la misma, constatándose el trámite que se siguió en cada uno de ellos y en especial lo actuado en relación con aspectos que fueron materia de investigación, a los cuales la Sala se referirá posteriormente.

Así mismo se recepcionaron testimonios de personas que tuvieron algún conocimiento de los hechos denunciados, bien como presuntas víctimas o como testigos de algunos procedimientos que se atribuyen al procesado.

El doctor JOSE AUGUSTO HERNANDEZ VARGAS rindió indagatoria y en ella expresó que sus actuaciones estuvieron siempre dentro del marco de la ley y que las decisiones cuestionadas fueron

precedidas de buena fé, y son producto de estimaciones que consideró justas.

Con fundamento en las pruebas allegadas, el Tribunal Superior de Ibagué -Sala Penal- en la providencia recurrida decretó la resolución de acusación contra el doctor JOSE AUGUSTO HERNANDEZ VARGAS por "prevaricato por asesoramiento ilegal" y "prolongación ilícita de la libertad", por los comportamientos relacionados en los numerales 2o. y 5o., de la parte motiva de esta providencia; cesación de todo procedimiento en favor del mismo, respecto de los prevaricatos y detención arbitraria que le fueron atribuidos y que aparecen consignados en los numerales 1o., 4o., y 9o., y reapertura de investigación por los prevaricatos y abuso de autoridad de que tratan los apartes 3o., 6o., 7o., y 8o.

En el mismo auto se impuso conminación y caución prendaria al acusado, como medida de aseguramiento por las infracciones por las que fuera enjuiciado.

Contra tal decisión se interpuso el recurso de apelación...".

Surtida la apelación, la Sala, por mayoría, revocó la resolución de acusación que por prevaricato por asesoramiento ilegal le había dictado por su actuación en el proceso seguido contra Robinson Pedraza, decretando en su lugar cesación de procedimiento. Lo propio hizo por la reapertura de la investigación que decretara con base en un escrito presentado por el procesado Florentino Peña que lo entendió equivocadamente el Tribunal como memorial de desistimiento. También adoptó igual medida por el presunto delito de Abuso de autoridad que se desprendía de la alteración de una constancia secretarial. Las restantes determinaciones que favorecían al exfuncionario con cesación de procedimiento, también fueron confirmadas, es decir, las referentes a los cargos por el aparente extravío de unas máquinas de escribir del juzgado, por la entrega de copias al procesado y no a su apoderado y a la cesación de procedimiento dictada en favor de García Esquivel.

Confirmó la resolución de acusación correspondiente a la prolongación ilícita de libertad pero le cambió la denominación por el de prevaricato por acción. Además, revocó la reapertura de la investigación por las penas desproporcionadas que le impartió a Hollman Hernández y Luis Otálora

González, disponiendo en su lugar el llamamiento a juicio de rigor. En todo lo demás confirmó el proveído.

Durante la etapa del juicio y luego de hacerse la tasación de perjuicios por medio de perito, se realizó la diligencia de audiencia pública, sin la presencia del Fiscal Delegado, dictándose el tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992) la sentencia correspondiente, absolviendo al imputado. Apelada la decisión por el Fiscal Primero (1o.) Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué, la Corte decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de audiencia pública por no haber participado en ella este funcionario.

De regreso a la primera instancia, el ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) se celebró la primera parte de la audiencia pública, culminando en una segunda sesión, el diez (10) de junio siguiente. Finalmente, el siete (7) de julio se profirió sentencia absolutoria de primera instancia, por mayoría, siendo partidario el Magistrado disidente de una decisión condenatoria. Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de apelación el Fiscal Delegado.

La sentencia de primera instancia

Asegura el Tribunal que, luego de examinar los hechos materia del proceso, no se observa en el comportamiento del acusado "...la presencia de un propósito particular, de un querer con un fin específico de violar la ley penal en provecho suyo o de un tercero, o de hacerlo por mero placer...".

En apoyo de su tesis recuerda los dichos de Eleázar González, Hollman Hernández y Luis Antonio Otálora, quienes niegan que el exfuncionario les tuviera animadversión que permitiera deducir el móvil de su comportamiento. Tampoco los testigos que aportaron sus luces permiten pensar algo similar.

Por consiguiente, la conducta investigada sólo se explica por la impreparación e ignorancia del ex-juez.

En lo que se refiere a las víctimas de los delitos (Luis Antonio Otálora González, Dora Vargas y Benjamín Narváez Castro) a su juicio tampoco existe la menor constancia de que fuesen amigos del encartado o de que le hubiesen ofrecido o dado dinero o cualquier otra dádiva para favorecer

sus intereses. Ello indica que Hernández procedía sin malicia, sin intención dañina, acompañado apenas de su ignorancia y de la firme convicción de que lo hacía atinadamente.

> "De ahí su confusión en la estimación de los hechos y en la selección de las normas que tenía que aplicar y las ostensibles contradicciones que se encuentran en la motivación de las providencias tildadas de prevaricadoras con las conclusiones de las mismas...".

Luego pone en relieve que si bien el implicado desempeñó el cargo de juez en varios municipios del departamento del Tolima, también lo es, que la mayor parte del tiempo lo hizo por encargo debido a las vacaciones de sus titulares, advirtiendo de igual manera que por aquel entonces apenas se iniciaba en la judicatura.

Finalmente resalta que una muestra palpable de su incapacidad se advierte en el memorial que dirigió cuando se abrió el juicio a pruebas, señalando que como la misma Corte lo sostiene no hay mérito para imputarle conducta dolosa alguna "...pues aquella afirmación debe ser suya, así lo patentice su defensor, porque su ilógica está acreditada a través de sus pobres actuaciones, pues todavía cree y en alto lo pregona, que donde desempeñó el cargo de juez, dejó profundas huellas de certeza y sabiduría".

Por consiguiente, dado que las pruebas recaudadas no muestran la certeza para predicar la responsabilidad del acusado, y, por el contrario, se demuestra palpablemente su ignorancia, su conducta en el numeral 4o. del artículo 40 del C.P., lo que obliga a proferir en su favor una sentencia de carácter absolutorio.

La impugnación

Recurre en apelación el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Ibagué, basando su inconformidad en la interpretación que debe darse al artículo 10o. del C.P. resaltando el paralogismo que resulta de por un lado presumir que la gente del común conoce la ley y del otro la convicción de que un juez de la República pueda ignorarla en algunos de sus aspectos más elementales. Por consiguiente, en su opinión, se está prohijando un contrasentido pues mientras al juez como tal se le excusa que no conozca la ley, como particular se le presume que debe saberla.

A continuación asevera que pese a las reiteradas manifestaciones del procesado sobre su aventajada capacidad y su elevado cociente intelectual, tanto su defensor como la administración de justicia persisten en declararlo ignorante, llegando al extremo de casi ubicarlo en el campo de la inimputabilidad ...o en algo así como en un estado de interdicción que él rechaza a toda costa''.

Por consiguiente, solicita de la Sala la revocatoria de la sentencia absolutoria, dictando en su lugar una decisión condenatoria por hallarse plenamente demostrada la responsabilidad del acusado.

Alegato del no recurrente

Comienza por demandar la aplicación ''...dentro de un concepto de FAVORABILIDAD al contenido del estatuto sustantivo que en su artículo Quinto en referencia a la culpabilidad proscribió 'toda forma de responsabilidad objetiva.' Luego habla de la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo, ''...máxime cuando no está debidamente incorporado al estatuto de penas, lo que se pretende invocar por la Fiscalía...'', de la *conditio sine qua non* del artículo 247 del estatuto procedimental acerca ''...de la comparecencia en el ilícito tanto del elemento objetivo como del determinante factor subjetivo requiriéndose para ambos la plena prueba así como la certeza del hecho punible y su intención de realizarlo''.

Más adelante habla de la exigencia -para esta modalidad del prevaricato- del dolo, para concluir que ''...está claramente demostrado que mi defendido ni conocía el hecho punible ni menos quería su realización, ya que su único interés era lograr una pronta y cumplida justicia...''. Asegura a renglón seguido que tanto la doctrina, como los pronunciamientos emitidos por la Corte y los planteamientos hechos en el proceso ''...dan razones suficientes para la exculpación proferida beneficiosamente en la Sentencia de Primera Instancia." Por consiguiente, solicita ''...tener en consideración las Jurisprudencias relievadas en la Primera Audiencia ante el Honorable Tribunal y las proferidas con posterioridad que *tipifican favorablemente* la conducta del incriminado...'' (bastardillas de la Sala).

Después de recordar pronunciamientos del Tribunal sobre el error cuando de éste están ausentes la negligencia y la mala fe, así como cualquier otro interés dañino en relación con la figura del prevaricato, advierte que las

determinaciones que tomara su prohijado como Juez de la República no fueron lesivas ni perjudicaron a los afectados, muestra de lo cual se encuentra en lo dicho por éstos ante el Tribunal, agradeciendo incluso las medidas y absteniéndose de presentar cargos contra el ex-funcionario.

Recuerda a continuación el carácter capcioso de la denuncia, instaurada por el escribiente de su Despacho (Carlos Salas) quien fuera condenado por concusión por el Juzgado 2o. de Purificación, causando en su ánimo un deseo retaliatorio que se realizó a través de la queja penal.

En lo que se refiere a los argumentos expuestos por el impugnante, señala el apasionamiento injusto que observa el procesado, advirtiendo que de aplicarse dogmáticamente el criterio fiscal sobre la carencia de excusa para la ignorancia de la ley, implicaría la inexistencia de la institución del error como causal de inculpabilidad y, en general, de las causales de justificación. Aparte de ello manifiesta no entender porque quiere hacerse caso omiso del artículo 21 del estatuto punitivo ya que su defendido no tenía razón alguna para actuar dolosamente, o por lo menos, tal aserto no fue demostrado en el plenario.

Por consiguiente, solicita de la Sala se confirme en su integridad la sentencia materia del recurso.

La Corte

1. Antes de acometer el examen del asunto vale la pena referirse a algunas manifestaciones del recurrente en torno al postulado "La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa", principio consagrado en el artículo 10o. del Código Penal.

Una cosa es ignorar la ley, que implica no conocerla, no tener noticia de la misma y otra bien diferente es el error que recae sobre ella, que indica una concepción diferente a la que predica su contenido o un conocimiento deformado de la realidad. En el caso de la especie, jamás se ha afirmado que el procesado desconociera la ley por ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo de sustento. Si bien se mira la investigación y se examinan las providencias que hicieron posible la construcción y desarrollo de este expediente hasta el presente estadio procesal, es de ver que la acusación que se endilga al funcionario es por haber dictado una providen-

cia contraria a la normatividad vigente, pese a las citas de las disposiciones pertinentes, lo que de por sí descarta cualquier ignorancia sobre su existencia.

Se ha hablado -y esto es lo que sostiene la primera instancia- que su precaria formación académica en las disciplinas jurídicas fue lo que determinó su obrar contrario a la ley, pues el acusado siempre tuvo la firme convicción de que su decisión fue justa y exacta, acomodada, por tanto, a la normatividad vigente. Que esta carencia de conocimientos sea suficiente para predicar su presunta inculpabilidad es cuestión que se abordará en los acápites siguientes.

2. Tres son las conductas por las cuales se le llamó a juicio al imputado, todas ellas tipificadas como prevaricato por acción, (art. 149 del C.P.) las cuales se analizarán por separado, teniendo en cuenta los procesos donde se originaron.

3. PROCESO CONTRA ELEAZAR GONZALEZ

3.1 Según se recuerda, el diez (10) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), ELEAZAR GONZALEZ, fue puesto a disposición del Juzgado Promiscuo Municipal de Alpujarra, cuyo titular era el doctor Hernández Vargas. Al ciudadano se le imputaba la comisión de un delito de lesiones personales y como sujeto pasivo de la infracción aparecía LUIS ANTONIO OTALORA. Tres días después se le escuchó en diligencia de inquirir y tres días más tarde, el dieciséis (16), se le resolvió su situación jurídica dictándosele en su contra auto de detención.

Aunque para esta fecha se había allegado al proceso un memorial de desistimiento presentado por el ofendido y una experticia en la que se fijaba una incapacidad de veinticinco (25) días, sin secuelas, el funcionario acusado rechazó el desistimiento argumentando que el sindicado se encontraba en estado de alicoramiento, situación que lo hacía incurso en la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 330 del C.P. Así lo pronunció en dicha providencia:

> *"...como el ofendido presentó al Despacho DESISTIMIENTO, el Juzgado considera que el sujeto activo concurrió en una de las circunstancias de agravación previstas en el art. 330 del C.P., o sea, el sujeto activo, en el momento de cometer el hecho, el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante, en consecuencia,*

a pesar de existir DESISTIMIENTO y la incapacidad no pasa de 30 días, la acción penal no puede extinguirse y además el sujeto activo, posee antecedentes penales y de policía en la Alcaldía de Alpujarra Tolima, por lesiones personales.''

Sólo hasta el veintitrés (23) de junio, es decir, siete días más tarde, se le declaró la cesación de procedimiento y se ordenó la libertad del sindicado, ante su expresa solicitud. En tal ocasión HERNANDEZ VARGAS aceptó que las lesiones causadas a la víctima admiten el desistimiento por no pasar de treinta días y no haber dejado secuelas o causado deformidades. Por consiguiente:

''...el Juzgado considera que hay que aplicar el principio de economía procesal, por haberse extinguido la acción penal, en consecuencia debe aplicarse el artículo 342 y 34 C.P.P. Es decir, la acción penal no puede proseguirse, por extinguirse la acción penal en su totalidad, entonces debe Cesar todo Procedimiento y archivarse el expediente''. (fl. 49).

3.2 Dada la incapacidad menor de treinta (30) días, el delito de lesiones personales imputado a González se encontraba reprimido con pena de arresto. Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 416 del compendio procedimental, la medida de aseguramiento aplicable al caso era la de CONMINACION, lo que excluía de por sí la posibilidad de privarlo de la libertad.

Pero además, existía un escrito de desistimiento de la víctima, hecho que obligaba al juez a decretar la cesación de procedimiento, ordenando la libertad inmediata del imputado, sin necesidad de entrar a resolver su situación jurídica. Ninguna razón cabía, por consiguiente, para restringirle su libertad de locomoción a Eleázar González.

3.3 Una razón esgrimió el acusado para desatender el mandato legal. No podía conceder la libertad al procesado por el estado de embriaguez en que se encontraba cuando cometió el hecho, basado en la previsión del numeral 1o. del artículo 342 del C.P., en concordancia con el 330 de la misma obra.

Podría pensarse en un simple error de interpretación dada la redacción del artículo 342 en cita. Sin embargo, éste se refiere a las agravantes ''distintas de las señaladas en ordinal primero'' del artículo 330, es decir, las de abandonar sin justa causa el lugar de la comisión del hecho. Nada se decía sobre la embriaguez.

Aunque el artículo 342 no especificaba que la excepción se refería a las lesiones culposas, el precepto anterior indicaba que las circunstancias de agravación previstas para el homicidio culposo (art. 330) lo serían también para las lesiones culposas. Por consiguiente, con una adecuada interpretación sistemática, la conclusión obvia era que la excepción a la extinción de la acción penal por la vía del desistimiento y la benignidad de la lesión (hasta 30 días, sin secuelas) se refería exclusivamente a las lesiones culposas.

3.4 Se ha esgrimido como disculpa una deficiente formación académica, como la causa para que el ex-juez no hubiese llegado a esta conclusión. También, que la redacción de la norma no es explícita al referirse a las lesiones culposas. Sin embargo, ¿cómo explicar que, visto que la pena a imponer era de arresto, por lo menos no le hubiese dictado la CONMINACION como medida de aseguramiento, decretándole al sindicado la libertad consiguiente al momento de resolverle la situación jurídica? La ley vigente para la época era clara. El artículo 416 del C. de P.P. de 1987 no daba lugar a hesitación alguna. Específicamente señalaba que esta medida de aseguramiento "Solo procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad".

3.5 Es claro que, en ningún caso, procedía la detención preventiva. Ni siquiera enmarcando su conducta dentro de una deficiente interpretación. Su obligación, en cualquiera de los dos supuestos era haber dejado en libertad al imputado, sea por la vía de la conminación, ora por la de la cesación de procedimiento. No obstante, decretó su detención preventiva, providencia a todas luces ilegal, que adecúa su comportamiento al tipo penal de prevaricato por acción.

3.6 Nadie niega que el juez, al ejercer su labor de intérprete de la ley, pueda llegar a equivocarse. Una redacción confusa, la proliferación abrumadora de normas, la complejidad del tema, pueden conspirar contra una correcta intelección legal. En estos supuestos, la equivocación surge diáfana y excluye de suyo cualquier tipo de conducta prevaricadora. Sin embargo,

> *"...cuando el sentido literal 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 una decisión que conculca*

indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de prevaricato.'' (CSJ, agosto 16 de 1983).

Tal es el caso que ocupa la atención de la Sala. Aunque la providencia no abundó en razonamientos sobre la materia, de todas maneras de su texto se vislumbra que para decidir sobre el particular el juez analizó y sopesó los elementos de juicio que tenía a su disposición, luego de lo cual, no empecé las evidencias que se le presentaban con la claridad del caso, decidió en contrario. Logrado su objetivo, es decir, después de conseguir el ilegal encarcelamiento de González, revocó la medida, con lo cual se confirmó su ilegal proceder.

No puede pretenderse una completa ignorancia sobre el tema. Los jueces, como profesionales del derecho, han tenido la formación académica de rigor, teniendo oportunidad de conocer, por lo menos, las bases fundamentales de las disciplinas jurídicas, hecho que los capacita mínimamente para, por lo menos, aplicar adecuadamente la ley.

Afirmar que, pese a tener los conocimientos de cualquier abogado, no se encuentran capacitados para tomar decisiones que no necesitan conocimientos especializados en grado sumo ni dotes especiales de análisis y creatividad, es darle curso a que cualquier Juez de la República, so pretexto de desconocer la ley, tome decisiones que contraríen el derecho y atropellen a los ciudadanos, poniéndose en peligro la tranquilidad de la comunidad.

La decisión apelada es desacertada y, por consiguiente, ha de revocarse, disponiendo en su lugar la condena del ex-funcionario como autor de un delito de prevaricato por acción, tipificado en el artículo 149 del Código Penal.

4. PROCESO CONTRA HOLLMAN HERNANDEZ

4.1 HOLLMAN HERNANDEZ HERNANDEZ lesionó a DORA VARGAS causándole una incapacidad de treinta (30) días, hecho que dió a lugar a que se le adelantara un proceso en el Despacho a cargo del procesado, finalizando con una condena a purgar la pena de veinticuatro (24) meses de prisión por la presencia de agravantes, con fundamento en los artículos 331 y 332, inciso primero. Apelada la sentencia, el Juez 1o. Superior del Espinal revocó la determinación imponiéndole al condenado una sanción de seis (6) meses de arresto.

4.2 Dado que las lesiones inferidas a la víctima no sobrepasaban los treinta (30) días, la norma a regir el asunto era el inciso primero del artículo 332 del estatuto punitivo, que fija una pena de arresto que va de dos (2) meses a dos (2) años y multa de cien ($100.oo) a un mil pesos ($1.000.oo). En el evento de que se hubiesen presentado circunstancias de agravación punitiva (como lo predica el fallo, sin precisarlas), se debía aumentar la pena de una tercera parte a la mitad, según el artículo 339 de la misma obra, es decir, quedaban los lindes punitivos entre seis (6) meses y tres (3) años de arresto.

4.3 El tenor literal de la norma es claro sobremanera. Ningún tipo de interpretación, ni el más osado, puede rebasar los límites mínimo y máximo que allí se expresan. Tampoco la ignorancia supina sobre la punibilidad llevaría a transformar el arresto en prisión. No obstante, así se hace en la providencia en cuestión. Obsérvese:

4.4 En el fallo se reconoce que la preceptiva del artículo 332 del C.P. es la norma que rige el asunto. Incluso se hace la cita correspondiente de su tenor literal. Sin embargo, luego de advertir que el procesado se hace merecedor al beneficio de la condena de ejecución condicional "...ya que la pena impuesta es de arresto y no excede de tres años de prisión...", cuando llega al tema de la dosificación punitiva, asegura:

> *"Como se habla de lesiones personales tenemos que partir de la mínima impuesta por el art. 332, es decir, de dos meses de arresto y multa de cien pesos, pero con los agravantes, el juzgado acata la pena que solicita el Señor Personero de Alpujarra de 24 meses de prisión. Además como pena accesoria de (sic) la interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 24 meses, es decir, igual a la pena principal".*

4.5 La contradicción es manifiesta y la decisión ilegal. Mientras atrás evoca la norma en forma correcta, luego se aparta de su mandato imponiendo una pena que no contempla. Ni siquiera cabía esta mutación pensando en las agravantes que cita sin precisar, pues aún contando con su presencia, continúa incólume la pena de arresto.

4.6 De nuevo, como en el primer asunto en estudio, la Sala debe preguntarse si en verdad la decisión tomada por el exfuncionario se debió a su incapacidad para asimilar las disciplinas jurídicas o si, por el contrario,

su conducta se vio gobernada por la intención y voluntad de mancillar la ley o como se dice en la resolución de acusación de "querer deliberadamente perjudicar al encausado".

En el acápite que ampulosamente denomina "Fundamentos de derecho", el acusado asegura que la conducta imputada a Hollman Hernández no es dolosa. Si ello era así, debió atender lo prescrito en el artículo 340 del C.P. que versa las lesiones culposas. No obstante, su decisión la tomó con fundamento en el 332 que trata precisamente sobre las lesiones dolosas.

Luego niega la absolución (estas son sus palabras) y declara la responsabilidad del encartado planteando la existencia de una legítima defensa en exceso, lo cual quiere decir que la acción es típica y culpable pero no antijurídica. Finaliza el galimatías hablando de arresto al conceder el subrogado en comento para luego condenar con pena de prisión y deducir unas agravantes que no menciona ni mucho menos sustenta.

Ocultar esa arbitrariedad -se dijo en otra oportunidad- con el argumento del error, es desfigurar lo que existe en el proceso, ya que en la propia providencia el funcionario demuestra que sabe lo que tiene que hacer, pero resuelve otra cosa.

No puede admitirse como error la irresponsabilidad de un funcionario que en la misma providencia afirma que el hecho se cometió sin dolo, y acto seguido condena al procesado por lesiones personales intencionales dolosas. Además, no obstante, saber que la pena aplicable es de arresto le impone dos años de prisión por las "agravantes" que ni siquiera menciona, arbitrariedad sobre cuyo pleno conocimiento no hay la menor duda. Y para cerrar la injurídica actuación, le concede al imputado la condena de ejecución condicional, "ya que la pena impuesta es de arresto" cuando como ya se dijo, le impuso dos años de prisión.

4.7 No queda la menor duda, por consiguiente, que si bien el pronunciamiento revela notorias deficiencias intelectuales del exjuez, también muestra el deseo evidente de imponer sanciones severas, más allá de lo permitido por la ley. Así las cosas, se impone revocar la decisión absolutoria de la primera instancia, imponiendo en su lugar una de carácter condenatorio.

5. PROCESO CONTRA LUIS ANTONIO OTALORA GONZALEZ

Similar resulta este asunto al estudiado en el aparte anterior. Contra OTALORA GONZALEZ se adelantó un proceso por el delito de lesiones

personales inferidas a Benjamín Narváez Castro, cuya incapacidad definitiva fijó el médico legista en treinta (30) días, sin secuelas. El procesado le impuso una pena penal de doce (12) meses de prisión, atendiendo la existencia de "agravantes" y la solicitud del Personero Municipal.

Sin embargo, la norma que regía el asunto, dada la benignidad de las lesiones, era el artículo 332 del C.P., que prescribía para el caso una pena entre dos meses y dos años de arresto. Así lo reconoce el exjuez en la providencia cuando advierte que se debe aplicar esta norma en la decisión a tomar. No obstante, al dosificar la sanción le impone doce (12) meses de prisión. Tal determinación es por completo ilegal y adecúa su comportamiento al tipo penal del prevaricato por acción, descrito en el artículo 149 de C.P.

Sin que se asome en el proceso prueba alguna que demuestre una posible justificación del hecho, pasa la Sala a examinar si al procesado le asistía la intención y voluntad de cometer el desafuero o si, por el contrario, podía estar cobijado por una causal de inculpabilidad.

Lo primero que se observa son los términos de la sentencia. Como si se tratara de un modelo, en esta emplea casi la misma redacción que a la expuesta en la que halló responsable a Hollman Hernández, estudiada atrás. Así discurre cuando evalúa la conducta sometida a su consideración:

> "El Despacho considera que el sindicado no es merecedor de una sentencia absolutoria, como quiera que el citado LUIS ANTONIO OTALORA GONZALEZ se sobrepasó en el ataque, en la agresión ya que esta agresión nunca fue proporcional a la agresión verbal y material de MARIO GOMEZ a pesar de que el sindicado estaba en la necesidad de defender un derecho propio contra una injusta agresión que hizo LUIS OTALORA, ya que éste fue la persona que inició dolosamente los hechos en el teatro de los acontecimientos."

Repite, como en el caso anterior, que el procesado es culpable no empecé reconocerle la causal de justificación de la legítima defensa. Luego, en algunos pasajes se limita a repetir (mal, por cierto) las expresiones del Código Penal como cuando advierte que en el caso en estudio se reúnen los requisitos para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional "...ya que la pena impuesta es de arresto y (sic) no excede de tres años de prisión", lo que es un contrasentido pues, como es obvio, la presencia de aquella excluye a la otra.

Sin embargo, pese a que renglones atrás había reconocido que la norma aplicable al asunto era el artículo 332 y que la pena a imponer era de arresto, insólitamente, al realizar el proceso de dosificación punitiva, la transforma en prisión aduciendo "agravantes" en abstracto y apoyándose en una solicitud del Personero.

Como en el anterior caso penal, ante el claro y concreto mandato de la ley y pese a que ni siquiera con la existencia de agravantes es posible cambiar el arresto en prisión, intencional y voluntariamente decide apartarse del mandato legal, imponiendo doce (12) meses de prisión.

Así las cosas, a su incapacidad profesional le agrega el ánimo de imponer castigos exorbitantes, sin importarle que con ello se desborden los mojones legales. Su responsabilidad es manifiesta y así lo ha de declarar la Sala, revocando la sentencia absolutoria materia de la impugnacion, en su lugar, una de carácter condenatorio.

5. DE LA DECISION A TOMAR

El procesado fue llamado a responder en juicio criminal como presunto responsable de un delito de prevaricato por acción, en concurso material, tipificado en el artículo 149 del Código Penal, por las determinaciones que tomara contra ELEAZAR GONZALEZ, HOLLMAN HERNANDEZ Y LUIS ANTONIO OTALORA, estudiadas atrás.

Se impone una decisión condenatoria, hecho que implica la revocatoria del fallo de primera instancia en lo pertinente, tal y como quedó explicado en cada uno de los apartes correspondientes.

6. DE LA PUNIBILIDAD

Para fijar la sanción que le corresponde al procesado, se partirá de dos (2) años de prisión, dada la gravedad del hecho y la investidura de juez que poseía el imputado, cuya delicada misión le imponía no sólo la aplicación de la ley, sino también obrar con ponderación, justeza y buen juicio, como garante de una eficaz administración de justicia. Dicho monto se incrementará en seis meses más en virtud del concurso material de infracciones, quedando en definitiva en treinta (30) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En atención, a que la pena a imponer no sobrepasa los tres años de prisión, y teniendo en cuenta que el procesado es la primera vez que

delinque y sus condiciones personales no indican que requiera de tratamiento penitenciario, se le concederá en beneficio de la condena de ejecución condicional, únicamente respecto de la pena privativa de la libertad suspendiéndose la ejecución de la pena por un período de tres (3) años, lapso en el cual cumplirá a cabalidad con las obligaciones previstas en el artículo 69 del C.P., previo el depósito de una caución equivalente a dos (2) salarios mínimos a órdenes del Tribunal Superior de Ibagué.

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

Resuelve

1. REVOCAR la sentencia impugnada, en su lugar, CONDENAR a José Augusto Hernández Vargas a las penas principales de treinta (30) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

2. Conceder al condenado el subrogado de la condena de ejecución condicional, únicamente respecto de la pena de prisión.

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. (Salvamento de Voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO / DOLO
(Salvamento de Voto)

Frente a las conductas comportamentales denunciadas expresé muy tempranamente desde el momento del calificatorio -y a esos planteos exactos y estrictos me remito- mi criterio de que en el actuar del acusado hay total ausencia de dolo como fenómeno de representación y voluntad. Esa intención realizadora del tipo objetivo -que en eso consiste el dolo- no aparece por parte alguna por la fojas del proceso y menos en los comportamientos asumidos por el ex-juez. En lo de afuera y lo de dentro, la Corte tiene una opinión diferente a la mía. Lamento que ello suceda y que se encuentre una tipicidad dolosa de la conducta allí donde solo aparece error o ignorancia, o ambas cosas a la vez. Y como hago mal en mezclar mis propias reflexiones a las reflexiones de la Sala, pluma en mano, salvo mi voto en este asunto. Y basta.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Magistrado

DERECHO DE DEFENSA / DEFENSA TECNICA

"La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado", en casos excepcionales, cuando no pueda contarse con abogado titulado, si "puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico (Decreto 176/91, arts. 30, 31 y 32, Decreto 765/77), pues de esa forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica. Ni siquiera para la indagatoria del imputado es posible prescindir de la asistencia de un defensor cualificado, porque la indagatoria constituye un acto de defensa del procesado, pues en ella expone las justificaciones y explicaciones de su conducta y de las sindicaciones que se el hagan". (Corte Constitucional).

No puede la Corte terminar esta sentencia sin expresar su profunda preocupación por la posibilidad de que la administración de justicia se paralice habida consideración de la multitud de Municipios colombianos en que no permanecem de continuo, abogados titulados o, por lo menos, egresados y menos aún han sido cubiertos por los servicios de la Defensoría Pública que, de otro lado, soporta trabas de orden estructural y legal para asumir la defensa oficiosa de todo aquel que no pueda contar con defensor de confianza.

Sin embargo habrá de entenderse que cada caso particular ha de ser analizado y valorado por los funcionarios de instancia conforme a su singularidad, principalmente aquellos en que de entrada aparezcan derechos, deberes o valores de igual raigambre constitucional o enfrentados, pues que en esos eventos debe buscarse la medida que garantizando el derecho a la asistencia letrada durante el sumario no sacrifique o supedite al mismo tiempo el derecho a la libertad, el de acceso a la administración de justicia o el deber de impartirla oportuna y eficazmente.

Así, pues, y mientras no se diere decisión de carácter general y obligatorio en torno a la norma que excepciona la defensa técnica desde la indagatoria (art.148 inciso 1o. del C. de P.P.) será por lo menos admisible que en casos de captura en flagrancia o vencimiento inminente de los términos judiciales y en lugares donde no concurren de manera permanente abogados habilitados para la defensa del procesado, se entregue su asistencia en la fase inicial de la investigación a ciudadanos honorables y con el razonable grado de instrucción que al menos permita la garantía de sus derechos básicos a la defensa material y a la controversia, así como a la imparcialidad y objetividad, y siempre que los funcionarios judiciales acudan, para la continuación del trámite, a proveerles mediante los mecanismos de ley, de una defensa letrada durante el resto de la pesquisa.

Esta clase de excepciones, y otras que eventualmente puedan sucederse en casos concretos y en lugares donde resulte imposible el cumplimiento pleno y cabal del mandato constitucional por razones como la anotada, no suponen el desconocimiento del querer del constituyente si se mira que lo que acá se pretende no es excluir de defensa técnica, durante el sumario, a los procesados, sino encontrar una fórmula intermedida y conciliadora entre la disposición del artículo 29 de la Carta y la obligación del funcionario en cuanto deba atender al cumplimiento de otros principios y valores de indiscutible rango también constitucional.

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

Magistrados Ponentes: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.*

Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Aprobado acta No.48 abril 5/95

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de julio de 1993, por medio de la cual el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a JORGE ELIAS ESQUIVEL FIERRO a 36 meses y 24 días de prisión, al declararlo responsable de los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales, que se le habían imputado en la resolución de acusación.

Antecedentes

1.- Jorge Elías Esquivel Fierro, de 47 años de edad, por cuestiones de trabajo hizo amistad en la ciudad de Neiva con Orlando Rivera y su familia, a quienes empezó a visitar con alguna frecuencia en su residencia.

Con los días, Esquivel Fierro optó por recoger a la salida del Colegio a Susana y Ana Milena Rivera Muñoz, de 15 y 16 años de edad respectivamente, hijas de su amigo Orlando, para llevarlas hasta su residencia. Un día que Susana salió del Colegio antes que su hermana Ana Milena, Esquivel Fierro, quien las estaba esperando, la invitó a subir a su vehículo, insinuación a la que inicialmente se negó la menor, pero que luego aceptó ante la insistencia de hoy procesado.

Esquivel Fierro tomó la ruta de costumbre pero finalmente se dirigió al estadero "El Venado", en donde mediante violencia física accedió sexualmente a la menor, amenazándola con pegarle si contaba lo sucedido. Tales hechos tuvieron ocurrencia en el mes de mayo de 1991.

2.- En el mes de agosto, como Susana presentara intranquilidad y trastornos, su madre Eduviges la requirió para que le contara lo que sucedía, a lo cual la menor accedió, enterándose de esta manera de los hechos atrás relatados. Ante ello, el padre de la ofendida procedió a formular la denuncia respectiva (fls.1 y ss-1).

3.- A causa de la referida relación sexual, Susana quedó embarazada, dando a luz un niño el 21 de enero de 1992 que llamó Francisco Javier. Examinada por Medicina Legal, a Susana se le diagnosticó una perturbación psíquica proveniente del visto asalto sexual (fls.13, 33, 86-1).

4.- El Juzgado 16 de Instrucción Criminal radicado en Neiva escuchó en indagatoria a Esquivel Fierro, quien aunque en un principio negó conocer a la familia Rivera Muñoz terminó retractándose, pero sí fue enfático en rechazar los cargos formulados por la menor (fls.37 y ss.).

A folios 58 del expediente obra un manuscrito de Esquivel Fierro, dirigido al padre de Susana, Orlando Rivera, en el cual le dice que aquella

debió confundirlo con otro individuo que fue el que la esperó en el automotor a la salida del colegio. "Yo sinceramente lamento que tu hija haya sido víctima de semejante atropello -escribe Esquivel Fierro-, pero ella tiene parte de culpabilidad (sic), porque se subió en el carro creyendo que era el carro del amigo del papá. Al verse equivocada (sic) tomó la imagen mía y sufriendo algún desmayo la llevaron a ese lugar logrando hacer de las suyas".

5.- Se dictó auto de detención contra Esquivel Fierro, y se ordenó expedir copias al respecto del hecho denunciado por Mónica Alexandra (fls.92 y ss-1), quien afirmó haber sufrido por parte del acusado un atropello muy similar al que es objeto de este proceso (fls.81 y ss).

Practicadas otras pruebas se cerró y calificó la investigación con resolución acusatoria por los delitos de acceso carnal violento agravado por el embarazo y lesiones personales (arts.298, 306.3, 335 y 340, -fls.201 y ss-1). Esa resolución fue proferida por la Fiscalía Tercera Especializada (vigencia nuevo C. de P.P.).

7.- El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Neiva asumió la causa, practicó algunas pruebas, celebró audiencia (fls.259 y ss-1) y dictó sentencia el 19 de mayo de 1993 (fls.269 y ss), mediante la cual, en armonía con la acusación, condenó a Esquivel Fierro a 38 meses de prisión, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios.

Apelado dicho fallo por el defensor del procesado, el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación éste, fijó la pena principal en 36 meses y 24 días e impuso la pena de multa por cuatro mil pesos ($4.000.oo) que olvidó el Juzgado y que prevé el artículo 335 del C.P., considerando, correctamente, que con ello no se viola el artículo 31 de la Constitución Nacional. En lo demás, la sentencia fue aprobada.

La demanda

Cargo primero:

"Tercera causal. Nulidad por carencia absoluta de derecho de defensa donde las normas violadas son: el artículo 29 de la Constitución Nacional, norma supralegal en concordancia directa por encontrarse descritas en la

ley como es el artículo primero y el artículo 304, numeral 3o., del Código de Procedimiento Penal" (fls.69-2).

Para sustentar este cargo, expresa el casacionista:

> "El 6 de septiembre se procede a oír por medio de indagatoria al señor Jorge Elías Esquivel Fierro, persona que se encontraba privada de la libertad, y se le nombra de oficio a una persona de nombre María Linfa Vargas Lasso, persona que cumple los requisitos para asistirlo, pero no se justifica la actuación del juzgado al no nombrar de oficio a un abogado que dé plena garantía al mejor medio de defensa que tiene el procesado, sobre todo en una capital de Departamento donde el número de litigantes sobrepasa los 150 profesionales del derecho. No es que ataque el procedimiento porque se encuentra en debida forma sino es el derecho a la defensa que le asiste y en la obligatoriedad que tiene el Estado de administrar justicia por mandato constitucional conforme al artículo 228, cuando enuncia que el administrar justicia es función pública, luego al funcionario le quedaba a sus manos buscar que fuera asistido en forma obligatoria en la diligencia por un profesional del derecho" (fls.69 y 70-2).

Observa que en la ampliación de indagatoria tampoco lo asistió el abogado de oficio, sino "una persona honorable", tal como ocurrió también en la diligencia de inspección judicial, en la cual hubo "deficiencias de investigación, ya que el Juzgado no interrogó a las personas que se iban presentando a la inspección, ni tampoco existió el principio de contradicción, sencillamente el Juzgado se limita a ser (sic) un recorrido inoperante de acuerdo a la descripción enunciada por la víctima Susana Rivera Muñoz, presentándose esta prueba como inicua (sic), pienso que si hubiera asistido un defensor profesional del derecho a la inspección Judicial hubiera enderezado el sentido que se perseguía con este medio de prueba y se hubiera buscado que el proceso hubiera tenido un rumbo diferente" (fls.71-2).

Dice que no se solicitó ninguna prueba en favor del procesado, lo que "nos indica que la investigación fue muy rústica y fue asumida únicamente por el procesado Esquivel Fierro, hasta el momento en que se inicia la etapa del juicio" (fls.72-2).

Considera que no se dio al acusado la oportunidad de contradecir las pruebas y que el empecinamiento de Esquivel Fierro en "no aceptar la

intervención en los hechos", lo perjudicó, y revela la falta de asistencia profesional, la cual también se nota en el hecho de que el procesado recurrió extemporáneamente la resolución de acusación.

Se reafirma, pues, el casacionista, en que se violó el derecho de defensa.

Cargo segundo:

Dice el actor: "al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, acuso la sentencia recurrida por violación directa de una norma de derecho sustancia, violando las normas consagradas en los artículo 445 y 2o. del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la aplicación indebida al seleccionar la norma sustancial aplicada " (fls.75-2).

Copia el censor el artículo 247 del Código citado (prueba para condenar) para argüir a continuación: "En este caso no estamos criticando la prueba en sí lo que (sic) el Juez de Segunda Instancia como es el Tribunal de Neiva incurrió en error de lógica jurídica al no dar aplicación correcta de la norma que se debía aplicar en este caso, puesto que su valoración de la prueba de la única testigo de cargo, Susana Rivera Muñoz no desmerita (sic) apreciación tal como del Tribunal la tomó, no es una prueba que conduzca a la certeza del hecho y a la responsabilidad del sindicado" (fls.76). Anota a renglón seguido: "El Tribunal Superior de Neiva debió aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal que es la (sic) que trae implícitamente el principio elemental del 'in dubio pro reo', donde en las situaciones penales toda prueba debe resolverse a favor del sindicado, y no hacer lo que eventualmente hizo en este caso en aplicar la norma sin ameritar un estudio de lógica jurídica para la aplicación debida a la norma" (fls.76).

Reitera que existe duda en el proceso y resalta: "El Tribunal a folio 6 de la sentencia sencillamente pone de relieve la juventud de la menor y termina señalando que la menor finalmente por las circunstancias, el medio social debió dejarse someter, debido a la inferioridad física y en la posición que quedó, lo que le permitía al sindicado penetrarla contra su voluntad, lo que nos indica que no hay certeza del hecho punible y de la responsabilidad, es una valoración más que justa del Tribunal pero no para conducir a una sentencia" (fls.77-2).

Pide entonces que se case el fallo "y en su lugar se dicte la sentencia correspondiente en favor de Jorge Elías Esquivel Fierro" (ib).

Concepto de la Procuraduría

Cargo Primero:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice inicialmente que el cargo de nulidad "no debe ser acogido, pues se observa que existía norma que habilitaba a personas no técnicas para la asistencia excepcional en la indagatoria, lo cual se repitió por dos veces más -en la ampliación de indagatoria y en la inspección judicial, realizadas con posterioridad a la designación de un abogado como defensor de oficio del procesado" (fls.12 cuaderno Corte).

Cita al respecto los artículos 132 y 139 del Código de Procedimiento Penal vigente para la actuación (Decreto 050 de 1987) y trae a colación decisiones de esta Sala de Casación referentes a "la asistencia de una persona legal en casos de excepción" (fls.13), para hacer ver que el procesado Esquivel Fierro siempre estuvo asistido por un apoderado en las actuaciones que así lo exigían. "Si los defensores no satisfacen los criterios del hoy demandante en casación -dice la Delegada-, no por ello puede afirmarse que el procesado no hubiera tenido una asistencia adecuada y técnica" (fls.14). En consecuencia, pide que se deseche el cargo.

Cargo segundo:

En relación con este cargo dice la Procuraduría que el casacionista se equivoca al atacar la prueba, cuando la violación que alegó es la directa. Y en cuanto a la invocación del in dubio pro reo, destaca que el actor "no señala las pruebas de las cuales en su sentir emerge la duda respecto a la responsabilidad del procesado...". (fls.16).

> "De otra parte -anota la Delegada-, en materia de duda la Honorable Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 10 de julio de 1991, ha determinado que si 'el sentenciador concede que el proceso arroja duda y, no obstante ese reconocimiento, profiere fallo de condena', debe demandarse en casación la falta de aplicación del precepto pertinente en favor del procesado, por violación directa de la ley. En un segundo evento, esto es, cuando el impugnante es el que quiere establecer la situación de duda, debe determinar la prueba que fue objeto de error en su apreciación por el juzgador a través de un error de hecho o de derecho, evento éste en el cual debe presentar la impugnación por transgresión indirecta de la ley" (fls.16).

Pide entonces a la Sala abstenerse de casar el fallo.

Consideraciones de la Corte

Cargo primero.

Contrariamente a lo sostenido por la Delegada, para la Sala este cargo está llamado a prosperar.

1. Un atento estudio de la actuación procesal, permite destacar lo siguiente, con miras a establecer si en verdad se vulneró el derecho a la defensa en el caso sub-judice:

a). Al procesado se le capturó en las horas de la mañana del 6 de septiembre de 1991 (fls.36) y cuando ese mismo día en las primeras horas de la tarde (2:15) el juzgado iniciaba la diligencia de indagatoria y le hacía saber que tenía derecho a nombrar un abogado, consta que para tal fin se le facilitó el teléfono "para efectuar las llamadas necesarias, no encontrando según manifestó a los abogados ya que acababan de salir".

Y de inmediato, como si eso fuera suficiente para dar aplicación a lo que disponía el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época (D.0050/87), se procedió a designarle, de oficio, quien lo asistiera para tan importante diligencia: "El Juzgado en consecuencia le nombra de oficio para la presente diligencia a una persona honorable..." (fl.37). Claro que antes de hacerse el nombramiento, se le informó "que en cualquier momento puede darle poder a un abogado para que lo represente".

El referido artículo 139, en su primer inciso, que sirve de sostén al concepto de la Delegada, disponía:

> "El cargo de defensor para la indagatoria del sindicado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea empleado público".

Con toda claridad se desprende del texto mismo de la norma, que la excepción que ella consagraba sólo era aplicable cuando en el lugar no hubiera ningún abogado inscrito que pudiese designarse, y por ninguna parte del expediente aparece una constancia en tal sentido. Sólo se hizo mención a que el imputado telefónicamente intentó contactar un defensor, sin éxito, "ya que acababan de salir". No puede suponerse que Esquivel Fierro llamó a todos los abogados inscritos en la ciudad de Neiva, lugar

donde se cumplió la diligencia. Y aún en el gratuito supuesto de que así hubiese ocurrido, bien podía el juzgado posponer la diligencia para el siguiente día hábil, suspendiendo la captura del imputado que sólo se ordenó "para efectos de indagatoria" (fl.34). Pero en vez de proteger en debida forma los derechos de éste, le designó para que lo asistiera jurídicamente a una persona honorable y sólo para esa actuación.

b). Desde esa su vinculación al proceso, que como ya se dijo tuvo cumplimiento el 6 de septiembre de 1991, hasta el 23 de enero del año siguiente, el procesado estuvo sin defensor, ya que apenas ese día, previa información de la secretaria, que para nada se necesitada toda vez que el Juez y el Secretario eran los mismos que venían actuando en el proceso, se le nombró uno de oficio que de inmediato tomó posesión de su cargo (fls.108 y vto.).

Durante estos cuatro meses en que el procesado careció por completo de defensa técnica, se practicaron, sin embargo, numerosas e importantes diligencias que de una u otra forma comprometían su responsabilidad. Se recepcionaron los testimonios de Eduviges Muñoz Trujillo (fl.53), Maria Leonor Guzmán Mora (fl.53 vto.), Leoncio Mejía Bermúdez (fl.74) y Mónica Alexandra Mejía Botello (fl.81), se amplió la declaración del denunciante, Orlando Rivera (fl.68) y se resolvió la situación jurídica de Esquivel Fierro, ordenándose su detención preventiva, pero con derecho a la libertad provisional (fls.92 y ss).

Significa lo anterior que toda la prueba que sirvió de base al auto de detención proferido en contra del sindicado, y que estuvo integrada por testimonios y dictámenes, se aportó al proceso sin que ninguna persona técnicamente habilitada, esto es un abogado, hubiera tenido la oportunidad de intervenir en su producción y mucho menos de contradecirla en forma alguna.

Pero para el sindicado y la debida protección de sus derechos nada implicó el nombramiento de un defensor de oficio, porque el designado sólo intervino en la diligencia de su posesión (fl.108 vto.) y nada más. Ni siquiera se hizo presente para una ampliación de indagatoria que pidió el mismo incriminado (fl.181), ni tampoco lo asistió durante la inspección judicial practicada (fl.181). Mucho menos concurrió a presentar en su favor el alegato previo a la calificación del sumario, que a pesar de no ser obligatorio, refleja, en este caso, su total desentendimiento del proceso y la

consecuente carencia de defensa técnica del sindicado, durante toda la etapa del sumario.

Imposible entender que no participar en forma alguna durante toda la fase instructiva sea una estrategia de la defensa, salvo que se tratara de una indebida maniobra, predestinada a servir más tarde de pretexto para invocar la nulidad del proceso.

Ante la posibilidad entonces de que el doctor Jorge Arcesio Hoyos Arias haya incurrido en falta a la debida diligencia profesional (art.55 Decreto 196/71), se compulsará copia de lo pertinente de este proceso con destino al Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Y a esta completa orfandad de defensa técnica también concurrió la funcionaria instructora, no sólo en el momento de la indagatoria, como ya se demostró, sino también al no asegurar la comparecencia a la inspección judicial del defensor del procesado, a quien al parecer ni siquiera se le informó sobre la realización de la misma. Al respecto no se dejó constancia alguna, salvo la escueta afirmación de que como el referido profesional "tuvo inconvenientes para desplazarse hasta el Juzgado", se le designaba para que asistiera al sindicado en esa diligencia al ciudadano Pedro Pablo Giraldo Giraldo" (fl.184). Ni con el más laxo criterio puede sostenerse que la previsión excepcional que consagraba el ya citado artículo 139, única y exclusivamente para la recepción de indagatoria, era aplicable también para esta oportunidad. Igual glosa puede hacérsele a la misma funcionaria cuando para recibir la ampliación de indagatoria a Esquivel Fierro, quien para este momento ya contaba con un defensor de oficio, aceptó que lo asistiera durante la misma "el ciudadano José Milo Salgado Peña", designado por el propio inculpado (fl.181).

Y si alguna duda quedare sobre la absoluta falta de defensa técnica de Esquivel Fierro durante toda la etapa del sumario, ella queda satisfecha por completo con el hecho de que ésta trató de ser cumplida, infructuosamente desde luego, por el mismo sindicado con su defensa material, en desarrollo de la cual pidió la ampliación de su indagatoria (fl.41), aportó algunas pruebas (fls.197, 198 y vto.) y hasta interpuso contra la resolución de acusación los recursos de reposición y apelación, éste último de manera subsidiaria, en escrito que se desechó por considerarse extemporáneo (fls.216 y ss).

2. Esta absoluta falta de defensa técnica durante toda la etapa del sumario, si bien no se presentó en el juicio, indudablemente que afecta de nulidad el proceso, máxime si se tiene en cuenta que éste se tramitó en vigencia de la nueva Constitución, (la denuncia se presentó el 23 de agosto de 1991 y la investigación se abrió el 29 subsiguiente (fl.20), que al contrario de la anterior que daba un mayor énfasis y trascendencia a la defensa en la etapa de la causa, sí es muy específica al ordenar, de manera expresa y categórica, que "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento" (artículo 29, inciso cuarto).

Frente a este canon constitucional si no cabe duda alguna en relación con la nulidad de este proceso, pues como ya se estableció, al sindicado se le designó para que lo asistiera en la indagatoria (y más tarde en una ampliación de ésta y también durante la inspección judicial) a una persona honorable, que no tenía la calidad de abogado y en circunstancias que ni siquiera permitían aplicar la excepción prevista en el antes citado artículo 139 del Decreto 0050 de 1987, cuya inconstitucionalidad sobreviviente con la Carta Política de 1991 se presenta muy probable, si se tiene en cuenta el canon superior transcrito y la interpretación rígida que al mismo ha dado la Corte Constitucional, el cual, se reitera, regía cuando se inició este proceso, circunstancia particular que no se presentaba en los casos fallados por esta Sala y que en soporte de su concepto cita el Procurador Delegado (fl.13 del cuaderno de la Corte).

Así, al resolver la acción pública de inconstitucionalidad (parcial) contra el artículo 374 del Decreto-Ley 2550 de 1988 (Código Penal Militar) y declararlo inexequible, en cuanto permitía que en los procesos penales militares el cargo de defensor pudiera ser desempeñado por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo y aunque no fuera abogado, expresó en relación con el texto constitucional antes transcrito, lo siguiente:

> "(...) se considera que es voluntad expresa del Constituyente de 1991, la de asegurar a todas las personas, en el específico ámbito de los elementos que configuran el concepto de debido proceso penal y de derecho de defensa también en el ámbito penal, el respeto pleno al derecho constitucional fundamental a la defensa técnica y dicha voluntad compromete, con carácter imperativo y general, al legislador, a la ley y a los jueces.

"Esto significa, que dichas funciones de defensa del sindicado en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional de derecho, so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria que lo permita...".

Más adelante, precisó:

"En verdad lo que quiere el Constituyente no es que se asegure que cualquier persona asista al sindicado en las mencionadas etapas señaladas en el citado artículo 29; en este sentido sería absurdo que en la Carta se hiciese mención a la figura del profesional específicamente habilitado como abogado para adelantar las delicadas funciones de la defensa, para permitir que el legislador por su cuenta habilite a cualquier otra persona, o a otro tipo de profesional, para adelantar las labores de la defensa, si estos no acreditan la mencionada formación.

"Este elemento aparece expresamente consagrado en la Carta junto a otros, igualmente específicos y predicables del concepto de debido proceso penal y de derecho de defensa penal que hace parte de la disciplina del derecho constitucional procesal, de tanta importancia para el constitucionalismo contemporáneo y cuya influencia en las labores del Constituyente de 1991 es notoria".

Con base en estas y otras consideraciones, concluyó la citada Corporación:

"No asiste duda respecto de la proscripción constitucional de las modalidades de investigación o de juzgamiento penal, en las que existiendo sindicado no participe el defensor tal y como lo ha advertido de modo reiterado esta Corporación; igualmente, tampoco existe duda en lo que se refiere al valor y alcance general de la mencionada garantía constitucional extendida ahora de modo expreso a todos los procesos penales, inclusive a los militares, dados los términos empleados por las restantes partes de la disposición que se cita en los que se advierte que las reglas en ella establecidas están previstas para que sean aplicadas a todas las personas y a todo aquel que sea sindicado.

"Así, el derecho a la defensa técnica como una modalidad específica del debido proceso penal constitucional se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito, ya que, además, aquella es una regulación categórica y expresa de carácter normativo y de rango superior en la que se establecen las principales reglas de carácter constitucional que en todo caso deben regir la materia del proceso penal; de manera que todas las disposiciones que sean objeto de regulación contraria deben ceder al vigor superior de la Constitución. En este sentido no puede sostenerse bajo los presupuestos de la Carta de 1991, que la urgencia, la trascendencia, la importancia o la prevalencia que en algunos asuntos plantea la justicia penal militar permita dispensar la presencia del abogado escogido por el sindicado, o de oficio, durante la investigación o el juicio. En este orden de ideas, no obstante la competencia del legislador para establecer las mencionadas disposiciones aplicables a por procesos penales militares, esta facultad otorgaba de modo especial y expreso por el constituyente no alcanza para disponer del derecho a la defensa y a la asistencia técnica por un abogado en favor del sindicado, tal y como lo exige la Constitución; además, se observa la prevalencia de los derechos constitucionales fundamentales, asegurados de modo expreso por el Constituyente, uno de los cuales es el de la defensa técnica del sindicado". (Sentencia No. C-592/93; Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz).

Es pertinente destacar que estos principios fueron reiterados por la Corte Constitucional en Pleno, cuando mediante sentencia No.SU-044/95 revisó el proceso de la acción de tutela instaurada por la ciudadana María Guillermina Franco Rocha contra el Inspector 18E Distrital de Policía.

Afirmó la referida Corporación en esta oportunidad:

"La finalidad protectora de los derechos del sindicado que persiguen las garantías previstas en el art.29 de la C.P., que configuran el mínimo de requisitos y condiciones que deben observarse en las actuaciones procesales para asegurar la vigencia del debido proceso, como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento, el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por

el mismo hecho, exigen necesariamente que dentro del respectivo proceso el sindicado se encuentre representado por un defensor idóneo, esto es, de una persona con suficientes conocimientos de derecho que esté habilitada para afrontar con una adecuada solvencia jurídica las viscisitudes que de ordinario se presentan en el proceso, de manera que pueda asegurarle una defensa técnica y la oportuna y eficaz protección de sus derechos fundamentales. Ello naturalmente supone que la actuación del defensor no sólo debe ser diligente sino eficaz, lo cual sólo puede garantizarse o ser el resultado de su propia formación profesional, pues de esta depende su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa que el estatuto procesal respectivo ha instituido en la búsqueda de una decisión ajustada al derecho y a la justicia".

Oportuno resulta recordar que en esta ocasión, la Corte Constitucional se apartó un poco de su rigor inicial y admitió que aunque "La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado", en casos excepcionales, cuando no pueda contarse con abogado titulado, sí "puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico (Decreto 176/91, arts. 30, 31 y 32, Decreto 765/77), pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica. Ni siquiera para la indagatoria del imputado es posible prescindir de la asistencia de un defensor cualificado, porque la indagatoria constituye un acto de defensa del procesado, pues en ella expone las justificaciones y explicaciones de su conducta y de las sindicaciones que se le hagan".

En la misma providencia que se viene citando, la Corte Constitucional hizo "el avance de un juicio sobre la constitucionalidad del inciso 1 del art. 148 del C.P.P.", que como lo recuerda la Delegada prácticamente repitió el contenido del multicitado artículo 139 del anterior estatuto procesal, que plasmó en estos términos:

"La norma en cuestión está en contradicción con el art. 29 de la actual Constitución que, como se ha visto, exige que el sindicado esté asistido por un abogado durante la actuación procesal destinada a investigar o a juzgar su conducta, y por el consiguiente resulta igualmente contradictoria con el art. 161 de la misma obra, que en su

actual redacción luego de la declaratoria de inexequibilidad de su inciso 2 (Sentencia C-150 de abril 22 de 1993), expresa:

"Inexistencia y diligencias. Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

"Cuando el sindicado esté en peligro inminente de muerte y sea indispensable realizar diligencias con su intervención, puede omitirse la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier persona, dejando constancia de ello" .

"Se infiere de lo anterior que solamente es los eventos regulados en el aparte final de la norma es posible prescindir del defensor titular".

Con base en todo lo expuesto, forzoso resulta decretar la nulidad de este proceso a partir de la indagatoria rendida por el sindicado Esquivel Fierro, con el fin de que se reponga esta diligencia y el imputado sea asistido en ella y durante toda la actuación por un abogado titulado bien sea designado por él o de oficio por el funcionario instructor. Esta determinación afecta también la ampliación de la indagatoria y la inspección judicial, pero no las pruebas que se practicaron debidamente.

No puede la Corte terminar esta sentencia sin expresar su profunda preocupación por la posibilidad de que la administración de justicia se paralice habida consideración de la multitud de Municipios colombianos en que no permanecen, de continuo, abogados titulados o, por lo menos, egresados, y menos aún han sido cubiertos por los servicios de la Defensoría Pública que, de otro lado, soporta trabas de orden estructural y legal para asumir la defensa oficiosa de todo aquel que no pueda contar con defensor de confianza.

Sin embargo habrá de entenderse que cada caso particular ha de ser analizado y valorado por los funcionarios de instancia conforme a su singularidad, principalmente aquellos en que de entrada aparezcan derechos, deberes o valores de igual raigambre constitucional enfrentados, pues que en esos eventos debe buscarse la medida que garantizando el derecho a la asistencia letrada durante el sumario no sacrifique o supedite al mismo tiempo el derecho a la libertad, el de acceso a la administración de justicia o el deber de impartirla oportuna y eficazmente.

Así, pues, y mientras no se diere decisión de carácter general y obligatorio en torno a la norma que excepciona la defensa técnica desde la indagatoria (art.148 inciso 1o. del C. de P.P.) será por lo menos admisible que en casos de captura con flagrancia o vencimiento inminente de los términos judiciales y en lugares donde no concurren de manera permanente abogados habilitados para la defensa del procesado, se entregue su asistencia en la fase inicial de la investigación a ciudadanos honorables y con el razonable grado de instrucción que al menos permita la garantía de sus derechos básicos a la defensa material y a la controversia, así como a la imparcialidad y objetividad, y siempre que los funcionarios judiciales acudan, para la continuación del trámite, a proveerles mediante los mecanismos de la ley, de una defensa letrada durante el resto de la pesquisa.

Esta clase de excepciones, y otras que eventualmente pueden sucederse en casos concretos y en lugares donde resulta imposible el cumplimiento pleno y cabal del mandato constitucional por razones como la anotada, no suponen el desconocimiento del querer del constituyente si se mira que lo que acá se pretende no es excluir de defensa técnica, durante el sumario, a los procesados, sino encontrar una fórmula intermedia y conciliadora entre la disposición del artículo 29 de la Carta y la obligación del funcionario en cuanto deba atender al cumplimiento de otros principios y valores de indiscutible rango también constitucional.

Al prosperar este primer cargo, por sustracción de materia se torna inestudiable la otra censura formulada.

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

Resuelve

1.- CASAR la sentencia impugnada.

2.- DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado en este proceso a partir, inclusive, de la declaración indagatoria del procesado Jorge Elías Esquivel Fierro, con excepción de las pruebas que fueron debidamente practicadas.

3.- Por la Secretaria de esta Sala, expídanse con destino al Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, las

copias pertinentes de este proceso, para los fines indicados en la parte considerativa.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

Hubiera preferido, y este es el único aspecto de la sentencia objeto de esta aclaración, que en vez de sostenerse la aplicabilidad, aunque para un caso extremo, del artículo 148 del C. de P.P., que es contrario al artículo 29 de la nueva Carta Política y que por ello seguramente será declarado inexequible según lo anticipó la misma Corte Constitucional, la Sala hubiera alertado al Gobierno Nacional y al Defensor del Pueblo, de la hecatombe que se vendrá para la justicia penal cuando los fiscales, en muchísimos de los Municipios colombianos, no encuentren abogados, ni estudiantes de derecho, pero tampoco defensores públicos que asistan a los imputados en la indagatoria, sobre todo cuando estos se encuentren privados de la libertad y sea de urgencia su vinculación al proceso, ante el vencimiento de los perentorios términos señalados por la ley para definir la situación jurídica.

Guillermo Duque Ruíz

Magistrado

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

Es claro que la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela Nro. SU-044/95 hizo un anticipo sobe la inconstitucionalidad del artículo 148 del C. de P.P. en cuanto autoriza el nombramiento de un ciudadano como defensor pese a tratarse de un iletrado.

Esta decisión va a crear una situación verdaderamente caótica en la justicia y hubiera sido deseable que la Sala alertara a los funcionarios encargados de buscarle una solución al problema, puesto que hoy en día la Defensoría Pública no está implementada en todo el territorio nacional y en la mayoría de las regiones del país la defensa de oficio es un imposible por ausencia de abogados titulados.

Estamos ad portas de una total paralización de la justicia y ha debido precisarse la situación dramática que se va a enfrentar antes de que una verdadera alud de nulidades generen impunidad y que la ausencia de la defensa técnica paralice de manera total el funcionamiento de la justicia.

Son estas las preocupaciones que me llevan a aclarar de manera respetuosa mi voto.

Atentamente,

Edgar Saavedra Rojas

Magistrado

DEFENSA TECNICA
(Salvamento de Voto)

No puedo entrañar nulidad legal y menos supralegal, la circunstancia de que el imputado haya estado asistido en algunas diligencias propias de la instrucción por ciudadanos honorables aunque no ostentarán títulos profesionales en abogacía o no fueran versados en disciplinas jurídicas. No lo primero porque tal posibilidad aparecía y aparece hoy en el Código de la materia (arts.139 y 148 del C. de P.P.). Y no lo segundo por cuanto el ejercicio del derecho material de defensa le permite al acusado una amplia y constante participación en las diligencias de averiguación y comprobación de la existencia y naturaleza del hecho, su enteramiento de todas las actuaciones que se surtan en las actividades típicas de la instrucción y el conocimiento de las determinaciones adoptadas por el funcionario correspondiente.

1.- Cree la Sala Penal de la Corte que en este asunto indefectiblemente se debe decretar la nulidad de buena parte de la actuación por ausencia de defensa togada en la etapa de instrucción. Como tal postura está contra mis precedentes consigno ahora mi opinión abiertamente discrepante. De verdad el tema es para meditar, en todos los sentidos, por supuesto. Lo cual no nos estaría mal para unos y otros.

Pues bien:

a.- En el sumario no llamó el acusado un defensor de confianza. El Juzgado le designó uno de oficio (fl.108). En algunas diligencias fue asistido por ciudadanos honorables nombrados ad hoc por el propio Juez.

b.- En la fase del juzgamiento fue representado por un letrado con poder especial.

c.- Los presupuestos de la defensa material, (y también la técnica) se respetaron en el proceso y el imputado estuvo en capacidad de ejercer sus propios derechos. Pidió ampliación de su indagatoria (fls.41), aportó algunas pruebas (fls.197, 198 vto.), etc.

2.- Para lo que puede importar al presente caso, tenemos:

a.- Es de toda verdad en el acto sub examen que el acusado en las actuaciones sumariales no designó un defensor de confianza y que se le nombró uno de oficio. Pero también lo es que en todas las diligencias que se realizaron con su presencia fue asistido por personas no togadas, elegidas ad nutum por en funcionario de instrucción quienes de manera directa le acompañaron e intervinieron en su desarrollo. Lo importante a destacar es que ellas cumplieron a cabalidad el ejercicio de la misión encomendada. Por cierto, no consta en los folios que estos individuos hubieran protestado o mostrado inconformidad por un anormal desenvolvimiento de los actos procesales a los que concurrieron por lo cual se presume que el buen orden y la regularidad del procedimiento fueron acatados en toda su extensión.

b.- No dejará de anotarse que en la etapa del juzgamiento el imputado designó un defensor cualificado que apoyándose en la posición exculpativa de su cliente y en otras ideas de su cosecha, ejerció, según sus propias convicciones, las obligaciones inherentes a su designio. Fácil es reconocer, ad exemplum, que en la diligencia de Audiencia Pública orientó sus alegaciones defensivas en la forma que lo consideró más conveniente, agitando tesis y criterios a favor de su representado, desplegando una celosa actividad dialéctica y una ordenada y muy hábil argumentación en pro de una intensa y eficaz defensa técnica. Solo que sus denodados esfuerzos no lograron derrotar la contundente prueba incriminatoria levantada en contra de su patrocinado, de la cual se desprende la certeza de la plena comisión del delito y de su responsabilidad penal. No estará de más, ni de menos que se diga, que el letrado actuante en ninguna parte de su intervención se pronunció por situaciones de indefensión, desamparo o desvalimiento en que pudo hallarse su poderdante. Lo que es diciente de que allí no pasaba nada por dentro. A remate de cuentas, la preocupación de las consecuencias las trajo la Sala, desde fuera.

c.- Para no perder la noción de la exacta perspectiva del derecho a la defensa material fuerza es examinar con máxima atención las tres fundamentales piezas en las que intervino el procesado: a.- La diligencia de indagatoria; b.- la ampliación de la misma; y c.- la inspección judicial. Es de ver en el desarrollo del primer acto procesal de carácter sustancial una serie articulada de preguntas, sistemáticas y concretas, donde el funcionario orienta sus pesquisas hacia la determinación de las circunstancias del caso

y el averiguamiento de la verdad real del hecho denunciado. Previamente a esto y para proveer eficazmente al respeto de las garantías y derechos y al afianzamiento de la justicia, se le informó de su prerrogativa a nombrar libremente a un abogado y ante la imposibilidad de hacerlo se le designó, ex officio, a una persona de reconocida honestidad en obediencia a lo prevenido por el artículo 139 del Código de la materia, vigente por aquel trato. Sus manifestaciones de descargo fueron recepcionadas con la amplitud del caso y no se advierte por la lectura detenida de esta diligencia que de propósito se le hubiese emboscado o sorprendido -con violación del orden jurídico pleno- por formularle preguntas capciosas o sugestivas, o por apremiarlo física o moralmente o por obligarlo a declarar contra sí mismo o sus parientes inmediatos, o en fin, por utilizar mecanismos tortuosos o algo parecido. Con la más clara manifestación del aspecto material del derecho de defensa, el imputado respondió de manera libre y espontánea el interrogatorio judicial, siendo dueño de sus propios actos. Se le brindaron, pues, todas las oportunidades para anular los cargos, negarlos o justificarlos. *Mutatis mutandis,* lo propio cabe afirmar con las restantes actuaciones.

d.- La actividad jurisdiccional se desarrolló, entonces, a plenitud con sujeción a las reglas del proceso y a sus viscisitudes. No hay manera de decir o afirmar en estos folios que se conculcaron o quebrantaron los supremos valores que en esta materia propugna la Constitución y la ley instrumental. O que en su ámbito, de manera adrede o deliberada, el encartado fue víctima de una indefensión total con menoscabo de sus derechos. Con absoluta neutralidad -y esto debe destacarse- tanto el funcionario de instrucción como el de juzgamiento respetaron al máximo sus derechos y con atenta vigilancia y estricto acatamiento a sus garantías, sin discriminación alguna, fallaron, ex lege. Por lo demás, ni aquel ni éste obstaculizaron su arbitrio a entrevistarse con un letrado, ni reprimieron su facultad para pedir pruebas, ni tampoco le impidieron ejercitar su potestad a alegar. Por el contrario, con un arraigado sentimiento de justicia en todo el proceso pero especialmente en la etapa del sumario, el funcionario de turno veló por el exacto cumplimiento de la ley y en aquellas actuaciones donde el reo no quiso o no pudo designar un defensor suplió dicha omisión con el escogimiento de personas que resguardaran sus garantías legales. No olvidemos que los Fiscales y Jueces -como sujetos imparciales del proceso- están sólo subordinados a la ley y que su independencia es absoluta. La autorictas y su Imperium moral preservan sus decisiones.

e.- De verdad que carezco de elementos de juicio suficientes para sostener en estas fojas que el defensor de Esquivel Fierro se desentendió por completo de la defensa o que abandonó a su suerte al autor de la conducta, como lo quiere la decisión mayoritaria de la Sala. La efectividad de la asistencia técnica no se mide por el número plural de memoriales o alegatos presentados, ni por la multiplicidad de las tesis agitadas, ni por una ingente o copiosa labor intelectual. En veces, el mutismo, la reserva o la sigilación, constituyen estrategias de peso que utilizan los letrados para la consecución de sus fines defensivos. Y esto no presupone -ni más faltaba- inercia o despreocupación o desidia o apatía, ni nada que se le parezca. Esto, a pesar de apariencias en contrario. De pronto, razones habrá tenido el letrado actuante para proceder de esta guisa. Alguna vez dije que el misterioso hado no lo explica todo y por esto sería muy de alabar que nadie entre a suplantar la actividad dialéctica de los juristas.

f.- Metido de lleno en las probanzas del expediente fácil es captar que allí reposan todos los elementos demostrativos, tangibles y concretos del delito y sus circunstancias y la autoría del mismo en cabeza de Esquivel Fierro. Y dudo mucho que un defensor experto en derecho penal pudiera de manera taumatúrgica o sobrenatural, o por arte de birlibirloque, mudar la severidad del haz probatorio y la sentencia de condena. Entonces, si todo está dado, si a suficiencia se conocen las características del injusto, los nombres de los protagonistas, las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión del hecho, la negativa del reo, y si fuera de todo esto, nada más se puede precisar al respecto, para qué y por qué anular casi toda la actuación?. Con abogado o sin abogado el imputado va a repetir lo conocido y a negar a ultranza su responsabilidad en los hechos. Todo es uno y lo mismo. O no?.

g.- Tampoco me dejo conmover -y transcribo algún párrafo de un salvamento de voto forjado en la buena compañía del doctor Gómez Velásquez ante los rasgos de similitud de aquella hipótesis con el caso de autos- por el hecho de que si bien en la ciudad donde se presentaron los sucesos se encuentran muchos abogados inscritos o que frecuentan el lugar, también lo es que tendríamos que suponer que todos estaban en condiciones de asumir la defensoría de oficio, o que podía contarse con ellos de manera expedita y oportuna para la práctica de cualquier diligencia. La realidad enseña que aun en centros en donde opera constantemente buen número de abogados, que estos o están en otros menesteres, o ya tienen un número de asistencias de oficio que los exonera de ser llamados a una actividad de esta

índole, o no es dable hallarlos con la facilidad que el adelantamiento del proceso demanda. Y en poblaciones lejanas, puede acontecer que el número de abogados que suelen ejercer allí su profesión, no lo hacen todos de manera constante, sino de modo esporádico. Habría, pues necesidad, en este terreno, no de acudir a suposiciones (todos los abogados podían actuar) sino de demostrarse que pudiendo realmente hacerlo, el capricho del funcionario impidió esta intervención. Pero la apreciación no puede brotar en este sentido, sino en dirección muy distinta.

h.- En este orden de cosas, no puede entrañar nulidad legal y menos supralegal, la circunstancia de que el imputado haya estado asistido en algunas diligencias propias de la instrucción por ciudadanos honorables aunque no ostentaran títulos profesionales en abogacía o no fueran versados en disciplinas jurídicas. No lo primero porque tal posibilidad aparecía y aparece hoy contemplada en el código la materia (arts. 139 y 148 del C. de P.P.). Y no lo segundo por cuanto el ejercicio del derecho material de defensa le permite al acusado una amplia y constante participación en las diligencias de averiguación y comprobación de la existencia y naturaleza del hecho, su enteramiento de todas las actuaciones que se surtan en las actividades típicas de la instrucción y el conocimiento de las determinaciones adoptadas por el funcionario correspondiente. Cuando las diligencias sumarias han sido adelantadas con muestras reconocibles de imparcialidad y mesura, explorando todas las posibilidades de cargo y de descargo, lográndose conformar una estructura probatoria sólida y completa, el proceso -y reitero conceptos del salvamento de voto aludido- debe mirarse como válido y tenerlo como debido. En la hipótesis contraria distinta será la conclusión y entonces sí será necesario advertir y declarar la violación del derecho de defensa.

i.- Hasta donde me alcanzan mis conocimientos -que no son muchos- el artículo 148 del C. de P.P. no ha sido objeto de ataque en sede constitucional ni tampoco conozco que sobre la materia exista un fallo definitivo con alcances de cosa juzgada constitucional. Debo colegir entonces que la preceptiva del antecitado artículo no contradice la Carta por ajustarse perfectamente a su letra y a su espíritu. Me parece aventuradísimo decir que como la Corte Constitucional ha pergeñado de una u otra forma algunas glosas sobre asuntos colaterales (Vid; la acción pública de inconstitucionalidad (parcial) contra el artículo 374 del Decreto-Ley 2550 de 1988, declarado inexequible, o si se quiere, la demanda de

inconstitucionalidad contra el artículo 147 del decreto 2700 de 1991), se pueda ya afirmar como dogma de fe o como situación "muy probable", -así lo dice la decisión de esta Sala- la inexequibilidad del precepto atrás invocado. Y con perdón de la Corte -así perezca yo de soledad- sobre cábalas, supersticiones o fetichismos no me pronuncio. Tal vez no soy todo lo amplio que es de desear. Pero no gusto de suponer o excogitar cosas ni definiciones en asuntos tan delicados como éste. Mayormente cuando no se han producido.

3.- Sensible a nuestra realidad histórica, humana y social -sean las que fueren las cosas y las ideas, las realidades y los sentimientos- me preocupa en alto grado el fallo adoptado por la mayoría de la SALA con su cerrada dialéctica pero más las repercusiones internas frente a la totalidad de los expedientes que cursan en ciudades medias o en poblaciones lejanas donde difícilmente se encuentran abogados que asuman una defensa de oficio. No comprendo lo creado. Cualquiera percibe que el desiderátum en esta materia no es otro a entender que todo sindicado tenga un defensor, ya electivo, ora oficial. Respecto a los últimos, la realidad de nuestras instituciones, cuanto verdad íntima, muestra su evidente ineficacia y su marcada insuficiencia. La idealización del proceso penal, conociendo el medio y los hombres, es por el momento inalcanzable. La verdadera historia es muy otra. Lamento de veras que la Corte -y lo digo con todos los respetos pero sin veladuras de ningún género- tenga una opción distinta a la aquí consignada en materia tan compleja y sensible como ésta. Acaso me quede la esperanza de que tu tesis acabará por morir en su propia exageración. Pero y entretanto...?. Y como carezco ya de inspiración para convencer a otros de estas ideas no me queda más remedio que defender señeramente lo mío.

Deploro que en esto y aquello, y lo otro, y lo demás allá, siga un desacuerdo con los criterios -para mí siempre respetables- de mis compañeros de Sala.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Magistrado

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

En buena hora, no puede menos que admitirse, ha establecido el artículo 29 constitucional que el derecho a la asistencia de un abogado para el imputado de un delito surge desde la etapa misma del sumario, y ello se hace mucho más sensible en el caso de los hombres de campo, que por lo general delinquen de manera ocasional y bajo el influjo de bebidas embriagantes, porque su limitada cultura y experiencia, cierra opciones para que intentem alternativas de defensa material en el proceso.

Pero quienes tuvimos la ocasión de oficiar de jueces en esas regiones apartadas, tenemos por sabido que para hacer realidad ese anhelo de la Carta, resultaría imperioso e inmediato asumir un doble y considerable esfuerzo administrativo y económico que aún ahora, pasados cuatro años desde la vigencia del precepto superior ni remotamente se vislumbra, pues la entidad y cuantía de los litigios que se llevan en los pueblos por regla general no constituyem incentivo para que un profesional concurra a prestar esos servicios, pasando por lo regular las semanas y los meses antes de conseguir su colaboración em un proceso.

ACLARACION DE VOTO

Uno de los hechos que más caracteriza dentro de la reciente vida política del país la evolución de las instituciones y que particularmente repercute en la génesis de recurrentes conflictos que aún asoman hoy al riesgo de su prematura reforma, hace referencia, a mi juicio, a la vigencia inmediata de la Constitución Política de 1991, que sin permitir un mínimo lapso para su conocimiento y asimilación, ni tolerar la posibilidad previa de unos indispensables ajustes legislativos, quiso variar súbita y abruptamente las arraigadas costumbres y la mentalidad misma de la nación, para asomarla al nuevo esquema ideal que en ella se consagra.

Dentro de las consecuencias más significativas de ese brusco cambio sobresale justamente el tema que aborda esta sentencia, cuya decisión resulta irrefutable, no así algunas observaciones marginales que al final introduce la mayoría, con el inocultable ánimo, bueno es reconocerlo, de paliar al menos ese caos que fácilmente se vislumbra para la administración de justicia en la provincia, pero desestimando, y es allí donde radica el sentido de mi aclaración de voto, que siendo de la competencia exclusiva de la Corte Constitucional la posibilidad de armonizar los dos esquemas constitucionales permitiendo hasta donde ello sea posible un tránsito institucional sin sacrificio para los intereses superiores de la administración de justicia, con sus pronunciamientos más recientes hace inútil y riesgoso asumir esa posición ecléctica, dejando inequívocamente, no a la doctrina jurisprudencial de esta Sala sino en manos de la iniciativa del Gobierno y la labor legislativa la grave e inaplazable responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar que en cada punto de la geografía nacional, por más remoto e inaccesible que él sea, se cuente con la presencia de abogados que asistan a todo imputado, y con mayor razón y urgencia a aquel que hubiese sido capturado, so riesgo no de dificultar sino de imposibilitar la administración de justicia, que no podrá entre tanto adelantar la instrucción de los procesos, ni retener a un aprehendido más allá de los límites legales, quedando al funcionario la alternativa única de liberarlo al riesgo fácilmente imaginable de los linchamientos o la venganza privada a los que afronta en su vocación innata de justicia la reacción de la comunidad o de la víctima gravemente ofendida que no encuentra en el Estado una respuesta inmediata que atienda el restablecimiento de su derecho.

En buena hora, no puede menos que admitirse, ha establecido el artículo 29 constitucional que el derecho a la asistencia de un abogado para el

imputado de un delito surge desde la etapa misma del sumario, y ello se hace mucho más sensible en el caso de los hombres de campo, que por lo general delinquen de manera ocasional y bajo influjo de bebidas embriagantes, porque su limitada cultura y experiencia cierra opciones para que intenten alternativas de defensa material en el proceso.

Pero quienes tuvimos la ocasión de oficiar de jueces en esas regiones apartadas, tenemos por sabido que para hacer realidad ese anhelo de la Carta, resultaría imperioso e inmediato asumir un doble y considerable esfuerzo administrativo y económico que aún ahora, pasados cuatro años desde la vigencia del precepto superior ni remotamente se vislumbra, pues la entidad y cuantía de los litigios que se llevan en los pueblos por regla general no constituyen incentivo para que un profesional concurra a prestar esos servicios, pasando por lo regular las semanas y los meses antes de conseguir su colaboración en un proceso.

Frente a esa realidad, los pronunciamientos de la Corte Constitucional que cita esta providencia no podían ser más contundentes y limitativos: Ni aún en la diligencia de indagatoria se podrá encargar ahora la representación del imputado a una persona honorable, a falta de abogado titulado o de un avanzado estudiante de derecho, y si ese es el alcance que con autoridad le da el órgano competente para interpretar la Carta a la enunciada garantía, ninguna otra interpretación, por esmerada y bien intencionada que ella sea, podrá intentar el Juez, por encumbrada que sea su jerarquía, para habilitar el inmediato acceso del imputado a la justicia.

La Corte Constitucional se ha pronunciado, y frente a su criterio no es a la doctrina ni a la jurisprudencia sino a otros estamentos del Estado a quienes corresponde salvar tan protuberante escollo, quedando en manos del Gobierno Nacional, de la Defensoría Pública, de la Fiscalía y del Congreso, y desde luego asumiendo su responsabilidad política, la provisión inmediata y eficaz de los medios que garanticen la operancia de la administración de justicia en materia penal en el más extenso ámbito del territorio nacional.

Con invariable respeto,

Juan Manuel Fresneda

Magistrado

LIBERTAD CONDICIONAL / LIBERTAD PROVISIONAL / ANTECEDENTES

Es indudable que para atender favorablemente una petición de excarcelación con fundamento en la libertad condicional o éste subrogado penal, debe demostrarse que la personalidad, los antecedentes de todo orden y la conducta en el establecimiento carcelario de quien pretende su liberación conduzca a suponer fundadamente su readaptación social.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada Acta No.63

Vistos

El procesado JOSE ERLEY GARCIA MONTILLA, quien se halla detenido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, solicita la libertad provisional con apoyo en lo previsto en el artículo 72 del Código Penal, para lo cual deben tenerse en cuenta los certificados de trabajo y estudio y el Acta del Consejo de Disciplina, enviados a esta Corporación por la Asesoría Jurídica del aludido centro carcelario.

Consideraciones de la Corte

Un Juzgado Regional de Santa Fé de Bogotá mediante sentencia anticipada de abril 4 de 1994, condenó a JOSE ERLEY GARCIA MONTILLA a la pena privativa de la libertad de 48 meses de prisión, como coautor responsable de la infracción a la Ley 30 de 1986, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo del 5 de julio de la misma anualidad, el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

El peticionario se halla detenido desde el 19 de abril de 1993, es decir, ha descontado de la pena impuesta 24 meses y 21 días. Por trabajo acredita 2.120 horas que le representan una rebaja de 4 meses y 12 días, y por estudio 1.016 horas para un descuento adicional de 2 meses y 24 días, guarismos que sumados arrojan un total de 31 meses y 27 días, inferiores en solo tres (3) días a las dos terceras de la sanción impuesta en las instancias, equivalentes a 32 meses de prisión.

A pesar de no cumplirse con el requisito objetivo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, desde ya ha de declararse la improcedencia del beneficio impetrado por GARCIA MONTILLA, cuya situación resulta claramente asimilable a la de su compañero de causa JOSE MANUEL MARTINEZ a quien el día de ayer se le denegó el citado beneficio, bajo las siguientes consideraciones:

"Es claro que el peticionario reúne los requisitos objetivos-formales previstos por el artículo 72 del Código Penal no así los de naturaleza subjetiva. Es indudable que para atender favorablemente una petición de excarcelación con fundamento en la libertad condicional o este subrogado penal, debe demostrarse que la personalidad, los antecedentes de todo orden y la conducta en el establecimiento carcelario de quien pretende su liberación conduzca a suponer fundadamente su readaptación social".

"En este caso, la personalidad del procesado MARTINEZ BARBOSA, esto es, su modo de ser y de actuar en sociedad dista mucho de obedecer a dichos propósitos, pues su comportamiento estuvo enderezado a obtener un fraude a la administración de justicia que lo posibilitara salir avante de los cargos por los que ahora responde. Esta persona fue aprehendida junto con los señores JOSE ERLEY GARCIA MONTILLA y GONZALO ALVAREZ LEAL, el 19 de abril de 1993 en el interior de un inmueble ubicado en el municipio de Rioblanco (Tolima), lugar donde se incautó la cantidad de 8.106.6 gramos de alcaloides del opio 'latex de amapola', y 110 gramos de marihuana, hechos frente a los cuales los implicados MARTINEZ BARBOSA y GARCIA MONTILLA optaron por atribuir la responsabilidad a GONZALO ALVAREZ LEAL quien inicialmente aceptó su exclusivo compromiso para finalmente en ampliación de indagatoria reconocer que su actitud obedeció al ofrecimiento que le hizo MARTINEZ BARBOSA para suministrarle la ayuda indispensable a cambio de liberarlo a él y a su primo GARCIA MONTILLA de la imputación, precisando en todo caso que las drogas halladas son de propiedad de MARTINEZ BARBOSA".

"El arrepentimiento de ALVAREZ LEAL no discutido por el aquí peticionario motivó con razón a que el Juzgado Regional al momento de proferir sentencia anticipada por los cargos que aceptaron MARTINEZ BARBOSA y GARCIA MONTILLA, ordenara la compulsación de copias para que se investigue el posible delito de falso testimonio en que pudo incurrir el testigo LUIS ENRIQUE SAAVEDRA, quien concurrió al proceso para bajo los apremios del juramento confirmar la coartada inicialmente urdida por los incriminados".

Entonces, por cuanto uno y otro asumieron la misma postura procesal encaminada a engañar a la justicia para lograr su exculpación, otorga unos rasgos de personalidad proclive que no dan la garantía necesaria para la cesación del tratamiento penitenciario y por lo mismo distancian los requisitos de la libertad provisional que se impetra.

Por lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL, NIEGA a JOSE ERLEY GARCIA MONTILLA el beneficio de libertad provisional.

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 Vaalencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

La acción de revisión tal como se halla consagrada en el ordenamiento procedimental debe tramitarse y fallarse en única instancia, circunstancia que implica necesariamente que las providencias judiciales nazcan y se agoten preclusivamente dentro de los confines de su especial trámite.

La acción de revisión, como se sabe, procede contra una sentencia que haya hecho trámsito a cosa juzgada dentro de un proceso en que por regla general ha habido cabal respeto a las dos instancias y que se resuelve por el superior jerárquico de éstas. Si se llegase a admitir que son impugnables las determinaciones que se adoptan en el trámite de dicha acción se desembocaría necesariamente en una tercera instancia, la cual es extraña a nuestras instituciones procesales.

De ahí que el artículo 197 del C. de P.P. perentoriamente señale, para declarar la improcedencia de la apelación contra la decisión de la acción de revisión, que ésta queda ejecutoriada el día que la suscribe el funcionario correspondiente. Por manera que tanto este proveído como cualquiera otro que se profiera dentro del trámite de dicha acción excluyen el recurso de apelación y consecuentemente el de hecho.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 64-V-11-95

De plano decide la Corte lo que fuere de ley en punto al recurso de hecho interpuesto por el doctor ROBERTO JARAMILLO CUARTAS, en representación de GUILLERMO LEON VALLEJO CARDONA contra la providencia que inadmitió la demanda de revisión presentada por aquel.

Antecedentes inmediatos

De las copias expedidas para dar trámite al recurso de hecho se viene a conocimiento que GUILLERMO LEON VALLEJO CARDONA fue condenado en sentencia fechada el 20 de junio de 1994 por un Juzgado Penal Municipal de Medellín (Ant.) a la pena de cinco meses de prisión, multa de cinco mil pesos, la suspensión del pase de conductor por seis meses y a la indemnización de daños y perjuicios, por haber sido hallado responsable del punible de lesiones personales culposas, fallo contra el cual se interpuso el recurso de apelación que, al carecer de sustentación, fue declarado desierto.

Así ejecutoriada la sentencia la defensa presentó demanda de revisión, la cual fue inadmitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín en proveído del 27 de marzo del año en curso (fl.3) por estimar que las motivaciones que la contenían no estaban erigidas en la Ley en causales que hicieran procedente la acción de revisión.

Contra esta decisión el demandante interpuso recurso de apelación (fl.7), el cual fue denegado por la Corporación en auto de 17 de abril del año que calenda (fl.10), acudiendo seguidamente al recurso de hecho, en la pretensión no sólo de que por la Corte se conceda la apelación negada sino para que "...Subsidiariamente, se considere en casación el asunto en litis por especial interés doctrinal.." (fl.12).

Remitidas a esta colegiatura las copias pertinentes, por la Secretaría se dio el traslado ordenado por el artículo 209 del C. de P.P. para que el recurrente hiciera la correspondiente sustentación, traslado que venció el silencio (fl.3 Cdno. Corte).

Consideraciones de la Corte

El recurso de hecho tiene por finalidad obtener que el ad-quem conceda la apelación contra una providencia cuando la impugnación ha sido despachada desfavorablemente por el inferior.

El trámite de este recurso está sometido a reglas especiales de obligada observancia, pues que no sólo el recurrente debe dirigirse al Tribunal de instancia enunciando su ánimo de recurrir de hecho y solicitando la expedición de copias con destino al superior, sino que se precisa la sustentación

ante éste durante el término del traslado como condición necesaria en orden a que validamente pueda entrarse a examinar las razones en que se fundó el Juez colegiado en su negativa y las que presenta el recurrente para, sobre esas premisas, resolver sobre la procedencia del recurso.

Sobre este último paso, el artículo 209 del C. de P.P. preceptúa nítidamente:

> "Dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias, deberá sustentarse el recurso, con la expresión de los fundamentos. Vencido este término, se resolverá de plano.
>
> Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará...".

En el escrito presentado ante el Tribunal de instancia el impugnante efectivamente interpuso el recurso de hecho expresando lo que perseguía con el mismo y adelantando superficialmente las razones en que lo fundaría, pero olvidó la obligación que aparejaba su sustentación ante esta instancia, omisión que obliga, como lo manda la ley, a desecharlo.

Y aun cuando lo anterior sería suficiente, considera la Corte oportuno precisar que no obstante ser un auto interlocutorio el proveído contra el cual se ha recurrido de hecho, no por ello ha de sostenerse inexorablemente dicha vía de impugnación, pues hay decisiones de esa naturaleza que no admiten apelación y por ente tampoco el recurso de hecho correspondiente. En efecto, la acción de revisión tal como se halla consagrada en el ordenamiento procedimental debe tramitarse y fallarse en única instancia, circunstancia que implica necesariamente que las providencias judiciales nazcan y se agoten preclusivamente dentro de los confines de su especial trámite.

La acción de revisión, como se sabe, procede contra una sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada dentro de un proceso en el que por regla general ha habido cabal respeto a las dos instancias y que se resuelve por el superior jerárquico de éstas. Si se llegase a admitir que son impugnables las determinaciones que se adoptan en el trámite de dicha acción se desembocaría necesariamente en una tercera instancia, la cual es extraña a nuestras instituciones procesales.

De ahí que el artículo 197 del C. de P.P. perentoriamente señale, para declarar la improcedencia de la apelación contra la decisión de la acción de

revisión, que ésta queda ejecutoriada el día que la suscribe el funcionario correspondiente. Por manera que tanto este proveído como cualquiera otro que se profiera dentro del trámite de dicha acción excluyen el recurso de apelación y consecuentemente el de hecho.

De otra parte, se observa también que el recurrente, en su confusión, ha llegado en dicho escrito a la aspiración de que la Corte considere, de paso, la casación discrecional, desconociendo que la misma comporta recurso extraordinario que debe ser interpuesto dentro de un término legal perentorio contra determinadas sentencias en demanda revestida de precisas formalidades y sometido a trámite especial. Lo absurdo de la pretensión, no merece mayores comentarios al respecto.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

Resuelve

DESECHAR el recurso de hecho interpuesto contra el auto de fecha diecisiete de abril del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, denegó la apelación contra el auto que inadmitió la demanda de revisión a que se hizo mérito en la parte motiva.

Cópiese 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.

PROLONGACION ILICITA DE LA LIBERTAD / DOLO

Cuanto a la materia del reproche de la culpabilidad como acción injusta y su correspondiente juicio de desaprobación, la Corte entiende y considera que no es posible admitir lo disvalioso de su conducta por ausencia del tipo subjetivo de lo injusto. En las infracciones dolosas, el dolo de la conducta determina la dirección y el fin de la acción.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobado Acta No.60

Vistos

Mediante fallo del nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a la doctora MARIA STELLA GRANADA HENAO ex-Juez Promiscuo Municipal de Tena a las penas principales de seis (6) meses de arresto, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y pérdida del empleo, como autora del delito de prolongación ilícita de la privación de libertad del individuo Pedro Jutinico, providencia que fuera apelada por su defensor.

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

Antecedentes

Estos y otros documentos del proceso vienen expuestos con fidelidad en el proyectado inicialmente presentado ante la SALA por el señor Magistra-

do, Doctor Torres Fresneda, cuyos asertos y proposiciones no fueron aceptados. Se aprovechará, pues, lo pertinente de aquel estudio, que es del siguiente tenor:

1. Al conocer por vía de instancia del proceso adelantado contra el individuo Pedro Jutinico sindicado de un delito de incendio, el Juzgado Penal del Circuito de la Mesa en proveído del 21 de marzo de 1.987 ordenó la nulidad de lo actuado a partir del auto que dispuso el cierre de esta investigación (folio 96/103); al tiempo que ordenó expedir copias contra la ex-Juez Promiscuo Municipal de Tena responsable de esa averiguación, pues había mantenido privado de su libertad al antes mencionado entre el 2 de septiembre y el 8 de octubre de 1986 sin oírlo en indagatoria ni resolver oportunamente su situación provisional.

Los siguientes fueron los hechos que dieron origen a la anterior determinación: La Inspección de Policía de "La Gran Vía" del municipio de Tena puso a disposición del Juzgado local a Pedro Jutinico el día 2 de septiembre de 1986 imputándole la comisión de un delito de incendio. Este Despacho, a cargo entonces de la Doctora MARIA STELLA GRANADA HENAO, profirió el mismo día un auto de sustanciación mediante el cual ordenó la apertura de la investigación, oír en indagatoria al retenido, y resolver su situación jurídica dentro del término de ley.

Sin embargo, como dos días después, el alcalde de la Cárcel Municipal informó al Juzgado que el retenido padecía al parecer de un trastorno mental, la Juez dispuso su remisión al anexo Siquiátrico de la Picota en Bogotá, a fin de que se determinara su estado mental de acuerdo a lo previsto en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal para ese entonces vigente, solicitud que reiteró el 25 del mismo mes y año -folios 32, 43, 44 y 45-.

El Instituto de Medicina Legal mediante oficio No.8231-86-Ps- del 2 de octubre de 1986 contestó que Pedro Jutinico había sido hallado dentro de límites normales de salud mental, procediendo el despacho a oírlo en indagatoria el 8 de ese mes y dejarlo luego en libertad por considerar que ese día vencía el término para resolver la situación jurídica, y que el sumariado se hallaba en deplorable estado de salud. El 6 de noviembre de 1986 se dispondría en contra de indagado medida de aseguramiento de detención, concediéndose la libertad mediante caución.

2. Con base en este hecho y en otras irregularidades protagonizadas por el Juzgado a cargo de la doctora GRANADA relacionadas con el inoportuno informe sobre la fuga de José Aparicio García y José Fidelino Moreno, y el adelantamiento de la audiencia pública sin asistencia del acusado de hurto y detenido Rafael Páez, el Tribunal Superior de Bogotá dispuso el 2 de abril de 1990 la apertura formal de instrucción en su contra.

Esta etapa se cumplió con la vinculación de la doctora GRANADA HENAO en injurada, correspondiéndole al recién creado Tribunal Superior de Cundinamarca mediante providencia del 7 de mayo de 1992 calificar el mérito sumarial con resolución de acusación por el delito de prolongación ilícita de privación de libertad, y definir la situación jurídica provisional con medida de aseguramiento de conminación. Frente a los otros cargos se dispuso cesación de procedimiento por el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia, y reapertura de la investigación en lo demás.

La nueva defensora de la doctora GRANADA HENAO interpuso en contra de la anterior determinación el recurso de reposición y en subsidio el de alzada, siendo despachado negativamente el primero, y bajo el conocimiento de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte (artículo 213 del Nuevo Código de Procedimiento Penal) confirmada la acusación según auto del 30 de diciembre de 1992).

En el término de traslado para preparar la diligencia de audiencia la defensora de la inculpada propuso nulidad por prescripción de la acción penal, e irregularidad en relación con la designación de un perito para el avalúo de daños y perjuicios, mientras que la Fiscal Delegada ante el Tribunal planteó otra nulidad por falta de defensa técnica, solicitudes que fueron denegadas por el Tribunal mediante auto del 25 de mayo de 1993 confirmado por la Sala Penal de la Corte en decisión del 30 de julio de 1993 por vía de alzada.

De nuevo la defensa interpuso el recurso de apelación en contra de la decisión del Tribunal que declaró infundada la objeción al dictamen pericial sobre perjuicios, decisión nuevamente confirmada por esta Sala mediante proveído del 21 de Junio de 1994.

Otra solicitud de nulidad formuló la procesada por incompetencia del Tribunal de Bogotá para ordenar el cierre de la investigación y el posterior envío del proceso a su homólogo de Cundinamarca donde se emitió la

calificación de fondo, solicitud que fue desestimada por el Tribunal el 4 de mayo de 1994.

Practicadas algunas diligencias, la audiencia pública se llevó a cabo los días 5 y 8 de julio de 1994 oyéndose dentro de su trámite al testigo Edgar García Moreno. En sus intervenciones tanto la Fiscal Delegada ante el Tribunal como el defensor invocaron la absolución de la acusada, pero su petición resultó inaceptada por el Tribunal al condenar a la doctora MARIA STELLA GRANADA HENAO en su condición de ex-Juez Promiscuo Municipal de Tena a la pena anteriormente descrita.

La providencia impugnada

Con fundamento en un exacto recuento de los hechos, el a-quo encontró demostrada la conducta endilgada a la ex-Juez y su adecuación al tipo del artículo 273 del Código Penal, con el cual se dio la vulneración del bien jurídico tutelado de la libertad individual respecto del entonces imputado Pedro Jutinico.

No admitió el Tribunal las exculpaciones de la procesada que pretendían desconocer cualquier arbitrariedad en su conducta, afirmando la presencia de una motivación filantrópica al suministrar de su propio peculio alimentos para aliviar el estado de desnutrición en que se hallaba el retenido, ni que su actitud estuviera enmarcada dentro del error por la indebida interpretación del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, ya que frente a esa disposición se imponía el artículo 434 ibídem cuya claridad sumada al...

> "...nivel cultural, la experiencia como juez -varias veces encargada por períodos cortos y por meses como titular-, le permitía conocer el contenido y alcance de la norma vulnerada, luego ante tan notorias omisiones en el cumplimiento de los términos y de las formalidades procesales ya advertidas, vienen a reflejarse con elocuencia su culpabilidad a título de dolo, tornándose sin incidencia enervante de responsabilidad las explicaciones brindadas en su injurada y en la pretendida causal de inculpabilidad por error -art. 40 numeral 4o. del C.P. insinuada y reclamada tanto por la procesada como por la defensa técnica, bajo la consideración del error de interpretación".

Comparte finalmente el Tribunal en su sentencia las apreciaciones de la Fiscalía Delegada ante la Corte contenidas en la providencia que impartió confirmación a la resolución acusatoria, cuando en ella se predica que "La conducta es dolosa, pues independientemente del carácter altruista de su proceder, era consciente la funcionaria inculpada de que estaba manteniendo privado de la libertad a un sindicado y de no haberle recibido indagatoria en el término que le otorgaba la ley...".

Motivos de la apelación

1. Inició la defensa su intervención verbal en la sustentación de la alzada recordando que la investigación se originó por el hecho de que a Pedro Jutinico no se le recibió la indagatoria dentro de los tres días siguientes a aquel en el que fue puesto a disposición de la ex-funcionaria acusada -septiembre 2 de 1986-, y porque la doctora GRANADA ante el informe del alcalde sobre el comportamiento del retenido dentro del internado carcelario estimó indispensable establecer previamente si se trataba o no de un inimputable. Para ello procedió a recibir declaraciones de los allegados del imputado, así como su remisión al perito médico, procediendo una vez el informe del forense a escucharle en indagatoria (octubre 8) dejándolo a los dos días en libertad, para resolver su situación jurídica el 6 de noviembre de 1986.

Prosigue afirmando que la procesada entendió y creyó de buena fe, tal vez por ignorancia, que debía darle aplicación al artículo 411 del Código de Procedimiento Penal vigente para entonces, en vez de atender lo normado en el 434 ibídem respecto del cumplimiento de los términos de 3 y 5 días para oírlo en indagatoria y resolver su situación jurídica, resaltando que la acusada envió varios oficios al Director General de Prisiones y ordenó allí el traslado del interno, solo que no existían los medios económicos para su conducción al anexo siquiátrico por lo cual transcurrieron varios días, debiendo reiterar la solicitud el 25 de septiembre de 1986 y el 1o. de octubre hasta lograr finalmente el cometido.

Así mismo, que el recluso fue mantenido en el local destinado para las reclusas ya que en aquellos días no se tenían mujeres privadas de la libertad, concediéndole derecho a salidas diarias, mientras la procesada insistentemente trataba con los familiares del nombrado para que lo recibieran en sus hogares, tal como lo expuso ante la Procuraduría su hermano José Antonio Jutinico.

Con ello pareciera significar la defensa que Pedro Jutinico no se encontraba efectivamente privado de la libertad, y que la incriminada no tenía conciencia de su detención, creyendo por el contrario que no lo podía oír en indagatoria hasta tanto no contara con el resultado de medicina legal, como en efecto ocurrió, pues recibido el dictamen no solo lo oyó, sino que procedió a dejarlo en libertad aunque sin el lleno de los requisitos legales como era la expedición de la boleta respectiva.

Recuerda el defensor que dado el estado de desnutrición en que se encontraba el retenido, la acusada corrió con los gastos de su alimentación durante el término en que estuvo recluido, tal como se deduce de las declaraciones de María Fanny Chávez Zamudio, Anafeliz Rodríguez Herrera y del alcalde del municipio de Tena. De otra parte, la situación jurídica le fue resuelta con medida de aseguramiento de detención, pero se le otorgó el beneficio de libertad mediante el pago de una caución por el equivalente a dos salarios mínimos que no consignó porque ya se encontraba gozando de su libertad.

Rememorando apartes de su indagatoria añade que la doctora MARIA STELLA "...en medio de sus conocimientos, en medio de su experiencia, en medio de su formación, consideró que esa era la manera de actuar, y en esa forma de actuar no se vislumbra por parte alguna intención dolosa, torticera, dañina de violar la norma, ella creyó que esa era la norma que había que aplicar...", insistiendo en que la acusada carecía de experiencia como litigante o funcionaria, y que en el breve tiempo de su actuación como Juez apenas se le presentó este hecho, sin que hubiera tenido oportunidad de consultar con alguien versado en el asunto, ni confrontar literatura especializada que le ayudara a dilucidar la forma de resolverlo.

Con apoyo en Jurisprudencia de la Corte, la sustentación termina afirmando que la enjuiciada no actuó dolosamente, tal vez si por ignorancia, pero de buena fe, por lo cual solicita se revoque la sentencia de condena y en su lugar se profiera el fallo absolutorio.

2. El Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal controvirtió en la audiencia las razones del apelante, resaltando primeramente que ni los hechos ni la enfermedad mental del señor Pedro Jutinico eran motivo de discusión, ya que lo aportado a aquel proceso permitía inferir su anormal comportamiento. Sin embargo, era justamente esa condición mental la que obligaba a la funcionara un mayor cuidado en el manejo procesal ante la

disminución de las posibilidades defensivas del imputado, y dada su condición de capturado.

La ex-funcionaria tenía clara conciencia y conocimiento del plazo establecido en la ley, y por ello en auto obrante al folio 27 dispuso que el aprehendido fuera escuchado en indagatoria para que dentro del término legal se le resolviera la situación jurídica. Al momento de ordenar su remisión al anexo siquiátrico de la Picota sabía de la real situación jurídica del señor Jutinico y de la necesidad de mantenerlo privado de la libertad como se desprende de los oficios a folios 43, 44 y 45 del cuaderno principal.

El tiempo durante el cual la acusada había tenido oportunidad de actuar como Juez encargada (66 días) y como Juez Promiscuo Municipal (14 meses), era suficiente para tener claridad sobre la forma de resolver el asunto, descontando un error invencible, lo mismo que la indebida interpretación del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal. Por el contrario, las normas que regulan los términos para oír en indagatoria a un sindicado y resolverle la situación jurídica eran y siguen siendo completamente inteligibles, siendo indiferente la condición de imputable o inimputable en el aprehendido, porque los cambios apenas eran operantes a partir del auto de proceder.

De otra parte, ya la funcionaria había sido advertida de situaciones irregulares de su Despacho e incorrecciones de trámite por parte del Juez del Circuito, no siendo de recibo su exculpación de haberle consultado el caso al carcelero o al alcalde municipal, pues bien sabía que esas personas no eran versadas en derecho, ni su grado cultural servía para ofrecerle soluciones acertadas al asunto.

Bajo estas condiciones, estimando demostrada la objetividad del hecho y careciendo de la prueba relativa a la causal de inculpabilidad alegada, el Procurador propuso la confirmación del fallo de condena.

La Corte

1. Se ha acusado a la doctora MARIA STELLA GRANADA -a la sazón Juez Promiscuo Municipal de Tena- de haber mantenido privado de su libertad al ciudadano PEDRO JUTINICO, sindicado en su despacho del delito tipo de incendio, entre los días dos (2) de septiembre de mil nove-

cientos ochenta y seis (1986) hasta el ocho (8) de octubre del mismo año, fecha en la que fue escuchado en diligencia de descargos ordenando su libertad provisional, mediante caución, dos días después.

2. A suficiencia se acreditó en el proceso el carácter de empleada oficial que ostentaba la acusada, al momento de la comisión del hecho, con la copia del Decreto del nombramiento y las constancias acerca de su posesión y del ejercicio del cargo.

3. En la sentencia de primera instancia, la conducta reprochada a la funcionaria -por contener los elementos propios o compositivos del delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad -se subsumió dentro de las previsiones del artículo 273 del Código Penal. Con suficiencia se comprobó que en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Tena, en el ejercicio del cargo y dentro de su competencia, prolongó los términos procesales sin hacer efectiva la libertad del detenido, comprometiendo de esta guisa el derecho ambulatorio de JUTINICO, bien jurídico resguardado en el susomentado precepto.

4. Y bien:

Del comportamiento humano atrás reseñado, cabe pregonar, en el ámbito de lo injusto, la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta. Lo primero, por cuanto la acción tiene todas las características objetivas que determinan su pertenencia al nivel valorativo de la adecuación a la hipótesis penal conocida. Lo segundo, porque el supuesto de hecho típico individual, endilgado a la doctora GRANADA HENAO, contravino, sin justificación alguna, el interés de protección de la norma vulnerada, esto es, la libertad ambulatoria del ciudadano afectado. Por cierto que el carácter antijurídico de la conducta se corrobora en estos folios cuando claramente se advierte que el actuar típico no aparece justificado por normas permisivas, legales o supralegales, que como excusas de exclusión de lo injusto, borren o eliminen la antijuridicidad del hecho.

5. Probado, entonces, que la acción es típica por subsumirse la conducta humana, objetivamente considerada, dentro de un concreto modelo de ilicitud pero además, antijurídica por haberse realizado un tipo de lo injusto no cubierto por ninguna causal permisiva, marcha la SALA a examinar si se puede atribuir el hecho a su autor, esto es, si cabe formular a la acusada un querer del resultado típico con arreglo a su culpabilidad.

Cuanto a la materia del reproche de la culpabilidad como acción injusta y su correspondiente juicio de desaprobación, la CORTE entiende y considera que no es posible admitir lo disvalioso de su conducta por ausencia del tipo subjetivo de lo injusto. En las infracciones dolosas, el dolo de la conducta determina la dirección y el fin de la acción. ¿Significa esto -descendiendo al acto sub-examen- que la doctora GRANADA HENAO tuvo acaso la voluntad de realizar el tipo penal que se le reprueba conociendo las circunstancias objetivas del hecho?. O lo que es igual: ¿Que con conocimiento y voluntad de lo que hacía quiso en forma adrede e intencional mantener ilegalmente privado de su libertad a PEDRO JUTINICO, persona sindicada en su Juzgado por un delito atentatorio de la seguridad pública?.

La SALA responde negativamente la cuestión en comento pues en los aportes probatorios conocidos no surge en ninguna parte pero en lado alguno, un solo elemento de convicción que demuestre, con criterio vinculante, que la inculpada privó de manera injusta o torcida la libertad del sujeto detenido, en colisión con la ley, con clara conciencia de que vulneraba normas concretas. Pero tampoco de que conociendo lo injusto de su proceder prolongó indebidamente la detención del afectado, comportamiento que obedeció a propósitos ilícitos o fines reprobables de su autor.

Nada en el recaudo probatorio hace pensar que la procesada en verdad tenía pleno conocimiento de que en hecho que se encontraba realizando era punible y, pese a ello, dirigió conscientemente su voluntad a realizarlo. Por el contrario, como se verá más adelante, en todo momento la asistió su voluntad de acertar en la aplicación de la ley, buscando antes que cualquier cosa, la demostración de la posible inimputabilidad que le había planteado el alcalde.

Solamente sus limitados conocimientos jurídico le impidieron llevar a buen término su gestión. Muestra de ello es la inadecuada escogencia de la norma que a su entender resolvería el problema que se le planteaba (art. 411), dejando de lado el mandato perentorio del artículo 434, el que, a su modo de ver, no tenía aplicación en el presente caso tratándose de un inimputable.

Sentado esto, fuerza es concluir en la ausencia de los elementos cognoscitivo (aspecto del conocimiento) y conativo (aspecto del querer) que integran el tipo subjetivo del punible endilgado a la doctora GRANADA HENAO.

6. Pero, como se sugiere atrás, es menester decir algo más en redor del aspecto subjetivo o inmaterial de la conducta. La CORTE tiene la convicción -en presencia del material probatorio conocido pero especialmente las explicaciones suministradas por la acusada a lo largo del proceso- que la exfuncionaria tuvo un conocimiento deformado o equivocado de las previsiones legales que la llevaron a privar de la libertad a una persona puesta bajo su control y vigilancia más allá de lo jurídicamente permitido.

Y así, tenemos:

a. Es un hecho procesal cierto e irrebatible que al ciudadano PEDRO JUTINICO no se le recibió la diligencia de descargos dentro del apremiante término señalado en la ley instrumental, vale decir, dentro de los tres días siguientes al dos (2) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986). Esto por cuando la doctora GRANADA había recibido informes del alcalde acerca del extraño y anómalo comportamiento observado por el retenido dentro del establecimiento carcelario.

b. Aparece profusamente demostrado en el expediente que una vez la acusada recibió los informes atrás anotados, inmediatamente procedió a recibir algunas declaraciones de los allegados y parientes del imputado y sin pérdida de tiempo lo remitió al perito médico ante la sospecha del estado de inimputabilidad del susomentado sujeto.

c. Una vez recibida la experticia médico-legal procedió a indagarlo el día ocho (8) de octubre, dejándolo en libertad dos días después. Y además le resolvió su situación jurídica el seis de noviembre siguiente.

d. Resulta, pues, veraz y certero que los términos para recepcionar la diligencia de indagatoria se desconocieron por parte de la doctora GRANADA. Pero también resulta claro y axiomático que la acusada ante la virtual o real situación de enajenación mental en que podía hallarse PEDRO JUTINICO, malinterpretó por falso conocimiento o por ignorancia, o por ambas cosas a la vez, la normativa que regulaba este estado de cosas. Y así, creyó equivocadamente que dada la condición de inimputabilidad del sujeto debía atender la preceptiva del artículo 411 del C. de P.P. y no la del artículo 434 ibídem.

Además, como al parecer se trataba de un inimputable, hizo ingentes esfuerzos para que se le trasladara al anexo siquiátrico de la Penitenciaria Central de Colombia "La Picota", haciendo paralelos esfuerzos para dejarlo

en manos de sus familiares, permitiéndole en el entretanto salidas diarias del sitio de reclusión.

Con estas previsiones que estaba tomando era claro que la funcionaria estaba convencida de que la dilatación el los términos señalados para resolver sobre la situación jurídica del privado de la libertad no entrañaba ningún acto punible. Como únicamente tuvo en cuenta el citado art.411, olvidando o desechando por error o ignorancia el art. 434, es evidente que jamás creyó que su actuación se subsumiera en el tipo signado por el art.273 del C.P.

Hubo, pues, una errónea percepción del alcance y contenido de las expresiones utilizadas por el legislador en su sentido técnico y restringido, cuyo entendimiento exige y reclama un especial juicio valorativo.

7. Cuando hace a un yerro de interpretación normativa resulta deseable examinar tanto los conocimientos jurídicos del agente como su experiencia judicial y el texto mismo de la disposición interpretada.

Como abogada titulada tenía la acriminada, es de presumir, los conocimientos que regularmente adquieren quienes alcanzan dicho título profesional. Sin embargo, ello no quiere decir que ellos tengan el vigor y la oportunidad necesarios para resolver un problema jurídico de alguna complejidad. Sabido es que no basta la simple teoría para aplicar debidamente la ley. De igual manera se ha de contar con la experiencia necesaria para hacerlo. La diaria resolución de las tareas judiciales, el litigio o la docencia, también dotan de herramientas fundamentales al funcionario para hacer más eficiente y certera su actividad.

En este caso, apenas contaba con una escasa experiencia en las lides judiciales. Aunque había estado encargada de juzgados, únicamente lo fue por períodos cortos que sumaban sesenta y seis (66) días. Cuando fue elegida como titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Tena tampoco adquirió la experiencia necesaria pues tan sólo llevaba al frente de su oficina un año largo.

Mas no deberían ser muy sólidos sus conocimientos ni muy exacta la interpretación que daba a ciertos fenómenos jurídicos y procesales sometidos a su estudio pues hay constancias en estos cuadernos que el Juez Penal del Circuito de la Mesa -su superior jerárquico- en varios procesos advirtió errores y desaguisados en el decurso de algunos negocios que se hallaban bajo su cargo.

Volviendo a lo nuestro, es de ver que el asunto sometido a su estudio se le presentaba por vez primera y adviene claro que su entendimiento y solución le representó un alto grado de complejidad, máxime cuando por el limitado campo de acción de un Juzgado Promiscuo de una pequeña población no es frecuente que se presenten estos asuntos.

Así, cuando le fue comunicado que el por indagar al parecer presentaba desarreglos mentales que podrían hacer pensar en una posible inimputabilidad, decidió aplicar el art.411 que había sobre el examen que ha de realizarse al sindicado por peritos médicos cuando se observen en él indicios de trastornos mentales, entre otros.

Ante el temor de que el presunto inimputable pudiese ser tratado como personal normal y con ello quedar sujeto a las previsiones que para tal caso trae la sistemática procedimental, prefirió indagar sobre el particular antes de tomar cualquier determinación, entendiendo muy seguramente, que el art.434 que prescribía lo atinente a la definición jurídica del indagado, no le era aplicable hasta tanto no se hiciera claridad sobre su estado mental.

Para ella, en este momento, los términos procesales no tenían cabida. Mejor aún, era factible tenerlos en suspenso, permaneciendo en tal estado hasta tanto no se aclarara el asunto, convencida de que, en el entretanto, como quiera que se estaba dilucidando el asunto, no se estaba en presencia de una prolongación ilícita de la libertad.

Muestra inequívoca de su escasa preparación sobre el tema fue la consulta que realizó con varias personas ajenas a las disciplinas jurídicas como quiera que apenas poseían algunos conocimientos pragmáticos sobre el asunto, quienes, a buen seguro, no consiguieron satisfacer sus dudas e incertidumbres.

De otro lado, dado que era el único despacho judicial presente en la localidad, tampoco existía la posibilidad de consultar a otros funcionarios de la rama penal, a lo que se agregan las relaciones con su superior -el Juez del Circuito- que no eran las mejores.

8. Recayó, pues, el yerro de la acusada -en las condiciones ya explicadas- sobre uno de los elementos requeridos del tipo objetivo. La decisión a tomar con base en lo prevenido en el numeral 4 del artículo 40 del C.P. no puede ser otra que la absolución de la acusada, De conformidad se procederá.

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

Resuelve

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca y, en su lugar, ABSOLVER A MARIA STELLA GRANADA HENAO, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, de los cargos que se le formularon en este proceso, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Envíese copia auténtica de esta sentencia a la Dirección General de Prisiones, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Procuraduría General de la Nación y demás organismos que tengan funciones de policía judicial y cuenten con archivos sistematizados.

Notifíquese y cúmplase

En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DETENCION ARBITRARIA
(Salvamento de Voto)

Lejos estoy, entonces, de pregonar para el caso de la acusada una responsabilidad meramente objetiva, como distante de desconocer que aún los abogados y entre ellos los administradores de justicia, son susceptibles a la ignorancia o al error. Lo que veo imposible en este caso es la tolerancia con el desconocimiento de la ley respecto de quien la invoca y aplica rectamente en el respectivo proceso judicial, pero luego a su exclusivo arbitrio incumple so pretexto de preferir preceptos que ni excusaban el desobedecimiento de la orden impartida, ni autorizaban su aplazamiento, menos cuando al hacerlo se transgredía un derecho fundamental que funcionalmente se estaba en el deber de proteger.

Con la debida consideración hacia el criterio de la mayoría, expreso a continuación y con la brevedad que corresponde las razones que me llevan a discrepar del fallo proferido:

Como lo afirmé en la ponencia desechada, que proponía con el criterio de la Procuraduría Delegada la ratificación del fallo de condena, dos fueron los argumentos capitales de la defensa en la diligencia de audiencia, siguiendo en cada uno las alegaciones de la acusada: el primero apuntaba a la atipicidad de la conducta bajo la sugerencia de que el señor Jutinico no permaneció privado de su libertad porque la funcionaria se limitó a buscarle un sitio por ella sufragado para restablecerle y precaver el riesgo de males mayores, y el otro a la ausencia de dolo, porque debido a la ignorancia o al error, pero ausente su voluntad de causar daño, la doctora GRANADA afrontó con falta de experiencia y medios una situación conflictiva que definió recurriendo a preceptos que le indicaban el sometimiento del imputado a exámenes psiquiátricos, antes de aquellos que le mandaban definir sobre su situación jurídica.

La atipicidad se desestima correctamente por la Sala, pues las alegaciones persistentes y tozudas de la procesada carecían por entero de sustento, oponiéndose a la prueba documental, testimonial y de inspección que puso en evidencia la aprehensión cierta y real de Pedro Jutinico como sindicado de un delito de incendio a órdenes de su Juzgado, permaneciendo por tiempo superior a un mes dentro de un inequívoco régimen de encarcelamiento, sin que se le hubiere escuchado en indagatoria ni definido su situación provisional.

No radicando allí la discrepancia, basta para brindar apoyo a mi criterio con resaltar que con la desvirtuación de la inculpada se develó su interés por liberarse de la grave incriminación de éste proceso aún recurriendo a hechos notoriamente mentirosos, lo que obligaba idéntico cuidado al criticar otras excusas, donde a mi juicio incurre una vez más en su intención de engaño a la justicia.

Es de ver, ante todo, que al contrario de cuanto sostiene la decisión absolutoria, el tema que se le presentaba a la doctora GRANADA no ofrecía ni la novedad ni las dificultades de interpretación y solución de cuya advertencia parte la decisión de la mayoría, porque la libertad individual, antes de ser materia de un código de procedimiento, era regulación propia del derecho constitucional, como del penal y el policivo, y mal podía por ello ser ajeno a la ilustración de la acusada, si es ella quien informa que había cursado la carrera de derecho y obtenido el título de abogada. Tratábase además en la academia de un tema que por su importancia resultaba de obligado referencia histórica y dogmática antes que de asunto relegado a estudios especializados.

También se dice que la aprehensión de inimputables era asunto esquivo a la doctora MARIA STELLA GRANADA quien apenas contaba con catorce meses de experiencia judicial, pero con esa afirmación genérica se omite analizar que era precisamente de los jueces municipales la competencia legal explícita para el trámite del habeas corpus, y a ellos a quienes primeramente se llevaba todo aprehendido, luego tampoco en la práctica judicial es admisible que el manejo del asunto fuese excepcional o novedoso.

Y si se miran las normas de procedimiento, tampoco su difícil comprensión se demostraba con solo alegarla, porque hubiera bastado con mirar el texto del artículo 390 para saber como habría de procederse cuando el por indagar no contestaba o se fingía "loco, sordo o mudo", los artículos 417 y

siguientes que al regular el habeas corpus reconocían la garantía de libertad no con exclusividad a los sanos sino a "toda persona" "privada de su libertad", y ante todo los artículos 426 y siguientes y 437 y siguientes que de manera diáfana indicaban los pasos a seguir frente a la captura del imputado, como también las sanciones a las cuales se sometía el funcionaria renuente a su acatamiento, sin descontar el artículo 444 que autorizaba la detención preventiva de los inimputables, condicionando apenas el respeto por los lugares señalados para su cumplimiento.

Que la doctora GRANADA conocía y comprendía esos preceptos y por lo mismo obró a sabiendas y voluntariamente en forma adversa a sus mandatos lo acredita el hecho de que al dictar el auto cabeza de proceso el día dos de septiembre hubiese ordenado oír la indagatoria de Jutinico y resolver su situación "dentro del término legal", orden que sin variar, ni dar razón para su aplazamiento, desconoció al ordenar el reconocimiento médico psiquiátrico del retenido, dictamen cuya ejecución jamás interfirió la posibilidad de indagarlo. La renuncia no lo fue, entonces al cumplimiento de la preceptiva, sino inclusive al de su propia y previa orden oírlo y definir su situación jurídica, desestimando a su arbitrio el cumplimiento de términos y diligencias que conocía inaplazables e inmediatas.

Peor aún: al proferir el auto de octubre 10 de 1986 en que por fin libera al para entonces recién indagado mientras realiza otras diligencias instructivas, la acusada ratifica su conocimiento sobre el respeto ineludible de la libertad del aprehendido como derecho inaplazable, pero a la vez revela la inocuidad de sus excusas, de nuevo elaboradas contra la realidad y a espaldas de su comportamiento asumido.

Lejos estoy, entonces, de pregonar para el caso de la doctora GRANADA HENAO una responsabilidad meramente objetiva, como distante de desconocer que aún los abogados y entre ellos los administradores de justicia, son susceptibles a la ignorancia o al error. Lo que veo imposible en este caso es la tolerancia con el desconocimiento de la ley respecto de quien la invoca y aplica rectamente en el respectivo proceso judicial, pero luego a su exclusivo arbitrio incumple so pretexto de preferir preceptos que ni excusaban el desobedecimiento de la orden impartida, ni autorizaban su aplazamiento, menos cuando al hacerlo se transgredía un derecho fundamental que funcionalmente se estaba en el deber de proteger.

Por ello entiendo que cuando es un profesional quien se escuda en la ignorancia de principios y reglas esenciales a su oficio, y todavía más:

persona experta en su aplicación la que sugiere errores crasos, tiene que ser el funcionario llamado a calificar sus explicaciones mucho más cauto y exigente, como esmerado en el análisis del punto conflictivo, su trascendencia, las circunstancias de su ocurrencia y la coherencia y prueba de las explicaciones, aspectos todos que a mi juicio no le otorgaban ventaja ni respaldo a la acusada.

No voy a discutir que la doctora MARIA STELLA GRANADA pudo inspirarse en la mejor voluntad de ayudar a un capturado desnutrido a reponerse, muy a pesar de que el hermano de éste, José Antonio Jutinico, aseguró haber estado dispuesto a recibirlo como lo hizo cuando lo liberaron, prestándole incluso atención hospitalaria. Pero sí debo resaltar que ese móvil no la autorizaba a inaplicar una ley que por sabida volvió a invocar al liberar tardíamente al capturado, pues a los fines nobles o altruistas les asignaba la ley (art.64-2 del C.P.) la categoría de circunstancias que atenúan la pena, mas no la excluyente de culpabilidad.

Juan Manuel Torres Fresneda

Magistrado

COLISION DE COMPETENCIA/TERRORISMO/EXPLOSIVOS

De conformidad con las definiciones del Decreto 2535 de 1993, de los instrumentos considerados capaces de producir amenaza, lesión o muerte, genéricamente denominados armas por el artículo 5o., las de fuego son apenas una especie caracterizada por el empleo de "la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química" para impulsar un proyectil, según lo previsto por el artículo 6o. De manera que resulta imposible asimilar a estas últimas petardos o "papas explosivas".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado por Acta No.66

Vistos

Dirime la Sala el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados Regional de Medellín y Treinta y dos Penal del Circuito de esa ciudad, en relación con el conocimiento de la etapa de juzgamiento del proceso contra JUAN GUILLERMO OCAMPO RIVERA por infracción al artículo 2o. del Decreto 3664 de 1986.

Antecedentes

1.- Al practicar una requisa, la noche del 19 de febrero de 1994 en la carrera 74B con calle 104B de la ciudad de Medellín, los integrantes de una patrulla de la Policía hallaron en poder de JUAN GUILLERMO OCAMPO

RIVERA dos petardos o "papas explosivas", un machete, una navaja y tres porciones de basuco, hecho que dio lugar a la inmediata retención de su portador.

Dos días después la Fiscalía Regional avocó el conocimiento de las diligencias, inicialmente adelantadas por la correspondiente Unidad Investigativa de la Policía Judicial, y ordenó la apertura de la investigación que adelantó hasta calificar el mérito de la misma, el 29 de septiembre de 1994, con resolución acusatoria en contra del único implicado por el delito de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, en la modalidad de porte de explosivos (petardos o papas explosivas)". En cuanto al porte de estupefacientes declaró extinguida la acción penal por atipicidad de la conducta.

2.- Una vez ejecutoriado el calificatorio y surtido el grado jurisdiccional de consulta, el expediente fue remitido a la Coordinación de los Juzgados Regionales. Jurisdicción que agotó el trámite probatorio del juicio y cuando se disponía a fallar se abstuvo de hacerlo por considerar que carecía de competencia para adoptar esa determinación, por las siguientes razones:

Mediante experticio técnico se logró saber que los elementos incautados son "dos granadas de fabricación casera, popularmente llamadas papas explosivas", estableciéndose su radio de acción (aproximado de cuatro metros) y su composición, pero sin precisar el tipo de reactivos utilizados para determinar con claridad la presencia de esos componentes (pólvora gris, clorato de potasio, azufre y carbón vegetal).

Por las características anotadas, la tenencia de esos artefactos corresponde al tipo del artículo 197 del Código Penal y no "al espíritu con que el legislador elaboró el Dto. 2535 de 1993, para asimilarlas según el art.8 literal g, a las cargas explosivas allí enunciados", por no ajustarse a la definición del artículo 5o. sobre lo que debe entenderse por explosivo para los fines del citado decreto, ni al significado de la expresión "violento" que trae el diccionario de la Real Academia. Además, no son elementos idóneos como armas de guerra o de uso privativo de las Fuerza Pública con los que se pueda defender la soberanía nacional, la integridad territorial, preservar el orden constitucional, o restablecer el orden público.

En ese sentido existe pronunciamiento de la Corte, con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz del 5 de mayo de 1994, declarando la

falta de idoneidad de las pistolas calibre 9 mm. con proveedor de más de 9 cartuchos para cumplir las funciones previstas en el artículo 8o. del mencionado Decreto. Por lo tanto, la competencia para conocer de la conducta prevista en el Código Penal es del Juez Penal del Circuito.

3. Por su parte el Juzgado Treinta y dos Penal del Circuito de Medellín, al que por reparto correspondió el asunto, no aceptó la competencia y propuso el conflicto negativo que ocupa la atención de la Sala, por considerar equivocadas las apreciaciones del Juez Regional que asimiló los explosivos a armas de fuego de defensa personal previstas en el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, sin tener en cuenta que el artículo 8o. -literal "g"- del Decreto 2535 de 1993, dentro de las armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, enlista las "cargas explosivas tales como bombas de mano, bombas de aviación, granadas de fragmentación, petardos, proyectiles y minas", sin atribuirles la connotación de defensa personal.

De otra parte, al establecer la competencia funcional de los jueces regionales el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993, numeral 4) les asigna, entre otros, el conocimiento de los delitos relacionados en el Decreto 2266 de 1991 "con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal", sin que dentro de éstas se pueda considerar incluido el porte de explosivos, a menos que en contra de las definiciones de los artículos 6o. y 50 del Decreto 2535 de 1993 se puedan asimilar.

Finalmente, basándose en anterior pronunciamiento de la Corte, del 24 de octubre de 1994 con ponencia del Magistrado doctor Enrique Valencia M. -algunos de cuyos apartes transcribe-, concluye que corresponde a los jueces regionales conocer de los comportamientos previstos en la legislación permanente, con excepción del porte de armas de fuego de defensa personal, asignado a los jueces de circuito. Por esa razón se negó a conocer del caso y ordenó la remisión del proceso a la Corte para que dirima la colisión.

Consideraciones de la Corte

Trabada en debida forma la colisión, procede la Sala a solucionar el conflicto originado esencialmente en la disparidad de criterios sobre la vigencia del artículo 197 del Código Penal y, en ese sentido, resulta

oportuna la cita hecha por el Juzgado Treinta y dos Penal del Circuito de Medellín, de la decisión del 24 de octubre de 1994 en la que esta Colegiatura, con ponencia del Magistrado doctor Jorge Enrique Valencia M., efectivamente solucionó el punto de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

Las conductas, por consiguiente, volvieron a su estado anterior, quedando suspendido permanentemente el artículo 197 por el artícu-

lo 1o. del Decreto 3664, encargándose del conocimiento de los comportamientos allí descritos a los Jueces Regionales, excepto en lo referente al porte de armas de fuego de defensa personal, adjudicada a los Jueces de Circuito, según lo previsto por el artículo 9o. de la Ley 81 de 1993".

A lo anterior, únicamente cabría agregar que, de conformidad con las definiciones del Decreto 2535 de 1993, de los instrumentos considerados capaces de producir amenaza, lesión o muerte, genéricamente denominados armas por el artículo 5o., las de fuego son apenas una especie caracterizada por el empleo de "la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química" para impulsar un proyectil, según lo previsto por el artículo 6o. De manera que resulta imposible asimilar a estas últimas los petardos o "papas explosivas", halladas en poder del acusado, por carecer de los elementos constitutivos de las armas de fuego, legalmente previstos, sobre las que versa el pronunciamiento de la Sala referido por el Juez Regional de Medellín.

Por lo tanto, los requisitos de la competencia excepcional atribuida a los jueces de circuito para conocer "del simple porte de armas de fuego de defensa personal", no se cumplen en el presente caso.

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

Resuelve:

PRIMERO.- Dirimir el conflicto negativo de competencia planteado entre los Juzgados Regional y Treinta y dos Penal del Circuito de Medellín, declarando que el conocimiento del presente asunto corresponde legalmente al primero de los nombrados, al cual habrá de remitirse el expediente.

SEGUNDO.- Dése noticia de esta decisión al Juzgado Treinta y dos Penal del Circuito de dicha ciudad.

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 A. Gordillo Lombana, Secretario.

EXTINCION DE LA ACCION/REPARACION DEL DAÑO

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 7o. de la Ley 81 de 1993, establece que en los delitos de lesiones personales culposas, entre otros, cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva, consagradas en los artículos 330 y 341 del Código Penal, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare íntegramente el daño ocasionado.

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

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

Aprobado Acta No.67 (17-05-95)

Vistos

Procede la Sala a cesar procedimiento en el presente caso por haberse extinguido la acción penal.

Antecedentes

El médico MARIO JOSE LEWIS DONADO fue condenado en segunda instancia por el Juzgado Sesenta y Cinco Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, a trece (13) meses de prisión, seis (6) meses de suspensión en el ejercicio de la profesión y a indemnizar los perjuicios ocasionados con el ilícito, tras de ser hallado responsable, en la modalidad culposa, del daño en la integridad física sufrido por su paciente MARIA GLADYS SANCHEZ TORRES, consistente en pérdida anatómica del órgano de gestación, que le dejó como secuela la perturbación funcional permanente de la función reproductiva.

Cuando se estaba surtiendo la notificación de la condena, el apoderado de la parte civil presentó un escrito desistiendo de la apelación contra la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, aduciendo que la ofendida MARIA GLADYS SANCHEZ TORRES y la SOCIEDAD MEDICA TEUSAQUILLO LTDA., tercero civilmente responsable, había celebrado, el 13 de septiembre de 1994, una conciliación sobre los perjuicios sufridos, diligencia efectuada ante el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá.

El ad-quem rechazó de plano dicho desistimiento por extemporáneo, conforme con lo dispuesto en el artículo 212 de C. de P.P.

El defensor interpuso reposición contra la anterior decisión, argumentando que por virtud de la indemnización efectuada no podía mantenerse la sentencia condenatoria dictada contra su patrocinado, pues la acción penal había perdido su legitimidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del C. de P.P.

El sentenciador de segundo grado rechazó de plano, por improcedente, la reposición impetrada y mantuvo su decisión, agregando que la conciliación referida por el apoderado de la parte civil no significaba que se hubiera producido una indemnización integral como lo exige la norma y, además, que tal forma de terminación del proceso sólo era viable hasta antes de proferirse sentencia.

Finalmente, el nuevo defensor recurrió oportunamente en casación por la vía excepcional consagrada en el artículo 218 del C. de P.P., argumentado violación de derechos fundamentales del procesado, siendo este el motivo para que la Corte conozca del asunto.

Consideraciones de la Corte

Conforme con los antecedentes que acaban de consignarse, correspondería a la Corte en esta oportunidad pronunciarse sobre la concesión del recurso extraordinario, pero ello no será posible debido a la presencia de una causal objetiva de extinción de la acción penal, según pasa a explicarse.

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 7o. de la Ley 81 de 1993, establece que en los delitos de lesiones personales culposas, entre otros, cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva, consagradas en los artículos 330 y 341 del

Código Penal, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare íntegramente el daño ocasionado.

Pues bien, en el caso de estudio se procede por el delito de lesiones personales culposas y en su realización no concurrió ninguna de las agravantes punitivas que excluyen la aplicación del mencionado instituto.

De otro lado, mediante copia auténtica de la conciliación celebrada, la cual se incorporó al proceso en esta sede, ha quedado fehacientemente demostrado que la SOCIEDAD MEDICA TEUSAQUILLO LTDA. llegó a un acuerdo con la ofendida MARIA GLADYS SANCHEZ TORRES sobre el mondo de los perjuicios ocasionados con el ilícito y debido a ello esta última renunció a las pretensiones indemnizatorias que había demandado ante la jurisdicción civil.

Ahora bien, como existió acuerdo sobre el monto de la indemnización y, según lo informó ante esta Corte el apoderado de la ofendida, la entidad que se había obligado a pagarla cumplió cabalmente lo convenido, se impone reconocer que ha operado la reparación integral del daño ocasionado y, por lo mismo, que la acción penal se ha extinguido para el procesado, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del C. de P.P.

Conforme con lo anterior y dado que el proceso aún no ha culminado por encontrarse en suspenso la ejecutoria de la sentencia de segundo grado, lo procedente será declarar la cesación del procedimiento seguido contra el médico MARIO JOSE LEWIS DONADO dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P.P. y toda vez que la actuación no puede proseguirse.

Finalmente, no sobra advertir que la sentencia de segunda instancia, a pesar de haber sido proferida válidamente, quedará sin eficacia por virtud de la circunstancia sobreviniente de marras que objetivamente implica la terminación anormal del proceso.

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

Resuelve

DECLARAR LA CESACION DEL PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONTRA EL MEDICO MARIO JOSE LEWIS DONADO, POR REPARACION INTEGRAL DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A LA LESIONADA MARIA GLADYS SANCHEZ TORRES, SEGUN LOS HECHOS OCURRIDOS EL 3 DE JUNIO DE 1991, EN LA CIUDAD DE SANTA FE DE BOGOTA.

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.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / IN DUBIO PRO REO / SANA CRITICA

La no inclusión de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva en la providencia enjuiciatoria (llámese auto de proceder o resolución de acusación) no genera irregularidad sustancial que vulnere el debido proceso o desconozca el derecho a la defensa porque ellas constituyen, no el único, sino uno de los varios criterios dosificadores de la pena, conforme al artículo 61 del Código Penal las cuales deben ser examinadas por el Juez en la sentencia de condena para determinar el monto de la pena dentro de los límites mínimo y máximo establecido en la norma penal quebrantada.

2.- El recurrente que se acoge a la violación indirecta de la ley sustancial para demostrar el desconocimiento del beneficio de la duda *(in dubio pro reo)* no puede parcelar a su arbitrio el acervo probatorio marginando del ataque hechos o pruebas que sirven de soporte a la sentencia de condena y que por sí solas serían suficientes para sustentarla.

Le corresponde comprobar que de no haber mediado los errores probatorios endilgados al sentenciador, con el carácter de manifiestos y trascendentes, éste se hubiera visto forzosamente avocado a una duda insalvable respecto a la existencia del hecho punible o la responsabilidad del sindicado, la que debería resolver en su favor.

3.- Por tratarse de una circunstancia genérica deducible por el Juez al momento de proferir la sentencia no era necesario considerarla en la resolución de acusación.

4.- Constituye desatino pregonar de una parte la evaluación individual o insular de las pruebas del proceso cuando, por el contrario, se consagra como principio probatorio y garantía del

debido proceso la conjunta apreciación de las mismas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Art.254 *ibídem*) y de la otra, hablar de distorsión de un testimonio por habérsele reconocido un valor que no le corresponde, cuando el falseamiento o tergiversación del mismo versa sobre su texto o contenido y no sobre su mérito de convicción.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.067.-

Vistos

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados NEFTALY Y GERMAN ALONSO BRAVO MEDINA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 11 de marzo de 1993 que los condenó a la pena principal de 18 años de prisión, cada uno, como coautores del delito de homicidio agravado.

Hechos

Así los relato el juzgado de conocimiento:

"Los hechos que dieron lugar a esta investigación, tuvieron ocurrencia el 26 de julio de 1991, en la carrera 9a. No.17B-86 de la vecina población de Funza, a eso de las tres y media de la tarde, cuando en momentos en que el hoy occiso JUVENAL PACHECO DIAZ se encontraba en la calle dentro de una camioneta, con la puerta abierta y hablando con una de sus empleadas, aparecieron intempestivamente, dos hombres provistos de armas de fuego disparando directamente al cuerpo de PACHECO DIAZ quien trató de guarecerse dentro de una tienda, pero uno de los individuos lo siguió hasta allí disparándole por la espalda, escapando ambos sujetos una vez consumado el hecho, en un taxi que algunas personas describieron de color amarillo de placas SFM-115, siendo capturados como responsables del hecho

referido, días después los hermanos NEFTALY Y GERMAN ALONSO BRAVO MEDINA".

Actuación procesal

Correspondió al Juzgado 105 de Instrucción Criminal de Bogotá iniciar la instrucción con base en las diligencias preliminares practicadas por la Policía Judicial "SIJIN" de Mosquera relacionadas con las declaraciones rendidas por las testigos presenciales Patricia Sánchez Susunaga, María Constanza Pulido González, Georgina Buitrago de Torres y María Amalia Ortiz Páez que condujeron a la captura de los incriminados Neftaly Bravo Medina alias "Yojana" y su hermano Germán Alonso Bravo Medina, quienes fueron oídos en indagatoria definiéndoseles su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional.

Ambos sindicados negaron su participación en los hechos. Neftaly explicó que la tarde de autos estuvo en la población de Funza contratado por dos individuos que le pagaron la suma de nueve mil pesos por la carrera y lo invitaron a tomarse un trago, luego de lo cual abordaron de nuevo su vehículo diciéndole "Hágale hijueputa o lo matamos", dejándolos frente a un CAI a la salida de Siberia. Germán Alonso afirmó que el día de los hechos se encontraba en la ciudad de Villavicencio ayudándole a un tío.

Sin embargo, la declarante Patricia Sánchez Susunaga anotó el número de placa del taxi en que huyeron los homicidas después de consumado el hecho (SFM-115) y suministró las características del vehículo cuya propietaria Natalia Carrasquilla Salinas (compañera de Germán Alonso Bravo Medina) reconoció habérselo prestado a Neftaly el día de los sucesos para una diligencia relacionada con su libreta militar, habiéndolo recogido a las dos y media de la tarde para devolverlo a eso de las seis de la tarde del mismo día.

Ricardo Ruiz Gutiérrez, conductor oficial del vehículo, confirma lo expuesto por su patrona aclarando que al recogerlo pasadas las seis de la tarde vio cuando salió de la casa de la señora Natalia el sujeto Neftaly Bravo alias "Yojana" acompañado de otra persona la que únicamente conoce de vista.

Este deponente afirma haber escuchado rumores de que Neftaly se dedica a actividades de "sicariato" y Germán Alonso Bravo Medina aceptó

en versión libre y espontánea rendida ante la Policía Judicial haber integrado junto con su hermano Neftaly grupos de autodefensa propiciados por el extinto Gonzalo Rodríguez Gacha.

María Amalia Ortiz Páez quien hacía las veces de cantinera y tuvo oportunidad de observar de cerca a los tres sujetos que ingerían licor y luego salieron para ultimar a balazos a Juvenal Pacheco, reconoció en fila de personas a Neftaly como uno de los integrantes del grupo y a Germán Alonso como el que ingresó a la tienda disparándole al occiso por la espalda.

María Constanza Pulido González que dialogaba con Juvenal momentos antes del sorpresivo ataque reconoció judicialmente a Germán Alonso como el agresor y Georgina Buitrago de Torres a Neftaly como uno de los sujetos que se encontraba dentro de la cantina en compañía de otros dos.

Clausurada la etapa instructiva el Juzgado 105 de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los procesados Neftaly y Germán Alonso Bravo Medina por el delito de homicidio simple y ordenó compulsar copias de lo pertinente para investigar por separado al tercer incriminado.

Iniciada la audiencia pública, el Procurador en lo Judicial ante el Tribunal Superior solicitó al juzgado del conocimiento, el 64 Penal del Circuito de Bogotá variar la calificación provisional dada el delito por tratarse no de un homicidio simple, como lo calificó el funcionario instructor, sino de un homicidio agravado por indefensión de la víctima (numeral 7o. del artículo 324 del C.P.); petición que motivó la suspensión de la diligencia y fue resuelta favorablemente por el Juzgado mediante providencia de 25 de agosto de 1992, con fundamento en el artículo 501 del Decreto 050 de 1987, vigente al momento de iniciarse la celebración de la audiencia pública (19 de junio de 1992).

Terminado el debate de audiencia, el Juzgado Penal del Circuito puso fin a la instancia condenando a los acusados a la pena principal de 18 años de prisión, cada uno, como coautores de homicidio agravado, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y confirmado, sin ninguna modificación, por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

Apoyado el demandante en las causales tercera y primera de casación formula varios cargos a la sentencia impugnada, a saber:

Causal Tercera

Primer Cargo -Nulidad del juicio por quebranto del debido proceso y desconocimiento del derecho a la defensa consagrada en el artículo 304-2o. y 3o. del C. de P.P. porque habiendo sido enjuiciados los procesados Neftaly y Germán Alonso por el delito de homicidio simple, sin ninguna circunstancia de agravación punitiva, los falladores en ambas instancias les dedujeron como tal la prevista en el ordinal 4o. del artículo 66 del Código Penal conocida como preparación ponderada del hecho punible con lo que se rompió la armonía y correspondencia que debe existir entre la resolución de acusación y las conclusiones de la sentencia de condena.

Agrega que dicha circunstancia de agravación punitiva debió quedar consignada en la resolución de acusación proferida por el Juzgado de Instrucción Criminal para darle oportunidad a la defensa de rebatir el cargo y no habiendo sido incluida en ella, en manera alguna podía ser tenida en cuenta en la sentencia que puso fin al proceso.

Segundo Cargo -Nulidad del juicio por violación del derecho a la defensa *(Artículo 304-2o. ibídem)*, porque el procedimiento utilizado por los funcionarios para el reconocimiento en fila de personas de los procesados por parte de los testigos que los incriminaban no reúnen los requisitos exigidos por los artículos 389 y 390 del anterior C. de P.P. normas por entonces vigentes.

Afirma que en los reconocimientos de ambos sindicados, cuyos principales apartes reproduce, se ordenó una segunda ronda cambiando de ubicación las seis personas colocadas en fila, con lo que se conculcó el derecho a la defensa puesto que se pretendía, a toda costa, buscar que el testigo reconociera a los inculpados.

El artículo 390 citado no autorizaba al Juez para practicar una segunda ronda con el objeto de obtener de esa manera un reconocimiento judicial en rueda de personas y si lo hizo, desbordó sus facultades legales sobre la materia viciando de nulidad la actuación por desconocimiento del debido proceso, garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Causal Primera

Primer Cargo:- Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifiesto por cuanto el fenómeno de la duda que emerge de las pruebas del proceso no fue considerado por los sentenciadores.

Expresa el libelista que habiendo revisado detenidamente el fallo recurrido no encontró que el *ad-quem* hubiese examinado dicho fenómeno que se presenta "en razón de que siendo cuatro los testigos llamados a reconocer a los procesados, dos de tales testigos manifiestan no reconocerlos, en tanto que los otros dos restantes testigos afirman que si los reconocen como los autores de la muerte de JUVENAL PACHECO DIAZ".

Luego agrega:

> "Ante esta realidad procesal y estando el citado reconocimiento perfectamente equilibrado, por ser dos afirmativos y dos negativos, se presenta el fenómeno de la duda la que de acuerdo con el artículo 248 del C. de P.P., deberá resolverse a favor de los procesados, en razón de que este fenómeno se encuentra debidamente demostrado dentro del proceso, pero a pesar de su clara demostración, no fue tenido en cuenta por los juzgadores de instancia. Y ese desconocimiento por parte del Tribunal, a pesar de su nítida evidencia procesal hace que se presente el fenómeno de la DUDA, en razón del error de hecho manifiesto, por ignorar el Tribunal una situación fáctica favorable a los dos recurrentes...".

Segundo Cargo: -Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del ordinal 4o. del artículo 66 del Código Penal que consagra como circunstancia genérica de agravación punitiva la preparación ponderada del hecho punible, la que no podía ser tenida en cuenta en la sentencia para incrementar la pena imponible a los hermanos Neftaly y Germán Alonso Bravo Medina por no haber sido incluida previamente en la resolución de acusación ni en la providencia que varió la calificación provisional del delito; yerro que condujo al fallador de segundo grado a realizar "un aumento exagerado de la pena", como lo dejó expuesto el Magistrado disidente en su salvamento parcial de voto.

Este cargo lo formula el actor como subsidiario del anterior recalcando que el incremento de dos años en la pena impuesta a los acusados (18 años de prisión en lugar de 16) por razón de dicha circunstancia de agravación

punitiva constituye claro desbordamiento de la facultad represora que tiene el Juez al graduar la pena.

Tercer Cargo: -Error de hecho manifiesto cometido por el Tribunal Superior al dar por demostrada, sin estarlo, la "plena prueba" para condenar exigida por el artículo 247 del anterior como del nuevo estatuto procesal penal.

Consistió el error en haber examinado en forma conjunta la prueba testimonial allegada al proceso "puesto que si hubiera analizado en forma separada cada testimonio, hubiera llegado a la conclusión de que la prueba testimonial no reúne las exigencias previstas en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para dictar sobre tal medio probatorio la sentencia hoy recurrida en casación".

Repite el censor los reparos formulados a la diligencia de reconocimiento de los sindicados lo mismo que a los testimonios inculpatorios, aunque sin concretarlos, para concluir afirmando que el Tribunal "distorsionó" el valor de los testimonios aducidos, atribuyéndoles un valor probatorio muy superior al que realmente tienen.

Consecuente con la naturaleza de los cargos hechos a la sentencia formuló la petición correspondiente.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina los cargos formulados a la sentencia en el orden en que fueron presentados para concluir que ninguno está llamado a prosperar.

La Sala se referirá a los planteamientos del representante del Ministerio Público al momento de analizar los diferentes reproches.

Consideraciones de la Corte

Causal Tercera

Primer Cargo: -La Sala Mayoritaria de la Corte, como lo recuerda la Procuraduría Delegada en la providencia que cita (Sent. de 2 de julio de 1992), ha venido sosteniendo y lo ratifica una vez más que la no inclusión

de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva en la providencia enjuiciatoria (llámese auto de proceder o resolución de acusación) no genera irregularidad sustancial que vulnere el debido proceso o desconozca el derecho a la defensa porque ellas constituyen, no el único, sino uno de los varios criterios dosificadores de la pena, conforme al artículo 61 el Código Penal las cuales deben ser examinadas por el Juez en la sentencia de condena para determinar el monto de la pena dentro de los límites mínimo y máximo establecidos en la norma penal quebrantada.

En el caso examinado, no puede pensarse que los procesados Neftaly y Germán Alonso Bravo Medina hubiesen sido sorprendidos a última hora con la formulación de sindicaciones desconocidas, respecto a las cuales no tuvieron la oportunidad de defenderse, pues la preparación ponderada del hecho punible deducida en su contra como circunstancia genérica de agravación punitiva es de aquellas que fluyen a lo largo y ancho del proceso con fuerza incontrastable.

Recuérdese que tres personas concurrieron a la realización del delito (una de ellas no identificada) en cual habían preparado con esmero valiéndose de los medios e instrumentos idóneos para consumar el homicidio en las mejores condiciones de seguridad y eficacia.

Además, si lo que el impugnantes cuestiona es la falta de consonancia o armonía entre la sentencia de condena y los cargos formulados en la resolución de acusación debió acogerse a la causal segunda de casación, como indica la Procuraduría Delegada.

No prospera el cargo formulado.

Segundo Cargo: -Es verdad que la funcionaria de instrucción que llevó la diligencia de reconocimiento de los sindicados por parte de las testigos que los incriminaban realizó una segunda "ronda" con cada una de las declarantes, no prevista para esta clase de actos por la ley instrumental; pero esa adición no generó resultado censurable alguno ni afectó el debido proceso ni conculcó el derecho a la defensa; además, los procesados contaron con la asistencia de su defensor, quien no protestó u objetó el procedimiento seguido para la identificación de sus representados (fls.196 y ss. de C.P.).

Los hermanos Neftaly y Germán Alonso Bravo Medina fueron reconocidos sin ningún asomo de duda como los autores del hecho por algunas

testigos, pese a que fueron cambiados de ubicación dentro de la fila de personas y vestían prendas similares a las usadas por otros integrantes de la fila. Neftaly aparece señalado como el conductor del taxi en que emprendieron la fuga, a pesar de haber cambiado el color del cabello (oscuro por claro) y Germán Alonso fue identificado como el sujeto que disparó y persiguió a la víctima hasta el interior de la tienda, donde lo remató a balazos. Otras declarantes no los reconocieron o se mostraron dubitativas respecto a su identificación.

De modo que la afirmación del demandante de haberse buscado a toda costa el reconocimiento de los acusados por parte de varias testigos no pasa de ser eso, un apreciación personal suya sin ningún asidero en la lógica ni en las pruebas del proceso.

No prospera la impugnación.

Causal Primera

Primer Cargo: -El recurrente que se acoge a la violación indirecta de la ley sustancial para demostrar el desconocimiento del beneficio de la duda (in dubio pro reo) no puede parcelar a su arbitrio el acervo probatorio marginando del ataque hechos o pruebas que sirven de soporte a la sentencia de condena y que por sí solas serían suficientes para sustentarla.

Le corresponde comprobar que de no haber mediado los errores probatorios endilgados al sentenciador, con el carácter de manifiestos y trascendentes, éste se hubiera visto forzosamente avocado a una duda insalvable respecto a la existencia del hecho punible o la responsabilidad del sindicado, la que debería resolver en su favor.

Nada de ello se da en el caso examinado, toda vez que el impugnante caprichosamente se empecina en hacer creer que la duda emerge de la paridad en el resultado de los reconocimientos practicados a los procesados (dos positivos contra dos negativos) como si la prueba se cuantificara aritméticamente al decir del señor Procurador Delegado, sin tener en cuenta para nada los graves y concordantes indicios que inequívocamente los señalan como los autores del homicidio investigado y sobre los cuales descansa el fallo objeto de impugnación: presencia física en el lugar de los hechos, tenencia del vehículo de servicio público en que emprendieron la fuga después de perpetrado el delito y mala justificación de su conducta, entre otros.

La duda que aduce el censor no pasa de ser una subjetiva apreciación de parte suya opuesta a la certeza o íntima convicción a que llegaron los juzgadores de instancia, como consecuencia de un examen global de las pruebas, siguiendo las reglas de la sana crítica.

Así fluye el siguiente pasaje de la sentencia emitida por el Tribunal Superior:

> "Preciso es el testimonio de MARIA AMALIA ORTIZ en el sentido de que los tres sujetos (uno no identificado) antes de matar a JUVENAL estaban ingiriendo licor en el establecimiento atendido por ella. Los vio ejecutar el crimen. Es más: (Amalia) señala que fue el capturado GERMAN ALONSO BRAVO MEDINA quien disparaba contra PACHECO.- Y antes de los disparos NEFTALY BRAVO había salido, indicando esto que obedecían a un plan trazado: eliminar a JUVENAL PACHECO.
>
> "No descarta la Sala la posibilidad de fallas en los reconocimientos (en cuanto a la forma) pero sustancialmente no se encuentran motivos para dudar del señalamiento que de los coautores surge de inmediato a la lectura de las actas. De modo que las censuras al respecto (formuladas por la defensa) se desechan. Si fue Amalia quien atendió a los homicidas y tuvo tiempo de fijarse bien en ellos. ¿Cómo dudar de la individualización que hace a lo largo del proceso?.
>
> "La declaración de MARIA AMALIA ORTIZ por sí sola produce certeza acerca de la responsabilidad de NEFTALY Y GERMAN.
>
> "Pero existen plurales circunstancias que apuntan a la misma conclusión.
>
> "GEORGINA BUITRAGO Y MARIA CONSTANZA PULIDO coinciden en que los sujetos que estaban donde AMALIA fueron los mismos que mataron a JUVENAL PACHECO DIAZ.
>
> "Como si fuera poco PATRICIA SANCHEZ SUSUNAGA facilitó la captura de NEFTALY Y GERMAN ALONSO porque anotó las placas del taxi en que huyeron: Por eso la policía dispuso el operativo que dio como resultado la captura de los dos individuos. La propietaria del taxi señora NATALIA CARRASQUILLA informó cómo si le prestó el carro a NEFTALY el día de los hechos sin sospechar el mal

uso que iba a hacer del mismo. Y obsérvese que la señora NATALIA era compañera permanente del otro acusado, es decir, de GERMAN ALONSO BRAVO MEDINA".

Como el demandante no acreditó que enfrentadas a las pruebas apreciadas por el fallador existieran otras de igual valor probatorio que hicieran dudar de la responsabilidad de los acusados, el cargo se torna infundado y debe desestimarse.

Segundo Cargo: -Este cargo es similar en su planteamiento y fundamentación al formulado como primer cargo de nulidad, pues en ambos casos el censor critica al Tribunal por haber deducido en la sentencia impugnada como circunstancia genérica de agravación punitiva en contra de sus representados, la contemplada en el ordinal 4o. del artículo 66 del Código Penal consistente en la preparación ponderada del hecho punible, a pesar de no haber sido considerada o incluida como tal en la resolución de acusación, solo que en esta oportunidad acude a la vía de la violación directa de la ley mientras que en aquella se acogió a la causal tercera de casación; enfoque que hace pensar a la Procuraduría Delegada que la acusación se muestra equivocada.

Si bien es cierto que el inciso final del artículo 225 del C. de P.P. vigente, permite la formulación de cargos excluyentes a condición de que sean planteados separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria, dicha permisión no autoriza la presentación de múltiples reparos fundados en la misma situación fáctica, como acontece en este caso.

Ya se dijo pero no sobra repetirlo, que los hermanos Neftaly y Germán Alonso persistieron en su propósito criminal de segar la vida de Juvenal, para lo cual viajaron a la vecina población de Funza en un vehículo de servicio público, seleccionaron los medios y escogieron meticulosamente la ocasión para ultimar a la víctima y huir del lugar sin ser sorprendidos, con lo que adecuaron su comportamiento a la mencionada circunstancia de agravación punitiva. Del mismo modo se dejó establecido que por tratarse de una circunstancia genérica deducible por el Juez al momento de proferir la sentencia no era necesario considerarla en la resolución de acusación, por lo que el reproche no puede fructificar así se le cambie de presentación.

El recurrente da a entender, aunque no con la claridad y precisión requeridas, que el sentenciador desbordó su facultad represora al incrementar

en dos años la pena a cada uno de los enjuiciados por la presencia de dicha circunstancia de agravación punitiva; sin embargo, pasa por alto que el Juzgado Penal del Circuito tasó la pena en 18 años de prisión teniendo en cuenta los criterios señalados en los artículos 61 y 67 del Código Penal y la presencia de la circunstancia de agravación ya mencionada "que no permite partir del mínimo que establece el artículo 324 del Código Penal, y teniendo en cuenta que son coautores y se ha establecido plenamente su responsabilidad en el homicidio".

Ello significa que dentro de los límites mínimo y máximo fijados por la ley, se graduó la pena impuesta a los responsables con base en los siguientes criterios: la concurrencia de circunstancias genéricas de agravación punitiva (preparación ponderada del delito, que se desprende de la misma narración fáctica efectuada desde la instrucción y su calificación, y el obrar con la complicidad de otro, lo que obviamente aseguró el éxito de la empresa criminal) y el grado de culpabilidad de los incriminados, que a juicio de los falladores permitía incrementar en dos años la pena imponible.

No hubo en dicha tasación abuso o exceso de la facultad sancionadora.

No prospera el cargo formulado.

Tercer Cargo: -Tampoco se abre paso este reproche porque se apoya en una serie de enunciados carentes de lógica y sin ninguna vigencia dentro del ordenamiento procedimental en vigor tales como haberse dado por demostrado, sin estarlo, la "plena prueba" requerida para condenar; haberse examinado en forma conjunta y no de manera individual la prueba testimonial obrante en autos y haber sido distorsionadas algunas declaraciones inculpatorias por asignárseles un valor de convicción que no tienen.

Hoy en día no se cuestiona que habiendo desaparecido del procedimiento penal el sistema de la prueba tarifada resulte impropio calificarla de plena o semiplena, pues se procura es la prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado (Artículo 247 C. de P.P.).

Constituye además desatino pregonar de una parte la evaluación individual o insular de las pruebas del proceso cuando, por el contrario, se consagra como principio probatorio y garantía del debido proceso la conjunta apreciación de las mismas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Artículo 254 *ibídem*) y de la otra, hablar de distorsión de un testimonio por habérsele reconocido un valor que no le corresponde, cuando el falseamiento

o tergiversación del mismo versa sobre su texto o contenido y no sobre su mérito de convicción.

Un cargo sustentado sobre tales consideraciones debe ser rechazado, por su manifiesta imperfección.

Decisión

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

Resuelve

NO CASAR la sentencia condenatoria recurrida a nombre de los procesados Neftaly y Germán Alonso Bravo Medina, de fecha, origen y naturaleza consignados en esta providencia.

Cópiese y devuélvase.

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 (Salvamento Parcial de Voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

(Salvamento Parcial de Voto)

Sigo pensando que se viola el derecho de defensa cuando en la sentencia y no en la resolución de acusación se deducen circunstancias genéricas de agravación. Cuando tenía que decir lo he dicho ya con empeño y pertinacia, lamentando de veras que estas ideas no se acepten en la Sala. Pero como yo me conozco suficientemente desde hace muchos años sé que no voy a rectificar nada de cuanto he dicho en redor de este asunto por estar plenamente convencido de lo que escribo. Creo que estas cosas las he dicho con total y absoluta convicción así no convenza a otros de la bondad del planteo. Todo es cuestión de tener cierta firmeza en los juicios propios y no tanto en las nociones ajenas. Lo que no puede ser de otra manera así sea para estimular la discusión.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Magistrado

IN DUBIO PRO REO / PECULADO POR APROPIACION

A términos del artículo 247 del C. de P:P., para proferir sentencia condenatoria se requiere del concurso de prueba que produzca certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.

Esto equivale tanto como a decir que, dentro de la escala probatoria determinada por nuestro estatuto procesal, de la probabilidad de la responsabilidad del justiciable que es el estado de espíritu en que se halla el juzgador al convocarlo a juicio, se debe pasar en este momento del proceso al más alto grado del conocimiento, el cual supone la eliminación de toda duda racional, deviniendo la seguridad de que los hechos han ocurrido de determinada manera que es lo que, en esencia, constituye la certeza.

Si de la prueba no se adquiere tal certidumbre, la absolución se torna inexorable por virtud legal.

2.-Si el delito de peculado por apropiación precisa como condición de punibilidad que los bienes cuya administración o custodia se hayan confiado a empleado oficial por razón de sus funciones sean aprovechados por él o por un tercero, síguese que esta ilicitud no se configura cuando tales bienes han sido objeto de extravío o sustracción sin el concurso del empleado, porque en tales condiciones no habrían mediado entonces actos de improbidad o de infidelidad a la confianza que el Estado le ha dispensado en el manejo de bienes de carácter oficial o particular, sino circunstancias ajenas a su voluntad.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Valencia.*

Aprobado Acta No.67

Vistos

Conoce la Corte, por vía de apelación, la sentencia de fecha 24 de junio del año anterior, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá resolvió condenar a la doctora NOHORA GEMA GOMEZ DE RUIZ, Ex-Juez 5o. Civil Municipal de esta ciudad, como autora del delito de Falsedad ideológica en documento público y Peculado por apropiación, a la pena principal de CINCUENTA (50) MESES de prisión, multa de doce mil ($12.000.00) pesos, e interdicción de derechos y funciones públicas; al doctor ORLANDO ALFONSO PAEZ LANCHEROS, como determinador de tales infracciones, a la pena principal de CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISION, multa de DIEZ MIL ($10.000.00) pesos e interdicción de derechos y funciones públicas; a HUGO ALIRIO MUÑOZ ALDANA, ex-empleado del Juzgado 5. Civil Municipal, como co-autor de falsedad ideológica en documento público y cómplice de peculado por apropiación, a la pena principal de CUARENTA Y DOS (42) MESES DE PRISION, multa de CINCO MIL ($5.000.00) Pesos e interdicción de derechos y funciones públicas; y a LUIS ANTONIO MALDONADO ESPITIA Y JORGE HUMBERTO TORRES NAVARRETE, como cómplices de tales delitos, a la pena principal de VEINTICUATRO (24) MESES DE PRISION, multa de CINCO MIL ($5.000.00) Pesos e interdicción de derechos y funciones públicas, concediéndose en beneficio de estos últimos la condena de ejecución condicional, en tanto declaró que los otros sentenciados no eran acreedores de igual subrogado.

Hechos y actuación procesal

1. Los hechos del proceso, los resumió la Corte en pretérita oportunidad, así:

> "El juzgado 23 civil del Circuito de Bogotá, donde correspondió el ejecutivo de "Remores Ltda." contra Carlos Eduardo Rubiano, Jorge E. Vargas Piñeros y Carmenza Gil de Predraza, decretó embargo y secuestro de bienes, comisionando para su materialización a un Juzgado Civil Municipal que lo fue el 5o. a cargo entonces de la doctora Nohora Gema Gómez de Ruíz, Despacho que cambió el secuestre designado por el comitente y practicó la comisión el 17 de

marzo de 1983 en cuyo acto designó como nuevo secuestre al señor Carlos Julio Díaz Romero, quien recibió los bienes y los retiró para desaparecer posteriormente la mayoría de ellos.

"Pudo establecerse, entonces, que el secuestre no era la persona designada y a quien se señalaba como tal en la diligencia, no asistió al acto ni firmó obviamente el acta respectiva, no obstante ser conocido de la Juez y el Secretario *ed-hoc* por lo que se adelantó la correspondiente contra juez y secretaria, el abogado de la parte actora, doctor Orlando Alfonso Páez Lancheros y dos de sus inmediatos colaboradores, así como contra la persona que figuró como auxiliar de la justicia.

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al calificar la investigación profirió resolución acusatoria por el concurso homogéneo de falsedad ideológica en documento público y peculado además, contra los procesados a excepción de Carlos Alberto Díaz Marín a quien favoreció con cesación de procedimiento". (Auto Dic.11/91)

Ejecutoriada la resolución de acusación, luego de ser confirmada por esta Corporación y surtida la tramitación propia del juicio, en el momento señalado se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública, acto dentro del cual se recepcionó testimonio a GLORIA STELLA FAJARDO VERGARA, abogada jefe del Departamento jurídico de Supercar (F1.94, último Cdno. Original del Tribunal) y RAFAEL ANTONIO CRUZ GUTIERREZ (F1.130), Jefe de Seguridad de la misma empresa, quienes dan cuenta que por el año de 1983 se produjo la sustracción de mercancía que se hallaba en las bodegas como resultado de secuestros dentro de procesos ejecutivos que los abogados de la empresa adelantaban.

Cumplidas la intervenciones de los sujetos procesales, el Tribunal a-quo puso fin a la instancia pronunciando al fallo concebido en los términos indicados en precedencia.

Fundamentos de la sentencia

Del examen que hizo el fallador de primer grado del material de prueba dio por establecido que en la diligencia de embargo y secuestro de bienes de la denunciante CARMEN LILIA GIL PEDRAZA decretada por el Juzgado

23 Civil del Circuito y llevada a término el 17 de marzo de 1983 por el Juzgado 5o. Civil Municipal a cargo de la doctora NOHORA GEMA GOMEZ DE RUIZ, se aparentó la concurrencia como secuestre de CARLOS ALBERTO DIAZ MARIN, hecho que, al ser inveraz, tipificó la falsedad ideológica en documento público. Y como el objetivo final de esta conducta era el aprovechamiento de los bienes objetivo del simulado secuestro, al lograrse tal designio se incurrió en el punible de peculado por apropiación.

Definió la participación criminosa en los punibles, señalando a la ex-Juez como autora de ellos; al abogado de la empresa Supercar, ORLANDO ALFONSO PAEZ LANCHEROS, como determinador de los mismos; al Secretario ad-hoc HUGO ALIRIO MUÑOS ALDANA como co-autor del ilícito contra la fe pública y cómplice del peculado; y, a LUIS ANTONIO MALDONADO ESPITIA y JORGE HUMBERTO TORRES NAVARRETE como cómplices de ambas infracciones.

Sustentación oral de la apelación

La Corte atendiendo lo reglado por el artículo 31 de la Ley 81 de 1993, a petición de dos de los abogados impugnantes, llevó a cabo audiencia de sustentación, oportunidad en la cual el señor defensor de la procesada NOHORA GEMA GOMEZ RUIZ, tras acerba crítica a la sentencia de condena e ingente estudio de la prueba, adujo que los medios de información han sido equivocadamente interpretados por el Tribunal, puesto que le ha dado inusitada credibilidad al dicho de CARLOS ALBERTO DIAZ MARIN, persona que tuvo el carácter de acusada y a la que el investigador desvinculó prematuramente del proceso al entender, erróneamente, que los repetidos dictámenes de grafología descartaban de plano su autoría en la firma del secuestre en la diligencia cuestionada, siendo que las conclusiones de la pericia eran generadoras de duda sobre su intervención en esa diligencia judicial.

Pero al darle tal alcance, tuvo como cierto que DIAZ MARIN no concurrió al acto y así, sobre fallidas bases, comprometió la responsabilidad de la Juez.

Luego de hacer algunas referencias procesales, pide que la Corte las constate y compruebe que no existe certidumbre sobre la responsabilidad de su defendida que amerite condena.

El señor defensor del acusado doctor ORLANDO PAEZ LANCHEROS señala que para deducir a su patrocinado la condición de determinador de los punibles se ha echado mano a principios arcaicos de derecho ya superados, tales como el de que el que es causa de la causa es causa del mal causado, aplicado por el hecho de que al buscar hacer expedita la medida de embargo y secuestro de bienes para asegurar el pago coactivo de la obligación, los resultados que se hubiesen presentado como consecuencia de ello, así fuesen fortuitos, se le han extendido.

Estima que, el delito de falsedad no tuvo existencia jurídica toda vez que DIAZ MARIN asistió como secuestre a la diligencia judicial y, en cuanto hace al atentado contra la administración pública, se ha incurrido en yerro en la denominación jurídica, puesto que ninguna demostración hay de que la Juez se hubiera apropiado a bienes o permitido que otros se aprovecharan de ellos.

Y si se tratara de peculado culposo, no es posible jurídicamente plantear la comunicabilidad de ese punible a otros sujetos a título doloso.

Considera, por lo demás, que se ha incurrido en irregularidad de orden sustancial, al dictarse sentencia condenatoria por un delito de peculado doloso, en cuantía superior a los quinientos mil pesos, sin que nada se hubiera hecho para establecer el quántum del agravio patrimonial real padecido por la denunciante, muy a pesar de que medió solicitud al respecto.

Finalmente, el señor defensor del procesado JORGE HUMBERTO TORRES NAVARRETE sostuvo que tanto este como LUIS ANTONIO MALDONADO, fueron condenados únicamente por haber sido dependientes del abogado PAEZ LANCHEROS.

Advierte que la diligencia de embargo y secuestro de los bienes de la denunciante se llevó a cabo con las formalidades legales y con la asistencia del secuestre designado, pero aclara que en el evento de que alguna irregularidad se hubiera presentado en ella en nada comprometía la responsabilidad de aquellos en razón a que su intervención se produjo tiempo después de culminada y sólo para trasladar los bienes a las bodegas de Supercar, firma actora del proceso ejecutivo, sin que en ello hubiere ilicitud, menos como cómplices de una supuesta actividad falsaria.

Si ulteriormente parte de los bienes desaparecieron, ninguna responsabilidad se les puede deducir a TORRES NAVARRETE y MALDONADO

ESPITIA, puesto que éstos no tenía acceso a las bodegas y nada hay que indique que fueron precisamente ellos los autores de la sustracción.

En consecuencia, solicita que se revoque la sentencia condenatoria y se absuelva a sus defendidos.

Consideraciones de la Corte

A términos del artículo 247 del C. de P. P., para proferir sentencia condenatoria se requiere del concurso de prueba que produzca certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.

Esto equivale tanto como a decir que, dentro de la escala probatoria determinada por nuestro estatuto procesal, de la probabilidad de la responsabilidad del justiciable que es el estado de espíritu en que se halla el juzgador al convocarlo a juicio, se debe pasar en este momento del proceso al más alto grado del conocimiento, el cual supone la eliminación de toda duda racional, deviniendo la seguridad de que los hechos han ocurrido de determinada manera que es lo que, en esencia, constituye la certeza.

Si de la prueba no se adquiere tal certidumbre, la absolución se torna inexorable por virtud legal.

Los hechos del proceso se hacen consistir en que el acto judicial de embargo y secuestro de algunos bienes, se hizo figurar que concurrió, sin hacerlo, el individuo CARLOS DIAZ, quien designado como secuestre se hizo cargo de dichos bienes a partir del 17 de marzo de 1983, los cuales habían desaparecido en su mayor parte cuando más de cuatro años después su propietaria los reclamó al levantarse la medida cautelar que sobre ellos gravitaba. Estos acontecimientos han sido catalogados como tipificadores de los punibles de falsedad ideológica de documento públicos y peculado por apropiación.

En el protocolo penal ha quedado acreditado que quien solicitó la inscripción como auxiliar de la justicia en condición de secuestre y que quedó figurando en la lista en el número de orden 118 (fl.166 Cdno.2), fue CARLOS ALBERTO DIAZ MARIN, identificado con la C.C. No.19108481 de Bogotá, residenciado en la Cra. 8a No.18-70 sur (fl.207 Cdno.1), pues así lo admite éste en sus diferentes intervenciones procesales y como tal concurrió a diferentes diligencias de embargo y secuestro, en el mismo

Juzgado 5o. civil Municipal, antes y con posterioridad al acto calificado de espurio, pero que por error se hizo figurar el apellido de " ROMERO" correspondiente a su progenitor, error que buscó fuera corregido cursando la correspondiente solicitud, según dice.

En busca de la verdad histórica, la Corte se ha dado a la tarea de someter a exhaustivo estudio los elementos de persuasión obrantes en el proceso y ha encontrado circunstancias, debidamente establecidas, que inducen a que se tenga como evidente la mistificación que se hizo en documento público, al hacerse constar que se presentó a la diligencia de embargo y secuestro" CARLOS DIAZ ROMERO" en su condición de secuestre designado a cumplir con sus funciones, siendo este hecho inveraz, quedando alterada así la integridad documental y los efectos que debía producir.

Esta certidumbre resulta de la negativa que sobre el particular hiciera el propio DIAZ MARIN, aseverando que no podía haber concurrido a la realización de ese acto en virtud a que se estaba restableciendo de una operación que por esos días se le hizo, en lo cual validamente no fue desmentido dentro del proceso.

Al contrario, acude a darle solidez a su dicho, el testimonio de CARMENZA GIL PEDRAZA, propietaria de los bienes sobre los cuales recayó el gravamen judicial, al sostener que al levantarse dicha medida logró localizar y entrevistarse con DIAZ MARIN en busca de que se le restituyeran los artículos que le fueron secuestrados, constatando que él no había intervenido en la diligencia en cuestión.

Si no fuera suficiente lo anterior, el Laboratorio de Grafología del Instituto de Medicina Legal (fl.318), si bien no estuvo en condiciones de identificar al autor de la firma que como del secuestre aparece en el acto mencionado, sí es concluyente en excluir a CARLOS ALERTO DIAZ MARIN como su amanuense, tras el examen de las muestras manuscriturales que le fueron tomadas.

Y es que en verdad, no se precisa de ser un experto en la ciencia de la grafología para darse cuenta que las rúbricas que como de DIAZ MARIN aparecen estampadas a través del informativo, difieren, ostensiblemente, de la que figura como del secuestre en la diligencia de marras, en la cual bien se ve que ni siquiera se hizo el intento de imitar o simular la de aquel.

Se afirma que Díaz Marín sí asistió a la diligencia de embargo y secuestro citada porque aparece firmado el recibo del despacho comisorio

respectivo (fl.240 vto.). Si se comparan a simple vista las firmas de dicha persona con la del recibo mencionado, sin esfuerzo alguno puede concluirse en que dicha persona fue quien retiró el referido documento; pero ello, no necesariamente indica que participó en la diligencia cuestionada por cuanto el retiro del despacho se produjo el 8 de marzo de 1983 y el embargo y secuestro de bienes se llevó a cabo el 17. Lo que si demuestra este hecho es la connivencia entre la Juez procesada y el abogado litigante vinculado, toda vez que fue a ese despacho al que correspondió "el reparto" como en varias ocasiones ocurrió y el procedimiento casi siempre fue el mismo: cambiar el secuestre designado con el argumento de "no haber comparecido" y "coincidencialmente" designarse al mismo Díaz Marín, ampliamente conocido de Juez y secretario y quien, además, trabajaba para la misma empresa que lo hacía el abogado Páez Lancheros y el coprocesado Navarrete Torres.

Es más, la firma que se estampó como del secuestre, sí se identifica con los gestos gráficos de las que aparecen a folios 193 y 194 C.1 y que se dice en autos fueron estampadas por JORGE HUMBERTO TORRES NAVARRETE, identificado con la C.C. No.19085742 de Bogotá, compañero de labores en Supercar del auxiliar de la justicia suplantado, y quien en tales folios hallase recibiendo el nombre de DIAZ MARIN algunos emolumentos que la empresa liquidaba a éste. TORRES NAVARRETE fue quien, además, elaboró la relación de inventarios de los locales comerciales en los cuales se llevó a cabo el embargo y secuestro estampado igual firma a la que aparece del secuestre en la diligencia cuestionada (Fls.15 y 92), siendo el mismo a quien reconoció CARMENZA GIL PEDRAZA y señaló interviniendo en el precitado acto cuando años después buscó la recuperación de su mercancía. Estas circunstancias permiten tener certeza acerca de la participación criminal de este procesado a título de cómplice por no ser sujeto cualificado.

De esta manera, el conjunto criminoso de autos se completa; ORLANDO ALFONSO PAEZ LANCHEROS, abogado interesado en la práctica de la diligencia, bajo cuya subordinación laboraba DIAZ MARIN, secuestre que estaba imposibilitado para asistir al acto en el cual se le hizo figurar; NOHORA GEMA GOMEZ DE RUIZ, ex-Juez comisionada para la materialización de la diligencia de secuestro, unida a aquel abogado litigante por sentimientos de amistad dado el colegaje que hubo de judicatura, y conocedora bien de DIAZ MARIN desde que laboró éste en un Juzgado Civil

Municipal y fue su alumno en la Universidad la Gran Colombia, a quien designó en varias ocasiones como secuestre; HUGO MUÑOZ ALDANA, Escribiente I del Juzgado 5o. Civil Municipal, asistió a la diligencia como Secretario *Ad-hoc,* quien también distinguía a DIAZ MARIN por haber actuado como secuestre en actos de igual índole; y, JORGE HUMBERTO TORRES NAVARRETE, empleado de la firma Supercar, a cuyos depósitos fueron llevados los bienes que buena parte de los mismos desaparecieron.

Y todos ellos obraron bajo el mismo designio criminal, con el complemento espiritual de la voluntariedad en la mutación de la verdad de lo que debió consignarse en el acta, existiendo conciencia, a una, de que la intervención del secuestre era necesaria para la validez de la diligencia y consecuentemente para la eficacia el documento, procediendo con dolo falsario a hacerlo figurar para presentar el acto con vocación de legalidad.

De ahí para que cuando soslayadamente los acusados a modo de defensa se remiten al documento mismo para atenerse a lo allí probado, lo único que consiguen es herir fatalmente la veracidad de sus exculpaciones, pues justamente el desprevenido examen de la firma del secuestre en el acta demuestra paladinamente que no era la utilizada por CARLOS DIAZ MARIN, secuestre, se insiste, de sobra conocido por todos ellos, sin que nadie siquiera haya atinado a insinuar que, éste sin motivo alguno, hubiera modificado su rúbrica en esa diligencia para con el transcurso de los años perjudicarlos.

El comportamiento así probado con relación a aquellos y en los grados deducidos, ha de tenerse como típico, antijurídico y culpable, a título de dolo.

La resolución de acusación igualmente cobijó a LUIS ANTONIO MALDONADO ESPITIA como cómplice de los reatos de que se trata, porque habiendo sido al parecer dependiente particular del abogado incriminado, y figurando situado por CARMEN GIL PEDRAZA una vez se verificó el secuestro manejando los establecimientos de comercio en asocio de TORRES NAVARRETE hasta cuando se trasladaron los bienes a Supercar, "...todo 'indica que MALDONADO ESPITIA actuó en connivencia con PAEZ LANCHEROS y TORRES NAVARRETE, como que era perfectamente consciente de lo que estaba fraguando, habiendo prestado su concurso para que ese propósito tuviera éxito..." (fl.416).

En este momento procesal en el que debe existir el más alto grado de conocimiento sobre la responsabilidad del procesado, debe la Sala admitir que esas circunstancias, por sí solas, no tienen la virtualidad de producir certeza sobre la real intervención de MALDONADO ESPITIA, en cualquiera de los grados de participación criminosa en el atentado contra la fe pública que se dejó examinado, no sólo porque materialmente no aparece que hubiera concurrido a él, siendo que, por lo demás, su presencia no resultaba necesaria para la realización de la actividad falsaria, sino porque todas las evidencias lo señalan haciéndose parte en actitud que bien se puede calificar de inocente en un momento posterior, vale decir, ayudando en la elaboración del inventario de bienes que fueran llevados a las bodegas de Supercar, seguramente por petición del abogado PAEZ LANCHEROS ya que ningún vínculo tenía con esa firma.

Es posible que MALDONADO ESPITIA estuviera enterado de la mistificación de la verdad hecha en el documento, pero ese conocimiento posterior, sin acción (este es tipo de acción) voluntariamente dirigida a la realización del tipo penal o de prestar ayuda con ese designio, impide que se le pueda hacer reproche de cara al mismo, ya que su conducta sería tipificadora eventualmente de un punible de encubrimiento, que no fue el hecho que se le atribuyó en el pliego de cargos. Se exonerará a MALDONADO ESPITIA, pues, de la complicidad en la falsedad documental que aquí se le imputó.

En cuanto atañe al ilícito de Peculado, con aplicación de elemental lógica, del sentido común y las reglas de la experiencia, cree la Corte, dadas las nuevas evidencias traídas al plenario, que los falsarios estuvieron inspirados fundamentalmente en fingir la presencia del secuestre con el único fin de, a todo trance, llevar a cabo la diligencia de embargo y secuestro que interesaba al abogado mandatario para sacar prontamente del comercio los bienes sobre los cuales recaía, en lo cual ilícitamente convino la ex-funcionaria y los demás partícipes, sin que estuvieran impulsados de animo de apropiación, pues en ellos había consciencia de que por ser la medida puramente preventiva, más temprano que tarde los bienes serían reclamados por su dueña y que, al no encontrarlos, se pondría al descubierto la falsedad que lógicamente estaban interesados en ocultar. Los largos años de experiencia de la ex-juez en la administración de justicia, su limpia hoja de vida y su vínculo con la cátedra sugieren cuerdamente que, en desafortunada hora, consintió en ser infiel a su función certificadora en la seguridad

de que su actuación no se haría pública, como no se hizo en los demás casos similares que refiere el proceso, pues los bienes en comento quedarían a buen seguro bajo la protección del abogado ejecutante y que la posterior entrega a su dueña se cumpliría sin dificultades, ya que, de otra manera, sólo en estado demencial se hubiera arriesgado.

Lejos estuvo de prever, obviamente, que la medida en mención se prolongaría en el tiempo y que al ser levantada no iban a ser encontrados los bienes en su totalidad, por el hurto sobreviniente.

Lo contrario sería suponer que todos ellos tuvieron el dominio de los sucesos ulteriores para saber que solo pasados varios años el embargo y secuestro sería levantado oficiosamente y que en el entretanto podrían apropiarse de los bienes impunemente, por desinterés de su dueña en pedirlos, pues no debe olvidarse que entre la diligencia de secuestro y levantamiento del gravamen transcurrieron dos años, y otros dos largos años más pasaron hasta cuando CARMEN GIL se acercó al Juzgado a recibir el oficio que ordenaba su entrega, con los resultados ya sabidos. Esto, realmente, es de improbable ocurrencia, porque el ser humano no está en condiciones de advertir, ex ante, sucesos futuros, ni adivinar lo venidero, y menos cuando el porvenir depende de actitudes de otros.

Por eso, encuentra la Corte que sea aceptable, por caer dentro de lo posible, que durante ese largo tiempo que permanecieron los artículos en las bodegas - algo más de 4 años - paulatinamente fueran sustraídos por los empleados de Supercar, con aprovechamiento de la circunstancia de que el abogado ejecutante había dejado de laborar para esa firma, cuestión atendible si se tiene en cuenta que el volumen de los mismos lo permitía, (recuérdese que en las bodegas fueron encontrados los estantes metálicos, de difícil movilización) o que se hubieran apoderado de ellos sujetos extraños cuando en dos oportunidades los amigos de lo ajeno visitaron los depósitos, como lo deponen la doctora GLORIA STELLA FAJARDO VERGARA, abogada de Supercar Ltda. y RAFAEL ANTONIO CRUZ GUTIERREZ, jefe de Seguridad de la empresa (fls.93 y 129) en testimonios vertidos en la vista pública. Porque, la verdad sea dicha, prueba directa no existe que permita establecer con certidumbre cómo y a instancias de quién desaparecieron los bienes del depósito.

En consecuencia, si el delito de peculado por apropiación precisa como condición de punibilidad que los bienes cuya administración o custodia se

hayan confiado a empleado oficial por razón de sus funciones sean aprovechados por él o por un tercero, síguese que esta ilicitud no se configura cuando tales bienes han sido objeto de extravío o sustracción sin el concurso del empleado, porque en tales condiciones no habría mediado entonces actos de improbidad o de infidelidad a la confianza que al Estado le ha dispensado en el manejo de bienes de carácter oficial o particular, sino circunstancias ajenas a su voluntad.

Siendo esto así, se impone la revocatoria de la sentencia de condena, para en su lugar absolver a todos los procesados por este ilícito contra la administración pública.

Significa lo anterior que la pena finalmente a imponer, es la que dosificó el *a-quo* para el delito de falsedad ideológica en documento público por el cual condenó.

Aunque la pena a imponer al abogado PAEZ LANCHEROS y al exempleado del Juzgado MUÑOZ ALDANA no desborda el límite exigido por el artículo 68 de C. P., advierte la Corte que con relación a ellos es necesario la aplicación de tratamiento penitenciario porque aquel, desconociendo la noble función social que entraña el ejercicio del derecho, se sirvió de él para determinar la infracción de la ley penal; y éste, en su condición de empleado, traicionó con la suma facilidad sus deberes oficiales. Ambos, en conclusión, son sus actuaciones, violentaron gravemente la fe pública, trayendo como consecuencia la pérdida de la confianza y el respeto con que los ciudadanos deben mirarla.

El cumplimiento condigno de la pena, aparte de que afirmará la justicia mediante la retribución del mal causado, cumplirá su efecto resocializador e intimidará a los miembros de la colectividad para que se inhiban de perpetrar otros hechos punibles.

Por los 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.- MODIFICAR los numerales 1), 2), 4) y 5) de la sentencia apelada, para REVOCAR la condena de que se hizo objeto a los procesados por el delito de Peculado por apropiación, por el cual se les ABSUELVE.

En consecuencia, la pena impuesta por el punible de FALSEDAD ideológica en documento público, en cuyo aspecto se confirma el fallo, será: para la ex-Juez NOHORA GEMA GOMEZ DE RUIZ treinta y ocho (38) meses de prisión; para el abogado ORLANDO ALFONSO PAEZ LANCHEROS, treinta y seis (36) meses de prisión; a HUGO ALIRIO MUÑOZ ALDANA, treinta y seis (36) meses de prisión y, JORGE HUMBERTO TORRES NAVARRETE, dieciocho (18) meses de prisión.

REVOCAR, el fallo condenatorio por el delito de falsedad ideológica en documento público deducido a LUIS ANTONIO MALDONADO ESPITIA como cómplice y por el cual se ABSUELVE.

2.- CONFIRMASE la sentencia en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PECULADO
(Salvamento Parcial de Voto)

En mi criterio la acusada debió ser condenada también como responsable del delito de peculado que dolosamente cometió, al entregar unos bienes al sustituto ilegítimo de un secuestre, con conciencia de ello, y negarse luego, empecinadamente, a revelar su identidad, que ella bien conocía, dando así a la pérdida de estos.

Mi discrepancia con la decisión mayoritaria se circunscribe, exclusivamente, a la absolución de la acusada por el delito de peculado, que junto con el de falsedad de documentos se le imputó en la resolución de acusación.

A este respecto es pertinente recordar lo que unánimemente sostuvo la Sala cuando confirmó la resolución de acusación, respecto del delito peculado:

> "Lo que se reprocha a la Juez, entonces, es haber dispuesto de esos bienes, haberlos entregado a un supuesto secuestre para que se apropiara de ellos cuando ya habían quedado bajo su custodia con el acto mismo del secuestro. Dicho en otras palabras, **solamente a partir de ese momento podía entregarlos a un secuestre o a un depositario legítimamente designado. Contrario sensu entregarlos a uno DOLOSAMENTE seleccionado equivale, sin esfuerzo mayor, a APROPIARSE DE ELLOS EN PROVECHO SUYO O DE UN TERCERO**".

El suscrito magistrado sigue convencido de que la anterior afirmación de la Sala ha debido mantenerse para este nuevo momento procesal, pues la situación probatoria no ha sufrido ninguna modificación de trascendencia.

Que de las bodegas de Supercar se hubieran hurtado las mercancías materia del fingido secuestro, es algo que no está debidamente establecido

en el proceso, pues para el suscrito magistrado las declaraciones vertidas por Gloria Stella Fajardo y Rafael Antonio Cruz Gutiérrez, no merecen credibilidad, no tanto por lo tardíamente producidas, sino, fundamentalmente, porque ambos testigos son dependientes de la firma Supercar Ltda., cuyo interés en las resultas de este proceso surge claro, toda vez que así no esté identificado con claridad el intermediario, ni haya seguridad sobre las circunstancias en que se movilizaron los bienes, es lo cierto que éstos si estuvieron en aquellas dependencias, de donde desaparecieron, razón por la cual, eventualmente, esta empresa habría tenido que responder por ellos ante la persona que se los entregó.

La existencia de este interés se advierte en forma manifiesta en el testimonio de Cruz Gutiérrez, quien al ser interrogado por el número de bodegas que tenía supercar, de inmediato y sin que nadie se lo preguntara, principió a hablar sobre el pretendido hurto, en actitud tan sospechosa que determinó en el mismo Magistrado que presidía la audiencia, esta otra interrogación: "Por qué responde usted sobre implementos que fueron substraídos, siendo así que la pregunta no contiene la respuesta que usted acaba de dar en este interrogatorio? La contestación del declarante no podía ser más reveladora: "Doctor pues según comentario del departamento jurídico, hubo dos sustracciones de esas bodegas doctor". El deponente, como queda claro, hace referencia a un comentario en relación con un hurto que se presentó en unas bodegas donde ni siquiera él laboraba, tal como más adelante él mismo reconoció (fs.130).

Pero aún suponiendo en gracia de discusión que el hurto sí tuvo existencia, lo cierto es que esto en nada afectaría la estructura del peculado, que ya estaba consumado para el momento de cometerse el supuesto atentado patrimonial, como que la señora Gil Pedraza ya había sido desposeída de sus bienes desde el momento mismo en que la acusada, a sabiendas de ello, entregó éstos a u suplantador del secuestre, cuya identidad maliciosamente se ha negado a revelar, al insistir, contra toda evidencia, que los muebles sí quedaron en manos del secuestre designado, Sr. Carlos Julio Díaz Romero.

Por último, quiero destacar que de la misma actitud de la funcionaria condenada se puede deducir, sin hesitación alguna, que cuando entregó los bienes objeto de las medidas cautelares a un desconocido que ilegítimamente suplantó, con su consentimiento, al secuestre designado, lo hizo con pleno conocimiento y voluntad.

De no haber sido así, no habría ocultado la identidad del suplantador, para que entonces la señor Gil hubiera tenido al menos a quien reclamarle por sus bienes. Pero recuérdese que la acusada, por el contrario, siempre ha insistido, mentirosamente, en que los muebles los recibió el Sr. Díaz. Así se lo manifestó a la señora Gil y así lo ha sostenido en todas sus intervenciones procesales.

En estas condiciones, para mí no es posible admitir que la acusada sólo hubiera actuado con "el único fin de, a todo trance, llevar a cabo la diligencia de embargo y secuestro" y no con el de permitir la apropiación de los bienes, como lo sostiene la mayoría. Si un funcionario entrega unos muebles que han llegado a su poder por razón de sus funciones públicas, al reemplazo espurio de un secuestre debidamente designado y a sabiendas de esta circunstancia, y luego oculta la identidad de éste hasta el punto de que sólo como consecuencia de la investigación penal se puede descubrirla y se logra establecer el lugar en el cual durante algún tiempo dichos bienes se guardaron, para mi no queda duda alguna de que si no tuvo la intención directa y determinada de que el tercero desconocido se apropiara definitivamente de ellos, con seguridad, al menos, sí puede predicarse que al actuar de tal manera, aceptó que este resultado que era claramente probable, se presentara. Y si obró de esta manera, es innegable que su proceder fue doloso, así este dolo sea el denominado "eventual", por la doctrina.

Por estas razones no puedo compartir la decisión de la mayoría, pues en mi criterio la acusada debió ser condenada también como responsable del delito de peculado que dolosamente cometió, al entregar unos bienes al sustituto ilegítimo de un secuestre, con conciencia de ello, y negarse luego, empecinadamente, a revelar su identidad, que ella bien conocía, dando así lugar a la pérdida de éstos.

Guillermo Duque Ruiz.

Magistrado

PECULADO

(Salvamento Parcial de Voto)

Mucho encuentro que alabar en el salvamento de voto suscrito por los doctores Duque Ruiz y Mejía Escobar al identificar el supuesto de hecho que recoge el expediente con el tipo plasmado en el artículo 133 del C.P. (peculado por apropiación). Encuentro certero su análisis y exactas sus conclusiones. Y como todo lo que allí se dice coincide con lo que tenía en las mientes escribir no tengo opción distinta a la de sumarme a la opinión formada. Lo mismo es decir las cosas de un modo que de otro. Nada más.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Magistrado

RECURSO DE HECHO / CASACION

Contra el auto que rechaza la demanda de casación no procede el recurso de hecho. El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal determina que solo es viable contra los autos que deniegan el de apelación o el de casación.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobado Acta No. 68

Vistos

Se resuelve sobre la admisibilidad del "recurso de hecho" que interpone el defensor de la procesada MIREYA MELIDA JANETH PINZON, contra el auto por medio del cual se decretó el rechazo de la demanda de casación presentada, por no reunir los requisitos legales.

Argumentos del recurrente

Después de aseverar que hay violación de una norma de derecho sustancial por error en la apreciación de la denuncia, y que el verbo rector "arrebatar" que corresponde al delito de secuestro no fue afectado por la conducta de su poderdante, agrega:

"Ruego encarecidamente a los Honorables Magistrados, con el fin de unificar la jurisprudencia, casar la sentencia y absolver a mi patrocinada de los cargos que le han sido endilgados, por apreciación errónea de la prueba de denuncia instaurada por la querellante, al iniciarse el proceso.

"Además me baso en derecho, en el artículo 220 del C.P.P. numeral 1o., para solicitar lo acá pedido".

Luego de reiterar la petición de que se dicte un fallo absolutorio, manifiesta que en esos términos deja sustentado el recurso de hecho que autoriza el artículo 207 del estatuto procesal.

Consideraciones de la Sala

1o.- Para responder a la petición formulada basta recordar que contra el auto que rechaza la demanda de casación no procede el recurso de hecho. El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal determina que solo es viable contra los autos que deniegan el de apelación o el de casación.

En este caso el recurso de casación fue admitido oportuamente por el Tribunal Superior de Santa Fé de Bogotá, pero fue mal sustentado por el defensor, en cuanto la demanda presentada no se ajustó a los requisitos de forma establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

La inconformidad del demandante respecto al rechazo del libelo ha debido concretarla acudiendo al recurso de reposición y no al de hecho.

2o.- De otra parte, y como comentario adicional, es oportuno destacar que el abogado ignora la forma como se debe interponer el recurso de hecho, pues su memorial no tienen en cuenta el artículo 208 *ibídem.*

Y como para que no quede duda de su total desconocimiento sobre la materia, basta mirar que no tiene inconveniente en solicitar que su memorial se resuelva dictando sentencia absolutoria, decisión que es totalmente ajena a los fines de dicho recurso.

Por lo anotado en precedencia la impugnación interpuesta se debe inadmitir.

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

Resuelve

Inadmitir el recurso de hecho interpuesto por el defensor de la procesada MIREYA MELIDA PINZON DE VEGA, contra el auto por medio del cual se rechazó la demanda de casación y se declaró desierto el recurso.

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.

ACCION DE REVISION

Las exigencias formales impuestas al escrito por medio del cual se instaura la acción de revisión no son de iniciativa jurisprudencial ni doctrinaria sino de claro origen normativo, pues es la ley la que prevé el recurso, su competencia para tramitarlo, las taxativas causales bajo las cuales halla su prosperidad, y dentro de una regulación clara y sencilla, también la que señala en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal que la formulación se haga por escrito, y que en éste se cumplan aquellas exigencias sobre las cuales realizó la Sala sus análisis.

Por otra parte y reconociendo que se trata de un actividad seria, cuidadosa y especializada, ni siquiera se la dejó a la libre promoción del rematado, porque el artículo 233 exige que en tal sentido éste intervenga bajo el patrocinio de su defensor a quien ubica como su titular.

La exigencia de aquellos requisitos en el escrito de demanda tampoco pueden valorarse como de vacuo formalismo, porque si se consulta la naturaleza de la revisión no puede menos que reconocerse de su condición de acción extraordinaria encaminada a socavar la fuerza y firmeza de la cosa juzgada, la necesidad de que su formulación revista un mínimo de seriedad que corresponda con el respeto que merecen las decisiones finales alcanzadas después de culminar una amplia y garantista controversia.

La acción de revisión no apunta a modificar el grado de responsabilidad del acusado, ni el cuantum punitivo, ni los subrogados u otros puntos anejos y subordinados, sino a privar de valor la parte dispositiva penal completa de un fallo injusto ejecutoriado.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*
Aprobado por Acta No. 68

Vistos

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del condenado LUIS ERNESTO RUBIO VIVAS en contra de la providencia del 9 de marzo último, mediante la cual se inadmitió su demanda de revisión.

La providencia impugnada

Sobre las exigencias del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal examinó la Sala los requisitos formales de la demanda de revisión allegada dentro del presente asunto, detectado, como asi expresamente lo hizo notorio en la decisión motivo de recurso, que en ella descuidó el actor su deber de relacionar los fundamentos sobre los cuales descansa el reclamo respecto de las causales invocadas, y que además desatendió la imposición legal de allegar las pruebas encaminadas a demostrar los hechos base de su petición, tratando de suplirlas con copias informales.

Concretamente se puso de presente que los fundamentos de hecho y derecho no guardaban relación con las causales invocadas, pues en su mayor parte apuntaban a causales de casación o contenían una crítica genérica sobre la estimación probatoria contenida en la sentencia, razones y motivos ajenos a la acción de revisión, que con el agregado de no adjuntar las pruebas de sustento de la alegación, por fuerza obligaban su rechazo.

Respecto de la causal segunda de revisión no se propuso ni alegó un motivo que enervara la iniciación o proseguibilidad de la acción sino la atipicidad de la conducta, y ni siquiera como hecho novedoso o apoyado en prueba ignorada en los debates, y en subsidio de esa pretensión 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 alegables frente a causales diferentes de la invocada, como serian la tercera, la cuarta o la quinta de revisión.

En relación con la causal tercera se advirtió que de entrada era el propio demandante el encargado de prevenir que las pruebas sobre las cuales ver-

saría este debate carecían de novedad, pues se trataba justamente de aquellas que el acusado había invocado en su injurada, argumentando que los juzgadores las habían sometido a una valoración errada, cuando no las desestimaron pese a su pertinencia y conducencia, eventos indicativos de su conocimiento y debate dentro del proceso, donde fueron objeto de pronunciamiento.

La afirmación relacionada con la posible amenaza que el denunciante hiciera a unos testigos para que omitieran declarar en favor del doctor RUBIO VIVAS, finalmente, debió acusarse a través de la causal quinta no invocada en el libelo, por apuntar a la posible interferencia de la sentencia de condena a través del allegamiento de prueba falsa o deformada.

La impugnación

Para controvertir las razones de las Sala afirma el recurrente que su escrito de demanda cumple las exigencias de admisibilidad previstas en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, considerando que de conformidad con el artículo 235 -*ibídem*-, la formulación de esta clase de acciones no demanda una técnica especial como la impone la Sala en el rechazo decretado.

Aquellos requisitos se cumplieron en su integridad, las causales invocadas fueron debidamente fundamentadas, y las pruebas demostrativas de los hechos base de la petición se relacionan en forma clara. Además "se citan otras para que a través del medio de prueba trasladada se adjunten al mismo y las copias informales solo son indicadoras de la confrontación que se hará en un futuro de las originales y que tienen nexo causal en la pretendida demostración a través de la adjunción oficiosa que se pide a la misma sala de dicisión dentro de la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba".

Si la Sala no resuelve sobre esas pruebas, ellas se podrían aportar dentro del término probatorio establecido por el artículo 237, porque si "las copias simples aparentemente no tienen capacidad probatoria, en el evento que el Juzgador, estime la pertininencia y procedencia de las mismas, podrá incorporarlas conforme a las facultadas discrecionales otorgadas por la legislación penal".

Sostiene que la segunda causal de revisión no solo puede proponerse frente a los motivos de extinción de la acción enunciados en la decisión de recha-

zo, sino en cualquiera de los casos indicados en el artículo 232-2 *ibídem*, siendo por ello factible plantearla por la inexistencia del hecho, la inocencia del procesado, la atipicidad de la conducta o el concurso de causales excluyentes de antijuricidad o de culpabilidad expuestas en la demanda inadmitida, que sobre ese respecto contiene una sustentación indiciaria justificativa.

De la causal tercera dice que las pruebas a las que la demanda atribuye novedad la tienen por su falta de estimación como medios invocados para desvirtuar los cargos contra el procesado, pues por no haber sido controvertidas constituyen un nuevo medio de convicción que permite descartar la existencia del delito o acreditar eximentes de responsabilidad no considerados.

A lo anterior agrega el recurrente un motivo más de inconformidad, relacionado ahora con la decisión del juzgador que revocó la condena de ejecución condicional por el no pago de los perjuicios tasados en la sentencia, porque con esa decisión se viola el canon constitucional que veda la prisión por deudas, lo que hace de nuevo procedente la revisión para que "se permita al penado demostrar su inocencia".

Consideraciones de la Corte

En el mismo orden en que lo plantea el recurrente se refirirá la Sala a las razones de su inconformidad frente a la inadmisión de su demanda, lo que remite a la necesidad de aclarar primeramente que las exigencias formales impuestas al escrito por medio del cual se instaura la acción de revisión no son de iniciativa jurisprudencial ni doctrinaria sino de claro origen normativo, pues es la ley la que prevé el recurso, su competencia para tramitarlo, las taxativas causales bajo las cuales halla su prosperidad, y dentro de una regulación clara y sencilla, también la que señala en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal que la formulación se haga por escrito, y que en éste se cumplan aquellas exigencias sobre las cuales realizó la Sala sus análisis.

Por otra parte y reconociendo que se trata de una actividad seria, cuidadosa y especializada, ni siquiera se la dejó a la libre promoción del rematado, porque el artículo 233 exige que en tal caso éste intervenga bajo el patrocinio de su defensor a quien ubica como su titular.

La exigencia de aquellos requisitos en el escrito de demanda tampoco puede valorarse como de vacuo formalismo, porque si se consulta la natu-

raleza de la revisión no puede menos que reconocerse de su condición de acción extraordinaria encaminada a socavar la fuerza y firmeza de la cosa juzgada, la necesidad de que su formulación revista un mínimo de seriedad que corresponda con el respeto que merecen las decisiones finales alcanzadas después de culminar una amplia y garantista controversia.

No puede, entonces, admitirse el reclamo de que la Corte haya introducido o innovado exigencias técnicas por el hecho de poner en descubierto la inconsonancia entre las causales alegadas y los razonamientos ofrecidos en sustento, porque cuando el precepto del artículo 234-3 del Código de Procedimiento Penal le está exigiendo al demandante que precise la causal propuesta "y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya su solicitud", lógicamente presupone que la sustentación apunte a esa causal y no a otra, pues de no hacerlo así habrá dejado la invocada sin sustento y por lo mismo incumplido el requisito impuesto.

Así sucede respecto de la causal segunda de revisión, porque a diferencia de la interpretación que le ha dado el recurrente, ella no apunta a permitir que en esta acción extraordinaria se invoquen causales de preclusión de la instrucción ni cesación de procedimiento, sino al proferimiento de un fallo de condena sobre proceso "que no podía iniciarse o proseguirse", citando por vía de ejemplo la prescripción de la acción o la falta de querella para indicar que aquí se trata de las llamadas causales objetivas de improseguibilidad, de modo que si luego se añade que lo mismo opera "por cualquier otra causal de extinción de la acción penal", el dicho entendimiento no varía, pues si se miran los artículos 35 y 36 del Código de Procedimiento Penal podrá advertirse la diferencia que existe entre la extinción de la acción y las causales de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento, sin que el hecho de que aquellas den lugar a estas últimas medidas habilite para que unas y otras se confundan.

Tanto la atipicidad como las causales de justificación o inculpabilidad pueden dar lugar a precluir la instrucción o a cesar procedimiento. Pero una vez en firme la condena, ninguna de ellas se hace procedente, de modo que la alternativa de su alegación tan solo queda al amparo de la acción de revisión, es cierto, pero bajo la perspectiva de causales distintas de la segunda que en este evento se examina.

Y en cuanto hace referencia con la causal tercera, baste decir que las alegaciones en ella propuestas no constituyen otra cosa que la insistencia en

planteamientos fracasados en instancia, que por serlo, ninguna novedad asoman frente a la acción de revisión que se intenta, pues afirmación de no haber sido valorados unos testimonios por los juzgadores se desvirtuó enteramente en sede de casación donde la Corte le hizo ver al impugnante con trascripción de los apartes pertinentes que allí en los fallos se les analizaba, sin que la falta de credibilidad que ofrecían constituyera como se pretendía una omisión de su consideración, y en relación con los elementos que fueron rechazados como pruebas "impertinentes y manifiestamente superfluas" en dos instancias, no bastaba la sola afirmación de su trascendencia para llevar a la revisión del fallo en firme, sino que era preciso aportar su texto como lo exigía la disposición que se viene comentando, no de manera informal sino en calidad de medios probatorias, valga decir que con la seriedad que les exige el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, al cual han de atenerse las decisiones judiciales.

Sobre el particular es el propio recurrente quien admite no haber aducido las pruebas como se lo indicaban las normas de procedimiento, luego mal puede esperar que con la sola consideración de criterios muy respetables pero carentes de apoyo normativo, pueda la Sala desatender el texto expreso de la ley.

Finalmente y sobre el reproche que se hace a la decisión que dio efectividad de la sentencia por no pago oportuno de prejuicios, responderá la Sala que la acción de revisión no apunta a modificar el grado de responsabilidad del acusado, ni el cuantum punitivo, ni los subrogados u otros puntos anejos y subordinados, sino a privar de valor la parte dispositiva penal completa de un fallo injusto ejecutoriado, de modo que ante la improcedencia de la revisión para los fines que el actor enuncia, lo pertinente era optar por el rechazo de la demanda, como lo es ahora el mantener la validez de esa decisión.

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

Resuelve

NO REPONER la decisión impugnada, mediante la cual se inadmitió la demanda de revisión propuesta a nombre del sentenciado LUIS FERNANDO RUBIO VIVAS.

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.

DEMANDA DE CASACION

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal estatuye de manera clara los requisitos formales de debe reunir la demanda de casación cuya inobservancia acarrea su rechazo. Tales requisitos son: la identificación de los sujetos procesales y de la sentencia recurrida, una síntesis de los hechos que originaron la investigación y de la actuación procesal, la causal por medio del cual se pretende el fallo, indicando de manera clara y precisa los fundamentos de ella con las citas de las normas que el actor estime infringidas; y si son varias las causales invocadas, la fundamentación de cada una se hará en capítulo separado.

El parágrafo final del precitado artículo, autoriza al demandante para formular cargos excluyentes siempre y cuando lo haga separadamente y de manera subsidiaria.

La causal primera contempla dos situaciones. En la primera, existe una infracción directa de la ley sustancial, en donde no se discute el aspecto probatorio, sino que el ataque a la sentencia recae en la norma sustancial, ya sea por haber sido excluida, por haberse aplicado indebidamente o por habérsele dado una interpretación errónea. En la segunda, el conculcamiento de la ley sustancial es mediato, porque el yerro tiene su génesis en la estimación probatoria que conlleva al quebramiento posterior del precepto y se presenta, cuando el juzgador ignora la existencia de una prueba, o cuando la supone o tergiversa su contenido fáctico, haciéndole producir efectos que no se derivan de su contexto; o cuando el sentenciador valora una prueba allegada irregularmente a la actuación, o cuando le niega o le asigna un valor diverso al estatuido en la ley.

La causal segunda de casación se presenta cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, produciendo un desquiciamiento en la unidad lógica y

jurídica del proceso, ya sea porque el fallador desconoció el *nomen juris* imputado en la acusación, o porque deduce un cargo inexistente o ignora uno formulado.

En la causal de nulidad se incurre, cuando el juzgador comete un error in procedendo que compromete la validez jurídica del juzgamiento al socavar la estructura del proceso por violación de algunas de las garantías judiciales que contempla la preceptiva constitucional o legal.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobado Acta No. 067

Vistos

Corresponde a esta Sala de la Corte Suprema de Justicia resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el doctor Jorge Abdo Abuchar Barakat, en representación del sentenciado Dubian Alonso Parra Colorado, condenado como autor del delito de Hurto Calificado y agravado.

Hechos

El *a-quo* los resumió así:

"A las seis y media de la tarde del día 15 de enero del año que trascurre (1993) DUBIAN ALONSO PARRA COLORADO, en compañía de ALBERT ALEJANDRO URUEÑA TABARES, fueron capturados por la policía en la calle 26 con la carrera 65C sector de barrio Antioquia, en el momento en que se movilizaban en el vehículo tipo automóvil, marca Chevrolet Sprint, color blanco, de placas BBM 563, el cual había sido hurtado dos días antes, por dos personas, es decir, el 13 de enero a las dos y cuarto de la tarde en la carrera 80 con la calle 46, cerca del restaurante Sorba, uno de los personajes armado de revolver despojó a la señora Doris Correa Torres de Agudelo de las lla-

ves del mencionado automotor y de la suma de cuatro mil trescientos pesos.- Los depredadores huyeron con el vehículo y dos días después fue localizado en la forma como se relató al principio del párrafo".

La demanda

Inicia el libelo casacional con la identificación de los sujetos procesales que intervinieron en el proceso. Luego de hacer una breve reseña de la sentencia que pretende impugnar a través de esta vía extraordinaria, en el acápite que denomina "CARGOS", informa que acusa al fallo de instancia con base "en los numerales del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal", por cuanto la defensa ha sostenido que la conducta del procesado se adecúa al artículo 177 que contempla el Código Penal.

Estima el recurrente que para censurar una conducta ilícita es menester que la acción desplegada por "el sujeto activo se ajuste al tipo penal que se le imputa aparejado a esto viene la confrontación con las pruebas". Por ello, no basta la simple expresión de un agente de la Policía Nacional que señale a determinada persona como la autora de un determinado delito para dar por demostrado "la materialidad Ilícita de una conducta".

Advierte que su planteamiento defensivo lo sustenta con base en las diligencias de reconocimiento en fila de personas que se le practicó al sentenciado los días 22 y 29 de enero de 1993 y el 15 de marzo del mismo año, en donde éste no fue reconocido por los testigos que participaron en ella.

Trascribe apartes de la resolución de acusación en donde se afirma que tanto la señora que fue objeto del hurto como el dueño del supermercado se abstuvieron de reconocerlos "cuando en su momento se los presentaron, su hermana la señora Gloria Parra, sin proponérselo, lo dibujó e identificó plenamente cuando se le leyeron las descripciones que dentro de esta cartilla, se lograron recolectar".

Concluye el impugnante que no existe "persona que con plena conciencia haya vivido los hechos, atina con claridad a señalar a Parra Colorado como autor o copartícipe en el apoderamiento del vehículo de que fue víctima la señora Correa de Agudelo".

No entiende el demandante cómo la misma Fiscal reconoce tácitamente que el procesado no participó en los hechos y posteriormente, sin base científica, especule al afirmar: "Tendremos que argumentar...".

Se pregunta "Pero donde, están escritas las palabras que según la señora Fiscal describen, casi pintan a Dubian Alonso?

También advierte que no fue por temor como lo dice la representante del ente acusador que la denunciante no haya reconocido a su defendido, "sino que la persona que ella vio no atiende a las características morfológicas de Parra Colorado, para demostrar lo anterior se apoya en la constancia que dejo la misma funcionaria en la diligencia de indagatoria sobre la descripción que hizo del procesado.

Después de resaltar apartes de las declaraciones de la denunciante y de "Don Gerardo" concluye que existen evidentes contradicciones "no solo en cuanto a la vestimenta, sino también en cuanto a las características físicas de los autores del latrocinio".

El actor regresa a la transcripción que hizo de la resolución de acusación y e estima que la individualización que realizó Gloria Parra del procesado, fue porque ésta es su hermana y se refirió a las personas que encontraban detenidas, no por los asaltantes.

Sobre la expresión contentiva en el pliego acusatorio de que "Parra Colorado le confesó habérselo sustraído a una dama". arguye el recurrente que los testimonios que manifiestan esta situación, entre ellos, el del agente Ríos Moya, el cual afirmó que: "El dijo que se lo había robado en la floresta..." les fue dadc un inusitado valor probatorio al haberse estimado como confesión, con clara violación de las normas constitucionales y legales, pues no se "observaron "las reglas de la sana crítica" y mucho menos "los criterios para precisar el testimonio"".

Las declaraciones de Ríos Moya y Solorzano Moya son contradictorias entre sí, por lo que lo lleva a formularse varios interrogantes y a solicitarle a la Corte casar la sentencia, condenando al procesado Dubian Alonso Parra Colorado por el delito de receptación. "y en socorro, si la anterior solicitud no fuere de recibo, la Defensa solicita muy respetuosamente a los HONORABLES MAGISTRADOS, modificar la sentencia en la medida en que Dubian Alonso, pueda gozar de la condena de ejecución condicional, e incluso con la prohibición de residenciarse en Medellín".

En el capítulo que denominó "FUNDAMENTOS" considera como normas vulneradas los artículos 21 y 177 del Código Penal y el 247, 296 y 298 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal estatuye de manera clara los requisitos formales que debe reunir la demanda de casación cuya inobservancia acarrea su rechazo. Tales requisitos son: La identificación de los sujetos procesales y de la sentencia recurrida, una síntesis de los hechos que originaron la investigación y de la actuación procesal, la causal por medio del cual se pretende la infirmación del fallo, indicando de manera clara y precisa los fundamentos de ella con las citas de las normas que el actor estime infringidas; y si son varias las causales invocadas, la fundamentación de cada una se hará en capítulo separado.

El parágrafo final del precitado artículo, autoriza al demandante para formular cargos excluyentes siempre y cuando lo haga separadamente y de manera subsidiaria.

La anterior formalidad no es un simple capricho del legislador, sino que corresponde a la especialidad misma de la impugnación, pues la sede de casación no es una tercera instancia, en donde el libelista pueda enfrentar su propio y personal criterio, sin observar una lógica y un rigor especial en la demostración del error in procedendo o in iudicando de entidad mayúscula que lleve, fatalmente, a la ruptura del fallo.

La demanda debe ser construída de tal manera, que de su simple lectura, la Corte pueda entrar a su revisión por el camino que el mismo recurrente le ha señalado, pues de lo contrario, a la Sala, en virtud del principio de limitación, le estará prohibido suplir las deficiencias técnicas y las omisiones argumentativas del actor tendientes a demostrar la causal propuesta en el libelo.

Así las cosas, resulta fácil inferir que la demanda bajo estudio no reúne el requisito formal de invocar la causal por la cual pretende obtener la casación del fallo, habida cuenta de que el actor, en el acápite que intituló "CARGOS", afirma que "Procede en el presente caso la causal de casación consagrada en los numerales del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal", olvidando el demandante que cada causal de esta impugnación extraordinaria, tiene naturaleza y finalidad distinta.

Es así, por ejemplo, que la causal primera contempla dos situaciones. En la primera, existe una infracción directa de la ley sustancial, en donde no se

discute el aspecto probatorio, sino que el ataque a la sentencia recae en la norma sustancial, ya sea por haber sido excluida, por haberse aplicado indebidamente o por habérsele dado una interpretación errónea. En la segunda, el conculcamiento de la ley sustancial es mediato, porque el yerro tiene su génesis en la estimación probatoria que conlleva al quebramiento posterior del precepto y se presenta, cuando el juzgador ignora la existencia de una prueba, o cuando la supone o tergiversa su contenido fáctico, haciéndole producir efectos que no se derivan de su contexto; o cuando el sentenciador valora una prueba allegada irregularmente a la actuación, o cuando le niega o le asigna un valor diverso al estatuído en la ley.

La causal segunda de casación se presenta cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, produciendo un desquiciamiento en la unidad lógico y jurídica del proceso, ya sea porque el fallador desconoció el *nomen-juris* imputado en la acusación, o porque deduce un cargo inexistente o ignora uno formulado.

En la causal de nulidad se incurre, cuando el juzgador comete un error in procedendo que compromete la validez jurídica del juzgamiento al socavar la estructura del proceso por violación de algunas de las garantías judiciales que contempla la preceptiva constitucional o legal.

Por otro lado, el censor hizo consistir la labor argumentativa en un ataque a la resolución de acusación y no al fallo definitivo como era su deber, pues el recurso extraordinario de casación procede únicamente contra la sentencia de segunda instancia.

Para culminar sus yerro técnicos y como petición subsidiaria solicita a la Corte que modifique la sentencia para que el procesado se pueda beneficiar del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, sin haber presentado el cargo separadamente, como también era su deber.

En definitiva, en la demanda revisada no existe un planteamiento claro sobre una pretensión concreta, pues el actor dirige la demanda contra las apreciaciones probatorias del fiscal en la resolución de acusación, sin ningún soporte en las causales que de manera taxativa estatuyó el legislador para recurrir en el extraordinario de casación.

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

Resuelve

RECHAZAR IN LIMINE la demanda presentada por el doctor Jorge A. Abuchar B., en representación del procesado Dubian Alonso Parra Colorado, en consecuencia, se declara desierto el respectivo recurso extraordinario de casación.

Cópiese y devuélvase a la oficina 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.

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / CONDENADO /

De conformidad con lo previsto en el numeral 2o. del artículo 51 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y carcelario), corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, conocer "De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutoriado y ha hecho tránsito a cosa juzgada.

El permiso administrativo hasta de 72 horas, el otorgamiento de este beneficio es facultativo del Director del Instituto Penitenciario y Carcelario en relación con los condenados que reúnan los requisitos previstos por el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario.

Por tratarse de un sindicado es factible conceder permisos excepcionales "En casos de comprobarse enfermedad grave, fallecimiento de un familiar cercano o siempre que se produzca un acontecimiento de particular importancia en la vida del interno" (art. 139 *ejusdem)*, otorgamiento que corresponde decidirlo al funcionario de conocimiento, siempre y cuando el director del centro de reclusión garantice la debida vigilancia y seguridad del interno.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.*

Vistos

El procesado GERARDO ANTONIO PARDO GUATIVA quien se halla detenido en el Centro de Reclusión para miembros de la Policía Nacio-

nal en Facatativá, solicita el reconocimiento de 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.

Consideraciones de la Corte

Esta Corporación ante igual solicitud de PARDO GUATIVA, en providencia de 28 de junio del año inmediatamente anterior, dijo lo siguiente: "Como reiteradamente lo ha puntualizado esta Sala, la Corte solo puede atender peticiones relativas a la redención de pena, cuando deba pronunciarse sobre el beneficio de libertad provisional consagrado en el numeral 2º del artículo 55 de la referida Ley, o sea, para acreditar el requisito cuantitativo de la sanción a que se refiere el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de la pena impuesta, lo cual no se da en el presente caso, razón por la cual se abstendrá de considerarla."

Además, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 51 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, conocer "De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutariado y ha hecho tránsito a cosa juzgada.

No obstante el peticionario insiste le sea reconocida la rendición de pena, porque de lo contrario se le estaría negando la oportunidad de solicitar el permiso administrativo de las 72 horas, para lo que es requisito indispensable dicho reconocimiento.

En lo concerniente con el permiso administrativo hasta de 72 horas, el otorgamiento de este beneficio es facultativo del Director del Instituto Penitenciario y Carcelario en relación con los condenados que reúnan los requisitos previstos por el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, calidad que no tiene el solicitante, pues como ya se dijo, la sentencia proferida en su contra no ha hecho tránsito a cosa juzgada. Y, de otra parte, es claro que las autoridades carcelarias cuentan con la documentación pertinente en el caso que el señor PARDO GUATIVA pretende obtener el permiso sugerido. Asi mismo, por tratarse de un sindicado es factible conceder

permisos excepcionales "En casos de comprobarse enfermedad grave, fallecimiento de familiar cercano o siempre que se produzca un acontecimiento de particular importancia en la vida del interno" (art. 139 *ejusdem)*, otorgamiento que corresponde decidirlo al funcionario de conocimiento, siempre y cuando el director del centro de reclusión garantice la debida vigilancia y seguridad del interno.

Por lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, SE ABSTIENE de reconocer la redención de pena por trabajo que solicita el procesado GERARDO ANTONIO PARDO GUATIVA.

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.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / DEMANDA DE CASACION

Conviene recordar que esta causal de casación (incongruencia de la sentencia) se presenta cuando se rompe la congruencia que debe existir entre los cargos imputados en la resolución de acusación y la sentencia, encargada esta última de definirlos todos, condenando o absolviendo por ellos.

Si el fallador podía negar la participación del acusado en el hecho y absolverlo en consecuencia, también podía dar por demostrada esa participación pero dentro de un grado de menos compromiso penal.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobado acta No. 66, mayo 16/95

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de febrero de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a LUIS ALEJANDRO DELGADO MATEUS Y ALVARO LEONEL MORALES BETANCOURTH a 36 y 44 meses de prisión, respectivamente, por el delito de hurto.

Antecedentes

1.- En la madrugada del 14 de noviembre de 1991, Pedro Antonio Reyes conducía la tractomula de placas SB-6624 de propiedad de Guillermo Pulido Buitrago, cumpliendo el recorrido Buenaventura-Bogotá, cuando en el sitio denominado "Alto de las Canecas", muy cerca de la ciudad de destino, fue interceptado por un campero Toyota del que descendieron varios suje-

tos que lo encañonaron con arma de fuego y lo obligaron a subir a dicho vehículo, en el cual le dieron varias vueltas para finalmente abandonarlo en un sitio solitario, dejándolo vendado, amordazado, maniatado y en ropa interior. Los asaltantes se llevaron la referida tractomula y un "líquido para espumados" (polyol Thanol) que se transportaba en ésta, todo avaluado en más de 35 millones de pesos. Al día siguiente dicho conductor formuló la respectiva denuncia (fls. 2-1).

2.- El caso correspondió "en averiguación" al Juzgado 98 de Instrucción Criminal radicado en Fusagasugá, despacho ante el cual se solicitó el 9 de diciembre del mismo año, por el Jefe de la Sección de Antipiratería Terrestre, "la expedición de una orden de registro para la empresa metalúrgica Equinox, ubicada en la vía a Facatativá, kilómetro 19, ya que en ese lugar se encuentra un trailer tipo carrotanque, de color verde sin cabezote..., reconocido por su propietario el señor Guillermo Pulido. Es de anotar que las placas de identificación del trailer RO9037 fue retirada al parecer para impedir su identificación" (fls. 4-1).

Ese mismo día, el Jefe de la Sección Antipiratería Terrestre solicitó también, al citado Juzgado, la expedición de una orden de registro "de las bodegas de la empresa QUIMICOS HOSPITALARIOS, ubicadas en el kilómetro 19 vía a Facatativá, debido a que recibida una información que en dicho inmueble se encontraba parte de un líquido para espumados dentro de unos tambores y al constatar con el personal perteneciente a esta Sección, el celador de dichas bodegas manifestó que él había visto descargar ese líquido de un trailer color verde..." (fls. 5-1).

El 10 de diciembre, la Jefatura de la Sección Antipiratería Terrestre puso a disposición del Juzgado 98 de Instrucción Criminal a los señores Luis Alejandro Delgado Mateus y Alvaro Morales Betancourt, junto con el informe No. 476 de la misma fecha, en el que se da cuenta de las circunstancias que rodearon su aprehensión, así como del decomiso de un (1) trailer color verde y de 109 canecas metálicas de 55 galones c/u que contiene Polyol Thanol.

Dicho trailer, según el informe, fue hallado en la empresa Equinox Ltda., ubicada en el Municipio de Mosquera, adonde fue llevado para que lo arreglaran y le cambiaran de color por Luis Alejandro Delgado Mateus, quien tenía a su cargo la bodega No. 4 del conjunto Químicos Hospitalarios, en donde a su vez fueron halladas las 109 canecas de Polyol. Las citadas empresas se encuentran diagonalmente la una de la otra.

La información sobre la persona responsable del trailer y de la bodega en mención fue suministrada a los investigadores por los celadores que se hallaban de turno en las referidas empresas.

Localizado Luis Alejandro Delgado Mateus en el barrio Kenedy de Bogotá y notificado de que se requería su presencia para ser interrogado acerca de un ilícito, trató de sobornar al investigador ofreciéndole "vehículos y diferentes cantidades de dinero si lo dejaba ir", pero como no logró sus propósitos accedió a prestar colaboración a cambio de que lo ayudaran. Sostiene el informe que Delgado Mateus los condujo entonces a Alvaro Betancourth, de quien dijo ser la persona "que le consiguió el negocio para vender el trailer verde y el líquido Polyol Thanol, o sea este era el comisionista de la mercancía hurtada".

Luego agrega:

> "Según el señor Alvaro Morales, el cabezote de la tractomula se había llevado un señor que firmó un papel que anexo a este informe el cual dice en letra escript: PEDRO REYES con C. C. No. 19,205.477 de Bogotá, firmado en la parte inferior del respaldo del comprobante de entrega del producto hurtado. De esa situación se puede concluir:
>
> a.- Que el que firmó ese papel se trata del mismo conductor y se trata de un auto-robo.
>
> b.- Que el que firmó ese papel se trata de alguien que está suplantando al conductor y falsificó la firma con el fin de comprometerlo".

Termina el informe diciendo que en el piso de la bodega No. 4 de Químicos Hospitalarios se halló un papel en el que Luis Alejandro Delgado autoriza a un señor de nombre Francisco Jaimes para que retire de esa bodega 20 tambores o canecas de líquidos Polyol Tahnol y que cuando se encontraban realizando el decomiso de las canecas se hizo presente el señor Hernando León "quién figura como testigo en dicha acta, y quien me manifestó que el señor Luis Alejandro Delgado le había comprobado unas canecas X55 galones las cuales son las que él utilizó para guardar dicho líquido; el señor Hernando León, me facilitó una fotocopia de la factura la cual anexo a este informe" (fls. 7 y ss).

3.- El citado Juzgado abrió investigación y escuchó en indagatoria a los sindicados: Luis Alejandro Delgado Mateus dijo haberle subarrendado una

bodega a Morales Betancourth, para guardar un carro tanque y un producto directamente él, con autorización de Morales Betancourth, le había vendido a Francisco Jaimes 20 canecas por tres millones y medio de pesos, por el sistema de cruce de cuentas (fls. 61 y ss).

Alvaro Leonel Morales Betancourth, por su parte, dijo que el 14 de noviembre de 1991 (fecha del hurto, recuérdese) un desconocido lo contactó por teléfono y le puso una cita, ofreciéndole en venta 29.000 kilos de "poliuretano líquido", consultándole entonces él a su amigo Delgado Mateus, quien accedió a arrendarle una bodega en el Municipio de Mosquera, adonde el oferente (que se identificó como Pedro Antonio Reyes, nombre del denunciante) llevó al día siguiente el carrotanque. Dice además que él le exigió a Reyes que le endosara la correpondiente factura (fls. 85 y ss).

Finalmente, Pedro Antonio Reyes, denunciante que fue también vinculado mediante indagatoria (fls. 159 y ss), se mantuvo en los términos de su queja, afirmando ser enteramente inocente. Reconoce como suya la firma del comprobante de entrega del líquido Polyol Tahnol, que le fue entregado en Buenaventura (comprobante No. 66931 - fls. 34) pero tilda de falsa la que como de él aparece en el escrito de folios 35, en el cual está autorizando al procesado Alvaro Leonel Morales para "trasbasar" (sic) el líquido en cuestión.

4.- Se dictó auto de detención contra Morales Betancourth y Delgado Mateus, absteniéndose el Juzgado de hacerlo con respecto de Pedro Antonio Reyes (fls. 183 y ss - 1).

Se practicaron otras pruebas, entre ellas la diligencia de reconocimiento en fila de personas, en desarrollo de la cual Reyes no reconoció ni a Delgado ni a Morales como las personas que intervinieron en el hurto (fls. 10-2).

Clausurada la investigación se la calificó con resolución acusatoria por el delito de hurto calificado y agravado contra Morales Betancourth y Delgado Mateus, como coautores, y con reapertura respecto de Reyes, según auto de 13 de abril de 1992 (fls. 98 y ss - 2).

5.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá asumió la causa, practicó algunas pruebas, celebró audiencia pública (fls. 240 y ss-2), y dictó sentencia el 22 de octubre, de conformidad con la cual condenó a Morales Betancourth y Delgado Mateus a 44 y 36 meses de prisión, respectivamente, al considerar a este último como complice de la delincuen-

cia. Ambos procesados fueron condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios. A Delgado Mateus se le concedió la condena de ejecución condicional (fls. 390 y ss-2).

Apelada la sentencia por los defensores de los acusados, el Tribunal, mediante la suya que éstos recurrieron en casación, la confirmó, adicionándola en el sentido de expedir copias para investigar el posible delito de cohecho cometido por Delgado Mateus cuando fue aprehendido y ofreció dinero a sus captores.

La citada Corporación no compartió la tesis del fallador de primera instancia en el sentido de que Delgado Mateus era cómplice, pero no pudo extraer de ello consecuencia práctica alguna, ya que la Constitución Nacional (art. 31) impide agravar la pena cuando el condenado es apelante único (fls. 43 y ss-3).

Las demandas

Demanda a nombre de Luis Alejandro Delgado Mateus:

Bajo el título "violación de una norma de derecho sustancial en forma directa", trascribe el casacionista el artículo 259 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050/87), sobre aseguramiento de la prueba, y seguidamente dice:

> "A folios 9 frente del C. O., aparece el informe de la DIJIN en el literal b, del numeral 10 se lee: que el que firmó ese papel se trata de alguien que está suplantando al conductor y falsificó la firma con el fin de comprometerlo, para lo anterior y se está haciendo un examen de grafotecnia entre la letra de ese papel firmado y la firma que aparece en la denuncia formulada por Pedro Reyes, resultando que será informado mediante oficio posteriormente a ese despacho..." Ahí aparece la constancia de que el endoso de la factura de entrega que hace Pedro Reyes a Alvaro Morales fls. 34 y 35 C. O. -. Como se aprecia a los procesados se les tomó la muestra escritural para practicar la prueba grafológica a los mismos; tanto en la resolución de acusación como en la sentencia el a-quo y el ad-quem fueron partidarios de que las pruebas que faltaron por participar se podían hacer en la etapa probatoria del juicio. El *ad-quem* confirmó el fallo pasando por alto la grabe (sic) y flagrante violación al aseguramiento de la prueba al no exi-

gir de parte del funcionario de la DIJIN, que enviara el original de la factura de entrega al Despacho para poder practicar la misma; seguramente otro hubiera sido el resultado si esta prueba se hubiera podido practicar no se aplicó el texto 259 del C. de P. P. en perjuicio de mi podernante.

"Por las razones anteriores le solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Penal que revoque el fallo y en su lugar se ordene la reapertura de la investigación para que exija a los miembros de la DIJIN el documento para poder practicar la prueba que seguramente cambiará el resultado del proceso" (fls. 150).

Demanda a nombre de Alvaro Leonel Morales Betancourth:

Acusa el actor el fallo "por violación indirecta por error de hecho, con fundamento en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Como el anterior casacionista, se refiere al peritaje de grafología que no se practicó "pese a la reiterada insistencia de la defensa para que se aportara esta prueba de tanta importancia y su estudio grafológico se enviara a Medicina Legal con las muestras manuscritas tomadas a los procesados" (fls. 162-3).

Precisa en seguida:

"La sentencia impugnada ni siquiera citó el documento ni para referirse a él como prueba y menos para contestar nuestras peticiones en la audiencia de sustentación de la apelación. Se ignoró completamente.

"Tengo la convicción de que se trata de un "error determinante en el pronunciamiento del fallo, de manera que de no haberse producido, la sentencia se había dictado en otro sentido", como lo dice la Corte Suprema de Justicia (enero 17/84).

"Es un error notorio, protuberante, que campea a través de todo el expediente" (fls. ct.).

Cita como violados los artículos del Código de Procedimiento Penal que tienen que ver con las pruebas y sostiene que el error de hecho arguido es "por falta de apreciación" (fls. 163-3).

Luego afirma que los "hechos punibles no ocurrieron, no hubo apoderamiento por parte de Alvaro Leonel Morales de la mercancía (sic). Al recibirla, con la factura debidamente endosada por el señor Pedro Reyes suspende cualquier conducta dolosa de su parte. Esto se habría demostrado ampliamente y esa sería la conclusión, si el sentenciador toma en cuenta esta prueba y le da el valor que ordena el Código de Procedimiento Penal" (fls. 163-3).

Luego aduce otra causal de casación: "numeral 2º art. 220 C. P. P., "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación".

De conformidad con lo escrito por el censor, todo parece indicar que si el otro procesado fue llamado a responder como coautor del delito, no fue congruente el fallo al condenarlo en calidad de cómplice, toda vez que "después de la calificación ya citada, no se produjo ninguna modificación".

En seguida indica el casacionista: "Cargo y petición subsidiaria" (fls. 165), titulación bajo la cual asevera que se violó el debido proceso y que por ende existe la nulidad consagrada en el artículo 304-2 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto dice el impugnante:

> "Como lo manifestamos en la audiencia pública ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá el trámite de ésta se inició con base en el anterior Código de Procedimiento Penal, Decreto 050 de 1987. No obstante, el día de su inicio, 13 de agosto de 1992, ya estaba en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991. Esto llevó al Fiscal a solicitar nulidad del auto por medio del cual se fijó la hora y fecha para la celebración de dicha audiencia y se dispusiera, como lo ordenaba el nuevo Código "traslado para preparación de audiencia, art. 446".
>
> "Por otro lado, se estaba dando trámite a una solicitud de libertad de Alvaro Leonel Morales y por último había varias peticiones de la defensa para que se adelantara ante medicina legal la práctica de una prueba sobre un documento, factura y su endoso, visibles a folios 34 y 35, pedida incluso desde el comienzo de la investigación cuyo resultado cambiaría el rumbo no solo de la investigación y la calificación misma, sino la decisión final.

"En la audiencia para sustentar el recurso de apelación, celebrada el día 15 de enero de 1993, ante el Honorable Tribunal Superior, Distrito Judicial de Cundinamarca, solicité excarcelación de mi defendido, Alvaro Leonel Morales Betancourth, con base en el artículo 415, numeral 5° del Código de Procedimiento Penal. Así se hubiera calificado de improcedente, era obligación del Honorable Tribunal, dar respuesta a la solicitud.

"Considero, en último caso, que este cargo es suficientemente y demostrativo de las 'irregularidades sustanciales que existen y que afectaron el debido proceso', como para que se decrete nulidad" (fls. 165 y 166-3).

En esos términos, pues, solicita que se case el fallo, anotando que el error de hecho que propone inicialmente es "por falta de apreciación de una prueba que de haberse tenido en cuenta cambiaría sustancialmente el resultado" (fls. 116-3).

Alegato a nombre de la parte civil

En dicho escrito apreciatorio se afirma que lo relativo al endoso de la factura es una coartada de los procesados, quienes insertaron "el nombre del señor Reyes para evadir responsabilidad ilícita y decargar la misma en el conductor del vehículo asaltado, tanto así como, de esta forma confundir a las autoridades, como hasta la fecha lo ha hecho, con el auspicio de su defensor" (fls. 170-3).

Reitera que el referido endoso lo hizo Morales Betancourth y lo pretende imputar al denunciante Pedro Antonio Reyes.

Pide entonces que no se case el fallo.

Concepto de la Procuraduría

Con relación a la primera demanda anotada el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que "aparte de la pobreza argumental, es completamente confusa y sin sentido. Pese a que enuncia violación directa de la norma de derecho sustancial. La escasa argumentación envuelve al tiempo alegaciones propias de la vía indirecta y de nulidad no expresadas" (fls. 48 cuaderno Corte). Agrega que si se da "por entendido que el cargo es por la

senda de la violación indirecta, tampoco hay forma de acometer su estudio. El demandante no distingue el sentido del quebranto, esto es, si por error de hecho o de derecho en el análisis del caudal probatorio el fallador tuvo una visión equivocada de los hechos. Se conforma con presentar, dígase de una vez, una simple constancia en relación con lo que ha podido ocurrir en el tema probatorio del proceso de haberse contado con el 'original' de la factura endosada por Pedro Reyes al acusado Morales Betancourth" (fls. cit.).

Dice que la no práctica del peritaje echado de menos por el censor es alegación propia de la nulidad y que es más ostensible todavía "el desacierto cuando remata la alegación impetrando como solución a esos planteos la revocación del fallo y en su lugar se ordena (sic) la 'reapertura de la investigación". Inesperada como contradictoria la postura si como se sabe, fue la causal primera invocada.

Con respecto a la segunda demanda (cuyo primer cargo es fundamentalmente el mismo que hace el anterior impugnante), dice la Delegada con acierto: "es clara la inanidad del reparo" (fls. 49), pues si bien es cierta la ausencia en el proceso del original del documento del folio 35 (autorización de Reyes a procesado Morales para trasvasar el líquido hurtado), a éste se refirió "expresamente el fallador para destacar injustificada la procedencia y tenencia del material químico y el trailertanque en los procesados, pues a pesar de presentar Morales Betancourth 'el documento de transporte, es lo cierto que dicha guía le fue sustraída al conductor' en el momento del asalto" (fls. 49). Insiste la Delegada en que los procesados "fingieron el mentado endoso con la supuesta firma del conductor".

Por otra parte indica que, además, "fueron varios los indicios apuntalados en el fallo para deducir responsabilidad en los procesados recurrentes. La Delegada se remite al análisis que sobre el particular plasma el Tribunal en su sentencia a partir del folio 61 a 66, consideraciones probatorias que por no haber sido cuestionadas en ninguno de los libelos permanecen en su exacta dimensión. Bien se sabe que en casación es deber de los impugnantes combatir todas y cada una de las apreciaciones probatorios del fallo entratándose de un ataque por esta exigente vía de la violación indirecta de la ley sustancial" (fls. 49).

Acerca del segundo cargo de esta segunda demanda, dice que el casacionista no está legitimado para alegar en pro del acusado Delgado Mateus, pues aparte de no presentarlo, si éste "fue acusado como coautor y

pese a ello se le condenó como cómplice, no está legitimado para demandar ese interés, máxime si lo pretendido con la inconformidad advertida es para que se modifique la situación jurídica de quien sobre el punto guardó silencio y se le sancione con mayor penalidad" (fls. 49).

Por lo que concierne al tercer cargo, manifiesta que "su presentación se reduce a una simple constancia", ya que no controvierte las consideraciones que al respecto hizo el Tribunal para negar la nulidad impetrada. Copia la Delegada parte de esas consideraciones y opina que, en síntesis, las demandas no deben prosperar y por ende el fallo no debe ser casado.

Se considera

La Sala examinará primero la nulidad planteada por el casacionista a nombre del procesado Morales Betancourth en el tercer reproche. Ello lo impone el principio de prioridad. Luego abordará el cargo segundo de dicha demanda, la falta de concordancia entre la acusación y el fallo, y finalmente se referirá al "cargo" que contiene la primera demanda y al primer reparo del segundo libelo, por resultar sustancialmente iguales.

Sin embargo, antes de comenzar esas consideraciones la Sala debe advertir en torno de ambas demandas:

La primera ni siquiera enuncia la causal en que se apoya, y aunque dice que "violación a una norma sustancial en forma directa" (con lo cual podría pensarse que escogió el artículo 220-1, cuerpo 1o, C.P.P.), ni la más minima referencia hace al error que pudo haber cometido el fallador al interpretar la ley, al olvidarla o al suponerla. En cambio, fundamentalmente su alegación se reduce a quejarse de la no práctica o el no allegamiento de un dictamen grafológico, argumentación inherente a la nulidad por falta de pruebas, causal 3ª de casación, que no menciona el casacionista, aparte de que para su éxito hubiera tenido que demostrar la incidencia de ese elemento de juicio en el fallo, obligación que no cumplió.

Además, la referida demanda termina con otro error: el solicitar que como consecuencia de la casación, la Corte "reabra la investigación", petición del todo ajena a esta sede extraordinaria de cara a la violación directa expresamente invocada.

Cargo de nulidad (segunda demanda)

El Código de Procedimiento Penal o Decreto 2700 de 1991, empezó a regir el 1o. de julio de 1992, como lo manda claramente el artículo 1o. transitorio de dicha obra.

Este proceso fue recibido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito el 5 de mayo de 1992 (fls. 128-2), lo que implica que no se podía dar obedecimiento al traslado de 30 días que ordena el artículo 446 del precitado Código, procedimiento que echa de menos el actor. Esa norma, se insiste, aún no estaba en vigencia, por lo cual el nombrado juzgado cumplió con la ley, al abrir en ese momento procesal el juicio a pruebas, como se lo ordenaba el artículo 490 del anterior Código de Procedimiento Penal o Decreto 050 de 1987.

De otra parte, como la audiencia pública se inició el 13 de agosto del mencionado año, el proceso debía continuarse por el trámite correspondiente al nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991, art. 13 transitorio).

Cuando entró a regir el referido Decreto 2700, el Juzgado estaba practicando pruebas en la etapa del juicio y continuó debidamente con ello. Después, mediante auto de 22 de julio de 1992 (fls.204-2) de fijó fecha para audiencia pública. Antes de llegarse a este rito porcesal el porcesado Morales Betancourth solicitó la libertad provisional (fls. 229 y ss-2) y el Juzgado se la negó (fls. 233-2). Luego se dio comienzo a la diligencia de audiencia pública, en la fecha y hora proviamente señalada.

De suerte que en momento alguno ha habido la violación al debido proceso que arguye al censor. Así lo reconoció el Tribunal cuando en el fallo recurrido dijo que "el trámite realizado en vigencia de la ley anterior no puede resultar afectado por las nuevas disposiciones porque fueron cumplidos por la ley que los rigió" (fls. 55 y 56-3) y que "si bien se inició la audiencia estando corriendo los términos de notificación de la providencia que negó la libertad a Alvaro Morales, ello no era óbice para que se interpusieran los recursos que a bien se tuvieran, máxime si se tiene en cuenta que la vista pública se prolongó por varios días..." (fls. 57 -3).

Ante esa evidencia, es obvio que este cargo no salga exitoso.

Cargo segundo (segunda demanda)

Si a Delgado Mateus se le consideró en la resolución acusatoria como coautor, el abogado que en casación presenta al otro procesado -Morales Betancourth- de verdad que, como anota la Delegada, cacere de interés para proponer la nulidad con base en que finalmente fue condenado -Delgado Mateus- como cómplice. No se olvide que en caso de existir esa nulidad, la misma sería parcial y no afectaría, por tanto, sino al acusado Delgao Mateus, con relación al cual, se insiste, el casacionista a nombre del otro procesado es un extraño.

Conviene recordar que esta causal de casación se presenta cuando se rompe la congruencia que debe existir entre los cargos imputados en la revolución de acusación y la sentencia, encargada esta última de definirlos todos, condenando o absolviendo por ellos.

En el caso sub examine esta consonancia no se quebrantó en forma alguna. El procesado Luis Alejandro Delgado Mateus fue vocado a juicio para que respondiera por el delito de hurto (arts. 350 y 351), y fue declarado responsable y condenado por este mismo ilícito a la pena prevista en la ley.

Ahora, que el juzgado al momento de fallar, hubiera reflexionado sobre el grado de participación de este procesado en el delito, para calificarlo, benévolamente, de cómplice, y quitarle, por tanto, la calidad de coautor que se lo había imputado en la resolución acusatoria, es decisión en un todo ajustada a la ley y plenamente concordante con al acusación, pues diáfano resulta que si el fallador podía negar la participación del acusado en el hecho y absolverlo en consecuencia, también podía dar por demostrada esa participación pero dentro de un grado de menos compromiso penal. Si el fallo llegó a sorprender a este acusado o a su defensor, asunto que se ignora, fue por su lenidad, pero jamás porque hubiera desbordado la acusación que se le formuló.

Tampoco prospera el cargo.

Cargos únicos de la primera demanda e inicial de la segunda

Que no se haya allegado al proceso el peritaje en que insitió por varias veces el juzgador (fls. 8,13,57,65.2), deviene enteramente vano frente a la

naturaleza y términos del fallo impugnado. Esto, aparte de ser una evidencia procesal, en manera alguna fue desvirtuado por los casacionistas, que se contentaron con afirmar únicamente la ausencia de dicha prueba, desoyendo (aparte de las observaciones liminares que se hicieron en esta parte considerativa) la ineludible obligación de establecer la incidencia de la prueba echada de menos y el análisis de las que si se tuvieron en cuenta para condenar, a fin de darle a la Corte una nueva y distinta visión del panorama probatorio. Además, en casación está vedado referirse a esas alegaciones probatorias con "seguramente", "me da la impresión" o términos similares a los empeados por los aquí censores. Sobre la incertidumbre de los propios impugnantes resulta claro que la Corte tampoco tenga certéza para tomar la determinación que se le pide tan vacilantemente.

Sin perjuicio de lo dicho y para no dejar duda de la justeza de la sentencia impugnada, se transcribirán apartes de la misma:

> "Y es que resulta indiscutible que los incriminados realizaron comunitariamente y con división de trabajo el punible de hurto objeto de la investigación (cuautoría impropia), pues no otra cosa se infiere de la prueba testimonial, documental e indiciaria legalmente aporta a las diligencias y digna de credibilidad que pregona la existencia del propósito criminal preconcebido" (fls. 60-3).

Y líneas adelante se anota: "La declaración del Subteniente Grijalda, a la cual debe dársele credibilidad por su coherencia, claridad y contundencia, suministra prueba de los hechos de los cuales debe inferirse la coautoría, cuando afirma que Delgado le manifestó que su parte del 'negocio' era facilitar la bodega, lo que evidencia una real división de trabajo de todos los intervinientes que acordaron conjuntamente, la conducta que realizaría cada uno dentro del plan criminal, circunstancia que no puede descartarse con el argumento de que los incriminados no fueron reconocidos por el conductor como aquellos que directamente ejercieron violencia sobre él, ya que desde el inicio de la investigación se señalaron como partícipes que conjuntamente con otros que no se conocen, efectuando el comportamiento que se circunscribió a la etapa posterior a la del apoderamiento. Y es que los mismos incriminados quienes se conocían con anterioridad al día en que se sucedió el hecho, como lo asevera Luis Enrique de la Hoz (fls. 463), realizaron conjuntamente comportamientos tendientes primero a resguardar el bien objeto del ilícito y luego a comercializarlo para obtener provecho" (fls. 60 y 61-3).

Y luego prosigue la sentencia impugnada:

"Contraría el común discurrir de las cosas las explicaciones que sobre la posesión de los bienes hurtados suministraron los incriminados, pues tratándose del señor Alvaro Morales, quien se dedicaba a comerciar con artículos médicos. es inaceptable que pretenda aducir que un desconocido de nombre Pedro Reyes le entregó en consignación una sustancia química depositada en un trailertanque, cuyo contenido ni siquiera había analizado y del cual se desconocía el nombre del producto. Nótese además que el polyol tenía un valor superior a los $22'000.000.oo y este incriminado ni siquiera constató con las autoridades policiales su legalidad. Nadie en condiciones normales entrega mercancía por suma tan elevada a una persona que no conoce y mucho menos sin contraprestación económica de ninguna clase.

"De otro lado, teniendo como tenían los incriminados en su poder tanto el polyol como el trailertanque, no lograron justificar de manera alguna su tenencia y menos su legal procedencia, porque a pesar de portar Alvaro Morales el documento de transporte (fls. 34) es lo cierto que dicha guía le fue sustraída al conductor del carrotanque Pedro Reyes al momento de consumarse el hurto, lo cual indica la relación de causalidad entre su comportamiento y el resultado finalmente obtenido.

De otro lado, los dos se muestran contradictorios en cuanto a la fecha de celebración del contrato de subarriendo y a su canon y Delgado faltó a la verdad en relación a (sic) la forma de pago del arrendamiento de la bodega (fls. 271). Sim embargo, logró dilucidarse con la declaración de Víctor Hugo Morales que la citada bodega se entregó el 15 de noviembre y ese mismo día llegó el producto hurtado, tal y como lo acepta en ampliación de injurada Delgado Mateus (fls. 274) quien además da cuenta de que a pesar de esta circunstancia el contrato de subarriendo se elaboró el 26 de noviembre y su finalidad era guardar el trailer.

"Considera la Sala que constituye indicio grave, el hecho de tomar en arrendamiento un inmueble el mismo día en que se esconde allí la mercancía ilegalmente adquirida, pues a pesar de que se dijo y roboró (sic) que se había hablado con antelación del mencionado contrato, ello no descarta la finalidad para la cual se hizo.

"Otro hecho indicativo de la mancomunada acción se desprende de la circunstancia narrada por Javier Alonso Valencia (fls. 375), quien refiere que a mediados de noviembre Alejandro Delgado dio orden de descargar el producto y esa conducta fue realizada por Morales y otros señores. Igualmente Delgado Mateus quien a pesar de negar conocer la procedencia ilícita del producto y su participación, realiza conductas inequívocamente dirigidas a demostrar actos de señor y dueño, como quiera que quien autoriza para sacar de la bodega tambores que contenían la sustancia hurtada (fls. 10 y 20) y solicita a nombre de construquímica cotización a Equinox no sólo para reparar el tanque sino para cambio de color (fls. 349 y 128), no pudiendo decir que fue sin su consentimiento pues él mismo acepta que lo hizo ante la perspectiva del ofrecimiento de $150.000.oo y además se corrobora con la lectura de la respectiva certificación donde dice que la cotización se solicitó por Alvaro Morales, pero se envía a Construquímica.

"Además es muy significativo lo afirmado por Delgado (fls. 273) cuando dice que no concordaban las referencias del producto que llevó a los señores de Espum Latex, pues ello no significa cosa diferente al total desconocimiento de los procesados de la naturaleza del mismo en razón de que no había llegado a sus manos por medios lícitos; y sin embargo a pesar de ésto es el propio Delgado quien entrega a Francisco Jaimes 20 canecas de poliuretano para pagarle una deuda personal.(fls. 299).

En este orden de ideas, puede la Sala afirmar que fue clara la participación de Morales y Delgado en la comisión del punible de hurto calificado y agravado pues no otra cosa se infiere del caudal probatorio obrante en autos, el cual se analizó a la luz de la sana crítica, pues de él se desprende claramente que Morales fue quien llevó el tanque de polyol inmediatamente después del apoderamiento a la bodega que había arrendado oportunamente Delgado, a quien conocía con anterioridad. Y ambos realizaron como se vió conductas tendientes a la distribución, pues Delgado fue quien consiguió las canecas para transportarlo y lograr así su venta y envió la grúa para remitir el tanque a Equinox; así lo afirma Javier Valencia (fls. 381)" - fls. 62-63-.

Claro se ve, pues, que los casacionistas no demostraron la trascendencia de la prueba grafológica omitida, ni tampoco desvirtuaron los elementos de

juicio que tuvieron en cuenta los juzgadores para emitir la sentencia impugnada, motivos que determinan la desestimación de este censura.

La sentencia impugnada, por tanto, permanecerá incólume.

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

NO CASAR la sentencia impugnada.

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 Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / PERITO / HOMICIDIO

Las pruebas sobre presanidad y muerte de la víctima y las causas que determinan su deceso no se hallan sometidas a la exigencia de un medio especial para su acreditación ni a una tarifación que haga prevalentes unos medios sobre otros.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobado por Acta No. 68

Vistos

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado FIDENCIO YELA VALLEJOS en contra del fallo del Tribunal Superior de Pasto de fecha 15 de junio de 1993, que confirmó la sentencia condenatoria del Juzgado Penal del Circuito de Túquerres, mediante la cual se impusieron a FIDENCIO y GERARDO YELA las penas de 16 años prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por "tiempo igual al de la pena principal" y la prohibición de consumir bebidas embriagantes por un lapso de 5 años, lo mismo que la obligación de indemnizar los perjuicios causados con el delito de homicidio agravado por el fueran condenados.

Hechos y actuación procesal

A primeras horas de la noche del 22 de enero de 1990 concurrieron a la casa de Tránsito Díaz Vda. de Jurado y Graciela Jurado Diaz localizada en la vereda "La Floresta", comprensión del Corregimiento "Providencia" en el Municipio de Túquerres, el pretendiente de ésta Antonio F. Zambrano Espinosa y sus invitados GERARDO YELA ANDRADE y FIDENCIO YELA VALLEJOS, con el próposito de consumir un galón de "guarapo" que

llevaban como provisión. Siendo ya cerca de las diez y treinta, se escucharon unos ruidos, coincidentes con la momentánea ausencia de FIDENCIO y al tratar de establecer su origen Tránsito descubrió un daño en la pared de bahareque de su casa, lo que llevó al reclamo por parte de Zambrano a sus acompañantes, increpándoles su "mala intención". GERARDO replicó que si culpaban a su sobrino él también iría, hiriendo de una vez al reclamante con un arma cortopunzante, ofensa que FIDENCIO apoyó dándole a ZAMBRANO de machetazos y patadas que causaron su deceso al pie de un trapiche.

Con base en el levantamiento del cadáver practicado por el Inspector de Policía del Corregimiento, y algunas diligencias preliminares previamente ordenadas, el Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal de Túquerres abrió la investigación y la adelantó hasta el proferimiento de la resolución acusatoria de abril 7 de 1992, imputando a los sindicados el cargo de homicidio.

Todavía en vigencia del Decreto 050 de 1987 correspondió la causa al Juzgado Tercero Superior de Pasto, adelantando la práctica de pruebas, y el regir más tarde el Decreto 2700 de 1991 el expediente pasó por competencia al Juzgado Penal del Circuito de Túquerres que avocó el conocimiento y le dio el trámite indicado en el artículo 446 de ese estatuto.

El nuevo traslado transcurrió sin manifestación de los sujetos procesales, pese a lo cual dispuso el juez la práctica de nuevas pruebas, evacuadas antes de la diligencia de audiencia.

Cumplida la vista pública, se profirió el fallo de condena por el delito de homicidio agravado por el empleo de servicia, imponiendo las penas ya anotadas y el deber de indemnizar perjuicios, estimados los materiales en 400 gramos oro, y en 100 gramos del mismo metal los de índole moral.

Inconforme el defensor del acusado YELA VALLEJOS con la decisión de primer grado interpuso el recurso de apelación, pero el Tribunal Superior de Pasto confirmó aquella decisión, dando lugar ahora a la interposición del recurso extraordinario bajo la iniciativa del mismo inconforme.

La demanda

Con apoyo en el artículo 220-1, segundo insico, del Código de Procedimiento Penal, anuncia el censor la formulación de un primer cargo, que a la postre es único, acusando la sentencia como "violatoria de una norma de derecho sustancial proveniente de errónea apreciación de las pruebas".

Recuerda el actor que al médico legista le fue imposible establecer la causa de la muerte de Antonio Fidencio Zambrano Espinosa a través de la necropsia, porque cuando se practicó, cinco meses después de sucedido el deceso, ya el cadáver presentaba un avanzado estado de descomposición.

Pese a ello, el Tribunal da por demostrada la materialidad del delito basándose en un concepto previo donde el mismo perito, con fundamento en el levantamiento, había afirmado que las heridas con arma cortopunzante fueron las causantes de la muerte al producir choque hipovolémico. Este concepto a juicio del casacionista no es válido por apoyarse en la diligencia de levantamiento y el dicho de quienes auxiliaron al Inspector de Policía, pero no en el examen del cadáver, así que

> "El Honorable Tribunal, se encuentra en el error de dar veracidad plena, convicción absoluta en la demostración del aspecto material del delito, a una prueba que en la misma se dice que es inadecuada e incompetente para establecer la posible causa de la muerte de... y lo que es más grave el error, al igualar la prueba del testigo a la del perito".

Otro error de igual naturaleza se adjudica luego al ad-quem al valorar la ampliación de indagatoria rendida por FIDENCIO YELA, cuando en uso de su derecho de defensa atribuyó a su tío GERARDO la autoría de la infracción, y al menospreciar el testimonio del guardián Eduardo Mera Benavides, confidente del último nombrado, quien afirmó haberle oído a GERARDO que era él el responsable de la muerte de Zambrano, y que FIDENCIO nada tanía que ver en ello.

El Tribunal, dice el casacionista, le restó crédito al indagado considerando que de ser verdad su exculpación debió manifestarla desde un comienzo, pero además porque la desmentían las afirmaciones de Tránsito Díaz de Jurado y María Graciela Díaz, preferidas al testimonio del guardián Mera Benavides, ese si desinteresado y vertido por un empleado oficial. Se incurre de ese modo, añade, en apreciación equivocada, si se tiene en cuenta que la indagatoria no es prueba contra del procesado sino un medio de defensa al que se puede recurrir cuantas veces lo desee, adicionando que el Tribunal olvida la existencia en el proceso de intereses contrapuestos entre los procesados, pese a los cuales permanecieron asistidos por el mismo abogado.

Estas dos pruebas, sostiene el censor, eran bastantes para concluir que no fue FIDENCIO YELA el autor de la muerte a Zambrano Espinosa, pero

indebidamente apreciadas por el Tribunal, llevaron a confirmar la sentencia adversa del Juzgado del Circuito.

Tras mencionar como preceptos violados los artículos 29 de la Constitución, 1o., 20 y 35 del Código Penal, 1o., 2o., 333, 247, 254, 249 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el actor pide a la Corte que case la sentencia y en su lugar profiera el fallo de reemplazo.

Concepto del Ministerio Público

Para el Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la omisión en la demanda del sentido de la violación, sea por falta de aplicación, aplicación indebida o porque se incurrió en error de hecho o de derecho, se refleja en falta a las exigencias técnicas propias de la casación.

No obstante, ingresando en el análisis de los reproches sobre los que versa el recurso, halla que al no existir una tarifa deben interpretarse referidas las censuras a la valoración que de las pruebas hizo el juzgador, labor que por hallarse sometida a la libre apreciación, y regulada por el principio de la sana crítica, se satisface en la observancia de los principios de lógica y objetividad que pueden dar como resultado una interpretación distinta de la del censor, como lo ha dicho esta Sala en fallos como el de agosto 4 de 1992.

La exclusiva mención de la infructuosa diligencia de necropsia como génesis del error, cuando dentro de la enumeración probatoria que hace el Tribunal en la sentencia es apenas la de uno de los distintos elementos de juicio relacionados con el tema, y no el determinante, que en este caso lo fue el dictamen del legista emitido sobre las verificaciones del acta de levantamiento, corroboradas por lo testimonios veraces y espontáneos de Tránsito Díaz de Jurado y su hija María Graciela, es además un planteamiento deficiente que desconoce el principio de libertad probatoria establecido por el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal y mucho menos demerita la certeza a que llegó el juzgador por otros medios.

A las anteriores se suman las consideraciones del a-quo en respuesta a la objeción de la defensa sobre no acreditación del aspecto objetivo del delito, que le permitieron acudir al acta de levantamiento del cadáver y los testimonios de las personas que en esa labor colaboraron como peritos, para encontrar un mecanismo supletorio válido para establecer la causa de la muerte de Antonio Fidencio Zambrano. El reproche resulta infundado al no

advertirse la existencia del error de hecho que permita desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia.

El alegado error sobre valoración de la versión del indagado en ampliación de injurada, está basado en afirmaciones faltas de seriedad, porque al sostener que al procesado se le debe creer por tener en su versión un medio de defensa, es pretender que la ampliación de indagatoria es una prueba tarifada capaz de arrasar con cualquier otra evidencia procesal.

Y en relación con la irregular representación del procesado por el mismo defensor de GERARDO YELA pese a sus intereses contrapuestos, después de la ampliación de su injurada, estima el Procurador que como cargo se debió plantear de modo independiente y subsidiario, según lo establecido por el inciso final del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, invocando como correspondía la causal tercera de casación y no el cuerpo segundo de la causal primera, sin olvidar su necesaria demostración.

Por último observa la Delegada que al imponerse la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la principal, los juzgadores excedieron el límite superior de los 10 años fijados en la ley, incurriendo con ello en un error sobre la legalidad de la pena que oficiosamente debe corregir la Corte casando parcialmente la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Tiene razón la Delegada en su concepto al criticar por deficiente la presentación de la demanda, y más precisamente al omitirse en ella el sentido de la violación, pues el censor no permitió saber si aquella violación que acusaba se dio por falta de aplicación del precepto invocado o por su aplicación indebida, y así pudiera ello inferirse, calló, pese a invocar la vía indirecta, si el error aducido era de hecho o de derecho y ante esa alternativa, si lo alegado era un falso juicio de existencia por suposición u omisión de pruebas o un falso juicio de identidad, o si mas bien la alegación se enderezaba hacia un falso juicio de legalidad o uno de convicción.

Pese a la relevancia del vacío, una aproximación a los motivos sobre los cuales reposa la censura, solo conduce a descubrir la sinrazón de lo alegado, pues frente a cada uno de los esgrimidos vuelven a acumularse las deficiencias del enervamiento:

Así, por caso, cuando el casacionista se refiere a la necropsia para afirmar su insuficiencia en la demostración del cuerpo del delito, hace caso omiso de

la advertencia contenida en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto el primero preceptúa que los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios pueden acreditarse con cualquier medio probatorio, y en el segundo se precisa que las pruebas se apreciarán en su conjunto y de acuerdo con la sana crítica.

Las pruebas sobre presanidad y muerte de la víctima y las causas que determinan su deceso no se hallan sometidas a la exigencia de un medio especial para su acreditación ni a una tarifación que haga prevalentes unos medios sobre otros, de modo que ni remotamente podría acogerse la objeción del demandante, cuando en el fallo hizo notorio el Tribunal que sobre los elementos externos del delito coincidían el acta de levantamiento del cadáver y el reconocimiento del occiso describiendo las múltiples heridas recibidas con "machete y cuchillo", la diligencia de exhumación y necropsia practicada por el instructor y el legista, el informe suscrito por este perito al folio 125 y su concepto forense del folio 96, lo mismo que el certificado de registro de defunción y la prueba testimonial que describió el estado de normalidad y salud del ofendido previo a la agresión mortal de que se le hizo víctima.

Es de advertir que en el caso propuesto el tiempo transcurrido entre la muerte y la prosección del cadáver (cinco meses) explicaba con la evolución de la descomposición del cuerpo de la víctima la pérdida de importante información sobre el efecto de las heridas recibidas, según lo advertía el legista, pero esa situación irreversible no obstaba para que otros medios permitieran conocer, como en efecto sucedió, la relación causal entre la agresión descrita y la muerte de Antonio Fidencio Zambrano Espinosa.

A ese respecto las narraciones de las testigos Tránsito Díaz de Jurado y María Graciela Jurado Díaz que presenciaron a escasos cuatro metros el desenvolvimiento de los hechos, no habían podido ser más informativas y patéticas sobre lo sucedido:

> "Era un cuchillo largo -dice la primera-, no me di cuenta de que color... lo que sí me dí cuenta es que lo sacaba lavadito de sangre cada vez que se lo metía a Fidel Zambrano".
>
> "Desde que lo tiraron al suelo y ahí lo acabaron de cortar el finado ni gritó no dijo nada, cuando se fueron esos tipos el finado medio roncaba pero parecía que era agonizante... Le causaron muchas heridas... y estaba lavadito en sangre de la cabeza a los pies". -Afirma la segunda-.

En esta narración no asoma distanciamiento alguno con el dictamen del perito, asistido de la descripción que plasma el acta de levantamiento de cadáver, como lo expuso en el escrito donde advertía la dudosa utilidad de la tardía necropsia, y en el que se lee como "en este caso y después de leer el proceso... podemos deducir la causa de la muerte y su nexo de causalidad con las lesiones... 1. -Anemia aguda por 2. -choque hipovolémico por 3. -heridas múltiples causadas por arma cortopunzante".

Tampoco era éste uno de esos casos donde la muerte sobreviene luego de transcurrido un tiempo relevante de días o meses desde la agresión, y en los que se hace necesario establecer científicamente si en el deceso intervinieron factores diferentes como el descuido médico o un tratamiento inadecuado. Aquí en la noche de los hechos la acción gestó un resultado inmediato, inequívoco, percibido y narrado por quienes estaban en capacidad de observarla desde el momento en que surgió el conflicto hasta cuando la víctima fallece.

Así lo interpretaron los juzgadores en sus fallos previo el análisis conjunto de los plurales medios probatorios, y frente a esa diversidad de evidencias relevantes, frágil resulta el insular ataque a una sola prueba que nunca fue tenida como determinante.

Del otro extremo, en el reproche a la estimación judicial de la ampliación de injurada del acusado YELA VALLEJOS y el concordante dicho del Guardia de la Cárcel de Túquerres señor Eduardo Mera Benavides, aquel error de apreciación que se predica, no ofrece en la forma aislada como se presenta la trascendencia requerida para desquiciar la prueba sobre la cual reposa la sentencia impugnada. Si de un falso juicio de identidad se trata, la distorsión o tergiversación objetiva de su contenido no se probó por parte del casacionista, sin que sea su criterio discrepante frente al del juzgador válido fundamento del ataque, que nuevamente se debió enrumbar a la totalidad de elementos que sostiene el fallo de condena.

Si para el Tribunal el capital motivo de desatención para la sobreviniente excusa de inocencia de FIDENCIO YELA radicaba en su oposición al dicho de la testigo Graciela Jurado Díaz, y en cuanto a la versión del guardián Mera Benavides en la preferencia de las testigos presenciales cuya espontaneidad e imparcialidad sobrepasa un testimonio de oídas y referencial del dicho interesado del co-procesado y tío del recurrente, claro se ve que en ese análisis no existe ni desconocimiento del contenido de las versiones de favor

ni mucho menos una deformación de su sentido, sino tan solo un válido y lógico análisis, propio y privativo del juez del conocimiento, al cual se le concede la función de sopesar con sana crítica los medios aducidos al proceso.

Falla de nuevo la demanda porque con la parcialidad de su ataque deja enhiestas las pruebas que ante el fallo mayormente comprometen la responsabilidad del acusado, como diáfanamente se desprende de la versión de la testigo Graciela Jurado:

> "... el Gerardo sacó el cuchillo le pegó un empujón al finado... y le dió una cuchillada en el pecho, entonces el finado se trato de defender con la ruana parecía que en ese momento no lo cortó, entonces el finado se corrió para allá a un trapiche... y el GERARDO YELA y FIDENCIO YELA VALLEJOS lo persiguieron a toda carrera atrás y lo alcanzaron en el trapiche y el Gerardo le siguió dando cuchilladas... y el Fidencio Yela Vallejos le metía patadas, entonces como el Fidencio Yela tenía una peinilla le daba también con la peinilla y patadas o punta pies hasta que lo tumbaron al suelo al finado Zambrano, luego ahí caído le seguían metiendo los dos el Gerardo... cuchilladas y el Fidencio... peinillazos y patadas, lo picaban sin pena, el Gerardo sobre todo lo picaba por el cuello y por el pecho como por el corazón y juntos con el otro también lo cortaba con la peinilla el Fidencio Yela, pero el herido no gritaba ni nada, es que eso fue todo rápido, el uno y el otro le tegieron los cortes rápido, rápido".

Frente a esta narración, no impugnada por el casacionista, muy poco podía pesar la voz del acusado, por él mismo ya rectificada cuando ante el peso de las evidencias tan solo acierta a explicar que actuó "para quitarle el machete al finado, no nos estaba atacando sino que yo se lo quité, por eso pido que el concepto médico debe establecer que no tuvo heridas si no las de puñal... el machete lo dejé en unas plantas, en el filo de la casa".

No demostró el casacionista los errores que defectuosa y frágilmente insinuaba, y ello deriva en que su demanda no pueda prosperar.

De modo marginal se insinúa en el único cargo del libelo que pese a la existencia de opuestos intereses entre los procesados, fue uno mismo el abogado que los defendía, lo que fue en desmedro de su derecho de defensa.

Como acertadamente responde la Procuraduría, de haber tomado en serio su reparo, era deber del demandante formalizar ese aserto en cargo separado, bajo la invocación de la causal de nulidad que le correspondía, señalando las normas vulneradas, las garantías desconocidas y la trascendencia del defecto, todo lo cual quedó omitido, sin que para la Corte asome en subsidio la demostración palpable de esa restricción o desconocimiento al punto de llevarle a una oficiosa anulación, pues lo que surge de la comparación de las versiones de los procesados en su persistente concordancia en las excusas, acusando primero uno y otro que el consumo de bebidas les impedía recordar lo sucedido, y propiniendo luego los dos de nuevo y de consuno, que tan solo GERARDO se comprometía en la autoría del ataque.

Tan pronto iba iniciarse el juicio, FIDENCIO YELA designó para si otro defensor que lo asistió activa y exclusivamente en la etapa de la causa, luego sin que el censor demuestre de qué manera pudo perjudicarse el interés de su representado, su sola insinuación no autoriza la invalidación de lo actuado.

Pese al fracaso anunciado de la demanda, atendible resulta la solicitud de la Procuraduría Delegada para que la Corte subsane de oficio el yerro en que incurrieron las instancias al imponer las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la principal (16 años), porque al hacerlo excedieron los límites legales que para esa sanción se fijan no superiores a diez años (artículo 44 del Código Penal).

Siendo una garantía fundamental la de legalidad del delito y de la pena, obvia resulta la necesidad de corregir el yerro cometido para ajustar la sanción accesoria al límite de ley, opción que en casación le ha sido dada oficiosamente a la Corte por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, precisamente en guarda del restablecimietno del derecho fundamental previsto en el artículo 29 de la Carta Política. En tal sentido se procederá.

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 por las razones anotadas, la demanda de casación interpuesta a nombre del acusado FIDENCIO YELA VALLEJOS, y

SEGUNDO: CASAR PARCIAL Y OFICIOSAMENTE el fallo impugnado, reduciendo la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a GERARDO YELA ANDRADE y FIDENCIO YELA VALLEJO al máximo legal de duración de los diez (10) años, manteniendo en lo demás sin modificaciones la sentencia recurrida.

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.

COLISION DE COMPETENCIA / JUSTICIA PENAL MILITAR

Dada la naturaleza, características de la función y la disciplina propia de la fuerza pública,quiso el constituyente, de manera excepcional, que el conocimiento y juzgamiento de las conductas delictuales de sus miembros, fuera por una justicia especial.

Por ello, el artículo 221 de la Constitución Nacional establece que las cortes marciales o tribunales militares conocerán de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública (art. 216 ibídem) en servicio activo y en relación con él, según las prescripciones del Código Penal Militar.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta No. 68

Se pronuncia la Sala sobre la "colisión negativa de competencias" surgida entre el Juez 80 de Instrucción Penal Militar de Rioacha, Departamento de Policía Guajira, y el Fiscal Segundo de la Unidad Especializada de la misma ciudad, en el proceso que por el delito de peculado culposo se adelanta contra el ex-Agente de la Policía Nacional PEDRO ENRIQUE TATIS ARAUJO.

Se considera

1.- De conformidad con el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, la Corte Suprema de Justicia conoce "de los conflictos de competencia que se suscriten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República".

2.- En el presente caso, dentro de la investigación que se adelanta contra el ex Agente de la Policía Nacional Pedro Enrique Tatis Araujo, se planteó "colisión negativa de competencias" entre el Juez 80 de Instrucción Penal Militar de Rioacha y el Fiscal Segundo de la Unidad Especializada de la misma ciudad.

Dada la naturaleza, características de la función y la disciplina propia de la fuerza pública, quiso el constituyente, de manera excepcional, que el conocimiento y juzgamiento de las conductas delictuales de sus miembros, fuera por una justicia especial.

Por ello, el artículo 221 de la Constitución Nacional establece que las cortes marciales o tribunales militares conocerán de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública (art. 216 *ibídem)* en servicio activo y en relación con él, según las prescripciones del Código Penal Militar.

Así entonces, como es claro que el conflicto aquí surgido es entre funcionarios de diferentes jurisdicciones, de un lado la penal militar (de la cual hace parte el Juez 80 de Instrucción Penal Militar de Riohacha) y de otro, la ordinaria en cabeza del Fiscal Segundo de la Unidad Especializada de la misma ciudad, la Sala no tiene competencia para pronunciarse al respecto.

De manera que, con fundamento en los artículos 256.6 de la Carta Política y 9.1 del Decreto 2652 de 1991, correspondiéndole a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura desatar los conflictos de competencias suscitados entre funcionarios de distintas jurisdicciones, la Corte se abstendrá de conocer del presente asunto y dispondrá, en su lugar, la remisión del expediente a dicha corporación.

Por lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, se abstiene de conocer de las presentes diligencias y ordena su envío al Consejo Superior de la Judiciatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para que resuelva lo que estime pertinente.

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

CALIFICACION DEL SUMARIO / RESOLUCION DE ACUSACION / PRECLUSION DE LA INVESTIGACION

La calificación sumarial implica la adopción de una de dos determinaciones, la de proferir resolución o la de precluir la investigación.

El artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, señala que es imperativo dictar resolución acusatoria cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

A su vez, la preclusión de la investigación debe estar respaldada en cualquiera de las eventualidades que dan lugar a la cesación de procedimientos; vale decir, que aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobado Acta No. 068

Vistos

Concluída la etapa instructiva, en el proceso adelantado contra el Senador Luis Emilio Sierra Grajales, la Sala procede a calificar el mérito de las pruebas recaudadas.

Hechos

Como se había expuesto en decisión anterior, el proceso se originó en un escrito que el señor Elibardo Sánchez dirigió al Fiscal General de la Nación, denunciando al entonces Representante a la Cámara, doctor Luis Emilio Sierra Grajales, por cuanto en el mes de mayo de 1993 lo hizo nombrar Asistente grado I de su Unidad Legislativa y después de haber cobrado el cheque correspondiente a los dos primeros meses, le manifestó que de esa suma solo le correspondían $20.000, pues el resto se lo daría a una persona de Manizales que le había ayudado en la campaña política de 1991, habiéndolo recriminado por haber utilizado esa suma, lo que calificó como abuso de confianza. Además, le advirtió que si no le conseguía la cantidad respectiva lo retiraría de la Cámara.

Por otra parte, aseguró el quejoso, el parlamentario le advirtió que los cheques restantes debía cambiarlos y darle el dinero en efectivo, ocurriendo que a comienzos de los meses de agosto y de septiembre de 1993 el doctor Sierra lo acompañó al banco, y lo esperó afuera hasta que hizo efectivos los títulos valores para que le entregara el dinero, sin dejarle siquiera los $20.000, que le había prometido. Así mismo, afirma que el imputado se quedaba con los desprendibles de los cheques.

Para terminar, el denunciante manifiesta que a mediados del mes de septiembre de 1993, al regresar de una incapacidad por una luxación en el hombro derecho encontró que lo habían declarado insubsistente y que el doctor Sierra nuevamente le dijo que esperaba a que le consiguiera los $396.478 pesos.

El señor Elibardo Sánchez concluye pidiendo al Fiscal que se ordene su reintegro al puesto que tenía en la Cámara de Representantes.

En la ratificación de la denuncia el señor Sánchez manifestó que no hubo testigos que presenciaran aquellos momentos en que él entregaba el dinero de su salario al representante Sierra Grajales. Expresó que no firmó libro o comprobante por el recibo de los cheques de su sueldo, ya que los recibió de Yolanda, la secretaria a quien el parlamentario autorizó para firmar por él; y a ese mismo respecto aseguró que no había autorizado a nadie para que retirara los cheques de la remuneración que le correspondía como asistente parlamentario; no obstante, más adelante informa que autorizó a su esposa para que retirara el primer cheque donde Yolanda.

El denunciante comentó que él era conductor de una hermana del congresista y que sus funciones oficiales se reducían a atender las órdenes

que le diera el doctor Sierra. Como en su denuncia inicial, Elibardo Sánchez solicita que se ordene su reintegro a la Cámara de Representantes.

Pruebas que conforman la investigación

El Jefe de la División de Personal de la Cámara de Representantes, puso a disposición de esta Sala fotocopias autenticadas de la resolución 187 del 15 de abril de 1993 por medio de la cual se designó a Elibardo Sánchez como Asistente I de la Unidad Legislativa del representante Luis Emilio Sierra Grajales, por postulación que éste hiciera; del acta de posesión efectuada el 6 de mayo siguiente; de la Resolución 572 del 14 de septiembre en la cual se declaró insubsistente al mismo empleado; el certificado de tiempo de servicios.

Por su parte, el Subsecretario General de la Cámara de Representantes expidió constancia conforme a la cual el doctor Luis Emilio Sierra Grajales fue elegido como miembro de esa célula legislativa por el período de 1991 a 1994 y para el 15 de diciembre de 1993, se hallaba en ejercicio de esas funciones.

Al expediente se agregó el ejemplar de Anales del Congreso fechado el 10 de diciembre de 1991, en el que consta la posesión de los parlamentarios, entre ellos del doctor Sierra Grajales como Representante.

El Jefe de la Sección de Pagaduría de la Cámara de Representantes informó que al señor Elibardo Sánchez se le pagaron salarios en la siguiente forma: en el cheque 274475 la suma de $396.478, por los meses de mayo y junio; en el cheque 276744 la suma de $203.910 por el mes de julio; en el cheque 278001 el valor de $100.135 por 13 días de septiembre. Títulos valores correspondientes a la cuenta 511030 del Banco Ganadero sucursal principal.

Del mismo despacho pagador se obtuvo fotocopia de las hojas de la nómina de la Cámara en donde figura el nombre de Elibardo Sánchez; la primera del 30 de junio de 1993, liquida 55 días para un total de $396.478. La segunda del 30 de julio de 1993 liquida $203.910 por 30 días. La tercera, del 30 de agosto de 1993, también liquida $203.910. Y la cuarta, del 30 de septiembre de 1993, liquida $100.135 por 13 días.

Adviértase que en las tres primeras nóminas no aparece la firma de Elibardo Sánchez, sino que se lee un nombre parecido a Yolanda; la de septiembre si la firmó el denunciante.

El Banco Ganadero envió fotocopia de tres cheques girados por el pagador de la Cámara a Elibardo Sánchez y que, según lo acredita el gerente de la sucursal principal fueron cobrados por ventanilla. La firma que figura al respaldo de los títulos, a simple vista parece corresponder a la del denunciante.

A través de comisionado, se escuchó, en la ciudad de Manizales a Teresita Calderón Raigoza y a Luz Adriana Duque Henao; en Pensilvania, al señor Ricardo Pinto Cardona; y en las dependencias de esta sala a José Uriel García Agudelo, Yolanda Rojas Pérez, y Esther Borré Bustillo, todos subalternos del procesado.

Las dos primeras declarantes manifiestan que son empleadas del Congreso, asistentes del Representante a la Cámara Luis Emilio Sierra Grajales en su oficina de Manizales; en cumplimiento de sus funciones reciben llamadas telefónicas, contestan correspondencia y atienden a las personas que concurren a entrevistarse con el parlamentario. Sus sueldos, los remite la Pagaduría del Congreso a una cuenta corriente personal que tienen en el Banco Ganadero de Manizales, por lo tanto cobran directa y personalmente su sueldo, sin que tengan que distribuir ninguna parte de su salario ni con el doctor Sierra ni con ninguna otra persona.

En igual sentido declaró el señor Ricardo Pinto Cardona, quien trabajó un año como asistente del parlamentario que se viene citando. Como las anteriores declarantes, aseguró que siempre había disfrutado de su sueldo completo.

El señor José Uriel García Agudelo, es otro de los asistentes parlamentarios del doctor Sierra Grajales. En su testimonio señala que cumple sus funciones a veces en la ciudad de Bogotá y a veces en la ciudad de Manizales, según las órdenes del congresista. Informa que no participa su sueldo con el procesado y que no se ha enterado que ninguno de sus compañeros de labores tengan que hacerlo.

La señorita Yolanda Rojas Pérez, en su declaración, manifestó ser la asistente del ahora Senador Sierra Grajales, desde que fue elegido Representante a la Cámara y su función es atender la oficina del Parlamentario aquí en la capital de la República. Asegura que recibe y cobre personalmente los cheques de sus sueldos, sin que le dé colaboración alguna a su jefe inmediato.

En lo que respecta con Elibardo Sánchez, quien fuera conductor del entonces Representante, dice la testigo que ella retiró los cheques de los sueldos de este asistente, para entregárselo a él o a la esposa, previa autorización, pues los parlamentarios, antiguamente, designaban, por escrito, a una persona de su unidad legislativa para firmar la nómina y recoger los cheques de todo el personal que la conformaban, sin que esa situación se prestara a ninguna irregularidad por cuanto los cheques solo podían ser cobrados por el primer beneficiario. En esas condiciones, reconoce como suyas las firmas que aparecen bajo el nombre de Elibardo Sánchez en las nóminas adjuntas en fotocopia al expediente y que no corresponden al propio empleado. Aclara que en la actualidad, los empleados abrieron cuentas corrientes o de ahorros en el Banco Ganadero y allí la pagaduría les consigna los sueldos y demás prestaciones sociales.

En cuanto hace relación con los subalternos de la Unidad legislativa que desempeñan su trabajo fuera de Bogotá, manifiesta la misma declarante que tales empleados son designados para que estén al servicio del congresista en el lugar en que él lo requiera; agrega que cuando algunos de ellos tienen que hacer desplazamientos a lugares diferentes al de residencia, en época de campaña política, el doctor Sierra Grajales les da dinero para esos gastos. Al efecto, dejó a disposición del despacho fotocopias de varios comprobantes de consignación cuyos beneficiarios fueron Yolanda Rojas, Teresita Calderón Raigoza y Uriel García.

La economista Concepción Esther Borré Bustillo se desempeña como Asesor VI del parlamentario Luis Emilio Sierra desde el 30 de marzo de 1993 y cumple sus funciones de asesoría en los proyectos de índole económica. De la misma manera que los restantes testigos que ha comparecido a esta investigación, la doctora Borré Bustillo asegura que el congresista no le ha hecho ningún tipo de exigencias económicas para designarla en el cargo que tiene. Por otra parte, ratifica la versión de Yolanda Rojas Pérez en el sentido de que ésta última estaba autorizada para firmar las nóminas y recoger los cheques de los empleados de la Unidad Legislativa.

A petición del Magistrado sustanciador, el secretario del Senado de la República informó que no existe normatividad alguna que autorice ni prohíba a los Congresistas, designar empleados de su Unidad Legislativa para que desempeñen sus funciones fuera de la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

El Pagador de la Cámara de Representantes remitió las constancias que expidió el doctor Luis Emilio Sierra Grajales, como Representante a la

Cámara, en los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 1993, sobre las personas que trabajaron en su Unidad legislativa y autorizando a Yolanda Rojas Pérez para retirar los respectivos cheques.

En su indagatoria, el ahora Senador de la República, doctor Luis Emilio Sierra Grajales, manifestó que había conocido a Elibardo Sánchez como conductor de una hermana suya y confirmó que, efectivamente, había formado parte de su Unidad legislativa como representante a la Cámara, como conductor y mensajero. Niega en forma rotunda que le hubiera exigido al denunciante el reintegro de las sumas percibidas como salario o que le hubiera ofrecido solo la suma de $20.000.

En cuanto a la forma en que los empleados retiraban los cheques de los sueldos, informa que la Dirección Administrativa de la Cámara dispuso que cada parlamentario designara una persona que reclamara los cheques de todos los integrantes de la respectiva unidad; persona que posteriormente entregaba el título valor al beneficiario, quedando constancia en un libro de control interno. Es así, como adjuntó fotocopias autenticadas en la secretaría de esta Sala, de unas páginas del libro llevado por Yolanda Rojas Pérez, secretaria del parlamentario, en las cuales se observa que el 2 de julio de 1993, Elibardo Sánchez suscribió una autorización para que la señora Gladys Ocampo retirara el cheque de su sueldo. Para el mes de junio, Gladys Ocampo firma recibiendo el cheque 274475 por $396.478; en julio, el denunciante aparece firmando el recibo del cheque 275421 por $203.910; en agosto, el cheque 276744 por la misma suma.

Interrogado por la causa que determinó la insubsistencia de Elibardo Sánchez, el sindicado expresó que obedeció al ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción y al hecho de que el señor Sánchez era ineficiente en sus funciones, pues, como conductor no era el más prudente y apropiado.

En punto al hecho de que empleadas de su unidad legislativa cumplan sus funciones en su oficina de Manizales, el Senador explicó que el ser representante de una región del país implica el conocimiento de sus gentes y necesidades; por ello, para el cabal cumplimiento de sus funciones principalmente legislativas que lo obligan a atender personas de los gremios y diferentes entidades, tiene destinadas las dos secretarias para que le colaboren en sus funciones en la ciudad mencionada, como lo han hecho los parlamentarios de provincia.

Para finalizar, el doctor Sierra Grajales comunicó que la Procuraduría había archivado unas diligencias por los mismos hechos. Sin embargo, el indagado facilitó una fotocopia, no de la orden de archivo, sino del informe evaluativo rendido el 10 de agosto 1994, por la Procuradora Tercera Delegada para la Vigilancia Judicial al Procurador General de la Nación, insinuando el archivo del expediente.

A petición del indagado se decretó u obtuvo certificación jurada expedida por el doctor Héctor Marín Naranjo, Magistrado de esta Corporación, quien en dicho documento manifestó que conoce a Luis Emilio Sierra hace trece años por haber sido su alumno en la facultad de Derecho de la Universidad de Caldas. Y en cuanto a su trayectoria profesional y política, expresó:

> "Desde esa época, aprecié en el Dr. Sierra Grajales a una persona de pensamiento claro y cuyos propósitos en la vida estaban marcados por un sentido de liderazgo y de servicio a los demás.
>
> "Consecuentemente, cuando, como profesional, se orientó por la actividad política, vi en ello un paso natural y obvio. Amén de que me causó una íntima satisfacción porque estimé que de personas como él está urgido nuestro país en el sector público.
>
> "En un medio como el de Caldas, donde la labor política en general, y la parlamentaria en particular, ha estado de antiguo signada por críticas provenientes de causas cuya cita no viene al caso en la presente oportunidad, resulta interesante en grado sumo apreciar cómo el Dr. Luis Emilio Sierra G. desenvuelve sus planteamientos y lleva a cabo sus realizaciones, con la mayor honestidad e independencia. Por lo mismo, no vacilo en calificar su gestión como digna y valerosa".

El Secretario General de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, a solicitud del Magistrado sustanciador, remitió copia de los proyectos de ley de los cuales fue ponente el doctor Sierra Grajales; ellos son el Proyecto de Ley "Por el cual se refinancian las deudas de los cafeteros y algodoneros" y el Proyecto de Ley que contiene "El estatuto orgánico de los Fondos Ganaderos".

El propio Senador, a través de su secretaria remitió fotocopias de publicaciones de prensa y de correspondencia cruzada sobre todas sus actividades parlamentarias y su intervención en la solución de problemas locales, tales como el mantenimiento de un despensa del Idema en el

municipio de Supía; la citación al Congreso de las personalidades que dirigen la política cafetera del país y algunos de los proyectos de ley y de las proposiciones formuladas ante la Célula Legislativa a que pertenece.

En proveído del 25 de octubre de 1994, esta misma Sala decidió la situación jurídica del congresista, absteniéndose de proferir en su contra medida de aseguramiento, por cuanto hasta ese momento no se vislumbraba que hubiera asumido el comportamiento que el denunciante le atribuyó; por lo demás estimó indispensable establecer la real existencia de la oficina de Manizales en donde trabajan dos de las subalternas de la Unidad Legislativa del implicado.

La localización del denunciante Elibardo Sánchez se hizo imposible, pues al ser citado al lugar en donde residía, se estableció que había cambiado su domicilio.

En lo que se refiere a la oficina del doctor Luis Emilio Sierra Grajales, en la ciudad de Manizales, su existencia se estableció mediante inspección judicial que por comisión realizó uno de los Magistrados del Tribunal Superior de esa ciudad, cuyo manejo se encuentra a cargo de Teresita Calderón Raigoza y Luz Adriana Duque Henao. Y por el mobiliario encontrado en las instalaciones, bien se puede deducir que, efectivamente, se trata del lugar en donde el congresista atiende compromisos derivados de su función política.

El jefe de la Sección de Pagaduría de la Cámara de Representantes informó que recibió la Pagaduría el 10 de febrero de 1993 y para ese momento, efectivamente en esa célula legislativa se utilizaba el procedimiento del retiro de los cheques de una Unidad Legislativa por una sola persona; pero comunica que ese trámite se modificó, de tal manera que quien retira personalmente un cheque debe presentar la cédula de ciudadanía, firmar el original y las dos copias de la nómina y estampar la huella del dedo índice.

Pero aclara que al 80% de los funcionarios se les consignan los cheques en sus cuentas personales.

Interrogando sobre la autorización legal o reglamentaria existente para que empleados de las Unidades Legislativas presten sus servicios fuera de la sede del Congreso, el Director General Administrativo del Senado de la República, en comunicados del 12 de diciembre de 1994 y 13 de enero de 1995, que la regulación laboral de los asistentes y asesores corresponde

exclusivamente a los Senadores; que el único acto administrativo relacionado con este punto es la Resolución de nombramiento de cada empleado, pero en ella no se alude al sitio donde el designado debe prestar sus servicios; sin embargo, recalca que el artículo 388 de la Ley 5a. de 1992 dispone que "Cada Congresista contará para el logro de una eficiente labor legislativa con una Unidad de Trabajo a su servicio...".

Como respuesta a la solicitud que se dirigió al Contralor General de la República para que informara sobre el control ejercido a los pagos efectuados a las señoritas Teresita Calderón Raigoza y Luz Adriana Duque Henao, esa entidad remitió a la Sala copia del informe de la Auditoría Integral que se practicó al Senado de la República en Julio de 1992.

En él evidentemente no se responde exactamente al cuestionamiento formulado, pero se hacen múltiples observaciones sobre el funcionamiento y eficiencia de las diferentes oficinas; y en lo que respecta con las de Personal y de Pagaduría, existen anotaciones como las siguientes:

> "No se tienen antecedentes que soporten la realización periódica, de evaluaciones sobre el desempeño del personal en ejercicio de sus funciones. Así mismo, no se ejercer una adecuada vigilancia administrativa sobre el personal que labora en el Senado, ni por los jefes inmediatos ni en forma general por la sección de Personal, debido a que no existe un procedimiento que defina claramente esta función y sus responsables, y a la indiferencia y tolerancia de los jefes inmediatos ante el incumplimiento del personal a su cargo". (folios 54 y 55).
>
> "La Pagaduría no efectúa control o verificación sobre el pago de la nómina, debido a que éste es realizado por cada una de las dependencias, a las cuales se les envía la nómina con los respectivos cheques para ser entregados a los beneficiarios" (folio 74).
>
> "No se le está exigiendo a los funcionarios firmar las nóminas respectivas para retirar el cheque del sueldo en cada una de las dependencias responsables de hacer cumplir este requisito, incumpliéndose con los trámites en el cobro de sueldos". (folio 75).

Dentro del término del traslado a las partes para alegar de conclusión, el propio doctor Sierra Grajales asumió su defensa. Para comenzar, impetró una prórroga del término para presentar argumentos defensivos, para que su apoderado pudiera intervenir; pedimento que fue denegado.

Luego, antepone a todo otro argumento los ejemplares principios y enseñanzas que recibió en su hogar y la ausencia de precedentes sindicaciones; da cuenta del sentimiento humanitario que lo ha llevado a asumir comportamientos como mantener en la nómina legislativa al señor Ricardo Pinto, a quien le faltaba un año para pensionarse, y la de haber dejado en su cargo a la señorita Yolanda Rojas, quien es oriunda de otro departamento.

Afirma que también por solidaridad designó en reemplazo de Ricardo Pinto al señor Elibardo Sánchez, en el cargo de conductor para el cual no estaba preparado, por su imprudencia; y precisamente por esa razón, para evitar un accidente, decidió declararlo insubsistente.

Atribuye la actitud del denunciante al deseo desesperado de conservar el medio de subsistencia de su familia, pero le critica que hubiese acudido a instrumentos innobles, falaces e ilegales.

En cuanto se refiere a la facultad que tienen los parlamentarios para hacer laborar a sus empleados fuera de Bogotá, el procesado manifiesta que ello obedece al carácter representativo de una región o de la Nación que tiene el cargo. Y al efecto invita a verificar que así ha ocurrido con todas las personas que trabajan con los parlamentarios en provincia, no solo los elegidos para el período de 1994 a 1998, sino también en épocas anteriores.

Sobre el tema comentado allegó el ejemplar No. 25 de la Gaceta del Congreso, fechada el 17 de marzo de 1995, en donde se publica un proyecto de ley que modifica la Ley 5a. de 1992 y en donde supuestamente, además de confirmar que los asistentes de la unidad legislativa continuarán prestando sus servicios en cualquier parte del territorio nacional, aumenta esa unidad de 6 a 10 miembros.

Consideraciones de la Sala

La calificación sumarial implica la adopción de una de dos determinaciones, la de proferir resolución de acusación o la de precluir la investigación.

El artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, señala que es imperativo dictar resolución acusatoria cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

A su vez, la preclusión de la investigación debe estar respaldada en cualquiera de las eventualidades que dan lugar a la cesación del procedimien-

to; vale decir, que aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse.

Al doctor Sierra Grajales se le vinculó al proceso porque el señor Elibardo Sánchez lo acusó de haberle exigido el reintegro de $396.478 pesos que había recibido por salarios devengados como Asistente 1 de la unidad legislativa de dicho congresista durante los meses de mayo y junio de 1993; y de haber tomado de sus manos, afuera del banco, el dinero que por el mismo concepto había obtenido cambiando los cheques correspondientes a julio y agosto.

En segundo lugar, de la investigación surgió el hecho de que el doctor Sierra Grajales designó a dos empleadas de su unidad legislativa para que atiendan su oficina personal en la ciudad de Manizales, cuyos sueldos obviamente provienen del erario público.

En cuanto a la imputación que Elibardo Sánchez dirige contra el Senador Sierra Grajales, debe la Sala reiteración el análisis que hizo al resolver la situación jurídica del sindicado; por tanto, es de tener en cuenta que la denuncia, carece de demostración y resulta imposible obtener cualquier elemento de convicción sobre la real ocurrencia de los hechos que en ella se relatan, dado que el propio inconforme manifiesta que no hay manera de probar lo que afirma por cuanto no hubo testigos.

Otro punto de vista que ya la Sala tuvo en cuenta es el relacionado con la capacidad de disposición que tuvo Elibardo Sánchez respecto de las sumas correspondientes a los salarios devengados, de modo tal que todos los cheques con los cuales se canceló su remuneración, mientras perteneció a la Unidad legislativa, fueron entregados a él, salvo en una ocasión en la cual autorizó a su esposa. En tales condiciones, no resulta creíble que el denunciante, en lugar de disponer de los títulos valores y hacerlos efectivos en el mismo momento de recibirlos o cuando él quisiera, se esperara a que el Congresista le diera la orden de ir al banco para poder apoderarse de la suma cobrada, siendo que, incluso, algunas veces el parlamentario se encontraba en la ciudad de Manizales, como lo relató el propio quejoso.

Igualmente, es inadmisible, por ilógico, que el parlamentario hubiera sometido al denunciante durante más de cuatro meses a subsistir con la irrisoria suma de $20.000, siendo que se trataba de una persona con familia

y obligaciones; y que el propio quejoso hubiera aceptado un convenio en esos términos, aún después de la supuesta primera exigencia de reintegro que le hiciera el implicado.

Para concluir si el sindicado pudo haber ejecutado el proceder que se le atribuye, adquiere relevancia que los subalternos que han trabajado con él hayan dado testimonio de la rectitud, la bondad y generosidad del doctor Sierra en materia económica, y que, por el contrario manifiesten que desconocen en él actitudes deshonestas y reprochables como la que se investiga.

De otra parte, el hecho de que al asumir el cargo de Representante a la Cámara hubiera mantenido en su cargo a quien se desempeñaba como secretaria de su antecesor, no siendo de su misma región, y el heberle dado la oportunidad a otro de los empleados de completar el tiempo de su pensión, sin contraprestación ilegítima alguna, como ellos lo expresaron bajo juramento, revela una línea de conducta, que se opone a las afirmaciones que hace el denunciante, en cuanto no se advierte justificación alguna para que el legislador acusado rompiera con su proceder habitual, para apropiarse del sueldo de uno de sus colaboradores; de pronto, el de inferior remuneración.

Es necesario recalcar sobre la solvencia económica del inculpado, pues, además de ostentar una de las más altas investiduras oficiales lo que le representa una condigna remuneración, es propietario de bienes muebles e inmuebles, sin que tenga a su cargo deudas pendientes ni mayores gastos, pues prácticamente solo atiende sus gastos personales.

Frente a este cúmulo de circunstancias surge el interrogante sobre cuál pudo ser el motivo que condujo a Elibardo Sánchez a denunciar a quien le había facilitado la consecución de un trabajo. La respuesta la revela el propio denunciante cuando en sus intervenciones en estas diligencias imploró que se le reintegrara al cargo que tenía en la Cámara de Representantes dadas las responsabilidades económicas que debe atender; por tanto, al parecer, utilizó la denuncia en la creencia de que así podría recuperar su trabajo.

Tal como han quedado planteadas las cosas en esta investigación se puede concluir que en ejercicio de las facultades legales conferidas a los congresistas, el doctor Sierra Grajales hizo designar a Elibardo Sánchez dentro de su unidad legislativa, pero insatisfecho con los servicios que le prestaba lo hizo declarar insubsistente y el afectado acudió a la vía penal con la idea de recuperar su cargo, siendo ese el origen de estas diligencias.

Así las cosas, se debe concluir que el comportamiento atribuído en la denuncia al doctor Luis Emilio Sierra Grajales no existió; por tanto, no es posible hablar de delito alguno y menos de responsabilidad penal.

Al haberse hecho evidente que dos de las empleadas, integrantes de la Unidad Legislativa del doctor Sierra Grajales, siendo empleadas del Congreso de la República, prestan sus servicios en una oficina particular del Senador, en la ciudad de Manizales, situación, que, eventualmente, podría configurar un delito de peculado por uso de servicios, se procedió a establecer la real existencia de esa sede laboral. La inspección judicial practicada en dicho lugar, da la certeza de que efectivamente el procesado tiene una oficina en su ciudad de origen, para atender asuntos propios de su cargo de representación nacional.

Dilucidado este punto, resulta pertinente volver a las normas constitucionales que regulan la función legislativa, para determinar si los parlamentarios tienen o no facultad para asignar a los empleados de su unidad legislativa una sede de trabajo que no sea la del Congreso.

Es así como el artículo 7o. de la Carta proclama que los miembros del Congreso representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. Son por consiguiente, responsables ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

De otra parte, los numerales 6 y 8 del artículo 283 de la Ley 5a. de 1992 autorizan a los congresistas para que directamente o a través de apoderado puedan adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales, e intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana.

Por lo demás, el artículo 388 de la citada Ley que crea la unidad de trabajo legislativo, dispone que "Cada Congresista contará, para el logro de una eficiente labor legislativa, con una unidad de trabajo a su servicio integrada por no más de seis (6) empleados, y/o contratistas. Para la provisión de estos cargos cada Congresista postulará, ante la Mesa Directiva, en el caso de la Cámara y, ante el Director General, o quien haga sus veces, en el caso del Senado, el respectivo candidato para su libre nombramiento y remoción o para su vinculación por contrato".

Al revisar estas normas que regulan las funciones de los congresistas y dado que sus cargos son de origen y de representación popular, resulta forzoso concluir que un Representante a la Cámara o un Senador de la República debe convivir con su región, enterarse directa y personalmente de los problemas sociales y políticos y escuchar las inquietudes y requerimientos de sus electores, para poder presentar proyectos de ley que solucionen tales problemas, por lo que, para ello es indispensable contar con los instrumentos mínimos que requiere esa parte de su tarea oficial.

Así lo demuestra, por ejemplo, la actividad que ha desplegado el doctor Sierra para que las necesidades de los trabajadores de su región, esto es, los caficultores, algodoneros y ganaderos, lleguen a los estrados del Congreso y se dicten normas que mejoren sus ocupaciones; y el contacto directo con los problemas sociales y económicos y sus protagonistas, indudablemente brinda una mayor claridad sobre la forma de enfocar las soluciones.

En síntesis, cada miembro del Congreso, puede destinar asistentes de su unidad legislativa a colaborarle en el cumplimiento de los deberes que nacen de su investidura, aún fuera de la sede del Congreso.

Pese a las consideraciones procedentes, se debe precisar que lo anterior no constituye una patente de corso para que los H. miembros del Congreso contraten personal pagado con dineros públicos, para desempeñar funciones en sus respectivas regiones, y los dediquen a la realización de actividades particulares, que los conviertan en activistas políticos o constituyan verdaderas becas, en cuanto los beneficiarios no realizan actividad diversa que la de cobrar los correspondientes sueldos.

De lo anterior, se debe concluir que cuando estos funcionarios se dedican a colaborar en la región para prestar un mejor servicio a la comunidad, o cuando sirvieren de puente entre los electores y el congresista se ha de entender que realizan una actividad lícita y a contrario sensu, en las hipótesis anteriormente planteadas o en casos similares, estaremos en presencia de una posible infracción a la ley penal.

En el subjudice no es ese el caso y en tales circunstancias se ha de concluír que la destinación de tales funcionarios a la realización de actividades relacionadas con la función congresional es atípica.

La misma afirmación surge de las comunicaciones dirigidas a esta Corporación por el Director General Administrativo del Senado de la

República, quien responde a ese punto señalando que la regulación laboral de los asistentes y asesores corresponde exclusivamente a los Senadores, atribución que, bajo esos parámetros, le permite al parlamentario indicar el lugar en donde los empleados de su unidad de trabajo deben prestar su colaboración.

Por lo demás, es indudable que la discrecionalidad de un Congresista para indicar el sitio de trabajo de sus subalternos emerge del entendimiento exacto de la preceptiva contenida en el artículo 388 de la Ley 5a. de 1992, por cuanto ella creó para cada Congresista una Unidad de Trabajo a su servicio, con el propósito de que logre una eficiente labor oficial, que de acuerdo al tenor de los ya memorados numerales 6 y 8 del artículo 283 de la Ley reglamentaria del Congreso, incluye deberes con la comunidad colombiana, en general y la circunscripción electoral que lo eligió, en particular.

Una razón más para admitir que los legisladores tienen facultad para tener empleados en las regiones a las cuales representan, y que el entendimiento y alcance que se ha dado a las normas de la Ley 5a. de 1992, se encuentra en el hecho de que la Contraloría General de la República, al practicar la auditoría integral al Senado de la República en el año de 1992, encontró múltiples irregularidades en el funcionamiento de las dependencias de esa célula legislativa, pero en ningún momento mencionó que de parte de los empleados de las unidades legislativas existiera la obligación de prestar sus servicios exclusivamente en la sede del Congreso.

De las consideraciones precedentes se concluye, que el denunciante faltó a la verdad y en tales condiciones se deben compulsar copias para que el funcionario competente de la Fiscalía determine si es del caso abrir proceso penal contra el denunciante.

Con tal finalidad se compulsarán las copias pertinentes.

De lo anterior se deduce que la situación planteada frente a los asistentes legislativos tampoco configura una ilicitud; lo que significa que el segundo comportamiento es atípico.

En este orden de ideas, a través de la investigación adelantada se estableció que la conducta que Elibardo Sánchez le atribuyó al ahora Senador Luis Emilio Sierra Grajales no existió y, de otra, que la destinación de asistentes de la unidad legislativa a trabajar en lugares diferentes a la sede del Congreso no constituye infracción a la ley penal.

Una y otra situación están contempladas por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal como causales para declarar la preclusión de la investigación; por consiguiente, en tal sentido se pronunciará la Sala.

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

Resuelve

ORDENAR LA PRECLUSION de esta investigación por cuanto las conductas que fueron objeto de averiguación, una no ha existido y la otra es atípica.

COMPULSAR las copias previstas en la parte motiva.

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.

DERECHO DE DEFENSA

El derecho a la defensa es trascendental y la asistencia letrada para quien debe defenderse por primera vez de las imputaciones del Estado por medio de la indagatoria, lo es aún más, porque lo que allí suceda, en muchas ocasiones trasciende en todas las etapas del proceso; por su importancia el legislador quiso establecer una excepción que solo puede darse, sin la vulneración del principio constitucionalmente reconocido, cuando materialmente no existe un abogado que pueda asistir al sindicado, y es por ello que la norma es de carácter imperativo y los jueces ubicados en poblaciones donde existan abogados titulados para este tipo de diligencias necesariamente tendrán que nombrar a estos profesionales.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*
Aprobado Acta No. 067, (18 de mayo/95)

Vistos

En sentencia del 20 de abril de 1993, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación condenó a Raúl David Barrera López a la pena principal de 18 años de prisión como responsable de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué en pronunciamiento del 17 de Junio de 1993, rebajando la pena principal a 17 años y fijando la interdicción derechos y funciones públicas en 10 años.

El recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por el procesado fue concedido. Con posterioridad esta superioridad declaró que la demanda se ajustaba a las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos

El 12 de abril de 1992, en las horas de la tarde, José Lenar Pacheco Montero se encontraba departiendo con su padre y otros amigos en el Bar Los Cristales, en la población de Dolores, cuando en ese sitio irrumpieron Raúl David Barrera López con la complicidad de otros individuos, disparando un revólver que hizo impacto en la región abdominal de Pacheco Montero y le ocasionó la muerte. En los mismos hechos resultó lesionado Tito Javier García Pérez.

Actuación procesal

El 15 de abril de 1992, el Juzgado de Instrucción Criminal de Purificación (Tolima) declaró abierta la correspondiente investigación penal, día en que escuchó en indagatoria al capturado Raúl David Barrera López. Días más tarde resolvió la situación jurídica de éste decretando su detención preventiva.

Con fecha del 6 de agosto de 1992 la Fiscalía 46 de la Unidad seccional de Purificación dictó resolución de acusación contra el sindicado por los delitos de homicidio, agravado de conformidad con los numerales 4 y 7 del art. 324 del C. P., y porte ilegal de armas de defensa personal (Decreto 3664 de 1986).

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación asumió el conocimiento del proceso el 24 de agosto de 1992; el 20 de octubre siguiente decretó la práctica de pruebas y, entre ellas, compulsar copias con destino a las autoridades de policía para que investigaran el delito de lesiones personales del que fuera víctima, en los mismos hechos, Tito Javier García Pérez.

Mediante auto del 19 de marzo de 1993 el despacho de conocimiento decretó la excepción de inconstitucionalidad de las normas que preveían el jurado de derecho y dispuso la realización de la audiencia sin su participación; diligencia que tuvo lugar el 13 de abril siguiente.

El 20 del mismo mes y año, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación condenó a Raúl David Barrera López a la pena principal de 18 años de prisión como autor responsable del de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal; así mismo le impuso la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, y le impuso el pago de la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados con las infracciones, que fueran tasados en la suma de $19.811.430,00. Por lo demás, le negó al sentenciado el beneficio de la condena de ejecución condicional, ordenó el decomiso definitivo del revólver 32 largo, Smith & Wesson, número 17934, y, finalmente, dispuso compulsar copias para averiguar la participación y responsabilidad que en los mismos hechos pudieron haber tenido Juan Hermes Cardozo, Jhon Jairo N., William N., y un tercero, apodado "tetero".

En virtud de apelación interpuesta por la defensa, el 17 de junio de 1993, el Tribunal Superior de Ibagué reformó la providencia impugnada, en el sentido de fijar, en definitiva, la pena a imponer al sentenciado, en diecisiete (17) años de prisión; diez (10) años para la interdicción de derechos y funciones públicas y una tasación equivalente a 200 gramos oro por concepto de la indemnización de los perjuicios morales, habiendo confirmado las restantes determinaciones del *a-quo*.

Razones de la demanda

La sentencia de segundo grado se ataca al amparo de la causal tercera de casación con base en un único cargo, en virtud del cual se estima que aquella se profirió en un juicio viciado de nulidad.

En la demostración del cargo el actor destaca que en la diligencia de indagatoria al procesado se le designó como defensor de oficio al ciudadano Uriel Humberto Devia García, pero que en Purificación lugar donde se recepcionó la diligencia, hay más de quince abogados radicados, litigando en el área penal.

Prosigue el impugnante afirmando que en los inicios de la investigación el sentenciado no tuvo defensor; que se dejaron de recepcionar varios testimonios; y que tampoco tuvo apoderado en la diligencia de reconstruc-

ción, en la cual se le designó como defensor al señor Juan Angel Romero Gama, quien ni siquiera sabe leer ni escribir por lo que en lugar de firma aparece su huella dactilar.

Luego, enuncia la actividad que habría desplegado un defensor, todo lo cual se habría traducido en una sentencia absolutoria. Y concluye solicitando se case la sentencia.

Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Luego de un amplio preámbulo en el que destaca que pese a los cambios constitucionales y legales la casación sigue siendo un recurso extraordinario sometido a una serie de requisitos y exigencias técnicas, el representante del Ministerio Público afirma que la demanda presenta protuberantes deficiencias, puesto que omitió demostrar la trascendencia del error denunciado y no realizó esfuerzo alguno para determinar las consecuencias de la nulidad ni "el sentido de la decisión que ha de tomar la Corte en caso de prosperidad de la censura, el momento procesal a partir del cual se debe anular lo actuado y las diligencias o actos procesales que deben ser cobijados por la perseguida anulación. Estos aspectos de suyo serían suficientes para desestimar la demanda".

En su opinión, el procesado tuvo como defensor al abogado Alfonso Camacho Reyes, quien actuó de oficio desde el 12 de junio de 1992 y lo asistió en la diligencia de ampliación de la indagatoria, presentó un alegato por fuera del término de calificación, solicitó pruebas, intervino en la audiencia pública e interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, lo que le sirve para aseverar que "Con lo anterior se evidencia que el Dr. Alfonso Camacho Reyes, sí actuó como defensor de oficio, y ejerció su función, sin notarse menoscabo al derecho a la defensa alegado por el casacionista".

Para el Delegado, es ilegal que en la diligencia de reconstrucción se le hubiese designado como defensor a un analfabeta "puesto que ninguna garantía ofrecía para el procesado la desintegración de un iletrado como abogado de oficio para ejercer el derecho a la defensa", concepto que lo conduce a concluir que la diligencia es ineficaz, pero, aduce que no por ello puede predicarse la nulidad de toda la actuación, pues el proceso cuenta con un abundante caudal probatorio "y es a partir de otros medios de prueba de los que el fallador deduce la responsabilidad del proceso y en éstos se respalda la condena. Tenemos como pruebas básicas, entre otras, las decla-

raciones de José Alonso Pacheco (fs. 7vt, 34 y 44), Pablo Antonio Tapia (fl. 53), Pedro Sanabria (fl. 55), Amparo Gómez Solórzano (fl. 60 vto.), Omar Hernández (fl. 64 vto.) y Raúl Barrera López (fls. 25 y 93)".

Por ello considera que la garantía constitucional fue preservada no solo desde el punto de vista formal, sino también en el ámbito material "en donde el sujeto pasivo de la actuación contó con todas las garantías propias a su calidad de acusado".

Por otra parte, el colaborador de la Sala comenta: "Nótese que de conformidad con el planteamiento del cargo, el censor reclama la nulidad de lo actuado sobre la base de unas hipotéticas ocurrencias; pues en su personal opinión de haber actuado el defensor en el sentido querido por el recurrente, se hubiese podido llegar a conclusión diversa de la tomada por el fallador. Siendo la actividad echada de menos por el libelista, una mera posibilidad sobre la que no puede fundarse el cargo de nulidad impetrado".

Bajo los parámetros expresados el conceptuante finaliza su trabajo solicitando no se case el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala

Discrepa la Sala de manera radical del concepto emitido por su distinguido colaborador del Ministerio Público, pues, por el contrario, advierte que en este caso particular sí se vulneró el constitucional derecho a la defensa como se demostrara a continuación.

Al procesado, no se le nombró un abogado que lo asistiera en la diligencia de indagatoria, sino que en ese momento se designó a un simple ciudadano y de esa manera se desconoció la normatividad procesal que en el artículo 148 del C. de P. P., y a ese respecto dispone: "**Personas habilitadas para la defensa del imputado**. De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, **cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella**, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público".

"....."

Purificación, municipio donde se realizó la diligencia de indagatoria, es cabecera de circuito, en donde viven y ejercen permanentemente no menos de veinte abogados. En tales circunstancias, era imperioso para el funciona-

rio de instrucción designar un abogado que asistiera al sindicado en tan importante diligencia.

El derecho a la defensa es trascendental y la asistencia letrada para quien debe defenderse por primera vez de las imputaciones del Estado por medio de la indagatoria, lo es aún más, porque lo que allí suceda, en muchas ocasiones trasciende en todas las etapas del proceso; por su importancia el legislador quiso establecer una excepción que solo puede darse, sin la vulneración del principio constitucionalmente reconocido, cuando materialmente no existe un abogado que pueda asistir al sindicado, y es por ello que la norma es de carácter imperativo y los jueces ubicados en poblaciones donde existan abogados títulados para este tipo de diligencias necesariamente tendrán que nombrar a estos profesionales.

Proceder como se hizo en el presente proceso implica desconocer olímpicamente el derecho a la defensa que aparece consagrado en la Carta como un derecho integral, que debe ser garantizado tanto en el sumario como en la causa, y específicamente reglamentado en la norma procesal. Por ello, se ha de entender que las excepciones allí consagradas, una de las cuales motiva este análisis, son taxitivas y solo se puede acudir a ellas cuando se den los condicionamientos establecidos en la propia norma.

Designar a un iletrado para asistir al sindicado en la indagatoria, cuando existen abogados radicados en la población donde esta diligencia se realiza, indudablemente vulnera el derecho protegido por la Ley Fundamental.

Esta grave irregularidad del proceso, se repitió al celebrar la diligencia de reconstrucción de los hechos, pues no solo se nombró un iletrado para que asistiese al procesado, sino que la persona designada era analfabeta, condiciones en las cuales y como es apenas obvio, ninguna asistencia podía brindar, y tampoco contaba con una mínima capacidad cultural para hacerle respetar sus derechos.

La Sala de manera mayoritaria se ha pronunciado sobre el punto y en referencia al mismo dijo en sentencia del 2 de octubre de 1991:

> "Discrepa la Sala los razonamientos de su "Colaborador Fiscal, porque la vulneración del derecho de defensa es parte de la estructura vertebral del proceso penal, y por tanto es de aquellas nulidades que la doctrina domina insubsanables y así aparentemente no se haya producido perjuicio a lo intereses sustanciales del proceso, debe decretarse; además porque es labor casi visionaria afirmar que la ausencia de

defensa no afectó los derechos del procesado, resultando imposible vislumbrar lo que ocurrió en la realidad, y qué hubiera sucedido en el proceso si el sindicado hubiera tenido un verdadero defensor".

"Es claro que en el proceso nada se dice sobre la cultura de la persona que lo atención en la primera indagatoria, pero es indesconocible que existe un indicio claro de esta posibilidad y basta mirar su huella digital, que como muy bien se sabe es el obedeciniento de lo normado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Penal que dispone que "toda acta debe contener las firmas autógrafas de las personas que hayan intervenido. Si la persona no sabe, no puede o no quiere firmar se le tomará impresión digital y en todo caso firmará por ella un testigo, de lo cual se dejará constancia".

"En relación con esta problemática debe ante todo advertirse que de acuerdo a las previsiones del artículo 139 sólo es posible designar a quien no es abogado cuando no hubiere inscrito y que tal designación solo podrá serlo para la indagatoria y no a otra conclusión puede llegar de la claridad con que el mencionado artículo dispone:

"El cargo de defensor para la indagatoria cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable que no sea empleado público" (Lo subrayado es de la Sala).

"Y está demostrado que en el municipio de Granada sí había abogados inscritos, puesto que el abogado de oficio que se designó para la causa dió como dirección de su oficina, una de dicha localidad; en tales condiciones el nombramiento de una persona no abogada no era posible en este caso concreto, además de que esta salvedad a la garantía de una defensa técnica ejercida por un letrado sólo es factible para la diligencia de indagatoria y no para toda la investigación.

"Si bien es cierto que la función de defensor en la diligencia de indagatoria es hasta cierto punto pasiva, en cuanto no puede formular, ni insinuarlas y su participación se reduce a evitar que se utilicen formas prohibidas de interrogación o que de cualquier manera se vulneran los derechos consagrados para los procesados, es evidente que la realización de esta actividad requiere en principio de una adecuada formación jurídica, respecto de la cual se ha establecido una excepción, ante la absoluta imposibilidad de que en todos los lugares de la República existan abogados residenciados, pues, de lo contrario, se harían irrealizables esta clase de actuaciones y de allí que se haya

previsto, que en tales circunstancias el cargo, para esa sola diligencia, pueda esa sola diligencia, pueda ser desempeñado por un ciudadano honorable que no tenga la precitada capacidad jurídica; pero es apenas obvio concluir, que por lo menos debe ser una persona que tenga un mínimo de cultura, esto es por lo menos alfabeta, porque precisamente el analfabetismo se convierte en una valla que separa a estos ciudadanos de la técnica y de la cultura predominante en la actual sociedad y es imposible que en tan manifiesta inhabilidad cultura se pueda llegar a garantizar debidamente los derechos de quien es procesado por un delito.

"La presencia física de un analfabeta en una diligencia judicial es una verdader negación de la defensa en cuanto a garantizar los derechos que realmente deben ser protegidos, porque ni siquiera al final de la misma podría leer la declaración para efectos de verificar si allí consta lo que realmente el sindicato dijo y en este caso, la situación de ausencia de defensa se evidencia más, si se tiene constancia de que la misma hubiera sido leída para los participantes y de esta manera se hubieran enterado de su contenido.

"Como si lo anterior no fuera suficiente, es claro que la asistencia de un iletrado sólo puede serlo para el acto de la indagatoria y por tanto durante el desarrollo del sumario debe estar debidamente asistido por un abogado, no sólo en las diligencias de instrucción, sino en el momento de cierre de la investigación para efectos de presentar los argumentos defensivos en favor de los intereses de su representado.

"Esta demostrado que al momento del cierre fue el procesado quien en su precariedad cultural y técnica presentó un memorial alegando en su favor, pues carecía de defensor y ello bajo ninguna circunstancia puede tenerse como la presencia y respeto del derecho constitucionalmente consagrado.

"Pero en el juicio la situación fue más o menos similar, porque si bien hubo defensa desde el punto de vista formal puesto que se nombraron defensores de oficio y de confianza, la defensa como garantía constitucional no existió por cuanto el único acto defensivo que se aprecia a todo lo largo del proceso en favor del implicado fue la intervención en audiencia pública, que consideramos, constituye una actuación tardía, de irrelevantes consecuencias, la cual bajo ninguna circunstancia podría llevar a la Sala a predicar que suple y corrige la ausencia de

defensa durante todo el proceso". (C.S.J. Sentencia, casación Nro. 5742. M.P. Edgar Saavedra Rojas).

Bajo los parámetros ya consignados, no puede la Sala compartir el argumento del Procurador Tercero Delegado en lo Penal en cuanto acepta la invalidez de la diligencia de reconstrucción, y a pesar de ello afirma que la aceptación de ineficacia probatoria es intrascendente.

En lo que se refiere al real ejercicio de la defensa en la etapa precalificatoria, téngase presente que el 10 de julio se cerró la investigación (fl. 122), el 22 aparece constancias secretarial sobre la ejecutoria de este auto y se pone a disposición de las partes el expediente durante ocho días hábiles en traslado para que presenten los alegatos. El 3 de agosto aparece otra constancia secretarial que dice que los términos de traslado se vencieron el 31 de julio de 1992 y se pasa el expediente a despacho para califición. Finalmente el proceso es calificado el 6 de agosto.

Durante el término de traslado solo alegó el procesado, en un manuscrito de una página en una hoja de cuaderno.

Para minimizar la ausencia de defensa y asegurar que sí la hubo, el Agente del Ministerio Público sostiene: "En todo caso, el procesado contó con la asistencia del abogado Alfonso Camacho Reyes, quien actuó como defensor de oficio, posesionado desde el día doce de junio de mil novecientos noventa y dos y quien actuó en las diligencias de ampliación de indagatoria, pero no limitó a esto su intervención, pues presentó alegatos dentro del término en la calificación -extemporáneo, es cierto- del mérito sumarial, solicitó pruebas oportunamente, intervino en la celebración de la audiencia pública e interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia".

No obstante, destacar que el defensor alegó para la calificación para fundamentar la existencia de una defensa técnica, no es más que un recurso de distracción, porque, obsérvese que tal alegación se presentó el 10 de septiembre de 1992, más de un mes después de haberse producido la resolución de acusación y luego de haberse dictado el auto que puso el expediente a disposición de las partes por treinta (30) días para la preparación de la audiencia pública (agosto 24 de 1992).

En tales circunstancias, resulta, forzoso concluir que el procesado tampoco tuvo defensa en el momento de la calificación sumarial, sin que se pueda afirmar, como lo ha admitido es Corporación en otros casos, que el no alegar fue una estrategia defensiva del profesional del derecho, porque, en verdad,

el defensor si declaró pertinente argumentar, pero lo hizo tardíamente, tanto, que el memorial resultó extemporáneo en 41 días, en relación con la fecha en que se venció el término precalificatorio concedido para la intervención escrita de las partes.

Anótese que en el período probatorio de la causa solo se realizó la exhumación del cadáver y la diligencia de reconstrucción durante la cual se recepcionaron varios testimonios, pero, como ya se advirtió, esta diligencia carece de validez, puesto que para su realización se nombró como defensor a una persona analfabeta.

Se ha de concluir, entonces, de manera necesaria, que en este proceso se ha vulnerado el derecho a la defensa, pues durante gran parte del sumario el procesado estuvo desprovisto de asistencia jurídica; y recuérdese que el derecho constitucional a ella se garantiza tanto en el período de la causa como en el sumario.

En las condiciones precedentes se decretará la nulidad de las siguientes actuaciones: indagatoria y ampliación de indagatoria realizada en la diligencia de reconstrucción (fls. 25 y 195), auto de detención (fl. 38), auto de cierre de la investigación (fl. 122), resolución de acusación (fl. 139) audiencia pública (fl. 292), y sentencia de primera y segunda instancia (fls. 296 y 21 del cuaderno del Tribunal):

Como se evidencia que el procesado lleva en detención preventiva desde el 14 de abril de 1992 se debe decretar su excarcelación, bajo caución equivalente a un salario mínimo legal mensual, que deberá constituírse en la cuenta de depósitos judiciales del despacho de primera instancia, Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, y previa firma de diligencia en que se comprometa a cumplir las obligaciones previstas en el artículo 419 del estatuto procesal.

Por hallarse el proceso privado de la libertad en el municipio de El Espinal, para la notificación de éste proveído, la suscripción de la diligencia de compromiso, previa la constitución de la caución, y la expedición de la orden de libertad, se comisionará al Juez Penal Municipal (reparto) de ese lugar.

Son suficientes las consideraciones procedentes 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 el fallo recurrido y como consecuencia de ello decretar la nulidad de las siguientes actuaciones: indagatoria y ampliación de indagatoria realizada en la diligencia de reconstrucción (fls. 25 y 195), auto de detención (fl. 38), auto de cierre de la investigación (fl.122), resolución de acusación (fl. 139), audiencia pública (fl. 292), y sentencias de primera y segunda instancia (fls. 296 y 21 del cuaderno del Tribunal).

CONCEDESE al procesado la libertad provisional, bajo caución equivalente a un salario mínimo legal mensual y previa suscripción de la respectiva diligencia de compromiso.

COMISIONASE al Juez Penal Municipal (reparto) de El Espinal, para que notifique este fallo al procesado y una vez reciba la caución, que se habrá de consignar en la cuenta de depósitos del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, y se haya suscrito la diligencia compromisoria, expida la orden de libertad.

Cópiese y dévuélvase a la oficina 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 (Salvamento de Voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEFENSA TECNICA
(Salvamento de Voto)

1.- Una vez más se plantea esta Sala de la Corte el radical de la nulidad en este proceso por haberse "vulnerado el derecho a la defensa, pues durante gran parte del sumario el procesado estuvo desprovisto de asistencia jurídica".

Pues bien:

a. Es cierto que en la diligencia de descargos se le nombró al imputado a un ciudadano no letrado pero también lo és que en la ampliación de la indagatoria contó con la asistencia profesional del Abogado Alfonso Camacho Reyes quien actuó en su carácter de defensor de ofocio y quien además impetró pruebas oportunamente, participó en la celebración de la audiencia pública e incluso interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Esto para no mencionar su alegato -que resultó extemporáneo- presentado para la calificación de la actuación sumarial.

b.- Aún admitiendo que la diligencia de reconstrucción de los hechos fue en extremo deficiente o, si se prefiere, que carece de validez, no existen acaso en la foliatura otros elementos probatorios, definitivos, contundentes y apodícticos para asignar un juicio penal de reproche o desaprobación a la conducta del acusado?. Para decir verdad si el juicio es muy exacto. Aún mudos nostros por algo lo condenaron.

c.- Yo no sé si en Purificación -que es cabecera de circuito- viven y ejercen permanentemente no menos de veinte abogados -como reza la decisión de la Sala- para concluir que "era imperioso para el funcionario de instrucción designar un abogado que asistiera al sindicato en tan importante diligencia".

2.- Sobre esta materia, harto significativa, mi pluma no ha estado inactiva y desde siempre -bajo la égida de la vieja o de la nueva constitución- he alzado más de una vez la voz para pronunciarme en sentido contrario al que adopta la mayoría. Como no sé expresarme de otra manera y con

tal de llegar a algo -que es el modo más expresivo de decir las cosas- vengo a repetir los prejuicios, -henchidos de sentidos y consecuencias- que tengo sobre este asunto, explanados en otras ocasiones, que al menos a mí me seducen y convencen. Y todo esto, claro está, cambiando lo que se debe cambiar:

"a.- Es de toda verdad en el acto *sub examen* que el acusado en las actuaciones sumariales no designó un defensor de confianza y que se le nombró uno de oficio. Pero también lo es que en todas las diligencias que se realizaron con su presencia fue asistido por personas no togadas, elegidas *ad nutum* por el funcionario de instrucción quienes de manera directa le acompañaron e intervinieron en su desarrollo. Lo importante a destacar es que ellas cumplieron a cabalidad el ejercicio de la misión encomentada. Por cierto, no consta en los folios que estos individuos hubieran protestado o mostrado inconformidad por un anormal desenvolvimiento de los actos procesales a los que concurrieron por lo cual se presume que el buen orden y la regularidad del procedimiento fueron acatados en toda su extensión.

b.- No dejará de anotarse que en la etapa del juzgamiento el imputado designó un defensor cualificado que apoyándose en la posición exculpativa de su cliente y en otras ideas de su cosecha, ejerció, según sus propias convicciones, las obligaciones inherentes a su designio. Fácil es reconocer, *ad exemplum*, que en la diligencia de Audiencia Pública orientó sus alegaciones defensivas en la forma que lo consideró más conveniente, agitando tesis y criterios a favor de su representado, desplegando una celosa actividad dialéctica y una ordenada y muy hábil argumentación en pro de una intensa y eficaz defensa técnica. Solo que sus denodados esfuerzos no lograron derrotar la contundente prueba incriminatoria levantada en contra de su patrocinado, de la cual se desprende la certeza de la plena comisión del delito y de su responsabilidad penal. No estará de más, ni de menos que se diga, que el letrado actuante en ninguna parte de su intervención se pronunció por situaciones de indefensión, desamparo o desvalimiento en que pudo hallarse su poderdante. Lo que es diciente de que allí no pasaba nada por dentro. A remate de cuentas, la preocupación de las consecuencias las trajo la Sala, desde fuera.

c.- Para no perder la noción de la exacta perspectiva del derecho a la defensa material fuerza es examinar con máxima atención las tres fundamentales piezas en la que intervino el procesado: a.- La diligencia de

indagatoria; b.- la ampliación de la misma; c.- la inspección judicial. Es de ver en el desarrollo del primer acto procesal de carácter sustancial una serie articulada de preguntas, sistemáticas y concretas, donde el funcionario orienta sus pesquisas hacia la determinación de las circunstancias del caso y el averiguamento de la verdad real del hecho denunciado. Previamente a esto y para proveer eficazmente al respeto de las garantías y derechos y al afianzamiento de la justicia, se le informó de su prerrogativa a nombrar libremente a un abogado y ante la imposibilidad de hacerlo se le designó, *ex officio,* a una persona de reconocida honestidad en obediencia a lo prevenido por el artículo 139 del Código de la materia, vigente por aquel tracto. Sus manifestaciones de descargo fueron recepcionadas con la amplitud del caso y no se advierte por la lectura detenida de esta diligencia que de propósito se le hubiese emboscado o sorprendido -con violación del orden jurídico pleno- por formularle preguntas capciosas o sugestivas, o por apremiarlo física o moralmente o por obligarlo a declarar contra sí mismo o sus parientes inmediatos, o en fin, por utilizar mecanismos tortuosos o algo parecido. Con la más clara manifestación del aspecto material del derecho de defensa, el imputado respondió de manera libre y espontánea el interrogatorio judicial, siendo dueño de sus propios actos. Se le brindaron, pues, todas las oportunidades para anular los cargos, negarlos o justificarlos. *Mutatis mutandis,* lo propio cabe afirmar con las restantes actuaciones.

d.- La actividad jurisdiccional se desarrolló, entonces, a plenitud con sujeción a las reglas del proceso y a sus viscisitudes. No hay manera de decir o afirmar en estos folios que se conculcaron o quebrantaron los supremos valores que en esta materia propugna la Constitución y la ley instrumental. O que en su ámbito, de manera adrede o deliberada, el encartado fue víctima de una indefensión total con menoscabo de sus derechos. Con absoluta neutralidad -y esto debe destacarse- tanto el funcionario de instrucción como el de juzgamiento respetaron al máximo sus derechos y con atenta vigilancia y estricto acatamiento a sus garantías, sin discriminación alguna, fallaron, *ex lege.* Por lo demás, ni aquel ni éste obstaculizaron su arbitrio a entrevistarse con un letrado, ni reprimieran su facultad para pedir pruebas, ni tampoco le impidieron ejercitar su potestad a alegar. Por el contrario, con un arraigado sentimiento de justicia en todo el proceso pero especialmente en la etapa del sumario, el funcionario de turno veló por el exacto cumplimiento de la ley y en aquellas actuaciones donde el reo no quiso o no pudo designar un defensor suplió

dicha omisión con el escogimiento de personas que resguardaran sus garantías legales. No olvidemos que los Fiscales y Jueces -como sujetos imparciales del proceso- están sólo subordinados a la ley y que su independencia es absoluta. La autoridad y su Imperium moral preservan sus decisiones.

e.- De verdad que carezco de elementos de juicio suficientes para sostener en estas fojas que el defensor de Esquivel Sierra se desentendió por completo de la defensa o que abandonó a su suerte al autor de la conducta, como lo quiere la decisión mayoritaria de la Sala. La efectividad de la asistencia técnica no se mide por el número plural de memorias o alegatos presentados, ni por la multiplicidad de las tesis agitadas, ni por una ingente o copiosa labor intelectual. En veces, el mutismo, la reserva o la sigilación, constituyen estrategias de peso que utilizan los letrados para la consecución de sus fines defensivos. Y esto no presupone -ni más faltaba- inercia o despreocupación o desidia o apatía, ni nada que se le parezca. Esto, a pesar de apariencias en contrario. De pronto, razones habrá tenido el letrado actuante para proceder de esta guisa. Alguna vez dije que el misterioso hado no lo explica todo y por esto sería muy de alabar que nadie entre a suplantar la actividad dialéctica de los juristas.

f.- Metido de lleno en las probanzas del expediente fácil es captar que allí reposan todos los elementos demostrativos, tangibles y concretos del delito y sus circunstancias y la autoría del mismo en cabeza de Esquivel Fierro. Y dudo mucho que un defensor experto en derecho penal pudiera de manera taumatúrgica o sobrenatural, o por arte de birlibirloque, mudar la severidad del haz probatorio y la sentencia de condena. Entonces, si todo está dado, si a suficiencia se conocen las características del injusto, los nombres de los protagonistas, las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión del hecho, la negativa del reo, y si fuera de todo esto, nada más se puede precisar al respecto, para qué y por qué anular casi toda la actuación?. Con abogado o sin abogado el imputado va a repetir lo conocido y a negar a ultranza su responsabilidad en los hechos. Todo es uno y lo mismo. O no?

g.- Tampoco me dejo conmover -y trascribo algún párrafo de un salvamento de voto forjado en la buena compañía del doctor Gómez Velásquez ante los rasgos de similitud de aquella hipótesis con el caso de autos- por el hecho de que si bien es cierto que en la ciudad donde se presentaron

los sucesos se encuentran muchos abogados inscritos o que frecuentan el lugar, también lo es que tendríamos que suponer que todos estaban en condiciones de asumir la defensoría de oficio, o que podía contarse con ellos de manera expedita y oportuna para la práctica de cualquier diligencia. La realidad enseña que aun en centros en donde opera constantemente buen número de abogados, que éstos o están en otros menesteres, o ya tienen un número de asistencias de oficio que los exonera de ser llamados a una actividad de esta índole, o no es dable hallarlos con la facilidad que el adelantamiento del proceso demanda. Y en poblaciones lejanas, puede acontecer que el número de abogados que suelen ejercer allí su profesión, no lo hacen todos de manera constante, sino de modo esporádico. Habría, pues necesidad, en este terreno, no de acudir a suposiciones (todos los abogados podían actuar) sino de demostrarse que pudiendo realmente hacerlo, el capricho del funcionario impidió esta intervención. Pero la apreciación no puede brotar en este sentido, sino en dirección muy distinta.

h.- En este orden de cosas, no puede entrañar nulidad legal y menos supralegal, la circunstancia de que el imputado haya estado asistido en algunas diligencias propias de la instrucción por ciudadanos honorables aunque no ostentaran títulos profesionales en abogacía o no fueran versados en disciplinas jurídicas. No lo primero porque tal posibilidad aparecía y aparece hoy contemplada en el código de la materia (arts. 139 y 148 del C. de P. P.). Y no lo segundo por cuanto el ejercicio del derecho material de defensa le permite al acusado una amplia y constante participación en las diligencias de averiguación y comprobación de la existencia y naturaleza del hecho, su enteramiento de todas las actuaciones que se surtan en las actividades típicas de la instrucción y el conocimiento de las determinaciones adoptadas por el funcionario correspondiente. Cuando las diligencias sumarias han sido adelantadas con muestaras reconocibles de imparcialidad y mesura, explorando todas las posibilidades de cargo y de descargo, lográndose conformar una estructura probatoria sólida y completa, el proceso -y reitero conceptos del salvamento de voto aludido- debe mirarse como válido y tenerlo como debido. En la hipótesis contraria distinta será la conclusión y entonces sí será necesario advertir y declarar la violación del derecho de defensa.

i.- Hasta donde me alcanzan mis conocimientos -que no son muchos- el artículo 148 del C. de P. P. no ha sido objeto de ataque en sede constitucional ni tampoco conozco que sobre la materia exista un fallo definiti-

vo con alcances de cosa juzgada constitucional. Debo colegir entonces que la preceptiva del antecitado artículo no contradice la Carta por ajustarse perfectamente a su letra y a su espíritu. Me parece aventuradísimo decir que como la Corte Constitucional ha pergeñado de una u otra forma algunas glosas sobre asuntos colaterales (Vid; la acción pública de inconstitucionalidad (parcial) contra el artículo 374 del Decreto-Ley 2550 de 1988, declarado inexequible, o si se quiere, la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 147 del Decreto 2700 de 1991), se pueda ya afirmar como dogma de fé o como situación "muy probable", -así lo dice la decisión de esta Sala- la inexequibilidad del precepto atrás invocado. Y con perdón de la Corte -así perezca yo de soledad- sobre cábalas, supersticiones o fetichismos no me pronuncio. Tal vez no soy todo lo amplio que es de desear. Pero no gusto de suponer o excogitar cosas ni definiciones en asuntos tan delicados como éste. Mayormente cuando no se han producido.

3.- Sensible a nuestra realidad histórica, humana y social -sean las que fueren las cosas y las ideas, las realidades y los sentimientos- me preocupa en alto grado el fallo adoptado por la mayoría de la SALA con su cerrada dialéctica pero más las repercusiones internas frente a la totalidad de los expedientes que cursan en ciudades medias o en poblaciones lejanas donde difícilmente se encuentran abogados que asuman una defensa de oficio. No comprendo lo creado. Cualquiera percibe que el desiderátum en esta materia no es otro a entender que todo sindicado tenga un defensor, ya electivo, ora oficial.

Respecto a los últimos, la realidad de nuestras instituciones, cuanto verdad íntima, muestra su evidente ineficacia y su marcada insuficiencia. La idealización del proceso penal, conociendo el medio y los hombres, es por el momento inalcanzable. La verdadera historia es muy otra. Lamento de veras que la Corte -y lo digo con todos los respetos pero sin veladuras de ningún género- tenga una opción distinta a la aquí consignada en materia tan compleja y sensible como ésta. Acaso me quede la esperanza de que su tesis acabará por morir en su propia exageración. Pero y entretanto...?. Y como carezco ya de inspiración para convencer a otros de estas ideas no me queda más remedio que defender señeramente lo mío.

Deploro que en esto y aquello, y lo otro, y lo demás allá, siga en desacuerdo con los criterios -para mí siempre respetables- de mis compañeros de Sala".

Hombre de realidades, sigo pues en lo mío.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Magistrado

Fecha ut supra

CAREO / DERECHO DE DEFENSA

La diligencia de careo dista de integrar un medio probatorio autónomo o indepeniente, constituyéndose en elemento apto para contrastar o depurar las declaraciones de testigos cuyas versiones se oponem entre sí o frente a la que rinde el procesado.

Trátase, además, de un medio discrecional y facultativo, tanto en la concepción que de él traían los códigos de Procedimiento Penal anteriores al Decreto 050 de 1987, como en la del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, donde la razonabilidad de su decreto tiene que depender de la igualdad y proporcionalidad entre las partes enfrentadas, de modo que resultaría absurdo pretender su práctica entre un mayor y un menor, o entre un jefe y sus subordinados, cuando no y muchas veces entre ofensores y poderosos, avezados y agresivos frente a sus víctimas débiles, temerosas e indefensas.

La diligencia de careo no es medio de prueba, sino uno apenas, entre varios mecanismos procesales aptos para contrastar los testimonios o la injurada, ha de entenderse que la remisión del inciso segundo del artículo 248 del C. de P. P., para que se integrem como pruebas en materia penal las previstas como tales en otros ordenamientos legales, debe entenderse improcedente para traer del Código de Procedimiento Civil esa diligencia que de manera expresa excluyó la ley procesal penal hace ya tiempo.

La razón de ser de tal precaución (notificación personal) era impedir que el proceso se adelantará a espaldas del procesado, evitando así terribles injusticias que han terminado com sentencias condenatorias de acusados liberados con caución y que pese a no haber cambiado de domicilio o de sitio de trabajo, fueron emplazados y declarados reos ausentes, como si se tratase de

personas renuentes a comparecer ante las autoridades, contra quienes finalmente se profirieron sentencias que vulneran el debido proceso y el derecho a la defensa porque habiéndose podido propiciar su comparecencia para que dispusieran lo necesario para tener defensor de confianza y para realizar la defensa material, no fueron oportunamente y debidamente citados.

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

Magistrado Ponentes: *Dr. Edgar Saavedra Rojas.*
Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Aprobado Acta Nro. 52 (abril 19 de 1995)

Vistos

El 3 de marzo de 1993, el Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá condenó a Gérman Eduardo Rojas Rodríguez a la pena principal de sesenta meses de prisión como responsable del delito de homicidio, en grado de tentativa, cometido en perjuicio de María Ligia Jara Vanegas. Sentencia que el Tribunal Superior de *Santafé* de Bogotá confirmara el 27 de abril de 1993, con algunas modificaciones en cuanto a la condenación al pago de perjuicios materiales.

Interpuesto por la defensa fue concedido. Posteriormente esta superioridad declaró ajustada a las exigencias legales la respectiva demanda.

Al rendir el concepto a que le obliga la ley, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicitó la declaratotia de nulidad a partir del auto de cierre de la investigación.

Ahora, la Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes:

Hechos

En las primeras horas de la mañana del 3 de octubre de 1986 María Ligia Jara Rodríguez quien había procreado un hijo con Germán Eduardo

Rojas Rodríguez, se presentó en la edificación (Carrera 17 Nro. 52 13) en donde se encuentra la casa de habitación de Susana Barrera, quien mantenía relaciones amorosas con Rojas Rodríguez, y armada de un cuchillo rompió varios vidrios y se dedicó a tratar mal a sus habitantes.

Avisado telefónicamente de la situación, Rojas llegó poco después al sitio de los acontecimientos armado de un cuchillo con el que atacó a María Ligia ocasionándole tres heridas en la región abdominal. La llegada oportuna de la policía evitó que la siguiera agrediendo.

Actuación procesal

El 8 de octubre de 1986 se ordenó abrir el proceso penal y el mismo día se escuchó en indagatoria a Germán Eduardo Rojas Rodríguez. Tres días más tarde se dejó en libertad al sindicado por no reunirse "a cabalidad los presupuestos exigidos por el legislador para decretar su detención preventiva" con base en lo dispuesto en el artículo 437 del C. de P. P. y ley 2a. de 1984.

Con fecha del 31 de marzo de 1992 se dictó resolución de acusación contra el sindicado por el delito de homicidio en grado de tentativa.

La diligencia de audiencia pública se inició el 5 de febrero de 1993.

La sentencia de primera instancia se profirió el 3 de marzo y la de segunda el 27 de abril, ambas del citado año.

Los argumentos de la demanda

Al amparo de la causal tercera de casación el demandante plantea la existencia de una nulidad, por haberse afectado el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado, quien inicialmente designó a un defensor de confianza, que no cumplió con los deberes encomendados pues nunca formuló una petición, ni asistió a la práctica de ninguna diligencia de carácter probatorio.

A ello agrega que, calificado el proceso, el juzgado le nombró un defensor de oficio, sin que los funcionarios judiciales hubieran hecho esfuerzo alguno para informar de tales hechos al sindicado, cuando se contaba con su dirección, a quien tampoco se le notificó la resolución de acusación.

Para el recurrente "La condena que ahora soporta el señor Rojas Rodríguez tal como le fuera impuesta sin reconocer en su favor la atenuante de la ira por grave e injusta provocación, calificando el delito de tentativa de homicidio y negando el subrogado penal de la ejecución condicional de la sentencia, es lógica consecuencia de la falta de defensa técnica".

El actor resalta que habiendo prueba por pedir, porque algunas no se practicaron, el defensor de oficio no las solicitó en la causa. Así mismo aduce que la diligencia de confrontación que se decretó en el sumario no fue posible practicarla por insistencia de la ofendida, y por que para la época en que se cumplió la causa la diligencia ya había sido suprimida del procedimiento "y por ello pudiera afirmarse que el defensor de oficio no tenía por qué insistir en la práctica de dicha diligencia, no es menos cierto que su inactividad se tradujo en la ausencia de otra prueba, esta si de vital importancia como lo eran ...." Los testimonios de Luis Ortiz, presencial de los hechos, de María Barrera y de sus hijas Susana y Nubia que fueron agredidas por la ofendida.

Afirma igualmente que los peritajes no fueron puestos a disposición de las partes, sin que el defensor hiciera pronunciamiento alguno al respecto, omisión de la defensa por la cual no se estableció si la gravedad de las lesiones eran de tal naturaleza para concluir en el ánimo de matar.

El casacionista acepta que el defensor de oficio intervino en la audiencia e interpusor recursos, inclusive el extraordinario de casación, pero en su sentir eran recursos tardíos pues el acervo probatorio era precario, haciendo que la defensa esgrimiera tesis insostenibles, como la de la prescripción de la acción penal o el reconocimiento del estado de ira, y no porque éste no se hubiera podido dar sino precisamente por la ausencia de prueba que lo demostrara.

El libelista también censura a su antecesor por haber sostenido tesis contradictorias en cuanto pidió el reconocimiento tanto del estado de necesidad como de la defensa legítima, que no prosperaron y menos "la absurda petición de culpabilidad culposa en una tentativa de homidicio que también fuera intentada por la defensa. Falló tambien el defensor de oficio por este aspecto de la defensa técnica en favor de su asistido. En conclusión, alguna de la pretensiones del defensor de oficio halló eco en los sentenciadores".

El actor explica cómo la vulneración del derecho de defensa constituye cuasal de nulidad y cómo es más explícita la ley cuando en el numeral

3 del artículo 308 exceptúa la vulneración de este derecho cuando se establece el principio general según el cual no se puede alegar nulidades cuando se haya coadyuvado a su producción.

Cita reciente decisión de la Sala con ponencia del doctor Calvete Rangel, del 18 de mayo de 1993 que, en un caso similar, reconoció el quebrantamiento de este derecho.

Solicita se decrete la nulidad por vulneración del debido proceso y del derecho a la defensa, a partir del auto de cierre de la investigación.

Por otra parte, el recurrente considera que hay también una errónea calificación, porque no se trata de un delito de homicidio tentado, sino de unas simples lesiones personales, cuyas heridas no fueron mortales.

Finalmente el libelista sostiene que al procesado nunca se lo interrogó por una intención de matar y que por el contrario en la indagatoria se le preguntó por un delito de lesiones personales.

Con estos argumentos el demandante aspira a que la Sala decrete la nulidad del proceso por errónea calificación.

El censor formula el segundo cargo al amparo de la causal primera por la existencia de errores de hecho originados en la distorción de algunos medios probatorios. Así, se refiere a los experticios medicolegales para pregonar que en ellos se describen las heridas partiendo de la historia clínica, pero no se determina su gravedad, ni se preguntó a los galenos por su naturaleza letal, pues los funcionarios judiciales se limitaron a interrogar sobre unas lesiones personales.

Prosigue el impugnante asegurando que pese a existir la libertad probatoria no se "autoriza en modo alguno al juzgador para deducir de un dictamen pericial consecuencias no afirmadas por la prueba misma ni mucho menos cuando como en el caso materia del recurso ni siquiera se cuestionó a los peritos sobre esos eventos".

De lo anterior, el recurrente concluye que la errónea apreciación del peritaje lleva indirectamente a la violación de los artículos 323 y 22 del C.P.

De igual manera, el demandante estima erróneamente apreciado el testimonio de José Rodrigo Mendivelso "al concluir de el, como lo hizo, tanto

la intención de matar en el proceso como la interrupción del nexo causal para degradar el delito, otras palabras, que la muerte no se produjo por cuanto el Agente Mendivelso impidió que el procesado culminara su designio criminal".

Dice que la ofendida es la única que dice que el procesado quería matarla, pero no hay en el proceso ni una prueba que avale tal afirmación.

Finalmente, el actor solicita se case la sentencia y se decrete el cese de procedimiento pues la acción del delito de lesiones personales se encuentra prescrita.

Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

El representante del Ministerio Público considera que la demanda contiene fallas técnicas que imponen su desestimación, pero que el cargo primero propone aspectos que por su trascendencia lo llevan a solicitar a la Sala de declare la nulidad de lo actuado.

En cuanto se refiere al cargo por la supuesta vulneración del derecho a la defensa téncina, el Delegado asegura que pese a firmarse su existencia, en la demanda no se demuestra el carácter esencial ni la trascendencia que la irregularidad tiene sobre la sentencia demandada; por ello considera que " los argumentos esgrimidos por el libelista, en punto a la ausencia de defensa técnica, no cumplen con los parámetros esbozados, ya que el censor se limitó a enunciar las actuaciones que en su sentir dejó de efectuar el antiguo defensor doctor Trespalacios en procura de su prohijado, pero sin precisar la incidencia de ellas en la situación procesal y sin analizar rígidamente lo sucedido que, cuando menos la actuación inmediatamente anterior al cierre de investigación (de fecha 23 de julio de 1987 —folio 58), se evidencia como estrategia defensiva en tanto que el abogado compareció a la sede del juzgado en compañía de su representado en las ocasiones en las que fue citado, por lo cual se puede colegir que se hallaba al pendiente de la actuación".

Dice que debe tenerse en cuenta que hasta ese momento no se había producido providencia detentiva, ni la investigación era muy activa, y por ello era presagiable que se tratara de un proceso más de aquellos que quedan en prescripción.

Prosigue el Procurador argumentando que solo después de cuatro años se vino a cerrar la investigación, razón por la cual se compulsaron copias para el funcionario responsable de la mora y que por ello no se puede hablar de la inactividad del defensor como ausencia de defensa técnica, "Pero, y sin contrariar lo dicho anteriormente, a partir de ese abandono fáctico de la actuación, surgió una violación del derecho a la defensa del imputado pues su defensor, entonces sí definitivamente (sin saberse cuando) perdió absolutamente el control del proceso, al punto tal que se cerró la investigación sin que se percatara de ello y nunca volvió a tener contacto con el expediente, lo que motivó su desplazamiento de la función defensiva sin que se hubiera enterado de ello al abogado o al incriminado".

Para el funcionario que conceptúa, es a partir del cierre de la investigación que se vislumbra un flagrante desconocimiento de la ritualidades de ley y afectación del derecho a la defensa del procesado.

Al efecto destaca que el reconocimiento médico a la víctima y el intento de realizar la diligencia de confrontación el 23 de julio de 1987 fueron los últimos actos de instrucción, y el cierre de la investigación operó el 3 de octubre de 1991, un poco mas de cuatro años después y de conformidad con las previsiones del artículo 119 de la ley 23 de 1991; decisión que se notificó personalmente al Fiscal y por estado a las demás partes.

Advierte que ninguna de las partes alegó y se produjo resolución de acusación el 31 de marzo de 1992, que fue notificada personalmente al Fiscal y por estado a las demás partes, y ante la constancia secretarial de no haberse podido notificar al defensor, el Juez determinó designarle uno de oficio, a quien se realizó la notificación respectiva.

Sin embargo, el representante del Ministerio Público sostiene que no se cumplieron la citaciones al procesado y a su defensor y que al no haberse producido " se infringió, de manera grave, el contenido del artículo 472 del C. de P.P. por entonces vigente en la redacción del artículo 24 del Decreto 1861 de 1989, que disponía : "Si el imputado estuviera en libertad, se citará por el medio más eficaz a su última dirección conocida en el proceso.

Transcurridos (ocho 8) días desde la fecha de la cominucación sin que compareciere, la notificación se hará personalmente al defensor y con éste continuará el proceso; pero en caso de excusa válida o de renuencia a comparecer, se le reemplazará por un defensor de oficio.

"Notificada personalmente la resolución de acusación al imputado personalmente la resolución de acusación al imputado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado".

Afirmar que el instructor incumplió esta actividad "pese a que se conocían las direcciones de ambos (defensor y procesado(y los dos podrían haberse enterado de la nueva situción procesal que, por el transcurso del tiempo en inactividad (más de cuatro años), ya no era vigilada por ninguno de los interesados ".

Y continúa: "El Juzgado instructor, para respetar la forma procesal, asaltó además los derechos del inculpado porque no presentándose ninguna de las dos circunstancias establecidas por la ley para el relevo del defensor contractual del encargado — pues en su desidida no lo citó—, resolvió designar un defensor de oficio para que lo asistiera en la etapa del juicio, asegurando, de esta forma, la tramitación de la etapa correspondiente a espaldas del acusado".

En criterio del Delegado, la irregularidad no es simplemente formal, sino que es de carácter sustancial porque:

> "Es así como el intructor no permitió el contrainterrogatorio de la lesionada que por la vía del careo se había solicitado, pues apesar de las varias citaciones para ello la interesada no compareció, sin que tal conducta motivara la aplicación de correctivo alguno por parte del funcionario instructor; tampoco se ecucharon las declaraciones de los señores Susana Barrera, Luis Ortiz, Saúl N., María Barrera, Alfonso Bustos y Saúl Rodríguez, citados por el indagado; tampoco se practicó prueba alguna que permitiera determinar si la ofendida se autolesionó en el forcejeo que sostuvo con el inculpado; no se escuchó la versión del agente de policía Raúl Hernández Marín ni se estableció el porqué la señora Ligia Jara no se encontraba en la unidad de cuidados intensivos a donde había sido inicialmente trasladada, al momento en que los médios autorizados se trasladaron hasta allí para hacer el reconocimiento de sus lesiones, ni se procuró el debate sobre el informe del Instituto de Medicina Legal; menos aún se preocupó el instructor por establecer la verdadera situación de la agresión ni sus consecuencias, pese a que el agente Rodríguez Mendivelso declaró que aprehendió al agresor y luego tuvo tiempo de llevarlo retenido hasta lugar seguro, cambiarse de

ropas y regresa en la patrulla por la lesionada, relato éste que indicaría la poca gravedad de las lesiones recibidas los Ligia Jara".

El colaborador del Ministerio Público considera que por la prolongada Inactividad en realidad se terminó cerrando la investigación a espaldas del acusado y que al nombrársele defensor de oficio se lo privó totalmente del derecho a la defensa. En consecuencia, solicita la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de la investigación el 3 de octubre de 1991 para que se reponga lo irregularmente actuado.

Consideraciones de la Sala

No comparte la Sala el criterio expuesto por el Procurador Delegado en cuanto afirma que la demanda debe ser desestimada porque contiene deficiencias técnicas consistentes en que enunció la iregularidad sin demostrar el carácter esencial y trascendente de ella en la sentencia impugnada.

Ello, porque en verdad, además de la alegada ausencia de defensa técnica (que én criterio del Procurador no aparece suficientemente fundamentada), el libelista destaca otras irregularidades, que son precisamente las que toma el Colaborador de la Procuraduría para solicitar oficiosamente se case la sentencia por vulneración del debido proceso y del derecho a la defensa.

Como lo hizo el censor, se debe destacar que la inactividad instructora en este proceso se prolongó por más de cuatro años; que el procesado había sido relevado del cumplimiento de sus presentaciones ante el despacho judicial y el abogado de confianza no alegó en el momento del cierre de la investigación, así como la falta de práctica de algunas diligencias citadas por el implicado en su indagatoria, todo lo cual lo llevó a afirmar el desconocimiento del derecho a la defensa, que es fundamentalmente lo mismo que termina solicitando el Procurador pero que se produzca un procedimiento de carácter oficioso.

Es preciso insinuar que para mayor garantía de los derechos del procesado, las citas que hace en la indagatoria deben confrontarse en el período probatorio de la causa.

En lo que atañe con la ausencia de defensa técnica, resulta válido afirmar que ella no se configura simplemente con la inactividad del apodera-

do, porque tal actitud bien puede tenerse como una estrategia defensiva. Tómese como ejemplo el hecho de que varias veces se trató de realizar la diligencia de careo y ello no fue posible por inasistencia de la ofendida; sin embargo, el sindicado sí estuvo presente acompañado de su defensor.

A propósito de este tema vale la pena clarificar que a juicio de la Sala, y a diferencia de cuanto plantea el libelista, la diligencia de careo dista de integrar un medio probatorio autónomo o independiente, constituyéndose en elemento apto para contrastar o depurar las declaraciones de testigos cuyas versiones se oponen entre sí o frente a la que rinde el procesado.

Trátese, además, de un medio discrecional y facultativo, tanto en la concepción que de él traían los Códigos de Procedimiento Penal anteriores al Decreto 050 de 1987, como en la del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, donde la razonabilidad de su decreto tiene que depender de la igualdad y proporcionalidad entre las partes enfrentadas, de modo que resultaría absurdo pretender su práctica entre un mayor y un menor, o entre un jefe y sus subordinados, cuando no y muchas veces entre ofensores poderosos, avezados y agresivos frente a sus víctimas débiles, temorosas e indefensas.

Contingente, además, en cuanto la falta de su práctica no impediría a los intervinientes procesales ni al juzgador controvertir directamente la prueba o mediante el aporte de otras, ni sopesar después los diferentes medios encontrados cotejándolos razonadamente, sin que con ello se lesione el derecho de defensa, menos si ex-profeso en materia criminal el careo se marginó del ordenamiento procesal por ineficaz, inconveniente y desprestigiado.

En este aspecto ha de tomarse en cuenta que la prerrogativa constitucional consagrada en el artículo 29 superior como derecho "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra", lejos está de hallar su única expresión en la desueta diligencia de careo, siendo mucho más amplias y plurales las oportunidadaes que se conceden a los intervinientes procesales, respecto de todos los medios probatorios, y no solo del testimonial, como sucede por vía de ejemplo ante la diligencia de inspección donde se prevé la posibilidad de su conocimiento y solicitud de aclaraciones y ampliaciones (art. 260 C. de P.P.), el enteramiento del dictamen facilitando su ampliación, aclaración u objeción (artículos 270—271), tachando documentos o interviniendo ante informaciones recibidas

(arts. 277—280) o repreguntando y contrainterrogando a los testigos (art. 292).

Esta amplia gama de posibilidades actualiza dentro del proceso penal y satisface a suficiencia el enunciado principio de contradicción previsto en el artículo 29 de la constitución, sin que de la advertencia contenida en el aparte final del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal se desprenda por vía de interpretación la reviviscencia del careo, pues tampoco de los compromisos internacionales suscritos por Colombia emerge necesariamente la activación de esa práctica, ya que como puede verse, la referencia a la "confrontación de testimonios" que hace el citado inciso solo encuentra tanto en el Pacto internacional de Derechos Humanos (Artículo 13, numeral 3, literal e), como en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8o., numeral 2, literal f) la advertencia común de que toda persona acusada podrá "interrogar o hacer interrogada a los testigos de cargo", y "obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones de los testigos de cargo", o lo que es lo mismo, derecho a "interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener su comparecencia, como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

Tal derecho no se consolida, entonces, con la práctica de un interrogatorio recíproco y rostro a rostro entre testigos discrepantes, o frente al procesado cual sucedía en la diligencia de careo, sino mediante la posibilidad mucho más amplia y en relación con todas y cada una de las pruebas que tienen los intervinientes procesales para objetar, aclarar, contraprobar, y por supuesto repreguntar y contrainterrogar en la búsqueda de la verdad y la demostración del derecho alegado.

Dentro de éste entendimiento se ubica la interpretación que la Corte Constitucional ha dado al tema en sus fallos C—053 de febrero 18 de 1993 y C—394 de septiembre 8 de 1994, coincidiendo en el sentido dentro del cual se orienta la doctrina foránea respecto de preceptos paralelos (cfr. fallos Kostowsky (20 nov—1989), Windisch (27 set—1990) y Ludi (15 junio—1992) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y aún los fallos de 28 feb—1994 y de 16 set—1994— del Tribunal Supremo y el Tribunal Constotucional Español, respectivamente), al admitir en juicio la presencia de "testigos ocultos" para el procesado o la audiencia, siempre y cuando quede a salvo con el conocimiento de su identidad y del contenido íntegro de su versión, la posibilidad de su contradicción procesal.

En tal sentido, si ya se ha dicho que la diligencia de careo no es un medio de prueba, sino uno apenas, entre varios mecanismos procesales aptos para contrastar los testimonios o la injurada, ha de entenderse que la remisión del inciso segundo del artículo 248 del C. de P.P. para que se integren como pruebas en materia penal las previstas como tales en otros ordenamientos legales, debe entenderse improcedente para traer del Código de Procedimiento Civil esa diligencia que de manera expresa excluyó la ley procesal penal hace ya tiempo.

Por último, ha de ser tenido en cuenta para el caso presente que mientras la codificación procesal penal vigente durante una etapa de este proceso autorizaba la diligencia de careo, los funcionarios judiciales dieron con amplitud la posibilidad para su práctica,sin que a ella se hubiese llegado por renuencia de quien debía enfrentar al procesado. Luego tampoco podría sostenerse que esa confrontación —cuando era procedente— se omitió por culpa o abuso de poder de la administración de justicia, de donde deriva la improcedencia del reclamo que sobre tal carencia se insinúa.

La desidia instructiva del funcionario del conocimiento es, sin embargo, hasta tal punto evidente que dió pie a que, con toda razón, el Tribunal ordenara la compulsación de copias para que el responsable de ella fuera investigado. Y, en tales circunstancias, dentro de la actividad profesional de un defensor no se encuentra la obligación de advertir a los funcionarios encargados de impulsar oficiosamente la acción penal que el incumplimiento de ese deber puede acarrear la prescripción de la acción, porque este resultado final, causante de impunidad, bien puede representar un éxito para la defensa.

El defensor cumplió el deber de concurrir con el sindicado las veces en que fue convocado y si no fue posible practicar la prueba, la responsabilidad no le es atribuíble al mandatario judicial ni a su representado, como tampoco puede achacársele cargo alguno por el hecho de que no hubiera sido nuevamente requerido o notificado de alguna otra actividad judicial. Luego, no es del caso pregonar que el procesado careció de defensa técnica.

Pero, sí resulta inobjetable el postulado que presenta el actor sobre la nulidad basada en la notificación irregular del auto calificatorio, en la medida en que la decisión se notificó personalmente al Ministerio Público y a las demás partes por estado. Y ante la advertencia del secretario de

que se trata de una resolución de acusación en la que la "notificación se hace en forma diferente", el funcionario dicta un nuevo auto donde pretende aclarar el numeral quinto de la parte resolutiva para que quede así: "Líbrense las respectivas órdenes de captura a las autoridades competentes. Por secretaría envíense los oficios a que haya lugar".

Por informe secretarial se informa al juez que no ha sido posible notificar al defensor de confianza y de manera inmediata le nombra un defensor de oficio a quien notifica personalmente la resolución de acusación y prosigue el adelantamiento del proceso.

La normatividad vigente para el momento del cierre de la investigación era el artículo 472 del Código de 1987, sustituído por el 24 del Decreto 1861 de 1989 el cual disponía que:

> "Si el imputado estuviere en libertad, se citará por el medio más eficaz a su última dirección conocida en el proceso. Transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación sin que compareciere, la notificación se hará personalmente a su defensor y con éste continuará el proceso; pero en caso de excusa válida o de renuencia a comparecer, se le reemplazará por un defensor de oficio".
>
> "Notificada personalmente la resolución de acusación al imputado o a su defensor, los demás sujetos procesales se notificarán por estado".

En el expediente no existe la más mínima prueba, esto es, ni copia de la citaciones, ni constancia secretarial, que dé noticia del intento de notificar personalmente al procesado o a su defensor; comportamiento que viola con absoluta claridad lo dispuesto en el artículo antes transcrito, que imponía realizar este esfuerzo de notificación personal antes de proceder a la notificación por estado.

Ahora bien, el nombramiento del defensor de oficio venía a resultar válido solo si el procesado se excusaba fundadamente o asumía una actitud renuente a comparecer.

Recuérdese que en vigencia del Código de 1971 el artículo 484 disponía que debía intentarse la notificación personal del auto de proceder y si era necesario se debía oficiar a las autoridades de policía para su captura y

"Cuando no fuere posible hallar al procesado para hacerle dicha notificación, se le emplazará por edicto, que permanecerá fijado por diez días en la secretaría del juzgado; si trascurrido el plazo no compareciere, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación".

En vigencia de la normatividad citada la Sala de Casación Penal, profirió decisiones en el sentido de afirmar que no se podía proceder al emplazamiento y a la declaratoria de reo ausente hasta cuando se hubiesen agotado las diligencias de localización y captura, por lo que era indispensable esperar las informaciones negativas, para entonces sí proceder al emplazamiento.

En este sentido la Corte sostuvo:

"La correcta notificación del auto de proceder, dada la trascendental importancia que esta pieza procesal tiene en el procedimiento penal colombiano, constituye una de las actuaciones capitales tanto para la adecuada tramitación del juicio, que se inicia con la ejecutoria de esa providencia, como para el ejercicio cabal del derecho de defensa del acusado, que a partir de entonces se hace más necesario, de modo que constituye motivo de nulidad legal el hecho de no notificarla en debida forma al procesado y a su defensor, o a éste en el caso del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, vicio sólo subsanable por el propio procesado si, habiendo comparecido luego al juicio, no propone su declaración dentro de los quince días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal (Ord. 3o. del ART. 210 del Código de Procedimiento Penal), evento éste en el que, sin embargo, no es necesario retrotraer la actuación; y nulidad constitucional, además, si no ha habido realmente notificación de la providencia, en este último caso, vicio insubsanable dado su origen supra legal (Art. 26 de la Constitución Política), salvo mediante la anulación de la actuación adelantada con menoscabo de la plenitud de las formas propias del juicio, para su posterior reposición con el lleno de la totalidad de tales formalidades.

"No es lo mismo, en efecto, notificar en forma indebida el auto de proceder al procesado, v.gr., por estados encontrándose detenido con violación del artículo 182 del Código de Procedimiento Penal, que

no notificárselo en modo alguno v.gr., buscándole donde no se encuenta, siendo conocido el lugar donde era posible hallarlo, evento en el que, apenas, se simula una notificación que en la práctica no se ha surtido.

"El artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, cuyo contenido y finalidad no pueden ser más claros, dispone la notificación por edicto al procesado llamado a juicio, cuando no fuere posible hallarlo para que se cumpla personalmente esa notificación, lo que quiere decir, sin lugar a dudas, que este tipo de notificación no puede darse sino cuando, como lo indica el Diccionario de la real Academia Española, no se omite "circunstancia ni diligencia alguna para el logro de lo que se intenta o le ha sido encargo (a alguien)", sin que, no obstante ese empeño, su obtención haya sido posible.

"La disposición que se comenta tiene, desde luego, la muy loable y justificada finalidad de evitar la suspensión indefinida del proceso, debido a la contumacia o rebeldía de los procesados que eluden deliberadamente su comparecencia al juicio, huyendo, escondiéndose o evitando, por cualquier otro medio, la notificación personal de una providencia que suponen o saben proferida en su contra, finalidad que no se cumple y antes, por el contrario, se desdibuja, quebranta y se vuelve totalmente inoperante cuando, en lugar de ordenar la captura del procesado que se sabe donde puede hallarse, para notificarle personalmente la providencia, como lo manda la ley (Art. 182 citado), se le busca donde no se halla para, de ese modo, hacerle en la forma subsidiaria establecida en ella, la que ha debido ser notificación personal". (C. S. J. Sent. cas. Julio 26 de 1982. M. P. Dr. Dante Fiorillo Porras).

La razón de ser de tal precaución era impedir que el proceso se adelantara a espaldas del procesado, evitando así terribles injusticias que han terminado con sentencias condenatorias de acusados liberados con caución y que pese a no haber cambiado de domicilio o de sitio de trabajo, fueron emplazados y declarados reos ausentes, como si se tratase de personas renuentes a comparecer ante las autoridades, contra quienes finalmente se profirieron sentencias que vulneran el debido proceso y el derecho a la defensa, porque habiéndose podido propiciar su comparecencia para que dispusieran lo necesario para tener defensor de confianza y para realizar la defensa material, no fueron oportuna y debidamente citados.

Es entonces indiscutible que con la irregularidad que se destaca se vulneró de manera grave tanto el debido proceso como el derecho a la defensa, lo que hace necesario casar la sentencia impugnada, para declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del trámite de las notificaciones del auto calificatorio.

Con respecto a otro de los aspectos que como vicio susceptible de provocar nulidad, presenta el libelista a consideración de la Sala, conviene recordar que, es bien sabido que los jueces de Colombia -en cuya expresión, por mandato constitucional, se incluye hoy en día a los miembros de la Fiscalía- están obligados como lo estaban en la época de la ocurrencia de los hechos, a la investigación integral, concepto que rebasa la frase de cajón sobre el deber de investigar tanto lo desfavorable como lo beneficioso a los intereses del procesado, pues el cumplimiento real de tal mandato implica que los jueces están en la obligación de verificar las citas que el sindicado haga en la indagatoria.

Concretando el caso del cual se ocupa esta sentencia, en la diligencia de indagatoria el sindicado indicó como declarantes de conducta a Jorge Enrique Pachón Bernal y a Luis Daniel García. Por otra parte, mencionó a Luis Ortiz, María Barrera, Nubia Barrera, Susana Barrera, Alfonso Bustos, Saúl N. Como testigos de los hechos; y se refirió a Saúl Rodríguez, empleado de su casa, que recibió la llamada en la cual le enteraban de lo que estaba sucediendo, habiendo aportado las direcciones en donde cada uno de ellos podía ser localizado.

No obstante, por auto del 31 de enero de 1987, el instructor solo ordenó recepcionar el testimonio de Jorge Enrique Pachón y Luis Daniel García (declarantes de conducta), como en efecto ocurrió; pero no trató de verificar las citas que hizo el sindicado en su indagatoria, a pesar de que se trataba de testigos presenciales, que podían ser localizados con los datos que sobre ellos dió el implicado.

La deficiencia investigativa señalada hubiera podido significar una violación de las garantías fundamentales del procesado; sin embargo, como la actuación se retrotraerá, y la etapa de la causa habrá de realizarse de nuevo, será la oportunidad para que las pruebas citadas por el procesado en su indagatoria sean verificadas. Por ello, esta irregularidad no será tomada como base de la nulidad y no obliga a devolver el proceso hasta la etapa de investigación.

Finalmente, dado que uno de los motivos de nulidad planteados por el demandante ha prosperado, no es menester estudiar el cargo que por violación indirecta de la ley sustancial propuso en segundo lugar.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que parcialmente de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve

CASAR el fallo impugnado y como consecuencia decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del trámite de notificación del auto calificatorio.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CAREO / PRUEBA
(Salvamento de Voto)

En mi opinión, el impugnante se equivoca al comentar que ya para el período probatorio de la causa no era del caso insistir en la práctica de esta prueba (careo) porque había sido suprimida del ordenamiento legal desde la vigencia del Código de 1987, porque si bien en principio ello es cierto, se debe reconocer que existen normas legales de mayor jerarquía valorativa que hoy consagran este medio de convicción, haciendo posible su recaudo. Por ello, si lo que quiso el legislador de 1987, era eliminar este medio de convicción de la normatividad procesal, esa intención nunca se concreto en la realidad porque normas legales de mayor jerarquía si la contemplan.

Habida cuenta que no comparto el tratamiento que la Sala con criterio mayoritario le ha dado en este asunto a la diligencia de careo, considero necesario dejar constancia de los argumentos que sustentan mi opinión.

Como antecedente, recuérdese que el 26 de marzo de 1987 ha debido realizarse la diligencia de careo entre la ofendida y el sindicado, pero, pese a la asistencia de éste y de su defensor, la no concurrencia de aquella impidió el cumplimento de la diligencia.

Lo anterior, dió lugar a que el comisionante ordenara realizar la diligencia de careo, aún en ausencia de uno de los participantes, para el evento de que uno de ellos no compareciera, como estaba autorizado por la legislación vigente.

El 23 de julio de 1987, nuevamente la ofendida incumplió la citación; sin embargo, el juez comisionado no cumplió el encargo solicitado por su superior, porque no utilizó las medidas coercitivas que tenía para hacer asistir a la renuente, ni tampoco realizó la diligencia en su ausencia.

De esta manera se privó al sindicado de un medio de defensa, que era el de confrontación entre el sindicado y su principal acusadora.

En mi opinión, el impugnante se equivoca al comentar que ya para el período probatorio de la causa no era del caso insistir en la práctica de esta prueba porque había sido suprimida del ordenamiento legal desde la vigencia del Código de 1987, porque si bien en principio ello es cierto, se debe reconocer que existen normas legales de mayor jerarquía valorativa que hoy consagran este medio de convicción, haciendo posible su recaudo. Por ello, si lo que quiso el legislador de 1987, era eliminar este medio de convicción de la normatividad procesal, esa intención nunca se concretó en la realidad porque normas legales de mayor jerarquía sí la contemplan, como ya se dijo en antecedencia.

Efectivamente, el legislador de 1987 pretendió eliminar este medio de prueba, considerado engorroso, cuyos resultados positivos se producían excepcionalmente, lo que no justificaba su existencia. No obstante, no tuvo en cuenta la vigencia de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, aprobatorias del Pacto Universal y de la Convención Americana de Derechos Humanos que sí contemplan este medio de prueba y de defensa y que por ser de mayor jerarquía valorativa primaban sobre las prevensiones de una simple norma legal aprobatoria de un código.

El artículo 14 del Pacto Universal en su numeral 3, literal e, establece como uno de los derechos del sindicado de un delito el de "Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo...". Así mismo, la Convención Americana estatuye en su artículo 8, numeral 2, literal f" derecho de la defensa interrogar a los testigos presentes en el Tribunal...".

De estos textos no surge la más mínima duda que se trata de una clara y específica referencia al derecho de confrontación que tiene el sindicado en relación con las personas que lo acusen dentro del proceso penal, y que en la legislación procesal colombiana se denominó diligencia de careo, hasta su desaparición con la vigencia del Código Procesal de 1987.

Tampoco se puede desconocer que es un importante medio defensivo, porque se trata de justo y lógico derecho de quien es acusado por alguien, para que esa persona repita la acusación en su presencia y tenga la oportunidad de formular las preguntas y repreguntas que considere de importancia para sus fines defensivos.

Un importante tratadista de los derechos humanos refiriéndose a esta temática ha dicho:

"El derecho de todo acusado de "interrogar" testigos de cargo y de presentar testigos de descargo, está reconocido tanto por el artículo 14 (3) (e) del Pacto Internacional como por el artículo 8 (2) (f) de la Convención Americana. Este último instrumentos no se refiere a "testigos de descargo" sino personas que "puedan arrojar luz sobre los hechos", sea como testigos o como peritos. Lo anterior parece consistir en una mera diferencia de forma en relación con la formulación del Pacto, y resalta de peculiaridades de las figuras de derecho penal, características de América Latina".

"Este derecho parece tener tres elementos, a saber: el derecho del acusado a interrogar los testigos de cargo; el derecho a presentar testigos a su valor; y, en general, el derecho de igualdad entre la defensa y la acusación en todo aspecto relativo a la presentación e interrogación de testigos. Este último elemento sólo figura textualmente en el Pacto Internacional, pero la Comisión Interamericana ha criticado algunas prácticas seguidas en materia de prueba, por considerar que ponen a la defensa en posición desventajosa frente a la acusación, lo que da lugar para inferir que este principio también está implícito en la normativa regional". (Daniel O_Donell "Protección Internacional de los Derechos Humanos". Comisión Andina de Juristas Lima 1989. pág. 185.).

Igualmente importante resulta precisar que el derecho a la defensa se concreta fundamentalmente cuando el derecho a la contradicción puede ser ejercido desde su triple perspectiva, esto es, partiendo de la posibilidad de contradecir las acusaciones de las otras partes o las que les sean formuladas por los funcionarios; es la virtualidad de mostrar su inconformidad con las decisiones que le afecten sus derechos con la interposición de los recursos ordinarios y el extraordinario; es la factibilidad de contradecir la prueba y ello significa no solo contraprobar con el allegamiento o la solicitud de pruebas que desmientan las de cargo o les mermen su credibilidad, sino la de participar en las diligencias para presenciar su práctica e intervenir en ellas si fuere necesario.

Este derecho de contradicción, también de raigambre constitucional, se vulnera si se desconoce la existencia de la diligencia de careo o de contradicción, que se vuelve a insistir una vez más, jamás ha dejado de existir en nuestra normatividad positiva.

Siempre se ha pregonado que a nivel interno las normas aprobatorias de Tratados internacionales tienen prelación valorativa sobre las leyes ordinarias, pero si alguna vez eso fuera susceptible de discusión, la actual Constitución resolvió con meridiana claridad el tema al establecer en el artículo 93 lo siguiente:

> "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". (resaltado fuera de texto).

Nos encontramos entonces en presencia de un aparente conflicto de normas; de una parte, la ley procesal que no prevé la existencia del careo o confrontación entre el sindicado y el testigo, y de otra, los tratados y convenios internacionales que lo consangran con meridiana claridad. En tales condiciones, acudiendo al principio interpretativo de carácter constitucional antes transcrito, se ha de concluir que por ser la norma aprobatoria de los Tratados de mayor jerarquía valorativa, se ha de dar cumplimiento a sus previsiones y por tanto se debe ordenar y practicar la referida diligencia cuando las necesidades del procesado así lo exijan.

Se podría argumentar que por no estar regulada legalmente la práctica del careo, no es posible su realización en el actual proceso penal, pero en verdad esa dificultad no existe, porque el legislador consagró entre nosotros el principio de la libertad probatoria, razón por la cual sus normas hacen una enumeración enunciativa y no taxitiva de los medios de prueba, dejando su valoración a la recta y racional apreciación que de ellos hagan los funcionarios judiciales.

Esta libertad probatoria permite la práctica de aquellas pruebas que no aparecen concretamente enunciadas en la norma procesal; así lo dispone el artículo 248:

> "**Medios de prueba.** Son medios de prueba: la inspección, la peritación, los documentos, en el testimonio, la confesión. Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.

"El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes, o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales". (negrillas fuera de texto).

En las condiciones normativas expuestas no existe la más mínima duda de que la diligencia de confrontación puede ser practicada así no esté claramente regulada en sus formalidades de realización procesal.

Por otra parte, se podría pensar en acudir a las regulaciones del procesal civil, por aplicación del principio de integración y por existir una prueba similar en el artículo 202 que se titula "Interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso", pero por las específicas peculiaridades del proceso privado, existen una serie de reglamentaciones en esta prueba que se oponen a los principios generales que regulan el proceso penal y que nos llevarían a concluir que el juez debe recurrir para su práctica a su prudente juicio, que no sería otro que la forma como la prueba se practicaba de confirnidad con las regulciones establecidas en el Código Procesal de 1971 (Decreto 409), derogado precisamente por el Decreto 0057 de 1987 que quiso hacer desaparecer este medio de prueba.

Al aplicar estos aspectos teóricos al problema considerado en este asunto, estimo que se produjo una conculcación del derecho a la defensa del procesado, que ha debido garantizar la decisión que no comparto en lo que ha este tema se refiere.

Hago la salvedad anterior, con respeto por los criterios que no han conquistado mi razonamiento.

Edgar Saavedra Rojas

Magistrado.

Fecha Ut Supra

CAREO / PRUEBA
(Aclaración de Voto)

Como siento la necesidad de pensar apenas agrego que la preceptiva del artículo 248 no es taxactiva sino ejemplificativa. El propio legislador contempla la posibilidad de practicar otros medios de convicción no señalados en su continente. Y aunque algunos repudien el careo, en mi experiencia judicial siempre advertí su utilidad y las ventajas de la confrontación. La diligencia que tan íntimamente está relacionada con la prueba testimonial, en sentido amplio aspira a dilucidar extremos allí donde exista discrepancia en las declaraciones respectivas. Indepen-dientemente de la controversia acerca de su autonomía como medio de prueba siempre es útil la percepción directa del magistrado sobre el enfrentamiento vivo de declarantes en oposición. El acto persigue superar las discrepancias o los desacuerdos entre aquellas declaraciones contradictorias acerca de los hechos o circunstancias importantes. Y naturalmente que el espíritu perspicaz del funcionario pondrá las cosas en su exacto sitio y en su congruo lugar y por esto su valoración queda librada a la regional y meta apreciación judicial.

Harto harto interesante el debate verbal agitado en el seno de la sala -reflejado en la decisión mayoritaria- en contorno a la diligencia de careo. La mayoría, con argumentos a montones, cuya suma no entendí, considerada bajo el peso de su propia autoridad -que naturalmente es respetable- que la ponencia presentada por el Magistrado Saavedra Rojas en este específico, no es la acertada, y por lo tanto, digo yo, herética. Ni siquiera sus razones de las normas legales de mayor jerarquía valorativa (leyes 74 de 1968 y 16 de 1972) lograron persuadirlos o convertir de la bondad del planteo. Sin decir apenas nada creo que en exposición de los aspectos teóricos, el Dr. Saavedra tiene toda la razón. A fin de cuentas me seducen, abstractamente hablando, sus raciocinios y argumentos acerca de la liber-

tad probatoria y de que es un medio probatorio. Pero no creo que se quebrante el derecho de defensa solo por que la susomentada diligencia no se efectúe, bien porque el funcionario no considera útil su práctica ora porque las necesidades de la indagación no hagan aconsejable su realización.

Mas como siento la necesidad de pensar apenas agrego que la preeseptiva del artículo 248 no es taxactiva sino ejemplificativa. El propio legislador contempla la posibilidad de practicar otros medios de convicción no señalados en su continente. Y aunque algunos repudien el careo, en mi experiencia judicial siempre advertí su utilidad y las ventajas de la confrontación. La diligencia que tan íntimamente está relacionada con la prueba testimonial, en sentido amplio, aspira a dilucidar extremos allí donde existan discrepancia en las declaraciones respectivas. Independiente de la controversia acerca de su autonomía como medio de prueba siempre es útil la percepción directa del magistrado sobre el enfrentamiento vivo de los declarantes en oposición. El acto persigue superar las discrepancias o los desacuerdos entre aquellas declaraciones contradictorias acerca de los hechos o circunstancias importantes. Y naturalmente que el espíritu perspicaz del funcionario pondrá las cosas en su exacto sitio y en su congruo lugar y por esto su valoración queda librada a la racional y neta apreciación judicial.

Esto es todo y bastante para aclarar mi voto en el sentido que queda resumido.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Magistrado

Fecha Ut Supra

COLISION DE COMPETENCIA / APELACION

El Código de Procedimiento Penal consagra en su Libro I,Título I, Capítulo VIII, el incidente de colisión de competencias, con regulación autónoma de su presentación, trámite y decisión, de manera tal que inhibe a los funcionarios y sujetos procesales involucrados en él para acudir al procedimiento ordinario so pretexto de algún vacío en su reglamentación. Por manera que tanto las determinaciones de los funcionarios que proponen y aceptan o rechazan el conflicto como la que dicte el superior llamado a desatar el incidente no son susceptibles del recurso de apelación, pues una vez propuesta la colisión el Código indica perentoriamente el procedimiento a seguir, luego si se llegasem a admitir interrupción alguna en dicho trámite sería tanto como aceptar la terminación del incidente por vía diferente a la señalada por el legislador, lo cual, además de absurdo e inconveniente, es abiertamente ilegal.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 68-V-18/95

Procede la Corte a decidir lo que en derecho corresponda en relación con el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado ORLANDO AUGUSTO MARIN VARON contra el auto de marzo 9 del corriente año proferido por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín, en el cual no accedió a la petición que dicha defensa le hiciera para que provocara un incidente de colisión de competencias al Juez Regional de la misma ciudad que viene conociendo del proceso que contra el sindicado mencionado se adelanta por los delitos de secuestro exstorsivo y porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública.

Antecedentes inmediatos:

1.- En octubre 2 de 1992 fue aprehendido el cabo segundo de la Policía Nacional ORLANDO AUGUSTO MARIN VARON por agentes de la autoridad de la ciudad de Medellín cuando se disponía a recoger una cantidad de dinero que dos días antes se había exigido al comerciante Gerson Manuel Congote Vásquez después de haber sido por varias horas secuestrado y maltratado así como despojado de algunas de sus pertenencias por individuos al parecer vinculados a la institución policial, siéndole decomisada al mencionado sub oficial una pistola calibre 9 mm. que los peritos catalogaron como de uso privativo de la fuerza pública.

2.- La investigación fue asumida por una de las Fiscalías Regionales de Medellín, la cual profirió resolución acusatoria contra el citado procesado el 24 de septiembre de 1993, por los delitos de porte de arma y uso privativo de la fuerza pública en concurso con secuestro extorsivo y hurto calificado, que apelada fue modificada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional al dejar en firme la acusación solamente por los dos primeros delitos mencionados.

3.- En la etapa del juicio, la defensora del procesado solicitó al Juez Regional correspondiente que se declarara incompetente para conocer del proceso, el cual en auto de agosto 25 de 1994 resolvió negativamente; el 2 de septiembre siguiente insiste en su pretensión, la cual es denegada el 13 del mismo mes con fundamento en que la resolución acusatoria por el delito de secuestro extorsivo había cobrado ejecutoria con la decisión del superior, determinación que impugnó para ante el Tribunal respectivo.

4.- Y sin conocerse pronunciamiento alguno del Tribunal Nacional sobre dicha impugnación el procesado solicita a un juzgado Penal del Circuito de Medellín que proponga colisión de competencias al Regional que tiene el proceso, por que el asunto es de competencia de los jueces de esa especialidad, en su opinión. El Juez 27 Penal del Circuito se niega a ello, en auto de marzo 9 del año en curso, providencia que recurre en reposición y en apelación subsidiaria la defensora; denegada la impugnación horizontal, concedió inexplicablemente el juzgado la apelación para ante la Corte Suprema de Justicia a donde remitió la actuación.

Consideraciones de la Corte:

Sería el caso de entrar a resolver la impugnación presentada de no ser porque autos de la naturaleza del aquí cuestionado, no obstante ser motivados y aun tener el carácter de interlocutorios, carecen del recurso de apelación ante el superior inmediato y, con mayor razón, ante la Corte Suprema de Justicia, según pasa a verse:

1.- El Código de Procedimiento Penal consagra en su Libro I, Título I, Capítulo VIII, el incidente de colisión de competencias, con regulación autónoma de su presentación, trámite y decisión, de manera tal, que inhibe a los funcionarios y sujetos procesales involucrados en él para acudir al procedimiento ordinario so pretexto de algún vacío en su reglamentación. Por manera que tanto las determinaciones de los funcionarios que proponen y aceptan o rechazan el conflicto como la que dicte el superior llamado a desatar el incidente no son suceptibles del recurso de apelación, pues una vez propuesta la colisión el Código indica perentoriamente el procedimiento a seguir, luego si se llegase a admitir interrupción alguna en dicho trámite sería tanto como aceptar la terminación del incidente por vía diferente a la señalada por el legislador, lo cual, además de absurdo e inconveniente es abiertamente ilegal.

Es absurdo, porque la razón indica que el legislador, al consagrar el incidente de la manera como lo hizo, busca obtener una solución al conflicto en el menor término posible. Tan evidente lo es que ordeno al superior resolverlo de plano; es inconveniente porque al ser la competencia el presupuesto "sine quanon" para la actuación del funcionario, solo a este le es dado cuestionarla directamente o por iniciativa de las partes. La injerencia en esta materia del ad-quem solo es posible cuando avoque el conocimiento del proceso como superior funcional, en cuyo caso podrá y deberá, como juez de conocimiento que es, pronunciarse sobre la competencia. Por la vía de la colisión solamente podrá intervenir si la ley le ha dado la competencia para dirimir el incidente, en cuyo evento deberá hacerlo exclusivamente en la forma indicada en dicha ley; y es ilegal, porque la competencia que tiene el funcionario para dirimir la colisión es restrictiva y exige como presupuesto que está se haya trabado realmente, luego no podría so pretexto de un pretendido recurso de apelación obligar a un juez a despojarse de una competencia que considera indiscutible, es decir, que lo que propone la defensora del procesado a la Corte con la

apelación interpuesta no es la solución de un conflicto (para lo que tiene competencia en este caso), sino la creación de uno a través de un recurso "per saltum" inexistente en el ordenamiento. Y eso es, por lo menos, desconocimiento de la ley.

Si además de lo anteriormente puntualizado, se examina el artículo 204 del C. de P. P., no se hallará dentro de la extensa lista de providencias apelables allí referidas ninguna de las proferidas para proponer, rechazar, tramitar y decidir el incidente de colisión de competencias.

2.- En este orden de ideas cabe destacar que cuando el artículo 100 del C. de P. P., faculta a cualquiera de los sujetos procesales para suscitar la colisión de competencias ante el funcionario que este conociendo de la actuación procesal o ante el que considere competente para dicho conocimiento, su solicitud no es determinante ya que el funcionarioa ante quien se formuló está obligado a examinarla sí pero sólo la acogerá "si la hallare fundada", en cuyo caso "provocará la colisión". Contrario sensu, si no la encuentra fundada no tiene por qué provocar incidente alguno, ni le es dado a las partes cuestionar tal determinación verticalmente. Si considera errada la determinación del funcionario, el legislador le brinda la oportunidad de acudir al otro funcionario para que sea éste el que en definitiva examine las razones y proceda a proponer o no el incidente, según que las encuentre o no fundadas. Si aun considera equivocada esta determinación, puede cuestionar la competencia cuando el proceso suba a la segunda instancia con la proposición de nulidad ante dicho superior funcional.

3.- D e otra parte, resulta oportuno recordarle a la distinguida defensora del procesado de la referencia que los abogados son profesionales auxiliares de la justicia y en consecuencia están para colaborar no para entrabar la labor de los jueces y menos con procedimientos dilatorios que como mínimo revelan una deficiente formación profesional. Los recursos ordinarios son ciertamente instrumentos de defensa pero no es de recibo abusar de ellos so pretexto de un legítimo derecho, porque ello puede conducir a una actuación antiética reprimible disciplinariamente.

No siendo apelable la decisión impugnada, la Corte habrá de abstenerse de conocer del recurso interpuesto y ordenará devolver la actuación, en firme lo decidido, al juzgado de origen para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de conocer del recurso de apelación indebidamente concedido por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín contra su proveído del 9 de marzo de 1995 por el cual denegó la solicitud para provocar incidente de colisión de competencias al Juez Regional de la misma ciudad que conce del proceso contra ORLANDO AUGUSTO MARIN VARON por los delitos de secuestro extorsivo y porte ilegal de armas.

En firme devuélvase la actuación al Juzgado 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.

CASACION DISCRECIONAL / PARTE CIVIL

Quiso el legislador de manera expresa y en forma exclusiva conceder el derecho impugnatorio en comentario (casación discrecional) al Procurador su Delegado y el defensor, es decir, excluyó de el a la representación de la parte civil, dejando la posibilidad propia de ésta de disentir del fallo absolutorio al representante de la sociedad, el Ministerio Público en los eventos en que éste interviene y considera objetable la decisión en tal sentido que pone término a las instancias del proceso.

La legitimidad de la personería del postulante constituye condición de procedibilidad de su pretensión y hace parte del ordenamiento jurídico procesal, que como se sabe, es de orden público y de imperativa observancia para el juez, por antonomacia el llamado a respetarlo como arbitro de las garantías constitucionales y legales en el debate sometido a su jurisdicción; no puede en funcionario, habilitar a su arbitrio a ninguno de los sujetos procesales para ejercitar derechos que la ley no le ha concedido, menos aún, cuando la preceptiva es clara y concreta en sus términos no dando margen a un proceso interpretativo que desborde su tenor gramatical.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia.*
Aprobado Acta N° 68-V-18/95

Se resolverá que en derecho sea procedente sobre la solicitud de concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor representante de la parte civil con fundamento en el último inciso del artículo 218 del C. de P.P., contra la sentencia dictada el 21 de marzo del corriente

año por el Juzgado 63 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en la que por revocación de la de primera instancia, se absuelve al procesado RAFAEL ANDRES DIAZ ZAMORA por el delito de lesiones personales culposas ocasionadas en accidente de tránsito al ciudadano Gonzalo M. Parra.

Antecedentes

1.- El 17 de junio de 1992, hacia las seis y media de la tarde del horario adelantado que rigió durante algún tiempo en el país, cuando el transéunte Gonzalo M. Parra caminaba por la calle 12 de esta ciudad capital de la República, fue atropellado por un vehículo automotor que proveniente del sur de la ciudad por la carrera 9a., volteó hacia el oriente por la mencionada calle, ocasionándole graves lesiones que determinaron su incapacidad permanente del órgano de la locomoción.

Ante la alerta promovida por el transéunte acompañante de la víctima que corrió tras el automotor hasta lograr que fuera detenido en su marcha algunas cuadras adelante por un agente de la Policía, fue alcanzado el automóvil Dodge de placas AG-9923 conducido por el ciudadano chileno RAFAEL ANDRES DIAZ ZAMORA, a quien se sindicó del atropellamiento y quien permaneció atento al tratamiento médico que hubo de prodigarse al herido.

Tramitado el proceso ,el Juzgado 86 Penal Municipal profirió sentencia condenatoria, que apelada, el Juzgado de segunda instancia antes referido revocó dando aplicación al principio de la favorabilidad por duda.

2.- Notificado el fallo, el señor apoderado de la parte civil lo impugnó extraordinariamente con el fundamento legal aludido y, superadas las incidencias que provocó el pronunciamiento incompetente del juzgado de segunda instancia en torno a la concesión de la impugnación, el asunto fue remitido a la Corte para lo de su cargo.

Consideraciones de la Corte

La precisión normativa reguladora del recurso de casación que de manera excepcional para los específicos casos y por los precisos motivos plasmados en el artículo 218 del C. de P.P., compete conceder o negar a la Corte, excusa de mayores comentarios respecto de la legitimidad de la personería del recurrente.

Quiso el legislador de manera expresa y en forma exclusiva, conceder el derecho impugnatorio en comentario, al Procurador, su Delegado y el

defensor, es decir, excluyó de él a la representación de la parte civil, dejando la posibilidad propia de ésta de disentir del fallo absolutorio al representante de la sociedad, el Ministerio Público, en los eventos en que éste interviene y considera objetable la decisión en tal sentido que pone término a las instancias del proceso.

La legitimidad de la personería del postulante constituye condición de procedibilidad de su pretensión y hace parte del ordenamiento jurídico procesal, que como se sabe, es de orden público y de imperativa observancia para el juez, por autonomasia el llamado a respetarlo, como árbitro de las garantías constitucionales y legales en el debate sometido a su jurisdicción; no puede el funcionario, habilitar a su arbitrio a ninguno de los sujetos procesales para ejercitar derechos que la ley no le ha concedido, menos aún, cuando la preceptiva es clara y concreta en sus términos no dando margen a un proceso interpretativo que desborde su tenor gramatical.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el profesional que recurre, como se ha indicado, lo hace en representación de la parte civil, para impugnar el fallo absolutorio que defrauda los intereses de su poderdante, el ofendido; más es lo cierto, que la misma disposición legal en que apoya su pedimento, el artículo 218 del C. de P.P., no contempla entre los sujetos procesales con opción de recurrir extraordinariamente en los excepcionales casos de que ese mismo precepto se ocupa, a la parte civil, razón suficiente para que se deniegue la petición, como en efecto se hará.

En mérito, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL.

Resuelve

NO CONCEDER el recurso de casación excepcional solicitando a nombre de la parte civil en este proceso. En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina 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

RECURSO DE HECHO / CASACION DISCRECIONAL

El recurso de hecho es el mecanismo procesal diseñado para que el superior decida si los recursos de apelación o de casación denegados por el inferior, lo fueron conforme a derecho.

La excepcional vía impugnatoria prevista en la norma citada, (art. 218) cuya admisibilidad o rechazo corresponde discrecionalmente a la Sala de Casación Penal de la Corte, es extraña a este trámite del recurso de hecho. Requiere para su viabilidad, no sólo que el recurso haya sido interpuesto ante el correspondiente juez de 2a. instancia, dentro del término legal y por parte legitimada para ello (Procurador General o su Delegado, o por el defensor), sino que debe contener la clara indicación de los motivos que lo autorizan (desarrollo de la jurisprudencia o garantía de los derechos fundamentales).

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla*
Aprobado Acta No. 68 - Mayo 18/95

Vistos

Decide de plano la Corte el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado BERNARDO CORREA PINTO contra el auto de veintiocho de marzo pasado, mediante el cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo negó el de casación contra la sentencia que lo condenó por el delito de corrupción.

Antecedentes

El veintidós de febrero del año en curso, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó, con modificaciones, la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, que condenó a Bernardo

Correa Pinto a la pena principal de un año de prisión por el delito de corrupción de que hizo objeto al menor de catorce años, Miguel Angel Rincón Martínez, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional; decisión contra la que el procesado personalmente interpuso dentro del término legal, recurso de casación, en los siguientes términos:

> "Muy comedidamente manifiesto a los Honorables Magistrados, que interpongo el recurso Extraordinario de Casación, contra la sentencia con que se falló el proceso de la referencia. Ello conforme al artículo 222 del C. de P.P."

El Tribunal Superior por auto de veintiocho de marzo postrero, degenó el recurso de casación interpuesto por cuanto el delito por el cual fue juzgado y condenado el recurrente, esto es, el de corrupción de menores está reprimido por el artículo 305 del Código Penal con un máximo de pena privativa de la libertad de cuatro años (4) años, inferior al límite de seis (6) años, exigido por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993, como factor de procedibilidad de este extraordinario medio de impugnación.

Inconforme el defensor del procesado con dicha negativa, solicitó copias de lo pertinente para recurrir de hecho ante la Corte y recibidas éstas, sustentó por escrito la impugnación aduciendo, en síntesis, que si bien es cierto que el máximo de pena señalado para el delito cometido no hace viable el recurso por el factor punitivo, sin embargo, olvidó el Tribunal Superior que dicha norma contempla en su inciso tercero la procedencia del recurso de casación para casos excepcionales y distintos a los anteriores, en orden a garantizar la intangibilidad de los derechos fundamentales del individuo.

Consecuente con esa manera de razonar pide a la Corte declarar la procedencia del recurso de casación porque, a su juicio, la sentencia protestada violó las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho a la defensa, toda vez que a la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria de primera instancia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Duitama se le imprimió un trámite equivocado; debió sustentarse en forma oral y no por escrito, como lo fué.

Consideraciones de la Corte

El recurso de hecho es el mecanismo procesal diseñado para que el superior decida si los recursos de apelación o de casación denegados por el inferior, lo fueron conforme a derecho.

En ese orden de ideas corresponde a la Sala verificar si el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en proceso por el delito de corrupción de menores, estuvo bien o mal denegado, encontrando que la decisión es acertada, según se desprende de las siguientes breves reflexiones:

De acuerdo a la expresa manifestación del procesado recurrente, contenida en lacónico escrito presentado dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación del fallo de segundo grado, el Tribunal no podía entender cosa distinta a que se trataba de la interposición del recurso corriente de casación por sujeto procesal legitimado para ello, contra sentencia por delito cuyo máximo punitivo lo hacía improcedente; consecuente con esa verdad procesal, lo inadmitió mediante la providencia objeto de reproche.

La sustentación del recurso de hecho se apoya además, en inoportunos razonamientos, como el tardío acogimiento a la excepcional vía casacional contemplada en el inciso tercero del artículo 218, planteamiento que no se ajusta en términos, naturaleza o razón de ser con este medio impugnatorio.

La excepcional vía impugnatoria prevista en la norma citada, cuya admisibilidad o rechazo corresponde discrecionalmente a la Sala de Casación Penal de la Corte, es extraña a este trámite del recurso de hecho. Requiere para su viabilidad, no sólo que el recurso haya sido interpuesto ante el correspondiente juez de 2a. instancia, dentro del término legal y por parte legitimada para ello (Procurador General o su Delegado, o por el defensor como ocurre en el presente caso), sino que debe contener la clara indicación de los motivos que lo autorizan (desarrollo de la jurisprudencia o garantía de los derechos fundamentales), lo cual no se cumplió oportunamente ni los argumentos esgrimidos habrían resultado viables.

Resultando manifiesta la improcedencia del recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior, por tratarse de

delito reprimido con pena privativa de la libertad inferior al límite de seis años y siendo inapropiada la referencia a la casación excepcional y discrecional, traída como sustento de la impugnación, no se remite a dudas que su inadmisión por parte del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo es decisión ajustada a derecho que debe mantenerse.

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

Resuelve

DECLARAR que estuvo bien denegado el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Bernardo Correa Pinto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que lo condenó por el delito de corrupción.

Ordenar remitir la actuación al despacho de origen, para que forme parte del expediente.

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.

NULIDAD / EJECUTORIA MATERIAL

La Sala ha venido sosteniendo que el auto admisorio de la demanda tiene ejecutoria material y, por tanto, sus irregularidades solo pueden subsanarse a través del mecanismo procesal de la nulidad.

De manera que si es incuestionable que las partes deben tener seguridad acerca de lo dispuesto en las providencias judiciales, no lo es menos que la legalidad de las decisiones en cuanto pronunciadas según la Ley es lo que les da certeza y seguridad y no meramente la circunstancia de su firmeza.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos E. Mejía Escobar.*
Aprobado Acta No. 66 (16-05-95)

Vistos

Estándose en la oportunidad para decretar pruebas, se advierte un vicio de la demanda que impone reconsiderar su admisión.

Antecedentes

El ciudadano DIEGO TAVERA TORRES, mediante sentencia de 11 de febrero de 1994, fue condenado por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de esta ciudad a diez (10) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, tras ser hallado responsable del delito de homicidio simplemente voluntario, del cual fue víctima LUIS HERNANDO MENDIETA QUIROGA en hechos ocurridos el 3 de marzo de 1983.

La sentencia de primera instancia fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante fallo de 12 de abril de 1994.

Contra la anterior decisión, el sentenciado a través de su apoderado, instauró ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá acción de revisión, según demanda presentada el 27 de octubre de 1994. En la misma fecha el Presidente de esa Corporación ordenó enviarla a la Corte por competencia.

Dicha demanda fue admitida por el Magistrado Ponente, el 25 de noviembre del año inmediatamente anterior, habiéndose dispuesto en el mismo proveído solicitar la remisión del proceso objeto de revisión.

Una vez recibido éste, se dictó un auto el 17 de Enero de 1995, ordenándose abrir el juicio a pruebas por 15 días conforme a lo dispuesto en el artículo 237 del C. de P. P.

Finalmente, vencido el término anterior han vuelto las diligencias al Despacho con solicitud de pruebas únicamente por parte del defensor.

Consideraciones de la Corte

La demanda de revisión base de esta actuación se fundamentó en la causal tercera del artículo 232 del C. de P. P. cuyo tenor literal es el siguiente:

> "3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad".

En síntesis el demandante sostiene que su representado fue condenado como reo ausente habiendo sido asistido por un defensor de oficio que no se interesó por hacer una defensa decorosa. Además, que su condena se basó en pruebas falsas, y que los hechos sucedieron en forma totalmente diferente de la que aparece en el proceso, haciendo un relato de lo que realmente aconteció.

Para demostrar la veracidad de sus afirmaciones anexó fotocopia auténtica de las sentencias de primera y segunda instancia y solicitó oír en declaración jurada a siete presuntos testigos presenciales de los hechos, así como escuchar en indagatoria al condenado.

Lamentablemente al momento de estudiar la admisibilidad de la acción, se incurrió en el error de considerar satisfechos los requisitos exigidos en el

artículo 234 del C. de P. P., sin advertir que no se cumplía el consagrado en su numeral 4o., toda vez que en realidad no se aportaron con la demanda aquellas declaraciones de testigos ofrecidas, que demostraran, al menos en principio, los hechos básicos de la petición.

Pero afortunadamente ahora, al analizar las pruebas solicitadas por el actor, se hizo evidente la falencia señalada, y como quiera que se trata de un presupuesto de la acción de revisión, como es el de la demanda en forma dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 del C. P. P. se corregirá el proveído de 25 de noviembre de 1994, mediante el cual se admitió, quedando, por consiguiente, ineficaz toda la actuación posterior.

Conviene precisar que en este caso se hace necesario acudir al remedio extremo de la nulidad, teniendo en cuenta que la Sala ha venido sosteniendo que el admisorio de la demanda que tiene ejecutoria material y, por tanto, sus irregularidades solo pueden subsanarse a través del mecanismo procesal de la nulidad.

De manera que sí es incuestionable que las partes deben tener seguridad acerca de lo dispuesto en las providencias judiciales, no lo es menos que la legalidad de las decisiones en cuanto pronunciadas según la Ley es lo que les da certeza y seguridad y no meramente la circunstancia de su firmeza.

Finalmente no sobra advertir que la presente decisión no obsta para que en el futuro pueda instaurarse nuevamente la acción, pero ahí sí con plena observancia de los requisitos legales.

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

Resuelve:

ANULAR el auto de 25 de Noviembre de 1994, mediante el cual se admitió la demanda de revisión en el presente caso y, en su lugar, ANADMITIRLA por no cumplir todos los requisitos legales exigidos para la instauración de la acción.

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.

APELACION / ACCION DE REVISION

Siendo el fallo apelado (revisión) una decisión que resuelve el fondo del asunto debatido, podría, prima facie, considerarse como susceptible de ser recurrida en apelación.

Sin embargo, la cuestión es clarificada de manera manifiesta por el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, al señalar que la providencia que decide la acción de revisión queda ejecutoriada el día que sea suscrita por la autoridad judicial competente, con lo cual se despeja toda duda relativa a la impugnabilidad de tal determinación, y se constituye en una excepción a la regla general que respecto de los recursos ordinarios rige la materia.

Con ello quiso el legislador que la acción de revisión fuera de única instancia, vedándole todo conocimiento del asunto al superior funcional.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*
Aprobado Acta No. 71

Se pronuncia la Sala respecto de la procedencia del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado ALVARO ENRIQUE ZABALA PEREZ, contra el fallo del veinticinco de enero del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior de Santa Marta negó la acción de revisión intentada contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de aquella ciudad.

Antecedentes

1.- Por hechos ocurridos la noche del 13 de mayo de 1983 en la ciudad de Santa Marta, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa localidad,

tramitó el juzgamiento en contumacia de los procesados VITALIANO Y ALVARO ZABALA PEREZ. El 21 de mayo de 1993, resolvió condenarlos como coautores del delito de homicidio en la persona de MANUEL ALFONSO DEL RIO PEREZ, imponiéndoles, a cada uno, la pena principal de diez años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal. Igualmente los condenó al pago de los perjuicios morales y materiales causados por el delito.

2.- Se libró la correspondiente orden de captura contra los sentenciados, la cual se hizo efectiva respecto de ALVARO ENRIQUE ZABALA PEREZ, quien fue aprehendido el 7 de febrero de 1994 por unidades del Departamento Administrativo de Seguridad D. A. S., cuando se presentó a tramitar la expedición de su certificado judicial.

3.- El apoderado de ALVARO ENRIQUE ZABALA PEREZ, presentó acción de revisión contra la referida sentencia, argumentando que fue emitida en un proceso que no podía proseguirse por haber prescrito la acción penal. La demanda fue admitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 24 de mayo de 1994.

4.- Luego de recaudadas algunas pruebas, el Tribunal en providencia del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cinco, resolvió negar la acción de revisión interpuesta al considerar, de una parte, que la sentencia censurada había sido emitida cuando la acción penal aún no había prescrito y de otra, que "con las versiones del procesado ALVARO ENRIQUE ZABALA y el testigo ALEX MANUEL DEL RIO, lo que se pretende es revivir un debate probatorio que no es de recibo en sede de revisión, pues, como puede observarse, el Judex A-quo alude en su fallo de condena no solo al testimonio de Alex Manuel sino al de su madre Amelia Castillo, a los que se les otorgó la suficiente credibilidad para estructurar la providencia que ahora se ataca". (fls. 76 y ss. cno. del Tribunal).

5.- Inconforme con esta determinación, el defensor de Alvaro Enrique Zabala Pérez, interpuso el recurso ordinario de apelación, el cual, al ser sustentado, fue concedido en el efecto suspensivo por el Tribunal mencionado, en auto del dos de marzo del año en curso.

Se considera:

El artículo 202 del Código de Procedimiento Penal señala:

"Procedencia de la apelación. Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia".

Siendo el fallo apelado una decisión que resuelve el fondo del asunto debatido, de conformidad con la disposición trascrita, podría, prima facie, considerarse como susceptible de ser recurrida en apelación.

Sin embargo, la cuestión es clarificada de manera manifiesta por el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, al señalar que la providencia que decide la acción de revisión queda ejecutoriada el día en que sea suscrita por la autoridad judicial competente, con lo cual se despeja toda duda relativa a la impugnabilidad de tal determinación, y se constituye en una excepción a la regla general que respecto de los recursos ordinarios rige la materia.

Con ello quiso el legislador que la acción de revisión fuera de única instancia, vedándole todo conocimiento del asunto al superior funcional.

Entonces, al no ser procedente ninguna impugnación contra la providencia que decide la acción de revisión, y, en consecuencia, carecer la Sala de competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto, así lo declarará y dispondrá la devolución del expediente al Tribunal de origen.

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

Resuelve:

ABSTENERSE de revisar la providencia impugnada.

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.

CASACION DISCRECIONAL / LESIONES PERSONALES / PROHIBICION DEL EJERCICIO DE PROFESION U OFICIO

La discrecionalidad que la ley otorga a la Sala Penal no llega hasta el extremo de que pueda dar vía libre a la tramitación del recurso extraordinario para revivir un debate probatorio ya superado tratándose de la modalidad de casación excepcional solo procede si se considera necesaria para desarrollar la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

La ley no exige que en las lesiones personales la prohibición del ejercicio de la profesión sea por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad (art. 340 C. P.).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C., mayo veinticinco de mil vovecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobado Acta No. 68 (Mayo 18/95)

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional, oportunamente interpuesto por el defensor del procesado SAUL PEÑA PRIETO, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, de abril 18 del año en curso, por el delito de lesiones personales culposas.

Antecedentes

El 2 de diciembre de 1991, en la autopista central del norte, a la altura del kilómetro 38 más 850 metros, comprensión territorial de Sesquilé, se produjo la colisión del automóvil conducido por SAUL PEÑA PRIETO contra la tractomula conducida por Carlos Julio Pérez Molano, resultando lesionados el primero de los nombrados y su acompañante Carlos Barrios Jiménez.

Adelantada la correspondiente investigación por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sesquilé, se calificó el mérito del sumario con preclusión de investigación en favor del vinculado Carlos Julio Pérez Molano conductor de la tractomula, y resolución de acusación contra SAUL PEÑA PRIETO.

Con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la resolución acusatoria, el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá la confirmó.

Rituado el juicio, el referido Juzgado dictó sentencia mediante la cual condenó a PEÑA PRIETO a ocho (8) meses de prisión, multa de $1.133.000.33, suspensión del oficio durante un término de un (1) año, interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo a la pena principal, y al pago de las siguientes sumas de dinero: $20.000 por indemnización de daños a la tractomula, $81.493 por daño material al lesionado y 50 gramos oro por prejuicio moral al mismo.

Al conocer por vía de apelación del fallo de primer grado, el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá lo confirmó con las siguientes modificaciones enunciadas en el cuerpo del fallo así: "lo atinente a la imposición de la suspensión en el ejercicio de la conducción, en el sentido de reducir a SEIS MESES dicho término, en lugar de UN AÑO impuesta por el A quo, igualmente, en cuanto a que lo perjuicios civiles se imponen en GRAMOS ORO o sus equivalentes en moneda nacional para cuando quede ejecutoriada la sentencia".

Interposición y sustentación del recurso

Contra la referida sentencia de segunda instancia el defensor del procesado interpuso oportunamente recurso de casación en la modalidad de excepcional, apoyado en las siguientes razones:

1.- Violación del derecho fundamental al debido proceso.

a) La Juez de segunda instancia viola el derecho fundamental mencionado, "cuando no tiene en cuenta el principio constitucional de la favorabilidad y permisibilidad de la ley penal, parte integral del debido proceso contenido (sic) el artículo 29 de la Constitución Política. Así, aplica el parágrafo único Inciso único del artículo 138 del C. de Tránsito y Transportes, como norma extrapenal de donde deduce la "Imprudencia" (iba manejando aproximadamente a 53.33 km/h) del sindicado como elemento objetivo de su culpabilidad, debiendo aplicar, a falta de más elementos probatorios, lo indicado en

el artículo 140 (sic) de la misma legislación que permite la velocidad en carretera hasta de 80 km/h, por ser menos restrictiva y más favorable para los intereses del procesado, amén de estar establecida la velocidad mínima permitida en el sector (60 km/h). Es de insistir que en el proceso no se encuentra ningún elemento que permita calificar cualitativa y cuantitativamente el presupuesto de hecho exigido por la norma mal aplicada (cantidad y calidad de la visibilidad). De soslayo se viola el artículo 5o. del C. Penal, al no encontrarse elementos de responsabilidad subjetiva".

b) Se viola el debido proceso, cuando "no se tiene en cuenta la prueba presentada por el sindicado y consistente en la declaración del lesionado, señor Carlos Barrios quien inculpa al chofer de la tractomula, pues si bien se menciona no se dice por qué no se le cree, ya que al contrario de inculpar al sindicado procesado, inculpa del ilícito a quien resultara absuelto (el chofer de la tractomula) en otrora oportunidad procesal".

c) Se viola "el derecho fundamental del procesado AL TRABAJO", porque la condena de prohibición del ejercicio de profesión u oficio sobrepasa el tiempo de la pena principal".

2.- Desarrollo jurisprudencial.

Considera que es necesario que la Corte se manifieste sobre los siguientes aspectos:

a) Si la norma extrapenal consagra en parágrafo único del art. 138 del C. Nacional de Tránsito, es aplicable en materia penal, como elemento de responsabilidad culposa.

b) Si el presupuesto de hecho de tal norma con referencia a la reducción de visibilidad, debe estar acompañado o no de la prueba de la cantidad y calidad de esa "reducción" de visibilidad.

c) Si aplicar la norma sin elemento alguno que demuestre la cantidad y calidad de visibilidad en donde no debe operar la prohibición, no viola el art. 5o. del C. P.

Finalmente transcribe el texto de los artículos 138 y 148 del C. N. de T. T., modificados por el Decreto 1809 de 1990. Expresa que no se incluye jurisprudencia porque no se encontró nada al respecto.

Consideraciones de la Sala

El recurso de casación cuya admisibilidad se analiza, fue formulado en la modalidad de excepcional, por cuanto se trata de una sentencia que no permite su interposición por la vía común; quien lo presentó en forma oportuna estaba habilitado para hacerlo, con invocación de las dos causales por las cuales esta especial forma de impugnación procede, aspectos estos por los que sería procedente y viable.

Pero como se desprende de la norma, tales exigencias puramente formales no son suficientes para su admisibilidad, pues además es preciso que la Sala al estudiar las razones que motivan el recurso, encuentre que su aceptación es necesaria para el desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales.

Se procederá entonces al análisis de las razones expuesta por el recurrente en el caso sub-judice:

1.- Violación del debido proceso:

a) De la lectura del memorial en el que se dan las razones por las cuales se estima procedente el recurso de casación excepcional, se desprende con absoluta claridad que so pretexto de un presunto desconocimiento del principio de favorabilidad -respecto del cual existe abundante jurisprudencia de la Corte ya decantada-, la argumentación se centra en la inconformidad del defensor respecto de la apreciación probatoria dada por los juzgadores de instancia.

Es así, que la primera censura parte de afirmaciones tales como que el fallador de segunda instancia deduce la "imprudencia" del sindicado como elemento objetivo de su culpabilidad, aplicando el artículo 138 del Código de Tránsito y Transportes, cuando en el proceso "no se encuentra ningún elemento" respecto del presupuesto de hecho exigido por esta norma "mal aplicada" y que ante la "falta de elementos probatorios" se ha debido aplicar el artículo 148 de la misma legislación por ser más favorable a los intereses del procesado; también que se viola el artículo 5o. del Código Penal "al no encontrarse elementos de responsabilidad subjetiva".

Como se ve, lo que ocurre es que el impugnante no comparte las conclusiones de los falladores de instancia, luego del pertinente análisis de los elementos de juicio obrantes en el proceso.

Pero además, necesario resulta responder al peticionario, que la aplicación indebida de una sustancial norma por error en la apreciación de las pruebas, tiene como vía adecuada de ataque la causal primera cuerpo segundo que es la instituida para resolver yerros in iudicando, pues en el evento de existir un error de tal naturaleza ello no viola el derecho al debido proceso que se invoca.

b) En el segundo reproche de la impresión de que se refiere a una prueba testimonial que no fue tenida en cuenta, lo cual daría lugar a un error de hecho, pero finalmente se entiende que la expresión "no se tiene en cuenta", la utiliza en el sentido de que no tuvo aceptación porque "no se cree", esto es, que no se le reconoció el mérito probatorio que el impugnante le otorga, luego su inconformidad radica en el valor dado a la prueba.

El recurrente plantea que al no reconocerle a una prueba la credibilidad que a su juicio merece se violó el derecho al debido procesado, argumentación que obviamente no tiene ningún respaldo médico, pues al Juez corresponde la valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y no coincidir sus conclusiones con las de la defensa no solamente es una situación normal dentro de la dinámica del proceso, sino que con ello no se viola ninguna garantía.

Es evidente que el defensor alude en las dos primeras censuras al debido proceso como un esfuerzo para ajustar la situación a la exigencia legal, pero lo que se concluye luego de leer la motivación es que eso nada tiene que ver con su verdadera inconformidad.

La discrecionalidad que la ley otorga a la Sala Penal no llega hasta el extremo de que pueda dar vía libre a la tramitación del recurso extraordinario para revivir un debate probatorio ya superado, pues como ya se dijo, tratándose de la modalidad de casación excepcional solo procede si se considera necesaria para desarrollar la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, y ninguno de estos dos aspectos demuestra el impugnante.

2.- El tercer cargo carece de fundamento, ya que no es cierto como lo afirma el impugnante, que "se viola el derecho fundamental del procesado AL TRABAJO, pues la condena de prohibición del ejercicio de profesión u oficio sobrepasa el tiempo de la pena principal".

Al respecto basta tener en cuenta que la ley no exige que en las lesiones personales la prohibición del ejercicio de la profesión sea por el mismo

tiempo de la pena privativa de la libertad (art. 340 C. P.). De otra parte el Juzgador de primera instancia condenó al procesado a ocho (8) meses de prisión, y le impuso la suspensión de oficio por un (1) año. El fallador de segundo grado confirmó la pena privativa de la libertad y modificó lo atinente a la suspensión en el ejercicio de la conducción, en el sentido de reducir a "SEIS MESES" el término impuesto por el a-quo.

3.- No encontrando la Sala que en este caso sea necesario un pronunciamiento para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, no se admitirá el recurso interpuesto.

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

Resuelve

INADMITIR el recurso de casación en la modalidad de excepcional interpuesto por el defensor del procesado SAUL PEÑA PRIETO.

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.

TERMINO / CASACION

Nada se opone a que el defensor de varios procesados presente una sola demanda de casación a nombre de todos ellos cuando los motivos de impugnación son comunes. Pero si el actor opta por esta alternativa, debe tener en cuenta que los traslados se corren separadamente para cada procesado, puesto que son personales, y que la demanda, para que sea oportuna respecto de todos ellos, debe ser presentada dentro del término del primer traslado, no después de su vencimiento, porque para entonces habrá precluido para el primero la oportunidad de sustentar el recurso, y así sucesivamente, según el momento de presentación del escrito.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobado Acta No. 71 mayo 24/95

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados HECTOR MEDARDO MORENO CASTILLO, LUIS ENRIQUE MORENO CASTILLO y NELSON EVENCIO MORENO CASTILLO.

Antecedentes

1.- El Juzgado Penal del Circuito de Pacho (Cund.), mediante fallo de 31 de mayo de 1994, condenó a los procesados Alfonso Possos y Héctor Medardo Moreno Castillo, a la pena principal de 10 de prisión cada uno, por el delito de homicidio, y a Luis Enrique Moreno Castillo y Nelson Evencio Moreno Castillo, a la individual de 5 años de prisión por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa (fls. 506 y ss. cd. 1). Al revisar por

vía de apelación dicha sentencia, el Tribunal Superior de Cundinamarca la confirmó íntegramente mediante la suya de 25 de agosto de 1994 (fls. 16 y ss, cd. 2). Después, admitió el recurso de casación interpuesto en su contra por el defensor de los hermanos Héctor Medardo, Luis Enrique y Nelson Evencio Moreno Castillo (fls. 31 cd. 2).

2.- Los traslados para la presentación de la demanda o demandas se corrieron individualmente, en el mismo orden en que el recurso había sido concedido (fls. 38, 39 y 40 cd. 2), pero el defensor optó por presentar un solo escrito a nombre de los tres procesados en el transcurso del último traslado.

Se considera:

Nada se opone a que el defensor de varios procesados presente una sola demanda de casación a nombre de todos ellos cuando los motivos de impugnación son comunes. Pero cuando los motivos de impugnación son comunes. Pero si el actor opta por esta alternativa, debe tener en cuenta que los traslados se corren separadamente para cada procesado, puesto que son personales, y que la demanda, para que sea oportuna respecto de todos ellos, debe ser presentada dentro del término del primer traslado, no después de su vencimiento, porque para entonces habrá precluído para el primero la oportunidad de sustentar el recurso, y así sucesivamente, según el momento de presentación del escrito.

En el presente caso, el defensor presentó una sola demanda a nombre de los hermanos Héctor Medardo, Luis Enrique y Nelson Evencio Moreno Castillo, a quienes en dicho orden se les corrió traslado (fls. 38, 39 y 40-2), pero lo hizo dentro del término de este último, o sea cuando ya había expirado para los primeros la oportunidad de sustentar el recurso. De manera pues que, respecto de éstos, habrá de declararse desierta la impugnación.

Como la aludida demanda reúne las exigencias formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, se la declarará ajustada a las prescripciones legales en relación con el procesado Nelson Evencio Moreno Castillo.

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

Resuelve:

1.- DECLARAR DESIERTO el recurso respecto de los procesados recurrentes Héctor Medardo Moreno Castillo y Luis Enrique Moreno Castillo.

2.- DECLARAR AJUSTADA a las prescripciones legales la demanda de casación presentada por el defensor de los hermanos Moreno Castillo, con la aclaración de que solamente cobija a Nelson Evencio. Córrase traslado de ella al Procurador Delegado.

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.

CASACION

Al no cumplirse el requisito de punibilidad por la norma para la aceptación del recurso no podía el Tribunal admitirlo. Ni siquiera por extensión podía hacerlo, pues la conexidad que habilita la impugnación en relación con delitos que tienen pena inferior a la exigida, está referida a conductas imputadas al procesado, de manera alguna a infracciones por las cuales no se le juzga.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobado Acta No. 71 mayo 24/95

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado FRANCISCO FERNEY TAPASCO GONZALEZ y sobre la admisibilidad formal de la demanda presentada por el defensor de HECTOR FABIO ROSERO BERMUDEZ.

Antecedentes.-

1.- El Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), mediante fallo de 24 de junio de 1994, condenó a los procesados Héctor Fabio Rosero Bermúdez y Francisco Ferney Tapasco González, a las penas principales de 16 años y 26 meses de prisión, respectivamente, al hallar al primero responsable del delito de homicidio agravado, y al segundo de los delitos de falsa denuncia que describe el artículo 166 del Código Penal y de encubrimiento por favorecimiento de que trata el artículo 176 ibídem (fls. 1024 y ss. cd. 4). Al revisar dicha sentencia por vía de apelación, el Tribunal Superior de Manizales absolvió a Tapasco González por él delito de falsa denuncia y definió como simple el homicidio imputado a Rosero Bermúdez. Seguidamente, hizo los respectivos ajustes de pena (fls. 1099 y ss).

2.- Los defensores de los procesados interpusieron recurso de casación y el Tribunal admitió su procedencia (fls. 1145). Cumplidos los traslados de rigor y presentadas oportunamente las demandas, el proceso se remitió a esta Sala para la continuación del trámite.

Se considera:

Improcedencia del recurso interpuesto por el defensor del procesado Francisco Ferney Tapasco González.

De acuerdo con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 35 de la Ley 81 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.

La sanción máxima prevista para el delito de encubrimiento por favorecimiento, por el cual fue condenado Francisco Ferney Tapasco González, es de cuatro (4) años de arresto.

Al no cumplirse el requisito de punibilidad requerido por la norma para la aceptación del recurso, no podía el Tribunal admitirlo. Ni siquiera por extensión podía hacerlo, pues la conexidad que habilita la impugnación en relación con delitos que tienen pena inferior a la exigida, está referida a conductas imputadas al procesado, de manera alguna a infracciones por las cuales no se le juzga.

Se decretará, en consecuencia, la nulidad del auto de 2 de noviembre de 1994 (fls. 1145), en cuanto concede el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Francisco Ferney Tapasco González, para en su lugar declarar improcedente la impugnación.

Calificación formal de la demanda presentada por el defensor del procesado Héctor Fabio Rosero Bermúdez.

Por reunir las exigencias formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, se declarará ajustada a las prescripciones legales la demanda de casación presentada a nombre del procesado Rosero Bermúdez y, consecuentemente, se ordenará correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal por el término de 20 días para que emita concepto.

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

Resuelve:

1.- DECLARAR nula la admisión del recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado FRANCISCO FERNEY TAPASCO GONZALEZ. En su lugar, se le declara improcedente.

2.- DECLARAR AJUSTADA a las prescripciones legales la demanda de casación presentada por el defensor del procesado HECTOR FABIO BERMUDEZ. Córrase traslado de ella al Procurador Delegado.

Para la notificación personal de esta providencia al procesado detenido, líbrese despacho comisorio al Asesor Jurídico de la Penitenciaría Rural de Calarcá (Q).

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.

PENA / LESIONES PERSONALES CULPOSAS / CASACION / CASACION DISCRECIONAL

1.- La pena privativa de la libertad que contempla el artículo 336 del Código Penal reúne los requisitos del quantum punitativo que establece la ley adjetiva para la procedencia del recurso extraordinario de casación. Sin embargo, en el asunto bajo examen y conforme a lo reglado en el artículo 340 del estatuto anteriormente citado, a la pena privativa de la libertad que regula el primer precepto se le deben hacer las respectivas deducciones penológicas por tratarse de lesiones culposas, cuya disminución oscilará entre las cuatro quintas a las tres cuartas partes, lo que genera que cuando se trate de conductas ilícitas culposas que hayan, ocasionando la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, la pena privativa de la libertad se fijará entre el mínimo y el máximo de 24 a 30 meses de prisión.

El quantum punitivo de la infracción no se ajusta a lo exigido por la norma procesal para esos efectos, es decir, que el delito tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años.

2.- Jurisprudencialmente se han establecido requisitos generales y específicos que se deben reunir para que la Corte pueda decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional. Sobre los requisitos generales se ha dicho que esta impugnación especialísima procede contra sentencia de segunda instancia, ataque que ha de intentarse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación del fallo por cualesquiera de los sujetos legitimados para ello, como el Procurador General de la Nación, su Delegado o el defensor del sentenciado.

Y como exigencias específicas se ha establecido que el impugnante debe fundamentar con claridad las razones que lo llevan a acudir a esta vía especialísima; el de indicar la necesidad del pronuncia-

miento de la Sala cuando el recurso tenga la finalidad de fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas contrapuestas, en cuyo caso solo procederá cuando exista vacíos jurisprudenciales.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobado Acta No. 068.-

Vistos

Decide la Corte el recurso de hecho que el defensor del procesado LUIS ENRIQUE CASTRO MANRIQUE, condenado como autor de los delitos de lesiones personales concursales de índole culposa a la pena principal de veinte (20) meses de prisión, interpuso contra la providencia del 21 de abril de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá se negó a conceder el recurso extraordinario de casación.

Antecedentes

El 2 de marzo de 1995, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá resolvió la apelación interpuesta por el defensor del procesado Castro Manrique contra la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad capital en contra de Luis Enrique Castro Manrique y Ricardo Barreto Trinidad en el que se les impuso, al primero de los citados, la pena principal de 20 meses de prisión como autor de los delitos de lesiones personales culposas y al segundo diez meses de arresto como autor responsable del delito de encubrimiento.

Inconforme con la anterior decisión, el defensor del procesado Castro Manrique interpuso el recurso extraordinario de casación dentro del término legal. La Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante pronunciamiento del 21 de abril de 1995 negó la impugnación interpuesta al considerarla improcedente en virtud de que los delitos por los cuales se condenaron a los procesados, "conforme a los art. 340 en concor-

dancia con el 336 y 176 del Código Penal, están sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no alcanza los seis años de prisión".

El defensor del proceso manifestó en escrito que recurre de hecho ante esta Corporación y para tal motivo solicitó que se le expidiera copias autenticadas de las piezas procesales pertinentes.

En la sustentación del recurso, el defensor señala que la primera de las víctimas Carlos Alberto Cárdenas Peñuela sufrió lesiones, las cuales se encuentran tipificadas en "los artículos 331, 332, inciso 2o., 233 inc. 2o., 334 inc. 2o., 335 inc. 2o., 336 inc. 1o., circunstancias que por unidad punitiva fueron adecuadas típicamente en el art. 336 inc. 1o. del Código Penal. La pena establecida en la norma es de cuatro a diez años de prisión".

La otra víctima José Juvenal Montaña Castro, las lesiones que sufrió se adecúan al tipo contemplado en el artículo 333 inc. 2o. del Código Penal, "pero por la mayor entidad de tipo precedente, es el hecho punible de mayor gravedad el que determinará la competencia".

Reconoce que las lesiones son derivadas de un comportamiento culposo al tenor de lo dispuesto en el artículo 340 del Código Penal, que establece una reducción del quantum punitivo de las cuatro quintas a las tres cuartas partes de la sanción.

Considera que la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá habilita el recurso extraordinario de casación "y la discrepancia con el a-quo, radica en que en su criterio, el máximo de la sanción no alcanza los seis años exigidos para la procedencia del recurso".

Concluye solicitándole a la Corte que "concederá el recurso de casación. Pero si el criterio jurisprudencial difiere de esta sustentación, solicito la aplicación del inciso último del art. 35 y 81 de 1993".

Consideraciones de la Sala

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal reformado por el artículo 35 de la ley 81 de 1993 estatuye que el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias de segunda instancia emitidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad

cuyo máximo sea o exceda de 6 años aún cuando la sanción impuesta fuere una media de seguridad.

Igualmente el inciso final del precipitado artículo establece que de manera excepcional y discrecional la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia podrá aceptar el recurso de casación en situaciones distintas a las anteriormente reseñadas, a solicitud del Procurador General de la Nación, su Delegado, o del defensor, cuando la Corporación lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Así las cosas, las Corporaciones judiciales deberán ceñirse a lo estrictamente establecido en el anterior precepto procesal para la procedencia del recurso de casación, pues lo contrario impone que la Corte declare la nulidad de lo actuado y consecuentemente el rechazo de la impugnación extraordinaria.

Razón le asiste al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá cuando denegó el recurso extraordinario de casación mediante pronunciamiento del 21 de abril de 1995, al considerar que el requisito de quantum punitivo que exige el numeral primero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal no se adecúa al delito por el cual fue condenado el señor Luis Enrique Castro Manrique.

En efecto, la conducta ilícita por el cual el procesado fue condenado en las instancias es la establecida en los artículos 336 y 340 del Código Penal cuyos textos rezan así:

> "Art. 336.- Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de cuatro a diez años de prisión y multa de diez mil a cincuenta mil pesos.
>
> "La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómico del órgano o miembro".
>
> "ART. 340.- Lesiones culposas. El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes y en suspensión, por seis meses a tres años, del ejercicio de la profesión, arte u oficio".
>
> (Resaltas extrañas al texto).

La pena privativa de libertad que contempla el artículo 336 del Código Penal reúne los requisitos del quantum punitivo que establece la ley adjetiva para la procedencia del recurso extraordinario de casación. Sin embargo, en el asunto bajo examen y conforme a lo reglado en el artículo 340 del estatuto anteriormente citado, a la pena privativa de la libertad que regula el primer precepto se le deben hacer las respectivas deducciones penológicas por tratarse de lesiones culposas, cuya disminución oscilará entre las cuatro quintas a las tres cuartas partes, lo que genera que cuando se trate de conductas ilícitas culposas que hayan ocasionado la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, la pena privativa de la libertad se fijará entre el mínimo y el máximo de 24 meses a 30 meses de prisión.

Así las cosas, el pronunciamiento del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de no conceder el recurso extraordinario de casación se confirmará, pues el quantum punitivo de la infraccion no se ajusta a lo exigido por la norma procesal para esos efectos, es decir, que el delito tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años.

Tampoco es procedente la petición final del recurrente cuando solicita en el escrito sustentatorio del recurso de hecho que, en caso de no prosperar la impugnación propuesta, se le dé aplicación al inciso final del artículo 35 de la ley 81 de 1993, precepto que hace relación a la casación excepcional o discrecional.

En efecto, jurisprudencialmente se han establecido requisitos generales y específicos que se deben reunir para que la Corte pueda decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional. Sobre los requisitos generales se ha dicho que esta impugnación especialísima procede contra sentencias de segunda instancia, ataque que ha de intentarse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación del fallo por cualesquiera de los sujetos legitimados para ello, como el Procurador General de la Nación, su Delegado o el defensor del sentenciado.

Y como exigencias específicas se ha establecido que el impugnante debe fundamentar con claridad las razones que lo llevan a acudir a esta vía especialísima; el de indicar la necesidad del pronunciamiento de la Sala cuando el recurso tenga la finalidad de fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas contrapuestas, en cuyo caso solo procederá cuando exista vacíos jurisprudenciales, como lo ha reiterado esta Corpora-

ción en varios pronunciamientos, entre ellos el del 2 de diciembre de 1992, siendo ponente el H. Magistrado Jorge Enrique Valencia M.

Requisitos que fueron soslayados por el recurrente, por cuanto que la impugnación ni siquiera se interpuso dentro del término legal, pues éste solo vino a impetrarlo en la sustentación del recurso de hecho dentro del trámite que se surtió en esta Corporación.

Por lo anteriormente expuesto, la inadmisibilidad es evidente.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelva

DENEGAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 2 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

NO ADMITIR el recurso excepcional de casación formulado por el defensor del procesado Luis Enrique Castro Manrique.

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.

APERTURA DE INVESTIGACION

El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal señala los requisitos de toda denuncia que se formule ante la autoridad, entre los cuales se destaca la relación detallada de los hechos que conozca el denunciante.
A su turno, el artículo 319 ibídem establece los presupuestos de la investigación previa y la finalidad de la misma, en tanto que el artículo 327 señala los eventos en que procede la decisión inhibitoria.
Aunque en nuestra legislación procesal penal no existe norma que señale de manera concreta en qué casos debe iniciarse proceso penal, la confrontación de las distintas hipótesis de decisión aludidas permite sostener que ello procede ante prueba indicativa de la probable existencia de un hecho punible y la identificación o determinación de alguno de sus autores o partícipes.
La anterior conclusión supone, entonces, que el objeto de averiguación esté determinado o pueda llegar a estarlo, y que revista, así sea con carácter de simple probabilidad, contornos de ilicitud.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., primero (1°) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado acta No. 71 (24-05-95)

Vistos

Decide la Sala sobre la procedencia de abrir investigación sumarial contra el Senador JORGE RAMON ELIAS NADER, o abstenerse de hacerlo, respecto al cargo que por corrupción le aparece.

Antecedentes

A la Corte llegó un escrito, al parecer anónimo, en el cual se le hacen al Senador JORGE RAMON ELIAS NADER dos imputaciones delictivas derivadas de hechos independientes. Por tal motivo al inhibirse la Sala de abrir investigación con relación al primero de ellos, simultáneamente dispuso compulsar copia para que se examinara separadamente el segundo, y es ahora cuando se apresta a realizar este cometido.

En efecto, al mencionado, Congresista se le atribuye, llana y simplemente, haber recibido del denominado cartel de Cali la suma de 200 millones de pesos y ser corrupto.

Consideraciones de la Corte

El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal señala los requisitos de toda denuncia que se formule ante la autoridad, entre los cuales se destaca la relación detallada de los hechos que conozca el denunciante.

A su turno, el artículo 319 *ibídem* establece los presupuestos de la investigación previa y la finalidad de la misma, en tanto que el artículo 327 señala los eventos en que procede decisión inhibitoria.

Aunque en nuestra legislación procesal penal no existe norma que señale de manera concreta en qué casos debe iniciarse proceso penal, la confrontación de las distintas hipótesis de decisión aludidas permite sostener que ello procede ante prueva indicativa de la probable existencia de un hecho punible y la identificación o determinación de alguno de sus autores o partícipes.

La anterior conclusión supone, entonces, que el objeto de averiguación esté determinado o pueda llega a estarlo, y que revista, así sea con carácter de simple probabilidad, contornos de ilicitud.

Pues bien, del escrito llegado a la Corte se puede deducir claramente que la noticia criminis no reúne condiciones que permitan individualizar o determinar acción punible alguna. Ella contiente información tan vaga e imprecisa que resulta imposible definir el objeto procesal que pudiese constituir un punto de partida sólido y serio para orientar la investigación.

Además, el hecho de que el autor del escrito incriminatorio oculte su identidad tras un nombre ficticio y no aporte dato alguno que permita su localización, no solo despierta natural desconfianza sobre la seriedad y veracidad de la imputación, sino que impide hacerlo comparecer para que concrete los cargos y brinde mayor información.

Corolario de lo expuesto la Sala se abstendrá de iniciar investigación, pues proceder de modo contrario en las circunstancias anotadas solo conllevaría al desgaste absurdo del aparato jurisdiccional del Estado.

Esta decisión no obsta para que en el futuro pueda adelantarse la investigación pertinente, de llegar a contarse con datos concretos que permitan orientarla.

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

Resuelve

ABSTENERSE DE INICIAR INVESTIGACION SUMARIAL contra el Senador JORGE RAMON ELIAS NADER.

En firme esta decisión, ARCHIVESE el expediente.

Notifíquese y Cúmplase

Edgar Saavedra Rojas, (no firmó) 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.

DERECHO DE DEFENSA / DEFENSA TECNICA

Es evidente que la constitucionalización del derecho a la defensa técnica para la etapa del sumario está llamada a producir efectos concretos sobre los procesos tramitados en vigencia de la nueva Carta y, como secuela de ellos, su ausencia vicia el procedimiento en materia grave hasta el punto de generar uno de los motivos de nulidad recogidos por el numeral 3 del art. 304 del C. P. P. El carácter dual de la defensa en el proceso penal, su desenvolvimiento en defensa técnica y material, surge, como lo señalan varios autores, del hecho de que por regla general (excepción hecha de algunas muy precisas actuaciones como los recursos extraordinarios) el derecho de postulación se ejerce de manera simultánea por el abogado defensor y por su asistido y de que la idoneidad y el consejo profesionales que supone dicha asistencia constituyen presupuestos para el ejercicio de la mayor parte de actuaciones que encarnan el derecho a ser oído y a contradecir, a pedir y a discutir sobre los hechos y sobre el derecho aplicable.

La protección, así concebida, no constituye un vano formalismo sino una garantía llena de sentido y es por ello que la Carta actual, a diferencia del impreciso mandato de la anterior, exige que una y otra coexistan durante todo el procedimiento, es decir, durante la investigación y el juicio.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., primero (1°) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado acta No. 74 (1-06-95)

Vistos

Fue el Primero Penal del Circuito de Girardot el Juzgado que, el 4 de junio de 1993, CONDENO en primera instancia a JOSE LEONEL MUR GALINDO a la pena principal de SEIS (6) AÑOS DE PRISION y a las accesorias de ley como autor responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO y como quiera que atentó contra la vida de Carlos Alirio Perilla Luna. Impugnada esta determinación por el procesado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, al resolver en agosto 2 de 1993 la alzada, la modificó en cuanto fijó como pena principal la de OCHO (8) AÑOS DE PRISION, confirmándola en lo demás.

El condenado MUR GALINDO interpuso el recurso de 'apelación', el que, como lo tiene dicho la jurisprudencia, debe entenderse como de CASACION, y esa la razón para que el Tribunal lo hubiera concedido el trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993). Presentada oportunamente la correspondiente demanda, la CORTE la declaró ajustada a las formalidades de ley (art. 225 del C. de P. P.) el veintiséis (26) de enero del año en curso. 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

Sobre los primeros se tiene que el veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993), en las horas del día, cuando Carlos Alirio Perilla Luna se encontraba dedicado a la práctica del deporte del ciclismo en compañía de su amigo Alfonso Manzanares, entre las localidades de Girardot y Agua de Dios, Cundinamarca, al llegar a esta última localidad fueron abordados por JOSE LEONEL MUR GALINDO, ex-cuñado de Perilla y al que invitaron a tomar una gaseosa, instantes que aprovechó para preguntarle a éste si iba a estar solo en su casa, recibiendo una respuesta afirmativa. Se despidieron. Y a eso de las nueve (9) de la noche, estando Perilla, ciertamente, sólo en la casa donde se desempeñaba como cuidandero, apareció nuevamente MUR GALINDO, solicitándole que le permitiera ver con él televisión, a lo cual accedió aquél, ocasión esta en la que volvió a preguntarle si recibiría alguna visita, obteniendo otra vez respuesta negativa.

Estuvieron, entonces, viendo televisión hasta eso de la medianoche, hora en la que MUR GALINDO le manifestó a Perilla que le daba pereza irse para su casa, rogándole que le diera hospedaje, petición que igualmente aceptó. Se

acostaron pues en una misma alcoba, en el suelo y en colchones separados, y cuando ya MUR GALINDO se convenció de que aquél se había dormido lo cogió a machete, propinándole dieciocho (18) heridas que estuvieron a punto de ocasionarle la muerte, como era el deseo manifiesto de su agresor.

Y, sobre la 'ACTUACION PROCESAL' se destaca que el veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) el Comandante de la Estación de Policía de Agua de Dios comunicó al Inspector de esa localidad que en las horas de la madrugada, hacia las dos y treinta (2:30 P.M.), en la vereda 'Malachi', residencia de Leonor de Zamora, encontró a Carlos Alirio Perilla con múltiples lesiones que le había causado MUR GALINDO, por lo cual fue trasladado al Hospital de Girardot.

Pero fue el Juez Promiscuo Municipal de la precitada localidad el que abrió correspondiente investigación penal y luego de la práctica de varias pruebas, le resolvió la situación jurídica al indagado MUR GALINDO, decretándole medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de HOMICIDIO en el grado de TENTATIVA (septiembre 14 de 1992), remitiendo entonces el asunto a la Unidad de Fiscalía de Girardot, en donde se continuó con la práctica de pruebas para, en su momento (noviembre 12 de 1992), el Fiscal 290 declarar 'cerrada' la investigación, siendo la misma calificada el 28 de diciembre del mismo año, con resolución de acusación por HOMICIDIO IMPERFECTO, agravado por la causal 7a. del artículo 324 del Código Penal, por haberse JOSE LEONEL MUR GALINDO aprovechado de la situación de indefensión e inferioridad de la víctima. Impugnada esta determinación, encontró confirmación en la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, mediante auto de febrero primero (1o) de mil novecientos noventa y tres (1993). Ejecutoriada la acusación, el proceso llegó al Juzgado Primero Penal del Circuito, al que correspondió adelantar el trámite de la causa, para concluir la misma, previa la celebración de la audiencia pública, con la sentencia a que ya se hizo alusión, la que, por la vía de la apelación, encontró confirmación en el Tribunal, con la ya conocida modificación en materia punitiva. Y sobre esta determinación se interpuso el recurso de CASACION, razón de ser del presente pronunciamiento.

La demanda de casación

Se afirma que, con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., se formula el cargo contra la sentencia. "... El reproche acusatorio de

nulidad se origina en la calificación inicial proferida en el auto de fecha 14-09-92, por medio del cual se resolvió la **situación jurídica** del sindicado, por dos aspectos fundamentales: el primero es que se admite que el sindicado es responsable de los hechos que confiesa, pero se le rechazan los argumentos que expone sobre las circunstancias en que se desarrollaron los acontecimientos, esgrimiendo que se trata de argumentaciones indicadas a desvirtuar aquella responsabilidad, por lo tanto se vulneran los mandatos procesales consagrados en los artículos 1o., 2o., 7o., 10o. del C. P. P., y el segundo consiste en la calificación del delito cometido, ya que se le considera incurso en el delito del **homicidio en grado de tentiva**, cuando debió señalarse el de **lesiones personales...**"

Bajo el título de "**Fundamentación de la causal invocada**", señala el recurrente que, primero, "la sentencia atacada se construyó sobre un error in procedendo porque sin tener certeza sobre la prueba que hubiese podido desvirtuar las razones aducidas por el sindicado, se le consideró un argumento infundado y se le dio el carácter de plena prueba a la versión del lesionado, estimando que era el titular de la verdad real, lo que conlleva a una violación del artículo 247 del C. P. P. que demanda la plena prueba para proferir sentencia condenatoria".

Además, se tomó como base para desvirtuar el dicho del sindicado la circunstancia de que los testigos declaran no haber escuhado el disparo a que hace referencia el procesado, como si lo hicieron de las voces de auxilio del lesionado, pero se olvida que cuando lo primero ocurrió (2 P.M.) todos los declarantes se encontraban profundamente dormidos, a puerta cerrada, como así también estaba la puerta del sitio donde se produjo el disparo, lo que no aconteció cuando lo segundo. Y, como los únicos presentes en el lugar de los acontecimientos fueron los protagonistas, mientras no se le demuestre lo contrario, debe creérsele al procesado es lo que afirma "porque mal puede tomársele aquella parte que sirve para privarle de libertad y responsabilizarse del hecho punible, mientras se le rechaza la que puede beneficiarle en parte", así `se desestima' el artículo 445 del C. P. P. en cuanto dice que `en las actuaciones penales toda DUDA debe resolverse a favor del sindicado´porque no se puede negar que ella existe dadas las circunstancias anotadas. Segundo. La parte que se excluyó de la confesión del sindicado y `la apreciación errónera de la prueba testimonial' le agravó la denominación jurídica, pues de lesiones personales que debió ser, se pasó a homicidio tentado, lo que desde luego le aumenta la pena a JOSE LEONEL MUR GALINDO.

Por desestimarse la versión del sindicado se llegó a que perdiera el beneficio previsto en el artículo 299 del C.P.P. sobre **reducción de pena en caso de confesión.** "Esa favorabilidad la ha perdido el procesado en los términos de la sentencia cuya infirmación se ha demandado, todo por un error de procedimiento, **omisivo de la búsqueda de la prueba conducente a la demostración de lo favorable,** siendo la obligación judicial esclarecer lo favorable para el sindicado".

A continuación el demandante sostiene que existen irregularidades sustanciales que afectan el **debido proceso** (art.304 C.P.P.), así durante la etapa investigativa, **el sindicado no estuvo asistido por abogado,** luego no existió contradicción de las pruebas ni de los criterios judiciales ya asomados en las anteriores providencias. Ni siquiera por el Ministerio Público, quien jamás asistió a dichas diligencias, se ejerció el derecho de contradicción.

En el acápite **"El error en el denominación jurídica"** el censor se refiere a que los hechos fueron el producto de una RIÑA IMPREVISTA, cuando los protagonistas se encontraban en estado de embriaguez. No puede hablarse de "homicidio" porque hubo una larga lucha entre los protagonistas y lo que persigue el lesionado es hacer más gravosa la suerte de su contrincante, "quien posiblemente su mayor ventaja es la de ser reservista del ejército nacional, con entrenamientos de defensa personal, por ello pudo esquivar el alcance de los proyectiles disparados contra su humanidad...". Con una intervención oportuna de técnicos en balística "y otras pruebas más" fácil hubiera sido aclarar esa situación, "pero ya es tarde para hablar de ello".

El sentenciador exageró los alcances probatorios de la versión del vulnerado, así como de los dictámenes médico-legales y, "además, a esos experticios no se les dio el trámite indicado en el artículo 270-2 del C.P.P., por lo tanto,..., como pruebas técnicas, sólo alcanzan el valor de pruebas sumarias, tomadas como plenas en la sentencia impugnada".

Para el libelista los hechos no fueron premeditados, sino que ellos tuvieron ocurrencia a altas horas de la madrugada, cuando los protagonistas se encontraban en estado avanzado de embriaguez, "y de ser como se viene afirmando" se estaría ante un **'trastorno mental preordenado** (art. 32 C.P.) y se colocaría dentro de la inimputabilidad'. A renglón seguido precisa el recurrente que de todas maneras esa no es su tesis, sino que la presenta para hacer ver lo absurdo de la sentencia en cuanto condenó por tentativa de homicidio agravado.

Bajo el rótulo "**El concepto de la violación: artículo 1o., inciso 1o. C.P.P.**", transcribe el aparte sobre el '**debido proceso**', el que indica como vulnerado por omisión. Y vuelve el demandante sobre que se le dio "a algunas pruebas el carácter de pruebas completas, cuando de acuerdo a la sana crítica de la prueba, estas sólo alcanzaban un valor sumario, haciéndose imposible tomarlas como suficientes para condenar".

Insiste sobre la carencia de defensor en la fase instructiva y que, en la etapa de juzgamiento, "no obstante que se le designó un defensor, ésta no aparece debidamente atendida". No tuvo, pues, el procesado oportunidad para controvertir la prueba.

Considera como vulnerados por el sentenciador los artículos 2o. (presunción de inocencia) porque sin existir prueba en contrario, no se le creyeron al procesado sus asertos; 7o. (principio de contradicción), porque no tuvo oportunidad de ejercitarlo por carencia de defensor; 10o. (principio de favorabilidad), también por no habérsele creído al procesado; 17o. (*reformatio in pejus*), al, la segunda instancia, agravar la pena, siendo que el condenado fue el único apelante; 247, en cuanto la versión del sindicado no tiene ningún respaldo y así no puede conducir a la certeza; y 270 del Código de Procedimiento Penal, ya que no se dio cumplimiento a este trámite y sin embargo la sentencia aprecia los dictámenes como plena prueba. Se demuestra así la existencia de "irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso" -art. 304 ibídem-, por lo tanto debe declarse la NULIDAD de la sentencia de segundo grado.

Pero en la demanda se termina sosteniendo que "Los criterios y conceptos esgrimidos, con respaldo probatorio, son los elementos de juicio que motivan la legalidad de la nulidad invocada, por existir relación directa e indirecta con la ley y el por que de la nulidad, estimo han quedado satisfechas en la motivación del concepto de la violación, tanto por el error in procedendo, como en el error en la denominación jurídica de la infracción en la calificación de las sumarias-resolución de acusación, donde se incurre en una violación indirecta.

PETICIONES REITERATIVAS. En virtud a los planteamientos jurídicos expuesto, con el debido respeto impetro a la H. SALA DE CASACION PENAL, de la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, case la sentencia y anulado el proceso desde la providencia que resolvió la situación jurídica al procesado" -TRANSCRIPCION TEXTUAL-.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

1. Pese a que se alega causal de nulidad, al criticar el valor concedido al testimonio de Carlos Alirio Perilla, buscando imponer su propio criterio, el censor desarrolla una violación indirecta de la ley sustancial que de todos modos no prospera al no existir tarifa legal en el régimen probatorio colombiano.

2. El criterio de la duda es puramente aritmético, pues supone que si hay una prueba que afirma y otra que niega, no existe posibilidad de conocimiento, sino de equilibrio entre una y otra.

3. En lo que concierne a la falta de defensa técnica se tiene que si bien es cierto los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la Constitución de 1991, que exige como materialización del derecho de defensa la asistencia de un abogado dentro de la investigación y el juzgamiento, no es menos verdad que esta situación no debe ser examinada de modo general y abstracto, sino que en cada caso concreto se impone determinar si hubo o no real defensa. Además, después de cerrada la investigación y antes de que se corriera traslado a las partes para alegar y durante la fase del juicio, el procesado contó con un defensor profesional que si bien solo intervino en la audiencia pública, no por ésto se puede decir que se presenta nulidad ya que su silencio pudo ser parte de la estrategia del defensor como la más adecuada para obtener el mejor resultado ante la verdad jurídica procesal existente. La manera particular de desarrollar la defensa en cada caso, no puede constituir ausencia de defensa técnica, ya que ello solo es un modo lícito y práctico de cumplir una adecuada labor defensiva.

4. No es cierto que se haya contrariado el principio de la *reformatio in-pejus* (art. 17 C.P.P. y 31 de la C.P.), pues la garantía que allí se consagra presume que el acto se haya cumplido dentro de la legalidad del delito y de la pena porque también este precepto tiene arraigo en la Constitución.

El *Ad-quem*, al momento de examinar la dosificación punitiva realizada por el *a-quo* advirtió el desenfoque de la misma, pues éste al tomar las circunstancias de agravación contempladas en el artículo 324-7 del C.P. partió de un error al indicar como pena mínima allí señalada la de 12 años, no obstante que para la época de los hechos (agosto 24/92) esta norma tenía prevista como mínima la de 16 años, la cual al tenor del artículo 22 del C.P. aplicable, podía rebajarse hasta la mitad (8 años). Si se reconociera la intangibilidad de la condena de primer grado -6 años- se convalidaría una dosificación punitiva

inferior a la mínima legal imponible. Y también correctamente el Tribunal aclaró que no podía tenerse en cuenta la atenuante genérica del artículo 64-8 C.P. porque esta forma se debe aplicar con relación a los parámetros señalados en los artículos 61 y 67 *ibídem* y el mismo hecho ya se había tenido en cuenta para aplicar el mínimo por la tentativa.

La Corte

Hay que señalar, primeramente, que el censor no invoca como fundamento de su -desde ya dígase- desordenado ataque sino la causal tercera del artículo 220 del C.P.P., esto es, haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de **nulidad.**

Esto implica que el examen de los diversos motivos que alega se haga atendiendo al orden lógico que se desprende de la fase procesal comprometida por cada uno de ellos en caso de prosperar. Así pues, prevalecen en el análisis los errores in procedendo que afectan desde la apertura del proceso, sobre los que se manifiestan a partir del cierre de investigación; y éstos son prioritarios respecto de los que afectan exclusivamente la sentencia.

La Sala comenzará por referirse al cargo que cuestiona la legalidad del proceso por falta de defensa técnica durante el sumario, pues en caso de prosperar comprometería la actuación desde los comienzos mismos de la pesquisa. No sucedería lo mismo con el alegato que cuestiona la competencia a través del error en la denominación jurídica de la infracción, en vista de que es el momento del cierre de investigación aquél donde se hace posible llevar a cabo el juicio de valor que con carácter seguro ofrece la circunstancia de estar agotada la instrucción y porque, además, el Juzgado Municipal actuó por iniciativa propia siguiendo la regla que sobre el particular tenía previsto el inciso final del art. 73 del C.P.P.

Pues bien, sobre el particular ya se expresó en qué radica el ataque el censor y qué respuesta se produjo por la Procuraduría. La actuación, en lo que tiene que ver con ello, transcurrió así:

1. Después de que el Comandante de la Estación de Policía de Agua de Dios rindió informe al Inspector sobre los hechos y sus protagonistas, dejando a disposición al acusado que se había presentado voluntariamente el 24 de Agosto de 1992 y a quien lo había escuchado en versión libre, asistido de un ciuda-

dano y puesto en conocimiento de los derechos del capturado, el Juzgado Promiscuo Municipal abrió investigación preliminar y dejó en libertad al acusado, bajo compromiso de presentación futura, porque ni había sido ordenada su captura, ni ésta se había producido en flagrancia, ni se tenía prueba sobre la presunta incapacidad del lesionado, ni se había formulado querella o denuncia.

2. Obtenidas algunas pruebas, el Juzgado Municipal abrió investigación, dispuso otras diligencias, admitió la constitución de parte civil y ordenó la indagatoria del imputado Mur Galindo, todo ello por resolución de 2 de Septiembre del mismo año de 1992.

3. El 8 de Septiembre fijó fecha y hora para la recepción de indagatoria y le comunicó al procesado señalándole que debía comparecer el día siguiente a las 3 de la tarde, asistido por defensor. En dichas fechas y hora concurrió el ahora condenado; el acta, en lo pertinente, reza:

> "Como dijera no designar defensor, cargo que se proveyó en la persona del señor SAUL CAMPA MORENO quien hayándose presente prometió cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo le imponen. No habiendo en este municipio abogado que pueda asistirlo procesalmente, el nombramiento de defensor recae en persona de buen crédito".

Cumplida la indagatoria se dispuso mediante auto la captura del acusado, se recepcionó un testimonio y se resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por delito de homicidio en grado de tentativa. Allí mismo se ordenó remitir el expediente a la Unidad de Fiscalías de Girardot, dejando a su disposición al procesado. Dicha resolución se notificó personalmente al detenido y al Personero, y por estado a los demás sujetos procesales (fl. 49).

4. La Unidad de Fiscalías (Fiscal 290 de Girardot) avocó conocimiento de las diligencias, dispuso proseguir las mismas practicando directamente algunas pruebas, y por resolución de 12 de Noviembre de 1992 declaró cerrada la investigación procediendo a llevar a cabo las notificaciones de manera personal al Ministerio Público y por estados a los demás sujetos procesales.

Como posteriormente acató que Mur Galindo no tenía defensor profesional del derecho, lo designó por providencia de Noviembre 25, día en que se posesionó el respectivo abogado y en la misma fecha, al advertir que al

implicado no se le había hecho notificación personal del cierre, dispuso la anulación del acto de enteramiento, así como su repetición de manera personal al detenido. Unicamente el procesado presentó memorial precalificatorio y así se profirió la resolución de Diciembre 28 de 1992, acusatoria por delito de Homicidio inacabado.

5. Dicha resolución fué apelada por el enjuiciado y sustentada por él. Su silencioso defensor de oficio para nada intervino durante el trámite de la causa, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot, hasta el punto de que el 1o. de abril de 1993 se produjo un informe de notificación fallida al mismo, puesto que en el hotel donde se hospedaba había dejado dicho que permanecería fuera de la ciudad y por tanto no se le pudo enterar del auto que decretaba pruebas, realizándose estas incluso sin su presencia formal. Por ello, para proceder a fijar fecha para la audiencia pública, el despacho judicial se vió precisado a designar nuevo defensor oficio (fl. 159; Mayo 6 de 1993) con quien se celebró la audiencia de juzgamiento el 19 de Mayo de 1993.

Finalmente es un abogado contratista de la defensoría pública quien presenta poder dos días después de la audiencia y quien asume la representación judicial del condenado precisamente el día en que se profiere el fallo, 4 de Junio de 1993, pues en esa fecha se le reconoce personería para actuar. La sentencia, apelada por el procesado, recibió confirmación. La casación fué interpuesta por el condenado y sustentada por el defensor aludido.

Lo que se acaba de señalar en detalle muestra sin lugar a dudas que durante el trámite de la investigación el procesado Mur Galindo estuvo absolutamente desprovisto de defensa técnica, y que de ésta se le vino a proveer únicamente después del cierre de la misma. Así mismo, que pese a contar formalmente con defensor durante la etapa del juicio, en realidad no tuvo defensa hasta días antes de la audiencia pública, pues la persona que fué designada para que protegiera sus intereses se había ausentado de la ciudad y no fué posible, siquiera, enterarla del trámite de la causa.

La Corte, en decisión de reciente data (sent. de Mayo 9 de 1995; M.P. Dres. Duque R. y Mejía E.) retomó algunos pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional, concretamente los proferidos en acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 374 del C. Penal Militar (Dto. Ley 2550 de 1988) y en revisión de tutela (Sentencia SU 044 de 1995); concluyó que no pueden los funcionarios desconocer el mandato de la Carta Política actual en

tanto establece como derecho fundamental del procesado el de ser asistido por un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento (Art. 29).

Pasar por alto dicho mandato encarna un vicio que se erige como causal de nulidad, pues así lo dispone de manera taxativa el numeral 3 del art. 304 del C.P.P., hasta el punto que del principio de protección expresamente exceptúa la ley la falsa de defensa técnica (308.3):

Así, en la primera de las decisiones citadas expresó la Corte Constitucional:

> "...el derecho a la defensa técnica como una modalidad específica del debido proceso penal constitucional se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito, ya que, además, aquella es una regulación expresa y categórica de carácter normativo y de rango superior en la que se establecen las principales reglas de carácter constitucional que en todo caso deben regir la materia del proceso penal; de manera que todas las disposiciones que sean objeto de regulación contraria deben ceder al vigor superior de la constitución".

Y en la segunda de tales sentencias, la de tutela contra un Inspector Distrital de Policía, adujo:

> "La finalidad protectora de los derechos del sindicado que persigue las garantías previstas en el art. 29 de la C.P., que configuran el mínimo de requisitos y condiciones que deben observarse en las actuaciones procesales para asegurar la vigencia del debido proceso, como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento, el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, exigen necesariamente que dentro del respectivo proceso el sindicado se encuentre representado por un defensor idóneo, esto es, de una persona con suficientes conocimientos de derecho que esté habilitada para afrontar con una adecuada solvencia jurídica las vicisitudes que de ordinario se presentan en el proceso, de manera que pueda asegurarle una defensa técnica y la oportuna y eficaz protección de sus derechos fundamentales. Ello naturalmente supone que la

> actuación del defensor no sólo debe ser diligente sino eficaz, lo cual sólo puede garantizarse o ser el resultado de su propia formación profesional, pues de esta depende su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa que el estatuto procesal respectivo ha instituído en la búsqueda de una decisión ajustada al derecho y a la justicia".

Es evidente, entonces, que la constitucionalización del derecho a la defensa técnica para la etapa del sumario está llamada a producir efectos concretos sobre los procesos tramitados en vigencia de la nueva Carta y, como secuela de ellos, su ausencia vicia el procedimiento en materia grave hasta el punto de generar uno de los motivos de nulidad recogidos por el numeral 3 del art. 304 del C.P.P.

Ahora bien, la Sala Penal de la Corte en la sentencia que se mencionó atrás, buscó interpretar de manera contextual algunas de las precisiones hechas por el Juez de Constitucionalidad pues advirtió que en el último de los fallos aludidos "se apartó un poco de su rigor inicial y admitió que .... en casos excepcionales, cuando no pueda contarse con abogado titulado, sí puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos, pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica".

Además resultaba obvio que una parte de los supuestos de hecho de estas decisiones, principalmente los relativos al lugar o sede del juzgamiento, a la existencia de Facultades de Derecho o de oficinas Seccionales o Regionales de la Defensoría Pública y a la presencia permanete de abogados titulados que puedan asumir defensas de oficio, no eran idénticos a aquellos que se presentan en una gran mayoría de Municipios de Colombia y en una gran cantidad de procesos penales. En éste sentido, entonces, señaló:

> "Así, pues, y mientras no se diere decisión de carácter general y obligatorio en torno a la norma que excepciona la defensa técnica desde la indagatoria (art. 148 inciso 1o. del C.P.P.) será por lo menos admisible que en casos de captura en flagrancia o vencimiento inminente de los términos judiciales y en lugar donde no concurren de manera permanente abogados habilitados para la defensa del procesado, se entregue su asitencia en la fase inicial de la investigación a ciudadanos honorables y con el razonable grado de instrucción que al menos permita la garantía de sus derechos básicos a la defensa

material y a la controversía, así como a la imparcialidad y objetividad, y siempre que los funcionarios judiciales acudan, para la continuación del trámite, a proveerles mediante los mecanismos de Ley de una defensa letrada durante el resto de las pesquisas".

Se agregó allí que en ocasiones podrían verse enfrentados ese derecho fundamental del acusado y el deber de administrar justicia, o aque, frente al derecho a que se le reciba indagatoria dentro del brevísimo término de ley, y que en tales eventos era necesario el hallazgo de alguna fórmula interpretativa intermedia que conciliase la declaración seca del art. 29 de la Carta con otras que siendo de la misma laya consagraban principios y valores que podían verse rezagados si no se atendía a las singularidades y particularidades de cada caso.

La formación de la jurisprudencia está inevitablemente ligada a la resolución de casos concretos y es por eso que sus formulaciones generalmente no pueden cobijar todas las posibilidades de aplicación o todos los sentidos probables de interpretación. Esa característica es la que genera que a medida que se van resolviendo los asuntos se vayan marcando pautas y preciones que pudieron no ser consideradas en otras antecedentes, por la misma razón por la cual tampoco la norma jurídica de Derecho Positivo prevé a priori todas las hipótesis de regulación que la vida ofrece, así tenga vocación totalizadora.

Entonces lo que la Corte realiza, en casos como el resuelto el 9 de Mayo del año en curso y ahora en esta decisión, es enfrentar su obligación de abrir caminos hermenéuticos respecto de disposiciones que entrañan dificultades imprevisibles para su aplicación, puesto que nada beneficioso obtendría la justicia si sembrara de interrogantes su función jurisprudencial. No por ello, considera, se desconoce el juicio de Constitucionalidad; al contrario, se utiliza como criterio rector que permite un margen de aplicación y entendimiento para resolver asuntos puntuales, como éste que se enfrenta ahora.

Bajo estas premisas, entonces, es que la Sala estima que el derecho del acusado Mur Galindo, a la defensa técnica durante el sumario y el juicio, se comenzó a infringir a partir del momento en que el proceso llegó a la Unidad de Fiscalía de Girardot, puesto que tal como lo certificó el Juzgado de Agua de Dios, en este lugar no había abogado a quien se pudiera encomendar de oficio la asistencia letrada, situación que no se presentaba en la cabecera de Circuito y que por tanto no permite justificar la omisión de la Fiscalía Seccional al dejar sin abogado defensor al imputado hasta después del cierre de investigación.

El fundamento jurídico del derecho a la defensa es, recuérdese, el principio de contradicción, postulado consustancial al concepto de proceso. Este, a su vez, es vertebral para el hallazgo de la verdad, fin inequívoco del procedimiento. Carnelutti describe así su contribución a dicha finalidad en Las Miserias del Proceso Penal:

> "Sin duda, esto de las dos verdades, la verdad de la defensa y la verdad de la acusación, es un escándalo; pero es un escándalo del cual tiene necesidad el juez a fin de que no sea un escándalo su juicio. Y esto no sólo porque el juez tiene necesidad de que se le presenten todas las razones para encontrar la razón, y cuantas más se le presentan y más en apariencia parece que se complica, más en realidad se simplifica su cometido. Bajo este aspecto, el duelo entre defensor y acusador se asemeja al choque entre dos pedernales del cual salta la chispa. Las razones, como hemos dicho, son a la razón como los colores a la luz; las arengas, los informes del defensor y del acusador se asemejan a una rueda giratoria de colores; pero al girar velozmente los colores se funden en la luz. De cualquier manera, la ventaja que el juez obtiene de ello, no es solamente en orden a la inteligencia. La verdad es que el contradictorio le ayuda precisamente porque es un escándolo: el escándalo de la parcialidad, el escándalo de la discordia, el escándalo de la Torre de Babel. La repugnancia por la parcialidad se convierte para el juez en la necesidad de superarla, o sea de superarse, y en esta necesidad está la salvación del juicio".

El carácter dual de la defensa en el proceso penal, su desenvolvimiento en defensa técnica y material, surge, como lo señalan variados autores, del hecho de que por regla general (excepción hecha de algunas muy precisas actuaciones como los recursos extraordinarios) el derecho de postulación se ejerce de manera simultánea por el abogado defensor y por su asistido y de que la idoneidad y el consejo profesionales que supone dicha asistencia constituyen presupuestos para el ejercicio de la mayor parte de actuaciones que encarnan el derecho a ser oído y a contradecir, a pedir y a discutir sobre los hechos y sobre el derecho aplicable.

La protección, así concebida, no constituye un vano formalismo sino una garantía llena de sentido y es por ello que la Carta actual, a diferencia del impreciso mandato de la anterior, exige que una y otra coexistan durante todo el procedimiento, es decir, durante la investigación y el juicio.

Por eso la Sala no puede prohijar el pedimento de la Procuraduría. La clausura de la investigación era un momento procesal inoportuno y tardío para el ejercicio de la mayor parte de las actividades materiales de defensa y para la valoración profesional de las diversas alternativas exceptivas y probatorias que podría ofrecer el proceso. Unicamente retrotrayendo la actuación a la fase de sumario, se abre camino la probabilidad de trazar una estrategia que desde acá y ahora no se puede suponer ni adivinar. Si ello es ontológicamente posible en el juicio, no es cuestión que deba mirarse puesto que lo que la Constitución manda es que no se prive de ambas formas de defensa, al procesado, desde la fase sumarial.

Dadas las anteriores consideraciones, el cargo de nulidad por este aspecto debe prosperar y ello demerita el análisis de los demás. La invalidez afectará la actuación desde la resolución de Octubre 1 de 1992, proferida por la Fiscalía 290 de Girardot y los actos procesales que de ella se desprenden, excepción hecha de los actos prueba dado que nombrado defensor de confianza por el imputado u oficioso por el funcionario judicial, bien puede aquél ejercer con toda amplitud el ejercicio de su contradicción a través de contrainterrogatorios, peticiones de prueba y valoración u objeción sobre los mismos.

Consecuencia de la decisión es la pérdida de valor del acto de calificación y el vencimiento de los términos que la administración de justicia dispone para ello cuando se trata de procesado detenido. Por eso de otorgará libertad provisional a Mur Galindo (C.P.P. 415.4) una vez preste caución juratoria considerando que para el momento de ocurrencia del hecho no tenía ingresos, que su oficio no le permitía capacidad de ahorro -labriego a jornal- y la circunstancia de que nunca evadió su comparecencia al proceso y antes bien se presentó voluntariamente a responder por sus actos. Para la suscripción de la diligencia, que le comprometerá en la forma prevenida por el art. 419, se comisionará al Juzgado del Circuito que tramitó el juicio.

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

Resuelve

CASAR el fallo de naturaleza, origen y fecha indicados e invalidar la actuación, en los términos aludidos en la motiva, adelantada contra JOSE LEONEL

MUR GALINDO por la Fiscalía 290 de Girardot, el Juzgado Primero Penal del Circuito de la ciudad y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.

Concédese la libertad provisional del procesado conforme a las pautas y bajo las condiciones antedichas.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas Aclaración de voto, Fernando Arboleda Ripol, no firmó, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, no firmó, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. Salvo voto

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional que cita esta providencia no podían ser más contundentes y limitativos: Ni aún en la diligencia de la indagatoria se podrá encargar ahora la representación del imputado a una persona honorable, a falta de abogado titulado o de un avanzado estudiante de derecho, y si ese es el alcance que con autoridad le da el órgano competente para interpretar la Carta a la enunciada garantía, ninguna otra interpretación, por esmerada y bien intencionada que ella sea, podrá intentar el juez, por encumbrada que sea su jerarquía, para habilitar el inmediato acceso del imputado a la justicia.

La Corte Constitucional se ha pronunciado, y frente a su criterio no es a la doctrina ni a la jurisprudencia sino a otros estamentos del Estado a quienes corresponde salvar tan protuberante escollo, quedando en manos del Gobierno Nacional, de la Defensoría Pública, de la Fiscalía y del Congreso, y desde luego asumiendo su responsabilidad política, la provisión inmediata y eficaz de los medios que garanticen la operancia de la administración de justicia en materia penal en el más extenso ámbito del territorio nacional.

Aclaración de voto:

Como la mayoría de la Sala insiste, no dudo que con la mejor buena intención, en procurarle al artículo 148 del Código de Procedimiento Penal un entendimiento más amplio y de consecuencias menos traumáticas para la administración de justicia de aquellas que surgirían de los fallos emitidos por la Corte Constitucional en materia de defensa técnica del imputado, según la misma providencia los evoca, pero ante todo de la sentencia SU-044/95 que suscribe la Corte Constitucional en pleno, y dentro de la cual se avanza un juicio de constitucionalidad del artículo 148 del C. de P.P. afirmando categóricamente su

"...contradicción con el art. 29 de la actual Constitución que, como se ha visto, exige que el sindicado esté asistido por un abogado durante la actuación procesal destinada a investigar o a juzgar su conducta, y por consiguiente resulta igualmente contradictoria con el art. 161 de la misma obra, que en su actual redacción luego de la declaratoria de inexequibilidad de su inciso 2 (sentencia C-150 de abril 22 de 1993) expresa:

"Inexistencia de diligencias. Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

Cuando el sindicado esté en peligro inminente de muerte y sea indispensable realizar diligencias con su intervención, puede omitirse la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier persona, dejando constancia de ello."

Se infiere de lo anterior que solamente en los eventos regulados en el aparte final de la norma es posible prescindir de defensor titular".

Estimo necesario reiterar aquí, porque mi pensamiento sigue en ello invariable, lo ya apuntado al margen de la sentencia de casación de mayo 9 último, con ponencia de los Magistrados doctores Duque Ruiz y Mejía Escobar:

"Uno de los hechos que más caracteriza dentro de la reciente vida política del país la evolución de las instituciones y que particularmente repercute en la génesis de recurrentes conflictos que aún asoman hoy al riesgo de su prematura reforma, hace referencia, a mi juicio, a la vigencia inmediata de la Constitución Política de 1991, que sin permitir un mínimo lapso para su conocimiento y asimilación, ni tolerar la posibilidad previa de unos indispensables ajustes legislativos, quiso variar súbita y abruptamente las arraigadas costumbres y la mentalidad misma de la nación, para asomarla al nuevo esquema ideal que en ella se consagra.

Dentro de las consecuencias más significativas de ese brusco cambio sobresale justamente el tema que aborda esta sentencia, cuya decisión resulta irrefutable, no así algunas observaciones marginales que al final introduce la mayoría, con el inocultable ánimo, bueno es reconocerlo, de paliar al menos ese caos que fácilmente se vislumbra

para la administración de justicia en la provincia, pero desestimando, y es allí donde radica el sentido de mi aclaración de voto, que siendo de la competencia exclusiva de la Corte Constitucional la posibilidad de armonizar los dos esquemas constitucionales permitiendo hasta donde ello sea posible un tránsito institucional sin sacrificio para los intereses superiores de la administración de justicia, con sus pronunciamientos más recientes hace inútil y riesgoso asumir esa posición ecléctica, dejando inequivocamente, no a la doctrina jurisprudencial de esta Sala sino en manos de la iniciativa del Gobierno y la labor legislativa la grave e inaplazable responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar que en cada punto de la geografía nacional, por más remoto e inaccesible que él sea, se cuente con la presencia de abogados que asistan a todo imputado, y con mayor razón y urgencia a aquel que hubiese sido capturado, so riesgo no de dificultar sino de imposibilitar la administración de justicia, que no podrá entre tanto adelantar la instrucción de los procesos, ni retener a un aprehendido más allá de los límites legales, quedando al funcionario la alternativa única de liberarlo al riesgo fácilmente imaginable de los linchamientos o la venganza privada a los que afronta en su vocación innata de justicia la reacción de la comunidad o de la víctima gravemente ofendida que no encuentra en el Estado una respuesta inmediata que atienda el restablecimiento de su derecho.

En buena hora, no puede menos que admitirse, ha establecido el artículo 29 constitucional que el derecho a la asistencia de un abogado para el imputado de un delito surge desde la etapa misma del sumario, y ello se hace mucho más sensible en el caso de los hombres de campo, que por lo general delinquen de manera ocasional y bajo influjo de bebidas embriagantes, porque su limitada cultura y experiencia cierra opciones para que intenten alternativas de defensa material en el proceso.

Pero quienes tuvimos la ocasión de oficiar de jueces en esas regiones apartadas, tenemos por sabido que para hacer realidad ese anhelo de la Carta, resultaría imperioso e inmediato asumir un doble y considerable esfuerzo administrativo y económico que aún ahora, pasados cuatro años desde la vigencia del precepto superior ni remotamente se vislumbra, pues la entidad y cuantía de los litigios que se llevan en los pueblos por regla general no constituyen incentivo para

que un profesional concurra a prestar esos servicios, pasando por lo regular las semanas y los meses antes de conseguir su colaboración en un proceso.

Frente a esa realidad, los pronunciamientos de la Corte Constitucional que cita esta providencia no podían ser más contundentes y limitativos: Ni aún en la diligencia de indagatoria se podrá encargar ahora la representación del imputado a una persona honorable, a falta de abogado titulado o de un avanzado estudiante de derecho, y si ese es el alcance que con autoridad le da el órgano competente para interpretar la Carta a la enunciada garantía, ninguna otra interpretación, por esmerada y bien intencionada que ella sea, podrá intentar el juez, por encumbrada que sea su jerarquía, para habilitar el inmediato acceso del imputado a la justicia.

La Corte Constitucional se ha pronunciado, y frente a su criterio no es a la doctrina ni a la jurisprudencia sino a otros estamentos del Estado a quienes corresponde salvar tan protuberante escollo, quedando en manos del Gobierno Nacional, de la Defensoría Pública, de la Fiscalía y del Congreso, y desde luego asumiendo su responsabilidad política, la provisión inmediata y eficaz de los medios que garanticen la operancia de la administración de justicia en materia penal en la más extenso ámbito del territorio nacional".

Con invariable respeto,

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

Firma

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

Es claro que la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela Nro. su-044/95 hizo un anticipo sobre la inconstitucionalidad del artículo 148 del C.P.P. en cuanto autoriza el nombramiento de un ciudadano como defensor pese a tratarse de un iletrado.

Esta decisión va a crear una situación verdaderamente caótica en la justicia y hubiera sido deseable que la Sala alertara a los funcionarios encargados de buscarle una solución al problema, puesto que hoy en día la defensoría pública no está implementada en todo el territorio nacional y en la mayoría de las regiones del país la defensa de oficio es un imposible por ausencia de abogados titulados.

Aclaración de voto

Es claro que la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela Nro. su-044/95 hizo un anticipo sobre la inconstitucionalidad del artículo 148 del C. de P.P. en cuanto autoriza el nombramiento de un ciudadano como defensor pese a tratarse de un iletrado.

Esta decisión va a crear una situación verdaderamente caótica en la justicia y hubiera sido deseable que la Sala alertara a los funcionarios encargados de buscarle una solución al problema, puesto que hoy en día la Defensoría Pública no está implementada en todo el territorio nacional y en la mayoría de las regiones del país la defensa de oficio es un imposible por ausencia de abogados titulados.

En este caso particular el sindicado no tuvo defensor letrado en la etapa del sumario y en tales circunstancias el proceso ha debido invalidarse desde etapas anteriores a la que ahora se declara.

Estamos ad portas de una total paralización de la justicia y ha debido precisarse la situación dramática que se va a enfrentar antes de que una verdadero alud de nulidades generen impunidad y que la ausencia de la defensa técnica paralice de manera total el funcionamiento de la justicia.

Son estas las preocupaciones que me llevan a aclarar de manera respetuosa mi voto.

Atentamente,

Edgar Saavedra Rojas, Magistrado.

Fecha ut supra. Firma.

DEFENSA TECNICA
(Salvamento de Voto)

Salvamento de voto:

Otra vez se plantea en Sala el asunto -harto crucial- de la nulidad por ausencia de defensa técnica en la etapa sumarial amén de un hipotético juicio de Inconstitucionalidad del artículo 108 del C. de P.P. y una vez más tengo, que manifestar mi disentimiento radical y respetuoso frente a esa mentalidad. Y como tengo definida hace mucho rato mi posición personal sobre este asunto no tengo opción o escogimiento distinto a exponer mi criterio discrepante contra la razón colectiva de la Sala. En estos temas como en otros muchos me siento iconoclasta. A veces incurro en la mala costumbre de rebellón cuando los argumentos ajenos no me convencen, ni me persuaden, ni me catequizan. Lo que hallo muy natural y hasta obvio, siempre, y ahora más que nunca. Reitero, pues, lo escrito por mí en otras ocasiones, mudando lo que se debe mudar:

"a. Es de toda verdad en el acto **sub examen** que el acusado en las actuaciones sumariales no designó un defensor de confianza y que se le nombró uno de oficio. Pero también lo es que en todas las diligencias que se realizaron con su presencia fue asistido por personas no togadas, elegidas **ad nutum** por el funcionario de instrucción quienes de manera directa le acompañaron e intervinieron en su desarrollo. Lo importante a destacar es que ellas cumplieron a cabalidad el ejercicio de la misión encomendada. Por cierto, no consta en los folios que estos individuos hubieran protestado o mostrado inconformidad por un anormal desenvolvimiento de los actos procesales a los que concurrieron por lo cual se presume que el buen orden y la regularidad del procedimiento fueron acatados en toda su extensión.

b. No dejará de anotarse que en la etapa del juzgamiento el imputado designó un defensor cualificado que apoyándose en la posición exculpativa de su cliente y en otras ideas de su cosecha, ejerció, según sus propias convicciones, las obligaciones inherentes a su designio. Fácil es reconocer, **ad exemplum**, que en la diligencia de Audiencia Pública orientó sus alegaciones

defensivas en la forma que lo consideró más conveniente, agitando tesis y criterios a favor de su representado, desplegando una celosa actividad dialéctica y una ordenada y muy hábil argumentación en pro de una intensa y eficaz defensa técnica. Solo que sus denodados esfuerzos no lograron derrotar la contundente prueba incriminatoria levantada en contra de su patrocinado, de la cual se desprende la certeza de la plena comisión del delito y de su responsabilidad penal. No estará de más, ni de menos que se diga, que el letrado actuante en ninguna parte de su intervención se pronunció por situaciones de indefensión, desamparo o desvalimiento en que pudo hallarse su poderdante. Lo que es diciente de que allí no pasaba nada por dentro. A remate de cuentas, la preocupación de las consecuencias las trajo la Sala, desde fuera.

c. Para no perder la noción de la exacta perspectiva del derecho a la defensa material fuerza es examinar con máxima atención las tres fundamentales piezas en las que intervino el procesado: a. La diligencia de indagatoria; b. la ampliación de la misma; y c. la inspección judicial. Es de ver en el desarrollo del primer acto procesal de carácter sustancial una serie articulada de preguntas, sistemáticas y concretas, donde el funcionario orienta sus pesquisas hacia la determinación de las circunstancias del caso y el averiguamiento de la verdad real del hecho denunciado. Previamente a esto y para proveer eficazmente al respeto de las garantías y derechos y al afianzamiento de la justicia, se le informó de su prerrogativa a nombrar libremente a un abogado y ante la imposibilidad de hacerlo se le designó, **ex oficio**, a una persona de reconocida honestidad en obediencia a lo prevenido por el artículo 139 del Código de la materia, vigente por aquel tracto. Sus manifestaciones de descargo fueron recepcionadas con la amplitud del caso y no se advierte por la lectura detenida de esta diligencia que de propósito se le hubiese emboscado o sorprendido -con violación del orden jurídico pleno -por formularle preguntas capciosas o sugestivas, o por apremiarlo física o moralmente o por obligarlo a declarar contra sí mismo o sus parientes inmediatos, o en fin, por utilizar mecanismos tortuosos o algo parecido. Con la más clara manifestación del aspecto material del derecho de defensa, el imputado respondió de manera libre y espontánea el interrogatorio judicial, siendo dueño de sus propios actos. Se le brindaron, pues, todas las oportunidades para anular los cargos, negarlos o justificarlos. **Mutatis mutandis**, lo propio cabe afirmar con las restntes actuaciones.

d. La actividad jurisdiccional se desarrolló, entonces, a plenitud con sujeción a las reglas del proceso y a sus viscisitudes. No hay manera de decir o afirmar en estos folios que se conculcaron o quebrantaron los supremos valores que en esta materia propugna la Constitución y la ley instrumental. O que en su

ámbito, de manera adrede o deliberada, el encartado fue víctima de una indefensión total con menoscabo de sus derechos. Con absoluta neutralidad -y esto debe destacarse- tanto el funcionario de instrucción como el de juzgamiento respetaron al máximo sus derechos y con atenta vigilancia y estricto acatamiento a sus garantías, sin discriminación alguna, fallaron, **ex lege**. Por lo demás, ni aquel ni éste obstaculizaron su arbitrio a entrevistarse con un letrado, ni reprimieron su facultad para pedir pruebas, ni tampoco le impidieron ejercitar su potestad a alegar. Por el contrario, con un arraigado sentimiento de justicia en todo el proceso pero especialmente en la etapa del sumario, el funcionario de turno veló por el exacto cumplimiento de la ley y en aquellas actuaciones donde el reo no quiso o no pudo designar un defensor suplió dicha omisión con el escogimiento de personas que resguardaran sus garantías legales. No olvidemos que los Fiscales y Jueces como sujetos imparciales del proceso- están sólo subordinados a la ley y que su independencia es absoluta. La **autoritas** y su **imperium** moral preservan sus decisiones.

e. De verdad que carezco de elementos de juicio suficientes para sostener en estas fojas que el defensor de Esquivel Fierro se desentendió por completo de la defensa o que abandonó a su suerte al autor de la conducta, como lo quiere la decisión mayoritaria de la Sala. La efectividad de la asistencia técnica no se mide por el número plural de memoriales o alegatos presentados, ni por la multiplicidad de las tesis agitadas, ni por una ingente o copiosa labor intelectual. En veces, el mutismo, la reserva o la sigilación, constituyen estrategias de peso que utilizan los letrados para la consecusión de sus fines defensivos. Y esto no presupone -ni más faltaba-inercia o despreocupación o desidia o apatía, ni nada que se le parezca. Esto, a pesar de apariencias en contrario. De pronto, razones habrá tenido el letrado actuante para proceder de esta guisa. Alguna vez dije que el misterioso hado no lo explica todo y por esto sería muy de alabar que nadie entre a suplantar la actividad dialéctica de los juristas.

f. Metido de lleno en las probanzas del expediente fácil es captar que allí reposan todos los elementos demostrativos, tangibles y concretos del delito y sus circunstanias y la autoría del mismo en cebeza de Esquivel Fierro. Y dudo mucho que un defensor experto en derecho penal pudiera de manera taumatúrgica o sobrenatural, o por arte de birlibirloque, mudar la severidad del haz probatorio y la sentencia de condena. Entonces, si todo está dado, si a suficiencia se conocen las características del injusto, los nombres de los protagonistas, las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión del hecho,

la negativa del reo, y si fuera de todo esto, nada más se puede precisar al respecto, para qué y por qué anular casi toda la actuación?. Con abogado o sin abogado el imputado va a repetir lo conocido y a negar a ultranza su responsabilidad en los hechos. Todo es uno y lo mismo. O no?.

g. Tampoco me dejo commover -y transcribo algún párrafo de un salvamento de voto forjado en la buena compañía del doctor Gómez Velásquez ante los rasgos de similitud de aquella hipótesis con el caso de autos- por el hecho de que si bien es cierto que en la ciudad donde se presentaron los sucesos se encuentran muchos abogados inscritos o que frecuentan el lugar, también lo es que tendríamos que suponer que todos estaban en condiciones de asumir la defensoría de oficio, o que podía contarse con ellos de manera expedita y oportuna para la práctica de cualquier diligencia. La realidad enseña que aun en centros en donde opera constantemente buen número de abogados, que éstos o están en otros menesteres, o ya tienen un número de asistencias de oficio que los exonera de ser llamados a una actividad de esta índole, o no es dable hallarlos con la facilidad que el adelantamiento del proceso demanda. Y en poblaciones lejanas, puede acontecer que el número de abogados que suelen ejercer allí su profesión, no lo hacen todos de manera constante, sino de modo esporádico. Habría, pues necesidad, en este terreno, no de acudir a suposiciones (todos los abogados podían actuar) sino de demostrarse que pudiendo realmente hacerlo, el capricho del funcionario impidió esta intervención. Pero la apreciación no puede brotar en este sentido, sino en dirección muy distinta.

h. En este orden de cosas, no puede entrañar nulidad legal y menos supralegal, la circunstancia de que el imputado haya estado asistido en algunas diligencias propias de la instrucción por ciudadanos honorables aunque no ostentaran títulos profesionales en abogacía o no fueran versados en disciplinas jurídicas. No lo primero porque tal posibilidad aparecía y aparece hoy contemplada en el código de la materia (art. 139 y 148 del C. de P.P.). Y no lo segundo por cuanto el ejercicio del derecho material de defensa le permite al acusado una amplia y constante participación en las diligencias de averiguación y comprobación de la existencia y naturaleza del hecho, su enteramiento de todas las actuaciones que se surtan en las actividades típicas de la instrucción y el conocimiento de las determinaciones adoptadas por el funcionario correspondiente. Cuando las diligencias sumarias han sido adelantadas con muestras reconocibles de imparcialidad y mesura, explorando todas las posibilidades de cargo y de descargo, lográndose conformar una estructura probatoria sólida y completa, el proceso -y reitero conceptos del salvamento

de voto aludido- debe mirarse como válido y tenerlo como debido. En la hipótesis contraria distinta será la conclusión y entonces sí será necesario advertir y declarar la violación del derecho de defensa.

i. Hasta donde me alcanzan mis conocimientos -que no son muchos- el artículo 148 del C. de P.P. no ha sido objeto de ataque en sede constitucional ni tampoco conozco que sobre la materia exista un fallo definitivo con alcances de cosa juzgada constitucional. Debo colegir entonces que la preceptiva del antecitado artículo no contradice la Carta por ajustarse perfectamente a su letra y a su espíritu. Me parece aventuradísimo decir que como la Corte Constitucional ha pergeñado de una u otra forma algunas glosas sobre asuntos colaterales (Vid; la acción pública de inconstitucionalidad (parcial) contra el artículo 374 del Decreto-Ley 2550 de 1988, declarado inexequible, o si se quiere, la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 147 del decreto 2700 de 1991), se pueda ya afirmar como dogma de fé o como situación "muy probable", -así lo dice la decisión de esta Sala- la inexequibilidad del precepto atrás invocado. Y con perdón de la Corte -así perezca yo de soledad- sobre cábalas, supersticiones o fetichismos no me pronuncio. Tal vez no soy todo lo amplio que es de desear. Pero no gusto de suponer o excogitar cosas ni definiciones en asuntos tan delicados como éste. Mayormente cuando no se han producido.

3. Sensible a nuestra realidad histórica, humana y social -sean las que fueren las cosas y las ideas, las realidades y los sentimientos- me preocupa en alto grado el fallo adoptado por la mayoría de la SALA con su cerrada dialéctica pero más las repercusiones internas frente a la totalidad de los expedientes que cursan en ciudades medias o en poblaciones lejanas donde difícilmente se encuentran abogados que asuman una defensa de oficio. No comprendo lo creado. Cualquiera percibe que el desiderátum en esta materia no es otro a entender que todo sindicado tenga un defensor, ya electivo, ora oficial. Respecto a los últimos, la realidad de nuestras instituciones, cuanto verdad íntima, muestra su evidente ineficacia y su marcada insuficiencia. La idealización del proceso penal, conociendo el medio y los hombres, es por el momento inalcanzable. La verdadera historia es muy otra. Lamento de veras que la Corte -y lo digo con todos los respetos pero sin veladuras de ningún género- tenga una opción distinta a la aquí consignada en materia tan compleja y sensible como ésta. Acaso me queda la esperanza de que su tesis acabará por morir en su propia exageración. Pero y entretanto...? Y como carezco ya de inspiración para convencer a otros de estas ideas no me queda más remedio que defender señeramente lo mío.

Deploro que en esto y aquello, y lo otro, y lo demás allá, siga en desacuerdo con los criterios -para mi siempre respetables- de mis compañeros de Sala".

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

Fecha ut supra.

ERROR DE HECHO

De manera reiterada la Corte ha dicho que se incurre en error de hecho cuando las pruebas se ignoran o suponen (falso juicio de existencia), o cuando se desfigura su contenido objetivo (falso juicio de identidad).

La sentencia de segunda instancia tiene carácter definitivo, en cuanto contra ella ya no procede ningún recurso ordinario, y además está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, de manera que el debate propio de las instancias ya ha terminado, y la única forma de atacarla es por la vía extraordinaria que ofrece la casación, en donde solo son demandables errores in iudicando o improcedendo, no simples pareceres o formas diferentes de valorar las pruebas, ya que en definitiva la apreciación que haga el fallador respetando las reglas de la sana crítica es la que prima.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 74

Vistos

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de EDUARDO MORENO BERMUDEZ contra la sentencia del Tribunal Nacional, confirmatoria de la dictada por un Juzgado Regional de esta ciudad, que condenó al procesado como autor del hecho punible de que trata el artículo 33, inciso 1o. de la Ley 30/86, imponiéndole una pena de cuatro (4) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período de la principal.

I. Hechos y actuación procesal

El 25 de marzo de 1991, la Unidad de Policía Judicial adscrita al Aeropuerto el Dorado de Santafé de Bogotá, practicó una requisa al equipaje del piloto EDUARDO MORENO BERMUDEZ, quien debía conducir el jumbo 747 HK 2980 con destino Caracas-Madrid-París, y encontró en el interior de un maletín cinco (5) paquetes de una sustancia blanca, que posteriormente resultó ser cocaína.

Incautada la sustancia estupefaciente y capturado el Capitán de Aviación, un Juzgado de Instrucción de Orden Público de esta ciudad declaró abierta la investigación, dentro de la cual lo vinculó mediante indagatoria, resolviendo su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Cerrada la instrucción, mediante proveído del 30 de diciembre de 1991 se calificó el sumario con resolución de acusación contra el imputado, por infracción a la ley 30 de 1986, artículo 33.

A un Juzgado de orden público le correspondió adelantar la etapa del juicio, y después de haberse cumplido el período para alegar de conclusión, profirió sentencia de primera instancia en la que condenó al procesado a cuatro años de prisión, como autor responsable de infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Apelada esta decisión fue confirmada por el Tribunal Nacional.

II. Demanda

El impugnante presenta dos reproches al amparo de la causal primera, cuya síntesis es como sigue:

Primer Cargo.

Asevera que el Tribunal en la valoración del haz probatorio incurrió en error de hecho que se enmarca dentro de una violación indirecta de la ley sustancial.

Estima que se desconoció "olímpicamente" el sentido real de cada testimonio aportado al proceso, toda vez que el ad quem "valoró todos y cada uno de los testimonios allegados al diligenciamiento en el sentido material de las pruebas, pero no en su contenido espiritual de hondo contenido humano", ya que los medios de convicción permiten demostrar que el Capitán EDUARDO MORENO BERMUDEZ accedió a la solicitud de una antigua conocida suya

"INES DE GORDO", quien lo requirió para que le llevara unos libros a su hijo que se encontraba en Madrid (España) enfermo de SIDA.

El Tribunal Nacional al confirmar la sentencia de primera instancia violó en forma indirecta los artículos 35 y 36 del Código Penal, en concordancia con el artículo 1o. del mismo estatuto, normas que de conformidad con el 29 de la Constitución Nacional que consagra el principio de favorabilidad, son de ineludible cumplimiento.

El conjunto de pruebas allegadas al proceso, especialmente la testimonial, -versiones del imputado, Eduardo Gallego, agente de Policía Luis Antonio Escobar, Luis Alfonso Díaz Duarte, Subteniente Hernando Sáchica Rengifo, Capitán José Luis Gaviria, Rafael Ignacio Bustamante Urzola y Olga Gómez de la Hoz- permiten demostrar que el acriminado MORENO BERMUDEZ al recibirle el maletín a la señora INES DE GORDO lo hizo de buena fe, con el fin de prestarle un favor en la convicción errada de que en verdad se trataba de un maletín contentivo de libros y no de estupefacientes, por lo cual se debe señalar que actuó sin dolo, culpa o preterintención.

Destaca que el acusado ha sido considerado como una persona de buenos antecedentes, situación que fue aceptada por la justicia de orden público.

Igualmente señala que de las versiones de los pilotos de Avianca Rafael María Boada Castro, José Domingo López Rodríguez, Alberto de Jesús Mercado y Pedro Julio Alba Rubio, se destaca el afán de servicio del Capitán Moreno señalando que el llevar encomiendas a Europa para familiares y amigos, se ha convertido entre el gremio de pilotos en una costumbre arraigada que tiene fuerza de ley.

Al existir retrato hablado de INES DE GORDO, y estando determinado que la misma tiene existencia física y real como se desprende de la versión de AIDE ROJAS, se puede concluir que el implicado fue asaltado en su buena fe por dicha señora, haciéndole creer que se trataba de una encomienda para su hijo.

El censor dice que "acepta que la materialidad misma de la prueba está plenamente recaudada en el proceso, mas no el elemento intencional de la norma tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986".

La señora INES DE GORDO se aprovechó de que el capitán estaba apresurado por abordar el avión del que era comandante, razón por la cual

no tuvo tiempo de examinar el paquete, por lo tanto obró sin dolo. Tampoco actuó con culpa ya que tenía que tomar la aeronave y no podía dedicarle breves segundos al examen del maletín.

Así las cosas, el Tribunal incurrió en error de hecho al ignorar que la prueba testimonial aportada comprobaba que el procesado obró sin dolo, violando en forma indirecta los artículos 2o., 5o., 6o., 35 y 36 del Código Penal y 33 de la Ley 30 de 1986 y en forma directa los artículos 1o., 2o., 10 y 22 del Código de Procedimiento Penal.

Termina esta censura diciendo: "El punto central de la impugnación contra la sentencia lo hago consistir en que el Tribunal Nacional omitió aplicar en la sentencia los artículos 35 y 36 del Código Penal, cuyos presupuestos si estaban comprobados en el proceso, pero no le fueron reconocidos al sentenciado en perjuicio de sus derechos. Incurrió por tanto, el Tribunal Nacional en falso juicio de existencia en este proceso".

Segundo Cargo.

Lo presenta como subsidiario del anterior, por violación directa de la ley sustancial, al haberse omitido la aplicación de los artículos 29 y 248 de la Constitución Nacional.

La violación del artículo 29 se presenta al omitir aplicar los artículos 35 y 36 del Código Penal, que consagran el derecho que tiene el procesado a que en su conducta se demuestre que el acto imputado lo ejecutó con dolo, culpa o preterintención, presupuesto que no se logró demostrar en este caso. Para la correcta aplicación del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, era necesario reconocer en favor del encausado el principio de inocencia, en razón a que en su contra no milita ningún antecedente judicial o de policía, teniendo derecho a que se le aplique el artículo 246 de la Constitución Nacional.

Hoy no se puede aplicar una pena teniendo en cuenta la personalidad del agente, sino estrictamente por el hecho cometido, tal como se desprende del principio de legalidad previsto en el artículo 1o. del Estatuto Penal.

La sentencia impugnada incurrió en exclusión evidente de los artículos 35 y 36 del Procedimiento Penal, y de los artículos 29 y 248 de la Constitución

Política.

Solicita que se case la sentencia y se absuelva a su defendido.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte rechazar los cargos y de consiguiente no casar la sentencia impugnada, por las fallas de técnica que contiene el libelo.

Primer Cargo.

En esencia alega el actor violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la valoración probatoria, que denomina falso juicio de existencia al no haber prueba del dolo.

La formulación y desarrollo del reparo no se ajusta a la técnica que regula el recurso de casación, "como quiera que la identidad y naturaleza de las modalidades constitutivas de la violación propuesta, consisten en la ausencia de prueba física en el proceso, que es suplida imaginariamente por el sentenciador suponiéndola presente -también físicamente- en un evidente error de juicio sobre su existencia material en los autos, pero no cuando a partir de la prueba existente en las diligencias procesales se extraen las conclusiones racionales propias de la función judicial al observar la prueba, como se palpa de su afirmación de la existencia de un error de hecho en la valoración probatoria".

El error en la valoración judicial de los medios de convicción corresponde a un error de derecho que se presenta cuando el juzgador no le reconoce el valor tarifado que a un elemento de convicción la ley le ha señalado previamente. En efecto la función de valoración es propia del juez quien debe sopesar en su conjunto todos los elementos probatorios, gozando de libertad para formar su criterio, siempre y cuando en su desarrollo respete el marco de la sana crítica constituído por las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

No resulta de recibo el reproche formulado por el actor, ya que con él pretende anteponer su personal y parcializado criterio frente al del Tribunal, contradicción que no es dable atender por cuanto el fallo llega precedido de la doble presunción de acierto y legalidad.

Considera el actor que su defendido no actuó en forma dolosa, porque si bien conocía la ilicitud de la conducta de tráfico de estupefacientes, nunca quiso su realización, máxime que fue el propio Capitán Moreno el que solicitó la requisa de la Policía.

La Delegada no comparte esta posición de la defensa, porque además de lo señalado anteriormente, existen elementos probatorios aportados a la investigación, de los cuales el sentenciador ha inferido racionalmente la existencia del dolo del autor en la acción de llevar la sustancia prohibida.

Así, los elementos probatorios permiten negar la buena fe del sentenciado, e inferir el conocimiento positivo del mismo respecto de la sustancia que llevaba, toda vez que la requisa se llevó a cabo por incitativa de la Policía, y el Capitán le insinuó al agente que se trasladaran al avión para terminar allí la requisa, aspectos que fueron interpretados como indicativos de que el procesado sabía que llevaba una sustancia prohibida en su equipaje de mano, "ya que no se explica la sugerencia de pasar al avión y la mentira posterior de que asumió la iniciativa en la requisa, sino como forma de conseguir el silencio de quien requisaba, en el primer evento y luego de plantear procesalmente la situación de ignorancia del contenido de su equipaje como medio de defensa".

Si la sensura pretende que el análisis es insuficiente, o que el estudio probatorio debió ser mas amplio de parte del juzgador de la instancia, el tema deja de ser un error probatorio por suposición de la prueba del dolo, ya que en el campo de la libre persuasión racional del juez, los datos de la prueba se miran no cuantitativamente, sino desde el punto de vista de su cualidad demostrativa en la situación concreta, y a lo dicho por el Tribunal se agregan las razones tenidas en cuenta por el juzgador de primera instancia, que se integran en un todo por estar encaminadas en un mismo sentido. Tales argumentos son: "inicialmente dió una dirección equivocada de la señora Gordo, las personas que supuestamente vieron la entrega del maletín no hablaron ni vieron al capitán MORENO ese día (se dijo entonces que era indicio de culpabilidad), el escrito de confirmación de la coartada no suministra datos de corroboración seguros ni serios, finalmente en una dirección la señora remitente de la droga tampoco vivía, aunque según informes si vivió allí lo que hizo dudosa la información probatoria al respecto y preparación propias de un piloto internacional el que se preste para llevar paquetes que no prueba ni revisa, en la forma en que relata el sentenciado (fol. 412 y 413 Cdo. Juzgado)".

El cargo no puede prosperar.

Segundo Cargo.

Formula el ataque de manera subsidiaria al anterior pero en desarrollo del cargo argumenta el tema ya analizado, al estimar que es evidente la ausencia del elemento doloso en el área cognoscitiva de la conducta del procesado, modificando solo el conjunto de preceptos penales que estima transgredidos, refiriéndose en este caso a los artículos 29 y 248 de la Carta, por desconocimiento del principio de inocencia.

En esta ocasión resulta mas desacertado el planteamiento, pues cuando de la violación directa se trata, la fundamentación debe orientarse a la demostración de puro derecho, relativa a la indebida aplicación o falta de aplicación de la norma sustantiva en discusión. "Pero ciertamente que no bastará afirmarlo argumentativamente, sino demostrar en el raciocinio lógico de la impugnación que ello fue realmente un error del sentenciador porque de la estructura lógica del fallo judicial se incluye de necesidad la utilización de un determinado texto legal, o la inaplicación de la norma sustancial que mal emplea el Juzgador, o su utilización en un sentido que no concuerda con el finalmente otorgado en la decisión concreta. Es decir, si la sentencia hiciera la consideración de la ausencia de dolo o de su prueba, resultaría evidente el error de afirmar la culpabilidad dolosa para el caso. A Contrario Sensu, como ocurre en el caso concreto, si la sentencia afirma a partir del acervo de pruebas la existencia del dolo (por inferencia valorativa que arranca de la prueba, como se vió) lo coherente en un plano de conformación lógica del fallo es aplicar las normas sustantivas sobre la culpabilidad a título del dolo".

Por otra parte, el principio de la presunción de inocencia no puede oponerse a una sentencia legal, toda vez que la persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente responsable. Como se ve, la presunción tiene una vigencia condicionada al evento de producirse una declaración judicial de responsabilidad penal.

También se muestra inconforme el actor con la orientación peligrosista de la ley 30 de 1986. Inconformidad que se encuentra por fuera del contexto del caso en estudio, porque la condena no se profirió motivada por los antecedentes judiciales del procesado, entre otras razones por carecer de ellos, y por el contrario, al no poseerlos se impuso la pena mínima.

El Tribunal en este caso no hizo cosa distinta que efectuar un juicio valorativo sobre la personalidad del capitán MORENO, para lo cual tuvo en cuenta su

madurez, cultura, experiencia laboral o social en el mundo que rodea su profesión de aviador civil, de donde concluyó que este no podía ser ajeno a los métodos o artificios utilizados por los narcotraficantes para transportar droga.

Por último, el principio de legalidad no resulta afectado, toda vez que al procesado se le aplicó la normatividad vigente para el momento de realización de la conducta, esto es, la Ley 30 de 1986.

Desacertado resulta el planteamiento al incluirse dentro de las normas vulneradas el artículo 246 de la Constitución Nacional, que se refiere a la jurisdicción indígena, que no guarda relación con el debate en casación, ni con el caso concreto.

El cargo y la demanda no están llamados a prosperar.

IV. Consideraciones de la Sala

1o. ***De la violación indirecta por error de hecho.***

De manera reiterada la Corte ha dicho que se incurre en error de hecho cuando las pruebas se ignoran o suponen (falso juicio de existencia), o cuando se desfigura su contenido objetivo (falso juicio de identidad).

En el caso en estudio desde la formulación del reproche se aprecia la confusión del libelista, pues afirma que el error de hecho del Tribunal se presentó "al valorar la prueba testimonial allegada al proceso, puesto que desconoció casi se pudiera decir que olímpicamente el sentido real de cada testimonio aportado al proceso", lo cual pone en evidencia que la verdadera inconformidad del recurrente no es porque se haya omitido la consideración de alguna prueba, sino porque no se les dió el crédito que a juicio del defensor correspondia darles.

Y el desarrollo del reparo presentado es consecuente con la inquietud del defensor sobre el valor dado a las pruebas, tema ajeno al falso juicio de existencia aducido, incurriendo además en el error de confundir la no apreciación de un medio de prueba, con el hecho de no reconocerle mérito probatorio, situaciones completamente diferentes y excluyentes.

Lo anterior se constata simplemente leyendo la sustentación del ataque, en donde transcribe apartes de las versiones que en el curso de la actuación dió el imputado en su indagatoria y posterior ampliación, así como las de Miguel

Eduardo Gallego Cepeda, Luis Alfonso Díaz Duarte, José Luis Gaviria Rueda, Olga Gómez de la Hoz y Rafael Ignacio Bustamante Urzola, para concluir que su defendido fue sorprendido en su buena fé por la señora INES DE GORDO quien le entregó un paquete que "supuestamente" contenía libros. A ello agrega que de las versiones de algunos compañeros de trabajo- Rafael María Boada Castro, José Domingo López Rodríguez, Alberto de Jesús Mercado y Pedro Julio Alba Rubio- se desprende que este tipo de favores -llevar encomiendas- se había constituído en una costumbre que tenía prácticamente fuerza de ley dentro del gremio de pilotos de aviación.

Como puede verse, lo que hace el censor es oponer su particular punto de vista sobre lo ocurrido a lo dicho por el sentenciador en el fallo, disparidad de criterios que no constituye error demandable en casación, y con lo cual no se demuestra que la providencia impugnada es ilegal, objetivo este al cual debe orientarse la sustentación del recurso para que pueda prosperar.

La sentencia de segunda instancia tiene carácter definitivo, en cuanto contra ella ya no procede ningún recurso ordinario, y además está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, de manera que el debate propio de las instancias ya ha terminado, y la única forma de atacarla es por la vía extraordinaria que ofrece la casación, en donde solo son demandables errores in iudicando o improcedendo, no simples pareceres o formas diferentes de valorar las pruebas, ya que en definitiva la apreciación que haga el fallador respetando las reglas de la sana crítica es la que prima.

Precisamente sobre el análisis probatorio del Tribunal respecto a la culpabilidad, debemos decir que la Sala lo encuentra acertado, y con razón no creyó en la supuesta ignorancia del piloto sobre el contenido del maletín.

Textualmente manifestó:

> "...es inaceptable que una persona madura, culta, experto en el trajín diario de los aeropuertos, conocida por todos los medios, de los artificios y mañas utilizados por las personas narcotraficantes para el transporte de la droga, haya creído de `buena fé` que el maletín que supuestamente recibió de Inés de Gordó, simplemente contenía 'Libros' y no haya tenido, aún por simple instinto de conservación o autodefensa, la precaución de revisar, así fuera superficialmente su contenido".

La coartada no podía ser admitida como excusa válida para excluir la responsabilidad del acusado, pues además de elemental, no pudo ser corroborada en ninguno de sus aspectos esencuiales, y el simple hecho de que al parecer existe una señora de nombre INES RODRIGUEZ DE GORDO, ninguna fuerza le quita la prueba de cargo existente.

En síntesis, el falso juicio de existencia aducido por el demandante se queda sin demostración alguna, y la fundamentación se limita a una crítica sobre la valoración probatoria, orientada a la pretensión de que la Corte escoja como mejor criterio el expuesto por el impugnante desechando el de los falladores, aspiración inatendible en casación.

2o. De la violación directa.

Como se dejó reseñado en el capítulo de la demanda, este cargo es por falta de aplicación de los artículos 29 y 248 de la Constitución Política, así como de los artículos 35 y 36 del Código Penal.

Según el libelista, estas normas "consagran el derecho que tiene el procesado a que en su conducta se demuestre que el acto delictuoso imputado lo ejecutó con "dolo, culpa o preterintención", presupuesto que en el presente proceso no se logró demostrar, y a pesar de ello, se le aplicó el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Para la correcta aplicación... era requisito indispensable reconocer a su favor el principio de inocencia protegido por la norma constitucional descrita en el artículo 29 de la Carta, en razón de que contra el Capitán EDUARDO MORENO BERMUDEZ no milita ningún antecedente judicial o de policía, luego tiene derecho a que en su favor se le aplique el artículo 246 (sic) de la Constitución Nacional".

Si el propósito del actor era cuestionar que no se probó el dolo, la culpa o la preterintención, resulta inexplicable que haya escogido como vía para demandar la violación directa, pues una regla elemental del recurso de casación es que cuando se acude a dicha vía no se cuestionan los hechos ni las pruebas, o dicho de otra manera, el cuerpo primero de la causal primera solo se debe invocar cuando se comparte la apreciación probatoria que ha realizado el fallador.

Igual error cometió al referirse a la presunción de inocencia, cuya norma a citar no es la de la Constitución sino el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, pues si bien su inaplicación es posible demandarla por violación

directa, para ello es necesario que en la sentencia se haya aceptado la existencia de la duda, y sin embargo la decisión sea condenatoria.

En el proceso que nos ocupa los falladores no tuvieron la más mínima duda sobre la responsabilidad del acusado a título de dolo, basta leer las sentencias para advertirlo, luego si se quería plantear el tema era forzoso hacerlo por violación indirecta, y no de la manera contradictoria como se hizo, por violación directa y cuestionando el sustento probatorio.Al margen de lo dicho, suficiente para desestimar el cargo, es oportuno precisar que el Tribunal no desconoce que el acriminado no tiene antecedentes penales, todo lo contrario, por esa razón y por su buena conducta anterior comparte la decisión del juez de aplicarle la pena mínima.

Tampoco hay una interpretación peligrosista de las normas empleadas, lo que ocurre es que ante la alegación de que el Capitán fue engañado, que ignoraba el contenido del paquete que según su dicho le entregaron, era de suma importancia analizar sus condiciones personales, su nivel cultural y su experiencia como piloto, para definir sobre la admisión o no de dicha alegación.

El cargo no está llamado a prosperar.

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.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE HECHO / TERMINO

Cuando el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal regula el trámite del recurso de hecho, permite deducir que al recibo de las copias se le corra traslado por tres días al procesado para que entre a sustentarlo con la expresión de los fundamentos que le sirven de soporte.
Vencido el plazo se resolverá de plano, pero si el recurso no fuere sustentado en tiempo, la opción única que queda es desecharlo.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 72

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de hecho que formula la doctora RUBIELA MARIN OROZCO VDA. DE RAYO, encaminado a que se admita la apelación propuesta en contra del auto del Tribunal Superior de Buga de febrero 24 de 1995, mediante el cual se proveían medidas encaminadas a reanudar la audiencia pública.

Antecedentes:

1. Con auto de sustanciación de febrero 3 de 1995, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga acogió los informes recibidos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y de los médicos de la Clínica Nuestra Señora de la Paz de Santafé de Bogotá, según los cuales la doctora RUBIELA MARIN OROZCO VDA. DE RAYO había concluído su tratamiento en ese centro de

salud desde el 14 de diciembre de 1995, asistiendo a partir de entonces a una clínica diurna para actividades terapéuticas. Como consecuencia se ordenó que la suspendida diligencia de audiencia continuara el 28 de febrero de 1995 a partir de las nueve y media de la mañana, haciéndole saber a la procesada que sus gastos de transporte a la ciudad de Buga correrían por su cuenta.

La acusada interpuso el recurso de reposición criticándole al auto su falta de motivación, y para que se aclarara que continuaría su tratamiento diurno. Con relación a los gastos de su "cuenta y riesgo", que éstos serían los de su traslado a la ciudad de Buga, excluyendo los de sus guardianes.

Por último invoca el principio de gratuidad que rige el proceso penal, su situación económica y el derecho de contar con el tiempo suficiente para preparación de su defensa.

2. Aceptó el Tribunal mediante proveído del 24 de febrero la revocatoría de la decisión, para que previamente se estableciera si:

> "1. Es factible que la paciente RUBIELA MARIN OROZCO VDA. DE RAYO continúe en el Instituto de los Seguros Sociales de esta ciudad el tratamiento médico que se le está dando; 2. Si es posible que ella pueda asistir a la audiencia pública, sin que por ello se afecte su salud física o mental o el tratamiento que recibe; 3. En caso de ser negativos los informes anteriores, avise la Clínica a este Tribunal, cuando se haya terminado el tratamiento a que viene sometida".

Recibidos los informes se entraría a decidir la nueva fecha para continuación de la audiencia, y respecto de los costos de traslado a esa ciudad, se aclaró que solo correrían de su cargo los personales.

3. Con nuevo escrito interpuso la acusada en contra de la última determinación el recurso de reposición y en subsidio el de alzada, considerando que los tres puntos constituían hechos nuevos. Para oponerse a la solicitud de informes a la clínica afirma que se le invade su derecho a la intimidad al indagar los pormenores de su tratamiento, y se violenta el principio procesal de interrupción del proceso por la enfermedad de uno de los sujetos procesales (artículo 168.1 del Código de Procedimiento Civil), lo que vendría en desconocimiento del derecho constitucional a la protección de los disminuídos físicos, de la buena fé y de la presunción de inocencia.

Otros motivos de inconformidad se relacionan con el salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala del Tribunal y una determinación de la Corte de febrero 21 de 1995, solicitando que el proveído se revoque en relación con los informes de la Clínica de Nuestra Señora de la Paz para que la institución se limite a dar la fecha en que conluya el tratamiento al cual viene siendo sometida.

4. Con auto de abril 4 de 1995 se inacogieron las pretensiones de la impugnante, pues de conformidad con el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal la providencia que decide la reposición no es susceptible de recurso alguno, salvo cuando contiene puntos nuevos, caso diferente del presente asunto según lo apoyan apartes de doctrina y jurisprudencia en materia civil.

De otra parte considera que la solicitud de informes a la Clínica para saber si el tratamiento puede continuar en los Seguros Sociales de Buga durante el tiempo de la audiencia pública, apenas busca impedir la interrupción de la terapia y preservar la salud mental de la acusada, lo que lejos está de constituírse en violación de los derechos que cita el escrito.

El 26 de abril la procesada pide que se le aclarare si en la última determinación se hace mención de pruebas o puntos no decididos previamente, porque si la solicitud de informes a la Clínica no equivale a una prueba, carece de razón, hecho que considera novedoso y generante del deber de tramitar y decidir la reposición.

También requiere pronunciamiento sobre el recurso de alzada que de manera subsidiaria y oportuna formulara, y para el caso de no acoger la impetra el recurso de hecho.

Con auto de mayo 4 el Tribunal de Buga dispuso compulsar las copias con destino a esta Corporación, comunicándole a la interesada.

5. Recibido el asunto en la Corte e impartido por la Secretaría el trámite que corresponde, el término de fijación en lista concluyó el 12 del corriente mes con el silencio de la impugnante, lo que así se hizo conocer en el informe de ingreso a Despacho que lleva como fecha el día 18, el mismo de recibo de un tardío escrito de la procesada.

Consideraciones de la Corte:

Cuando el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal regula el trámite del recurso de hecho, permite deducir que al recibo de las copias se le corra traslado por tres días al recurrente para que entre a sustentarlo con la expresión de los fundamentos que le sirven de soporte.

Vencido el plazo se resolverá de plano, pero si el recurso no fuere sustentado en tiempo, la opción única que queda es desecharlo.

En el evento que se examina es claro que recibidas las copias en la Secretaría de la Sala, el asunto quedó a disposición de la impugnante los días 10, 11 y 12 del corriente mes de mayo, lapso que se agotó con su silencio.

El expediente ingresó a Despacho para resolver el día 18, y al siguiente se le agregó un escrito en donde la acusada intenta tardiamente sustentar los motivos de su inconformidad, pues la extemporaneidad de su agregamiento es ya notoria al cuarto día siguiente al vencimiento del plazo concedido.

No se solicitó para este caso prórroga del término, ni se allegó en el indicado por la ley la alegación sustentatoria impuesta como exigencia *sine qua non* de su aceptación, así que del incumplimiento de esa carga procesal por parte de la obligada solo asoma la desestimación de su recurso, sentido en el cual ha de resolverse.

En mérito de lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, DESECHA el recurso de hecho interpuesto por la acusada RUBIELA MARIN OROZCO VDA. DE RAYO para el otorgamiento de la alzada intentada en contra del auto de febrero 24 de 1995 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Cópiese, Notifíquese, Devuélvase y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SEGUNDA INSTANCIA

La segunda instancia es una etapa procesal que permite al juez de segundo grado revisar el fallo del a quo y, esa actividad, puede corregir los yerros de las anteriores etapas procesales y realizar la respectiva valoración probatoria en la cual puede apartarse total o parcialmente del fallo que es materia del recurso de alzada.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No. 76 (6-06-95)

Vistos:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en favor de JORGE ALFONSO CHARRIS SANJUANELO.

Hechos y actuación procesal

Hacen referencia al contrato de promesa de compraventa que se celebró entre los señores JORGE ALFONSO CHARRIS SANJUANELO y los hermanos Carlos y Gilberto Huertas, el día cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y seis sobre el inmueble ubicado en la Diagonal 74 Nro. 69A-66, sobre el cual pesaba una hipoteca razón por la cual se consignó, en una de sus cláusulas, que el promitente vendedor se comprometía a pagar y entregar el

bien saneado al momento de la firma de la escritura fijándose para ello el día cuatro (4) de mayo de ese mismo año.

Como precio de la venta se pactó la suma de dos millones novecientos mil pesos ($2.900.000.oo) de los cuales los promitentes compradores entregaron un millón novecientos mil pesos (1.900.000.oo) antes de la fecha en que se les hizo entrega de la casa de habitación, esto es, el diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y siete.

La firma de la escritura se aplazó de común acuerdo entre las partes, en una primera oportunidad, para el día catorce (14) de noviembre de ese mismo año, en razón a que el proceso hipotecario que cursaba en el Juzgado Catorce Civil del Circuito se encontraba en apelación en el Tribunal Superior de Bogotá; luego se aplazó por el término de treinta días más o antes, si dicha Corporación decidía el recurso de apelación.

En tanto que ocurría lo anterior, el acusado JORGE CHARRIS SANJUANELO inició un proceso ordinario de mayor cuantía por resolución de contrato contra los hermanos Huertas, quienes a su vez propusieron demanda de reconvención lo cual se tramitó ante el Juzgado Dieciseis Civil del Circuito.

A su turno, el Juzgado catorce (14) de la misma especialidad, donde cursaba el crédito hipotecario, dispuso la cancelación del gravamen que pesaba sobre dicho inmueble así como su desembargo, para lo cual se libraron los respectivos oficios al Registrador de Instrumentos Públicos y a la secuestre, al tiempo que ordenó el archivo del proceso, con motivo del pago que CHARRIS SANJUANELO hizo de la obligación, previa liquidación del crédito respectivo.

En razón a que en las mencionadas prórrogas y en el contrato celebrado no se dejó el inmueble (embargo y secuestro) instauraron la respectiva denuncia los hermanos Huertas adjuntando, no obstante, el certificado de libertad y tradición inmobiliaria en el que aparece inscripción del embargo con fecha veinticinco (25) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), junto con la hipoteca provenientes del referido crédito.

El Juzgado Veinte de Instrucción Criminal inició la correspondiente investigación el diez de marzo de mil novecientos ochenta y siete, aceptó la constitución de parte civil el día trece siguiente y escuchó en indagatoria a JORGE ALFONSO CHARRIS SANJUANELO contra quien profirió medida de aseguramiento de detención preventiva el tres de abril de ese mismo año.

Practicadas varias pruebas, se declaró cerrada la investigación el veinte de octubre de mil novecientos ochenta y siete y el mérito del sumario se calificó el veinte de diciembre siguiente con resolución acusatoria en contra de JORGE ALFONSO CHARRIS SANJUANELO por el delito de estafa, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de mayo seis de mil novecientos ochenta y ocho.

Agotada la etapa del juicio y celebrada la diligencia de audiencia pública, se dictó sentencia de primer grado en la que se condenó a JORGE ALFONSO CHARRIS SANJUANELO a la pena principal de dieciseis (16) meses de prisión, al pago de multa, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión del ejercicio de la profesión de abogado por un lapso de dos años.

Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá la revocó en todas sus partes en sentencia del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y tres.

La demanda de casación

El representante de la parte civil, al amparo de la causal primera acusa la sentencia de segunda instancia por ser "violatoria de una norma de derecho sustancial" por aplicación indebida de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 36, 41, 42, 46, 103, 104, 105 y 356 del Código Penal; 247 del Código de Procedimiento Penal; 762, 1521, 2273 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887.

Con base en el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Superior de Bogotá, cuando confirmó la resolución acusatoria proferida en contra de CHARRIS SANJUANELO por el Juzgado veinte de Instrucción Criminal, manifiesta que se hallaba demostrada la tipicidad del delito de estafa y la prueba de responsabilidad y que en la etapa del juicio sólo le correspondía probar al procesado alguna causal que lo eximiera de responsabilidad, "como estado de demencia, insuperable coacción ajena, etc.".

Agrega que, como en la etapa del juicio ni el Estado ni el procesado allegaron tales pruebas, no puede ahora el Tribunal decir que el delito de estafa no se tipifica "por que el cambio de los magistrados no es suficiente razón para cambiar la posición sentada en auto ejecutoriado que entre otras cosas tiene pleno respaldo en el proceso".

Señala a continuación, como hechos demostrados en el proceso, que el bien inmueble objeto de compraventa se hallaba embargado y secuestrado por el Juzgado Catorce Civil del Circuito, que dentro de ese proceso se había hecho parte el abogado JORGE ALFONSO CHARRIS SANJUANELO; que sabía quien era la secuestre a quien le solicitó las llaves "engañándola, diciendo que haría unos arreglos al inmueble".

Dentro de tal enumeración, comenta que CHARRIS SANJUANELO no tenía la posesión material del bien en los términos de los artículos 762 y 768 del Código Civil, que había sido privado de ella cuando la casa objeto del contrato fue embargada y secuestrada.

En tales condiciones el inmueble se encontraba fuera del comercio y así cualquiera negociación era ilegal y no obstante, a sabiendas de eso, "por ser además abogado, lo que agrava el hecho, CHARRIS SANJUANELO prometió el bien y la posesión en compraventa, hizo entrega aparente de la misma y recibió la suma de $1.900.000.oo pesos. En este momento se consumó el delito de estafa".

Según el libelista, la hipoteca es un gravamen que no pone los bienes fuera del comercio pero el embargo y el secuestro sí y el acusado dijo que el bien estaba hipotecado, pero jamás que estaba embargado.

Agrega que engañó a sus víctimas ganándose la confianza de ellos, mediante actos idóneos puso avisos de venta, mostró el inmueble, por su calidad de abogado infundía confianza en sus amigos y como tratando de "ocultar los efectos de su dolo" se hizo nombrar padrino de una de sus víctimas.

El dinero que recibió de manos de los Huertas no lo destinó a cubrir la deuda que gravaba el bien, con lo que habría demostrado algo de buena fé, sino que se la apropió y dejó el bien embargado.

El daño, a juicio del libelista, no está solamente en la suma de dinero recibida, sino en que "si los promitentes compradores hubieran comprado un bien saneado en que el vendedor hubiera prometido de buena fé la compraventa, habrían entrado en posesión del bien, ganando lo que por valorización del bien y desvalorización de la moneda hubiera crecido esa suma".

De lo anterior deduce el dolo penal.

La tipicidad del delito de estafa se encuentra demostrada conforme a los artículos 6 y 356 del Código Penal "La inducción en error. La actividad engañosa

desplegada. El perjuicio causado a los denunciantes. El beneficio obtenido por CHARRIS SANJUANELO y la persistencia en causar más grave daño".

Otro de los argumentos que propone el libelista, es el relativo a que en la etapa del juicio no se presentaron pruebas que desvirtuaran aquellas que llevaron a declarar la tipicidad del hecho delictivo y que permaneció incólume.

Al revocarse la sentencia del a quo, se aplicaron indebidamente los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 36, 41, 103, 104 y 356 del Código Penal, al tiempo que se aplicó indebidamente el artículo 3o. de la misma obra; consideró también conculcados los artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Entre los diversos argumentos que presenta el libelista, expresa que los medios engañosos deben apreciarse de acuerdo con la capacidad de la víctima y no con la capacidad media de las gentes y que debe existir nexo causal entre el artificio o engaño y el error, el que puede prolongarse hasta la obtención de un provecho ilícito.

Finalmente manifiesta que el tribunal incurrió en "error de derecho" al despojar de la calidad de delito, una conducta que encaja en la norma que consagra la estafa.

Alegato del no recurrente

El defensor del procesado solicita se declare desierto el recurso de casación o en su defecto, como petición subsidiaria no se case la sentencia materia de impugnación.

Según el memorialista, el libelo no cumple con los requisitos formales de que trata el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, al tiempo que carece absolutamente de técnica comoquiera que los relativos a la causal primera de casación, violación directa por aplicación indebida, fueron desconocidos por el demandante.

En cuanto a la petición subsidiaria manifiesta que si el Estado o el procesado no allegaron pruebas que eximieran a éste de responsabilidad, lo cual demuestra luego que no es cierto, es afirmación que carece de asidero legal por que precisamente en la sentencia de primera y segunda instancia es donde deben corregirse los errores ocurridos en etapas precedentes, o de lo contrario no tendrían razón de ser.

Agrega que el casacionista confunde el hecho de prometer en venta con el de vender, pues además el acusado no había perdido la posesión del inmueble por el hecho de estar embargado y secuestrado, comoquiera que el dominio sigue en cabeza de quien está inscrito como titular.

Finaliza manifestando que los hechos que relaciona el censor como probados no corresponden a lo realmente probado por el Tribunal.

Concepto de la Procuraduría

En opinión del Ministerio Público, la demanda que es motivo de estudio contiene errores de orden técnico tanto en su presentación como en el desarrollo del cargo.

Comienza por manifestar que el censor omite precisar la vía en que se incurrió en la violación de la ley, si es por la directa o la indirecta, pues al referirse a una "indebida aplicación" de las normas es posible uno cualquiera de los motivos enunciados.

Resalta como otro yerro de técnica, el invocar una serie de normas del Código Penal, como indebidamente aplicadas, entre las que se encuentra la que tipifica el delito de estafa y con ello da a entender que el fallador erró en la selección de la norma y las demás que enuncia y por otro lado intenta, con sus argumentos, convencer a la Corte que el delito cometido por CHARRIS SANJUANELO es el de estaf.a

De otro lado, para la Procuraduría, el Tribunal al momento de decidir el recurso de apelación no está atado a lo decidido por el inferior, sino que debe corregir los yerros que, en instancias anteriores, se susciten, para lo cual debe realizar un análisis de las pruebas conforme al criterio de la sana crítica, según lo establece la ley procesal penal.

Agrega que el libelista no abordó los argumentos del Tribunal que partió de la base de que, no obstante la medida cautelar que pesaba sobre el inmueble, ello no configura un hecho relevante en materia penal puesto que es viable la promesa de venta de bienes embargados y secuestrados.

En definitiva, es difícil precisar la pretensión del recurrente quien solo demuestra una confusión en sus argumentos; y al aludir al 'error de derecho', ignora que quedó reducido a los reproches por falso juicio de legalidad al

desaparecer de nuestro ordenamiento la tarifa probatoria. Que así los reproches por falso juicio de convicción resultan inaceptables.

Finaliza la Procuraduría diciendo que el censor no menciona todos los elementos probatorios que el Tribunal tuvo en cuenta, resaltando varios de ellos, y así no desarrolla el cargo en su totalidad ontológica y en los efectos jurídicos que le eran propios, lo que impide la prosperidad del cargo.

De otro lado, encuentra razón en la manifestación del no recurrente acerca de que efectivamente en la etapa del juicio sí se allegaron pruebas, como el dictamen de daños y perjuicios, copias del proceso que se adelantaba en el Juzgado Dieciseis Civil del Circuito y la constancia sobre la orden de cancelación de la hipoteca, pero con la aclaración de que ellas no fueron la base para adoptar el Tribunal la decisión absolutoria.

Consideraciones de la Sala

Como bien lo expresa la Delegada, la censura propuesta adolece de numerosas inconsistencias técnicas, comenzando por la imprecisión misma del cargo que de entrada inhibe a la Corte dar una respuesta adecuada, pues de cualquier forma queda sin saberse si a pesar de la "indebida aplicación" de algunas normas sustanciales y procesales, que pregona, ésta se produjo por la vía directa o indirecta.

Esta indescifrable postura se concreta cuando el casacionista dice que el Tribunal "formuló acusación por que encontró tipificado el delito de Estafa. Pero en la etapa del juicio ni el Estado ni el procesado allegaron pruebas que lo eximieran de responsabilidad", pues de ser así, preciso es entender que hubo error en la apreciación de las pruebas y por tanto la indirecta apreciación de las pruebas y por tanto la indirecta sería la vía a desarrollar, en uno cualquiera de sus sentidos.

No obstante, y aceptando que el reproche se dirige por dicho ámbito, el escrito guarda silencio sobre el sentido del quebranto el que tampoco se puede colegir, por cuanto el censor se limitó a reprocharle al Tribunal que "la resolución acusatoria tiene pleno respaldo probatorio" y que "el cambio de magistrados no es suficiente razón para cambiar la posición sentada en auto ejecutoriado".

Mas adelante, y en evidente contraposición con el enunciado, intenta desarrollar la censura por la vía directa pues, reconociendo el demandante que

no se trata de un alegato de conclusión hace un listado de lo que, según él, se encuentra demostrado en el proceso, lo que tampoco logra culminar con éxito porque termina presentando su posición personal sobre los hechos y las pruebas.

En efecto, para el libelista, contrario a lo que consideró el Tribunal, CHARRIS SANJUANELO no tenía la posesión material del bien conforme al artículo 762 del Código Civil por que debe llenar las exigencias del 768 ibídem, "esto es la conciencia de haberla adquirido por los medios lícitos", además que cualquier negociación con esa posesión era ilegal por que estaba fuera del comercio según lo establecido en el artículo 1521 del Código Civil.

Aparte de ello, considera que el delito de estafa se consumó cuando el procesado absuelto hizo entrega de la posesión y recibió la suma de $1.900.000.oo pesos, ocultando que el bien estaba embargado y secuestrado; y aún cuando la hipoteca no pone los bienes fuera del comercio, el embargo y el secuestro sí.

El ataque por la vía directa contiene en sí misma aspectos que desconoce el casacionista en su integridad, habida cuenta que su invocación implica que el censor debe aceptar, sin reparo alguno, los hechos tal como los evaluó y valoró el juzgador.

Por parte alguna el demandante precisa la clase de error cometido por el sentenciador, esto es, si el fallo absolutorio proferido en favor de CHARRIS SANJUANELO tuvo origen en la violación de la ley sustancial en forma directa o indirecta y en ese sentido tampoco se puede determinar el alcance y la naturaleza de la falencia que pretende adjudicar al fallo atacado. Ante ello, la Sala se encuentra inhibida para llenar los vacíos de la demanda y corregir sus imperfecciones, pues los principios de limitación y neutralidad que rigen el recurso así lo imponen.

Sin embargo, continuando unos renglones mas adelante con la lectura de la demanda, es clara la pretensión del libelista de querer imponer su personal criterio al del fallador, so pretexto de que se incurrió en error demandable en casación. No otra podría ser la conclusión cuando expresa que el procesado absuelto realizó una escena para engañar a sus víctimas, ganándose la confianza de ellos, colocando avisos de venta del inmueble y luego haciéndose nombrar padrino de uno de los compradores para "ocultar los efectos del dolo".

Así mismo, creyendo cumplir con lo propio en ésta sede extraordinaria, reprocha que el promitente vendedor no destinó los dineros que recibió de la

negociación a cubrir la deuda que gravaba el bien, que luego propone un proceso ordinario de nulidad "para de todas maneras no cumplir e inferir grave daño a los promitentes compradores".

Pero si se aceptara, por encima de las falencias resaltadas, que la conducta desplegada por CHARRIS SANJUANELO se adecua al tipo que contempla el delito de estafa porque él mismo ocultó el hecho de que el bien inmueble prometido en venta se encontraba embargado y secuestrado por el Juzgado Catorce Civil del Circuito a consecuencia del proceso hipotecario que allí cursaba, ha de decirse entonces que con ésta postura se involucra en la apreciación de las pruebas efectuadas por el fallador donde las normas de procedimiento dejan librado su mérito a la sana crítica.

Es que, de la sola lectura del fallo que ataca el demandante, es fácil establecer que allí se descarta cualquier posibilidad de que CHARRIS SANJUANELO haya inducido en engaño a los señores Huertas y por ende se configure el delito de Estafa, precisamente porque el análisis que allí se efectuó determinó que el absuelto no había ocultado en ningún momento la medida de embargo y secuestro; para ello consideró que los hermanos Huertas tuvieron, desde un principio, abril de 1986, acceso al folio de matrícula inmobiliaria, que las prórrogas que se efectuaron para la firma de la escritura las hicieron en forma voluntaria, lo que encuentra respaldo en el hecho que la denuncia sólo la formularon hasta el cuatro (4) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

No pocos son los aspectos que dejó por fuera el libelista, quien en uno de sus inconformidades destaca la relativa a que el Señor CHARRIS SANJUANELO no haya destinado la suma que recibió por parte de los compradores a cubrir el gravamen que pesaba el bien objeto de la promesa de compraventa, pues aún cuando este aspecto no es relevante para que se tipifique el delito de estafa, el fallador dió credibilidad a las explicaciones del absuelto consistentes en que, extraprocesalmente había solicitado la liquidación del crédito, el que no canceló por la exorbitante suma que le pedían.

De modo que éste y los demás factores tenidos en cuenta por el fallador, debían ser desvirtuados por el actor con apego a la técnica, según lo que pretendiera fuese la remoción del fallo por la vía directa o por la indirecta, sin compeler a la Corte a que sea ella quien dirima el sentido de la causal y la trascendencia de los yerros.

Cabe destacar que la segunda instancia es una etapa procesal que permite al juez de segundo grado revisar el fallo del a quo y, en esa actividad, puede

corregir los yerros de las anteriores etapas procesales y realizar la respectiva valoración probatoria en la cual puede apartarse total o parcialmente del fallo que es materia del recurso de alzada, como ocurrió en el caso que nos ocupa.

Finalmente, no está por demás reiterar que incurre el censor en desacierto cuando invoca como indebidamente aplicadas una serie de normas sustanciales y procesales, y entre las primeras precisamente la que tipifica el delito de estafa, con lo cual da a entender que otra es la norma llamada a aplicar y que no solo no mencionó sino que contradice todos los argumentos esgrimidos, tendientes a que se condene a CHARRIS SANJUANELO.

El cargo, en estas condiciones no puede prosperar.

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

Resuelve:

NO CASAR el falllo motivo de la presente impugnación.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL.

Ha dicho reiteradamente esta Sala que en el trámite del recurso de casación, solo puede atender peticiones de libertad provisional por la causal antes mencionada (numeral 2o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993) o por pena cumplida, más no tiene competencia para ordenar la liberación definitiva del procesado, aún en el segundo caso, pues aquella se haya radicada en el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al tenor del artículo 510 del Código de Procedimiento Penal.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No.077

Vistos:

El procesado GUILLERMO LEON RAMIREZ DUSSAN, quien se halla gozando del beneficio de libertad provisional otorgada por esta Sala el 22 de noviembre de 1994, solicita se le conceda su libertad en forma definitiva, por considerar que el tiempo transcurrido adicionado al efectivamente cumplido en reclusión, resulta superior a la totalidad de la pena que se le impuso en los fallos de instancia.

Dice además que "desde hace más de un mes considero estoy detenido ilegalmente, por cuanto no he recibido notificación del cese de mi pena. Así mismo mi nombre sigue registrado en el DAS, en la Resgistraduría Nacional, y en las demás entidades a las que fue notificada mi condena".

Consideraciones de la Corte:

El peticionario fue condenado por el Juzgado 47 Penal del Circuito de

Santafé de Bogotá, a la pena privativa de la libertad de 25 meses de prisión, como autor responsable del delito de concusión y le fue negado el subrogado de la condena de ejecución condicional, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior en fallo de junio 15 del año en curso, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor.

RAMIREZ DUSSAN estuvo privado de la libertad desde el 22 de julio de 1993, es decir, descontó efectivamente de la pena impuesta dieciseis (16) meses. De otra parte, por estudio acreditó 552 horas que le dieron derecho a una redención de la pena de un (1) mes y dieciseis (16) días (folios 40 y 80 del cuaderno del Tribunal); y por trabajo 442 horas que le representaron una rebaja de veintisiete (27) días (folio 44 y 79 del cuaderno del Tribunal); factores que sumados arrojaron para el 22 de noviembre de 1994 un total de dieciocho (18) meses y trece (13) días, superiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta en las instancias que equivalen a dieciseis (16) meses y veinte (20) días, lo que permitió a la Sala atender su solicitud de libertad provisional conforme a lo previsto en el numeral 2o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993.

Ha dicho reiteradamente esta Sala que en el trámite del recurso de casación, solo puede atender peticiones de libertad provisional por la causal antes mencionada o por pena cumplida, más no tiene competencia para ordenar la liberación definitiva del procesado, aún en el segundo caso, pues aquella se halla radicada en el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al tenor del artículo 510 del Código de Procedimiento Penal.

El beneficio que se le otorgó a GUILLERMO LEON RAMIREZ DUSSAN tiene el carácter de provisional hasta tanto no se ponga fin al recurso extraordinario, razón por la cual debe cumplir con las obligaciones que se le impusieron en la diligencia suscrita por él ante el Magistrado sustanciado el 24 de noviembre de 1994, pues de lo contrario daría lugar a la revocatoria del beneficio y, en consecuencia, al cumplimiento total de la sanción impuesta en las instancias.

Por lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, SE ABSTIENE de considerar la petición elevada por el procesado GUILLERMO LEON RAMIREZ DUSSAN.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA

El proceso penal admite libertad probatoria inclusive en los aspectos relacionados con el estado civil de las personas.

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

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

Aprobado acta No. 78 (08-06.95)

Vistos

Avisada la Sala de la muerte del procesado RODOLFO CARDENAS VARGAS, procede a decidir lo que en derecho corresponda.

Considerandos

1. Con fecha mayo 4 del año en curso, el Asesor Jurídico de la Cárcel Distrital de Varones, reportó el fallecimiento del allí interno RODOLFO CARDENAS VARGAS, ocurrido el día 8 de abril próximo anterior, información que viene de ser confirmada por parte de la Unidad de reacción inmediata de la Dirección Seccional de Fiscalías, que remitió copia auténtica del acta de levantamiento, en la que consta que Cárdenas Vargas, con cédula de ciudadanía Nro. 79.114.465 de Fontibón, fué agredido con arma de corte y penetración en hechos ocurridos en el interior de la Cárcel Distrital de Varones en la fecha referida en el informe inicialmente citado, recibiendo lesiones que determinaron su muerte en la misma fecha y lugar del levantamiento.

Con los documentos allegados, se acredita que la persona cuya muerte se avisa es la misma vinculada, procesada y condenada dentro de ésta causa, situación que redunda en cuanto a él respecta en la extinción de la acción

– art. 76 C.P.,– cuya declaración procede al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

Cumple por último advertir que no constituye impedimento para proveer en la forma anunciada, el hecho de que no se cuente en autos con el registro civil de defunción, pues según lo ha reiterado la Sala, el proceso penal admite libertad probatoria inclusive en los aspectos relacionados con el estado civil de las personas.

2. Como el recurso extraordinario de casación dentro de este asunto fué interpuesto solamente por el procesado fallecido, con la ejecutoria de esta providencia se impone la devolución del expendiente al Tribunal de procedencia.

Así se proveerá.

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

Resuelve:

Primero: Declarar la extinción de la acción penal por muerte del procesado RODOLFO CARDENA VARGAS.

Segundo: Disponer en consecuencia el cese de todo procedimiento respecto del procesado RODOLFO CARDENAS VARGAS.

Tercero: En firme esta decisión vuelva el expediente al Tribunal de orígen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL COLISION DE COMPETENCIA

La libertad provisional solo puede tener operancia mientras no se haya resuelto de manera definitiva la situación jurídica del procesado, que es precisamente lo que se hace mediante el fallo que pone fin al proceso.

2.- Conviene clarificar que a pesar de lo dispuesto en el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, si es factible que se presenten conflictos de competencia aún después de culminada la etapa de juzgamiento, pues puede ocurrir que dos o más funcionarios se disputen la competencia para conocer de todos aquellos aspectos relacionados con la ejecución de una determinada pena, o se nieguen a conocer de ellos.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No. 73 (31-05-95)

Vistos

De plano procede la Sala a dirimir el aparente conflicto de competencias suscitado entre un Juzgado Regional y el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, ambos de Santafé de Bogotá.

Antecedentes

Mediante sentencia anticipada de 26 de octubre de 1994, el Juzgado Regional de conocimiento condenó a ORLANDO BOLAÑOS TORRES a la pena principal de 88 meses siete días de prisión y multa de 3.3 salarios mínimos mensuales, como coautor penalmente responsable de los delitos de rebelión y terrorismo, en concurso.

Contra dicho fallo la defensora interpuso recurso de apelación, pero mientras se surtía éste impetró la libertad provisional de su prohijado argumentando que éste ya había cumplido las 2/3 partes de la pena.

Días después la defensora desistió de la apelación quedando, entonces, ejecutoriada la sentencia sin que se hubiere decidido la reposición pendiente respecto de la libertad provisional.

No obstante, el Juez Regional dispuso remitir copia íntegra y autenticada del proceso a los Jueces de Ejecución de Penas de Santafé de Bogotá, por ser los competentes para conocer de los asuntos relacionados con la ejecución de la pena impuesta a BOLAÑOS TORRES.

El caso llegó a manos del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas, despacho que devolvió la actuación al Juez Regional para que previamente resolviera el recurso de reposición que se encontraba pendiente de definición.

El Juzgado Regional se pronunció explicando que no había resuelto dicha reposición debido a que antes de surtirse el trámite propio de ese recurso se ejecutorió la sentencia y en tales circunstancias ya no era procedente reconsiderar lo decidido en torno a la libertad provisional, amén que por virtud de lo dispuesto en el artículo 75 del C. de P.P. había perdido la competencia para resolver cualquier asunto relacionado con la ejecución de la pena.

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas insistió nuevamente en la necesidad de resolver la reposición pendiente para evitar la nulidad de la actuación posterior por violación del debido proceso, añadiendo que el competente para hacerlo es el mismo juzgado del conocimiento en virtud de que se trata de terminar una actuación iniciada por él. Finalmente para el evento de que el Juzgado Regional no aceptase sus planteamientos le propuso desde ya colisión de competencia negativa.

El Juzgado Regional se mantuvo en su posición inicial argumentando que no se requiere de mayor esfuerzo mental para comprender que la libertad provisional sólo es procedente hasta antes de que cobre ejecutoria la sentencia que ponga fin al proceso, y que a partir de ese momento procesal la liberación, jurídicamente entendida, es viable únicamente a través de las instituciones de la libertad condicional y la suspensión de la pena o, en últimas, por pena cumplida. Desestima la configuración de una nulidad por la falta de decisión de dicho recurso en la medida en que ese no es un acto condición de la etapa

subsiguiente. Agrega que habiendo terminado el proceso constituiría un despropósito que su despacho resultara concediendo o negando la libertad provisional del penado, o decidiendo sobre la libertad condicional del mismo con flagrante desconocimiento del principio del Juez Natural, ya que conforme con lo establecido en el artículo 75 del C. de P.P. el competente para resolver sobre los subrogados penales es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Concluye afirmando que en este asunto no existe propiamente un conflicto de competencias, toda vez que, por una parte, ya culminó el juzgamiento y, de otro lado, el Juez Segundo de Ejecución de Penas ha admitido ser el competente para vigilar la ejecución de la pena impuesta al sentenciado ORLANDO BOLAÑOS TORRES. Consecuentemente, dispuso devolver otra vez la actuación al mencionado juzgado segundo.

En vista de lo decidido por el Juez Regional, el Juzgado Segundo de Ejecución de penas, luego de hacer un resumen de la actuación, ordenó enviar las diligencias a la Corte para que se dirimiera el supuesto conflicto de competencias, de conformidad con lo normado en el artículo 68-5 del C. de P.P.

Llegado el expediente a esta Corporación, se recibió una solicitud de libertad condicional en favor del sentenciado ORLANDO BOLAÑOS TORRES, y una vez dispuesta la remisión de ella al Juez llamado a resolverla, han regresado las diligencias para decidir sobre la colisión pendiente, lo que se hará en esta oportunidad previas las siguientes:

Consideraciones de la Corte

Plena razón le asiste al señor Juez Regional a-quo cuando afirma que en este caso no existe realmente conflicto de competencias, pues tanto ese despacho como el Segundo de Ejecución de Penas coinciden en admitir que este último quien debe conocer de todos aquellos aspectos relacionados con la ejecución de la pena impuesta a ORLANDO BOLAÑOS TORRES.

Lo que ocurre es que dicho Juez de Ejecución de Penas, haciendo gala de enorme terquedad y carencia de lógica jurídica, ha pretendido por la vía de una supuesta colisión de competencias, obligar al Juez del conocimiento a resolver aquél recurso de reposición que ya no tiene razón de ser por versar sobre un aspecto incidental que perdió toda viabilidad jurídica después de haber quedado en firme la sentencia, pues tal como su nombre lo indica, la libertad

definitiva la situación jurídica del procesado, que es precisamente lo que se hace mediante el fallo que pone fin al proceso.

No obstante lo acertada que para la Sala resulta la argumentación expuesta por el Juez Regional a-quo, conviene clarificar que a pesar de lo dispuesto en el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, si es factible que se presenten conflictos de competencia aún después de culminada la etapa de juzgamiento, pues puede ocurrir que dos o más funcionarios se disputen la competencia para reconocer de todos aquellos aspectos relacionados con la ejecución de una determinada pena, o se nieguen a conocer de ellos, como en efecto ha venido sucediendo en los últimos tiempos a raíz de la progresiva implantación de los Juzgados de Ejecución de Penas en todos los circuitos judiciales del país.

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

Resuelve:

DECLARAR que no existe en rigor jurídico colisión de competencias que deba dirimirse.

En firme esta decisión, comuníquese al Juez Regional *a-quo* y devuélvase la actuación al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá para que continué vigilando la ejecución de la pena impuesta al sentenciado ORLANDO BOLAÑOS TORRES.

Notifíquese y Cúmplase

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / EMBRIAGUEZ

Es verdad que el licor, al igual que cualquiera otra sustancia tóxica, causa diversos efectos en quienes lo ingierem, efectos que dependen no sólo de la naturaleza y cantidad de la sustancia ingerida, sino también de la constitución sico-física del sujeto. Esto explica por qué hay personas que con pequeñas dosis de alcohol se embriagan, mientras que otras para llegar a tal estado requieren de cantidades mucho mayores.

También es cierto que la embriaguez se ha previsto como circunstancia específica de agravación de los delitos de homicidio (art. 330.1) y lesiones personales (art. 341), debido a los afectos nocivos que esta produce en la actividad sicomotora del ebrio, los cuales incrementan la posibilidad de causación del resultado dañoso. La claridad a este respecto de las dos normas citadas, permite establecer que la agravante no consiste en la embriaguez abstractamente considerada, sino en la circunstancia de que al momento de cometer el hecho, el autor del mismo se encuentre "bajo el influjo de debida embriaguez o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica". Obvio es que si la embriaguez no tuvo ninguna relación causal con el homicidio o las lesiones personales, ella no puede tenerse en cuenta para nada, tal como sucedería si un puente, que amenaza ruina y en relación con el cual no existe ninguna señal o advertencia de peligro, se desploma mientras pasa por él un vehículo conducido por un ebrio, y a consecuencia de ello resultan muertos o heridos algunos de los pasajeros. No cabe duda que en este caso la embriaguez no influyó en forma alguna en el derrumbamiento del puente, que de todas maneras se habría ido al suelo aunque el conductor fuera sobrio.

Es cierto, igualmente, que un dictamen pericial, en principio, es la mejor prueba que puede presentarse en relación con el estado de embriaguez en que pueda encontrarse una persona, pero de ello

no puede concluirse que esta sea la única forma de establecer dicho aspecto, pues ante la libertad probatoria consagrada en el artículo 253 del C. de P.P., es claro que el juzgador puede acudir a todos los medios de convicción obrantes en el proceso.

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

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

Aprobado acta No. 78

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de agosto de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio condenó a HECTOR ENRIQUE ORJUELA MONTAÑA a la pena principal de 38 meses de prisión, al declararlo responsable, en armonía con la acusación, de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos.

Antecedentes

1. Héctor Enrique Orjuela Montaña, economista y corredor de automotores, el 29 de diciembre de 1988, alrededor de las 8:30 de la noche, salió de Santafé de Bogotá con destino a la ciudad de Villavicencio conduciendo su automóvil Volkswagen, color rojo, de placas GD-4813. Iba acompañado de Ligia Meléndez Viloria, amiga suya, y se proponía visitar a su novia María Sofía Obregón Báez. Durante el trayecto, se refiere en el proceso, casi se sale dos veces de la vía.

Su novia María Sofía y sus hermanos Julián y Juan David, entre tanto, esperaban su llegada en la casa; como esto no ocurriera, salieron para la discoteca "Apocalipsis", en el centro de Villavicencio, dejándole a Orjuela Montaña razón en ese sentido en el Hotel del Llano, a donde éste llegó aproximadamente a las 11:30 de la noche. De ahí partió para la discoteca, de la cual salió inmediatamente con María Sofía, quien al rato regresó y llorando contó que había tenido un disgusto con su novio.

Poco después Orjuela Montaña la mandó llamar con el portero de la discoteca y por un rato se estuvieron en el carro enfrente del citado establecimiento.

A las 3:30 de la madrugada todos, Orjuela Montaña, María Sofía y los hermanos de esta última, resolvieron dirigirse al sitio "Luna Roja" para presenciar un amanecer llanero. Así, marcharon con dicha dirección Municipio de Puerto López- en 3 vehículos: el ya mencionado Volkswagen, un Renault 4 y un campero.

Dice el proceso que durante el viaje, Montaña Orjuela ingería Whisky, conducía a excesiva velocidad y jugaba a las "escondidas" con los otros dos referidos automóviles. Una vez en el estadero "Luna Roja" de propiedad de Olmedo De La Pava Restrepo, sitio en el cual se tomaron algunas cervezas y bailaron, en vista de que "amaneció y no salió el sol", sostiene Juán David Obregón Báez (fls. 51-1), optaron por regresar aVillavicencio tomando la delantera Orjuela Montaña, quien, se calcula, conducía en ese instante a velocidad superior a los 150 kilómetros por hora.

Como a las 6 de la mañana, cuando el Volkswagen se aproximaba al puente sobre el río Negro, comprensión de la Inspección de Policía "La Balsa", jurisdicción del Municipio de Puerto López, en cuyo lugar existen señales de tránsito indicativas de la presencia de curvas angostas en la vía, y que la velocidad máxima no puede exceder de 30 kilómetros, Orjuela Montaña, desoyendo enteramente estas prevenciones perdió el control del vehículo estrellándose contra unas canecas de concreto -o "barandal"- que se encontraban en el umbral del referido puente. A causa de este primer impacto, Julián Obregón Báez salió por el vidrio delantero del automóvil, a consecuencia de lo cual falleció instantáneamente. El vehículo cruzó por los aires el punte para ir a caer al otro lado del río. Este segundo golpe causó la muerte a María Sofía y dejó gravemente lesionados a Juan David (con 10 semanas de incapacidad) y al conductor Orjuela Montaña.

2.- El Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Villavicencio una vez abierta la correspondiente investigación, escuchó en declaración a Miguel Angel Obregón Báez, el otro hermano de las víctimas, quien dijo que Orjuela Montaña -piloto de carreras en autódromo- hacía tres meses era novio de su hermana María Sofía. Refiere asimismo que "es un loco para manejar" y que el velocímetro del Volkswagen, después de los hechos, quedó marcando 160 kilómetros por hora (fls. 19 y ss).

-El ya citado Olmedo De La Pava Restrepo (fls. 26 y ss-1) declaró que el grupo de personas llegó a su estadero "como si estuvieran amanecidos" (fls.

26); pidieron 20 cervezas y aproximadamente a las 5:30 a.m. "salieron a una velocidad espantosa en los carros". Agrega que "todos estaban tomados" (fls. 27).

-El médico Jorge Ernesto López Fernández del hospital San Rafael de Santa Fe de Bogotá, dijo que Orjuela Montaña, amigo suyo desde hacía algún tiempo, fue traído a dicho centro alrededor de las 9:30 de la noche del día del accidente (fls. 28 y ss).

-El perito respectivo dictaminó que el nombrado automóvil es "de pista" y podría desarrollar hasta 200 kilómetros por hora (fls. 42-1).

-Juan David Obregón Báez, al narrar los hechos en cuestión, expresó: "Héctor el chofer venía tomando Wisky en una Whiskera y nosotros tomando un poquito de aguardiente que nos había quedado. Adelante de nosotros iba el Renaut 4, se puede decir que íbamos jugando a escondidas con el carro, o sea que los pasabamos y más adelante nos escondíamos y luego volvíamos a pasarlos... Llegamos al alto Menegua... prendimos música, fuimos y despertamos al de la tienda... Héctor seguía con su cocita (sic) de Wisky, o su Wiskera. En vista de que amaneció y no hubo sol, nos vinimos.... Héctor andaba muy de prisa y como era ya tarde, yo me recosté en el carro, no me quedé dormido, me dormía y me despertaba, yo venía con los ojos cerrados y me despeté cuando chocamos contra la caneca y ahí perdí el conocimiento, no me acuerdo de más. Cuando yo despeté, estaba parado al lado del carro gritandole a los otros amigos, pidiendo ayuda" (fls. 51). Al ser preguntado acerca de si Orjuela Montaña conducía en estado de embriaguez, respondió: "Yo no diría estado de embriaguez, estaba tomado, pero no borracho" (fls. 52), calcula que cuando el accidente ocurrió el vehículo marchaba aproximadamente a 150 kilómetros por hora y obedeció al exceso de velocidad (fls. 52). Cuenta que por información de una tía suya supo que el procesado, anteriormente, sudrió un accidente en el Ecuador, donde perdieron la vida tres personas y agrega que la noche de los hechos el citado Orjuela Montaña había tenido otro percance cuando viajaba de Santa Fe de Bogotá a Villavicencio, afortunadamente sin consecuencias.

-Claudia Patricia Salazar Herrera, pasajera del aludido Renault 4, declaró que ciertamente Orjuela Montaña conducía "jugando a las escondidas" y no quiso obedecer cuando se le dijo que no lo hiciera tan rápido (fls. 65 y ss-1). "Lo vi tomando pero estaba bien", señala, y según le contaron, en el viaje de

Santafé de Bogotá a Villavicencio había tratado de salirse de la carretera en dos oportunidades (fls. 65). Atribuye el hecho "a exceso de velocidad e irresponsabilidad del conductor Héctor Orjuela, porque iba embriagado conduciendo" (fls. 66). Dice, luego, que cuando salieron de la discoteca para Puerto López, junto a una bomba de gasolina, el carro conducido por Orjuela Montaña "hizo un trompo y nosotros cuando estábamos allá en el alto, le dijimos qué susto y Bernardo le dijo que si él hubiera hecho eso con él, inmediatamente se hubiera bajado" (fls. 66).

-Beatriz Helena Camacho Rueda, amiga que salió con los Obregón Báez a la discoteca "Apocalipsis", dice que el imputado portaba "un termo para depositar Wisky" y que aparecía que no estaba ebrio" (fls. 69-1), pero manejando "se escondía" y lo hacía a extrema velocidad.

-Según copia de la historia clínica correspondiente, el imputado Orjuela Montaña ingresó al Hospital San Rafael de Bogotá a las 9:30 del citado 30 de diciembre de 1988 (fls. 87-1).

-En indagatoria rendida el 10 de marzo de 1989, el imputado Orjuela Montaña afirmó no haber ingerido sino un trago de Wisky y unas cervezas, así como no haber manejado a velocidad excesiva. Sobre el momento mismo del accidente explicó: "...el trayecto hasta el puente de la Balsa es completamente recto, recuerdo hasta cuando me estoy aproximando al puente, disminuí velocidad para entrar por las señalizaciones y hasta ahí recuerdo, pienso que debió haber sucedido algo anormal para haber perdido la trayectoria de entrada al puente ya que viendo las fotos era demasiado brusco el cambio de trayectoria con respecto al puente" (fls. 121 y ss-1).

-Se decidió la detención preventiva del sindicado por los delitos de homicidio (doble) y lesiones personales, todos a título de culpa (fls. 142 y ss).

-Alberto Menéndez Barreto, facultativo que inicialmente atendió el caso en el Hospital Regional de Puerto López, ratificando el informe que obra a folio 8-1, declaró que Orjuela Montaña "presentaba tufo alcohólico" y que en Villavicencio no existen equipos para practicar prueba de alcoholemia (fls. 229-1).

-A folios 249 y siguientes del cuaderno 1, reposa copia de la historia remitida por la clínica La Gramma de Villavicencio, la cual no arroja datos sobre embriaguez.

-La inicialmente nombrada Ligia Meléndez Viloria, quien acompañó a Orjuela Montaña de Bogotá a Villavicencio, declaró (fls. 253 y ss-1) que en este trayecto el sindicado perdió dos veces "el rumbo correcto", pero advierte que en el camino no tomaron y no sabe si Orjuela Montaña llevaba licor en el carro. Dijo igualmente que el velocímetro del vehículo marcaba hacia el lado derecho 170 o 180, y como advirtiera que no cambiaba esta indicación le preguntó a Orjuela Montaña, quien respondió que se encontraba dañado (fls. 254).

-En inspección judicial practicada en el sitio de los hechos, los testigos Vicente Jairo Garzón Prieto y Luis Eduardo Suárez Jiménez dijeron haber oído un "totazo" que, suponen, obedeció al estallido de una de las llantas del vehículo conducido por Orjuela Montaña. En esta oportunidad se constató la existencia de señales de tránsito que advierten las dificultades de la vía y recomiendan una velocidad máxima de 30 kilómetros por hora (fls. 256 y ss.).

-Los hermanos Luis Eduardo y Alfonso Guzmán Silva, pescadores de la región, declararon (fls. 280 y ss-1), el primero, que vio cuando una de las llantas se estalló y el vehículo que iba a alta velocidad se estrellaba. El segundo, que escuchó un ruido, y además que el carro iba "arriado" (fls. 282).

-Ernesto Antonio Cardona Casares, mecánico y conductor de una buseta, dice que venía de Puerto López cuando vio un automotor a gran velocidad (calcula que a 150 kl/h), por lo que le predijo a uno de los pasajeros la muerte del conductor. Agrega que después el automóvil se estrelló contra las canecas" y fue a caer al otro lado del río", sacando entonces el extinguidor para ayudar. Sostiene que al acercarse vió a la dama -María Sofía- muerta y que cuando intentó ayudar al acusado le sintió "tufo del trago" (fls. 300).

3. Cerrada la investigación, se la calificó con reapertura de la misma (fls. 300 y 333-1), considerándose que faltaba la prueba técnica sobre embriaguez.

-El agente de la Policía Nacional José Nelson Rojas dijo que antes de las 7 de la mañana vio pasar por el CAI un carro rojo a 100 o 120 kilómetros por hora (fls. 341-344).

-En inspección judicial practicada en el automotor referido, el perito dictaminó que las llantas estaban desinfladas pero que no presentaban estallido, que eran tubulares (sin neumático) y el ruido que se dice fue escuchado pudo causarlo la salida de una coraza o que un rin se partió (fls. 345).

-En inspección judicial llevaba a cabo en el parqueadero "Servigrúas" (fls. 359 y ss-1), José Antonio Martínez manifestó que dos de las llantas del vehículo (desinfladas) le fueron retiradas al mismo y llevadas allí como garantía del pago del servicio de grúa.

-Edgar Andrés Martínez Rocha y su hermano Germán Alberto, sostuvieron (fls. 371 y ss.) que todas las llantas las tenía el carro Volkswagen y no presentaban estallido. "Eso fue una locura del hombre", dijo el primero refiriéndose al acusado.

Clausurada de nuevo la investigación, se la calificó el 26 de abril de 1990 (fls. 402 y ss-1) con resolución acusatoria por los delitos de homicidio (doble) y lesiones personales, de conformidad con los artículos 329 y 340 del Código Penal. Se atribuyó la delincuencia a la excesiva velocidad que llevaba el vehículo conducido por Orjuela Montaña y se dedujo también que "no quedó claro" si aquél estaba embriagado, motivo por el cual no se cargó la respectiva agravante que trae el artículo 330-1 del Código Penal.

El Personero Municipal apeló ese proveído protestando contra la no inclusión de la citada agravante, y el Tribunal, mediante auto de 16 de mayo de 1991 (fls. 18 y ss-4), lo adicionó en el sentido reclamado, y revocó la libertad provisional que se había concedido.

4.- El Juzgado Primero Superior de Villavicencio asumió la causa pero la audiencia la celebró el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López (vigencia nuevo C. de P.P.), y luego, el 12 de febrero de 1991, dictó sentencia, mediante la cual, en armonía con la acusación, condenó a Orjuela Montaña a la pena principal de 28 meses de prisión y multa de $10.000.oo y a las siguientes de carácter accesorio: "1) Interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal; 2) Prohibición para manejar automotores por el término de cinco (5) años; y, 3) Prohibición de consumir bebidas alcohólicas, por el término de tres (3) años". Se le condenó, además, al pago en concreto de los perjuicios causados y se le otorgó la condena de ejecución condicional (fls. 33 a 57 del cuaderno 2).

A instancia del apoderado de la parte civil, quien hizo ver que había un error aritmético en la mencionada graducación punitiva, el Juzgado, por medio de

auto de 22 de febrero de 1993, lo corrigió y condenó finalmente a Orjuela Montaña a 38 meses de prisión, negándole, porque la duración de la pena no lo permitía, el referido subrogado penal (fls. 63 y ss-2).

Apeló del fallo el defensor del procesado, y el Tribunal, por medio de sentencia que aquél recurrió en casación, lo confirmó, con la única modificación de que la indemnización por los dos homicidios se debía pagar al padre de las víctimas y no a sus "causahabientes", como lo había determinado el a quo (fls. 5 y ss-3).

La demanda

Con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación (art. 220.1 del C. de P.P.), el actor hace un cargo único a la sentencia, que enuncia así:

> "El juzgador al apreciar las pruebas, le ofrece a algunas de ellas, y en su conjunto a todas, un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, excediendo la capacidad de demostración que la prueba apunta, de tal manera que al realizar el falso juicio de identidad, otorga un sentido a la prueba que no corresponde a su contenido fáctico y al hacerlo produce una verdad procesal, en su decisión, diverso del contenido de la misma. Por su parte, al apreciar, al ofrecer el juicio correctamente, y apreciar las pruebas en conjunto, la verdad procesal ofrecería diverso contenido (así la decisión), en lo relacionado con la embriaguez" (fls. 27-3).

Después de transcribir las normas legales que consagran la libertad probatoria (art. 253) y las reglas para su valoración, expresa el casacionista:

> "De haberse apreciado, como lo ordena la normatividad, en conjunto las pruebas y bajo el criterio de la sana crítica, se hubiese impuesto la inexistencia del agravante, reforzaríase la presunción de inocencia respecto del mismo, como lo reconoció en su momento el juzgador de primera instancia (en el auto que resolvió situación jurídica, en la determinación de reapertura de la investigación e incluso en el segundo calificatorio).
>
> "En suma, al haber realizado tal apreciación (interpretación falsa, error manifiesto de hecho, falso juicio de identidad) llegó, como en

efecto llegó, a una conclusión diversa a la que corresponde, la cual era la de abstenerse de referir en la condena la agravante por embriaguez y ofrecer, como en efecto debió ofrecer, la posibilidad de otorgar el derecho a la libertad de suyo negando por el error en comentario, fundamento de la causal que hoy se esgrime" (fls. 28).

Rememora algunas reflexiones teóricas en torno a la embriaguez en los punibles de homicidio y lesiones culposos, para señalar que "Importa destacar que, el agravante no es pues una circunstancia que se atribuye de manera 'automática', por el contrario, se requiere de una especial connotación, de una especial relación entre el resultado, la forma de culpabilidad y la alteración que en campo síquico o físico, producen en las personas, sujeto activo del comportamiento" (fls. 30). Agrega a continuación y con apoyo en un tratadista nacional, que "el aumento en la punibilidad no se encuentra en la mera ingestión de la sustancia, sino en la violación al deber objetivo de cuidado. Con lo que nos encontramos de acuerdo, pues la mera ingestión de la bebida embriagante, por sí no genera el agravante, sino los efectos de la misma en la persona, lo que incumbe probarlo con especiales medios, como lo sostendremos, en apoyo de la doctrina y de la ley"; trae, al efecto, las citas respectivas, e insiste en que es imprescindible determinar el "influjo" de la debida embriagante en el resultado finalmente reprochado (fls. 33), para lo cual también trae a colación los artículos 397.7 y 417.3 del Código de Procedimiento Penal, que hacen referencia a la embriaguez aguda.

Manifiesta que el referido "influjo" de la ingestión de licor, tiene que estar debidamente demostrado en el proceso y debe ser "apreciado por el juzgador, dentro de la realidad contenida en el medio probatorio; excederse a distorisionar su contenido, es un error manifesto de hecho, falso juicio de identidad, contenido de la causal de casación que hoy proponemos. La adecuación entre el medio probatorio, su contenido y la agravante, impiden su aplicación, ya que en verdad, en nuestro evento la agravante es inexistente; si se hubiese apreciado en debida forma la prueba y bajo el contexto de necesidad acumulativa de realidad técnica, como son los médicos que atendieron al accidentado, hoy condenado, se habría excluído el agravante, con las consecuencias de índole sustancial referidas en el planteamiento de la causal que nos encontramos desarrollando" (fls. 34).

Menciona el casacionista las pruebas que existen sobre la embriaguez del procesado o grado de alcohol ingerido por éste y las diversas consideraciones

que sobre tal aspecto hicieron el sentenciador y los diferentes funcionarios que en distintas etapas procesales han conocido del expediente (fls. 35 y ss.), para concluir afirmando: "Por el exceso y distorsión en la apreciación de la prueba, se califica y acepta la existencia del agravante contenido en el artículo 330-1 del Código Penal; aumento punitivo que impide el reconocimiento del requisito cuantitativo para el otorgamiento del subrogado penal, excluyéndose por tal medio la libertad" (fls. 39). Agrega más adelante que el fallador "al apreciar la prueba, confunde las expresiones "tufo", "iban tomando", "estaban embriagados", "olía a alcohol", salía el tufo del trago", con la fórmula jurídica de embriaguez, que no es otra que: encontrarse bajo el influjo de debida embriagante" (fls. 40).

Indica que el médico que inicialmente atendió al procesado "descarta la existencia del hecho generador de la agravante" (fls. 41); enfatiza que el testigo Olmedo de la Pava jamás dijo lo que el Tribunal afirma, en el sentido de que Orjuela Montña estaba embriagado; precisa que "al parecer el H. Tribunal interpreta que el condenado ingirió Wisky desde la salida de Santa Fe de Bogotá, lo cual no es real. En la indagatoria jamás se afirmó tal situación" (fls. 44 ss); anota que la testigo Ligia Meléndez Viloria corrobora que durante ese viaje de Bogotá a Villavicencio no se tomó licor y que vio al procesado en estado normal, asegurando el actor que el procesado jamás estuvo en la discoteca "Apocalisis", lo que es contrario a lo afirmado por el fallador. Añade, por último, que algunos testigos sí declararon que el acusado ingirió licor, pero también manifestaron los mismos que "no estaba borracho" (fls. 42), de lo cual "se deduce la imposibilidad de demostración plena de la existencia del agravante consagrado en el artículo 330-1 del C. de P.P." (fls. 47).

Después de subrayar que los resumenes de las historias clínicas y la certificación médica del Hospital de Puerto López, obrantes en el expediente, no hacen referencia a la hipotética embriaguez de Orjuela Montaña, concluye el censor:

> "De lo anteriormente planteado y demostrado se deduce que, en el H. Tribunal Superior de Villavicencio (Meta), en providencia condenatoria, que confirma la de primera instancia, la cual se incorpora a aquella, realizó una apreciación de manifiesto error, falso juicio de identidad, tergiversación de la prueba, que no se compadece con el contenido de la misma; que de haber realizado apreciación en conjunto de la misma, aplicando la sana crítica y en la forma como lo establece

la ley en cuanto a la misma libertad probatoria, había encontrado mérito para excluir la agravante contemplada en el artículo 330-1 del C.P., de manera plena o por duda a favor del sindicado, hoy condenado, en protección al principio de libertad y en aplicación de una realidad probatoria, que permitiría por ello aplicar de manera diversa, los criterios para fijar la pena y de esta manera, evitar el agravante que impidió, como único requisito inexistente, la posibilidad de otorgar la libertad, en atención a la condena de ejecución condicional. De la anterior concideración se impone la aplicación de las normas legales sobre la evaluación y apreciación de la prueba, que permita en últimas el restablecimiento del segmento de libertad, hoy negado, solicitud que realizo de manera comedida a la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal" (fls. 49 y 50).

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Sala:

1. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice inicialmente que "no es cierto que los falladores hayan incurrido en un falso juicio de identidad, como quiere el casacionista, para otorgarle a la prueba un sentido que no corresponde al contenido fáctico, tomando una decisión diversa a la realidad procesal. Lo que ocurre es que no comparte el impugnante el análisis y valoración probatorias efectuados por el Juez ad quem en la sentencia respecto de la prueba de que Héctor Orjuela Montaña en verdad había consumido bebidas embriagantes y, dadas las condiciones en que lo hizo, indefectiblemente violó el deber de cuidado que debía observar" (fls. 17).

Sostiene la Delegada que es evidente que el procesado ingirió licor y que "iba tomado", conduciendo a excesiva velocidad, todo lo cual "ha sido correctamente observado por el Juez de las instancias, sin que se le haya atribuído sentido objetivo diverso al comentado. Sólo que partiendo de tales datos de prueba, los Jueces del fallo han concluído que el conductor estaba 'bajo el influjo de bebidas embriagantes', y que se hallaba embriagado, en una inferencia de probabilidad que consulta la experiencia, la lógica y por sobre todo los conceptos de ciencia (aún cuando no haya el examen médico clínico) como habrá de verse" (fls. 17 infra y 18).

Anota que el examen médico clínico ex-post sólo arroja el grado de alcoholemia, pero "no concluye afirmando la embriaguez por sí misma, sino el grado de alcohol en la sangre, de lo cual el médico infiere el grado según las

tablas experimentales de que se da cuenta. O sea que para el caso en estudio, H. Magistrados, la falta de la prueba 'de complemento' que reclama el censor no demostrará el grado del estado de embriaguez, máxime si se considera que la prueba debía ser verificada sobre el conductor gravemente herido y luego de algún tiempo de la ingestión del alcohol, como parece claro" (fls. 19).

Dice que en este caso es palpable que el acusado tenía "aliento alcohólico", el cual forma parte "del cuadro de elementos que el médico considera para diagnosticar la embriaguez y al que el Juez de las sentencias le dio el mismo sentido de la ciencia: "EL ALIENTO ALCOHOLICO INDICA EMBRIAGUEZ DE SEGUNDO GRADO" (Solórzano Niño, Medicina Legal, pág. 614, ed. Temis, 1990 -mayúsculas de la Delegada-), lo que lleva a pensar que no hay tergiversación de las pruebas como que la ciencia médica -en su estado actual dentro de nuestro país- se vale del dato del aliento (o tufo u olor a alcóhol) para concluir en la embriaguez de segundo grado" (fl. cit.) Precisa que "si los sentenciadores infieren que probada la ingestión había embriaguez, en un tiempo muy próximo al momento del consumo, no están equivocados a la luz de los principios de la ciencia, visto que el alcohol (y parte de sus efectos) solo sale del organismo en un lapso de 15 a 24 horas. Mal puede decirse entonces que el sentenciador le dio a la prueba en conjunto 'un sentido que no corresponde a su contenido fáctico'. Ello porque los datos del proceso permiten la conclusión científica de la embriaguez, según los principios de la ciencia médica, y visto que la conclusión judicial converge hacia dichos datos de ciencia" (fls. 20).

Señala la Delegada que, en tal virtud, sí tiene respaldo objetivo la agravante en cuestión, pues Orjuela Montaña ya había ingerido licor y su "comportamiento externo antes del accidente muestra una descoordinación cerebral y motora (exceso de velocidad, se salió de los parámetros del puente), presentaba aliento alcohólico y 'estaba tomado pero no borracho' (fls. 87). Son los signos que un médico hubiera tenido en cuenta para su diagnóstico, salvo el referido al de la alcoholemia, que como vimos no indica necesariamente ebriedad. Pero además el proceso muestra que el condenado debió más de tres Wiskys y algunas cervezas, que en condiciones generales ya indican un cuadro de embriaguez para una persona normal, aunque ello sea apenas perceptible (disminución de precisión muscular y de movimientos, disminución de reflejos). Por ende no cabe afirmar tergiversación de la prueba en su significado objetivo, como es obvio" (fls. 20).

A continuación añade la Procuraduría:

"Además, si se considera que no hay prueba del influjo de la ingesta de alcohol en el conductor, es decir del efecto que debe causar para que proceda la agravante, se dirá que el resultado mismo propio de una descoordinación de movimientos, además de la imprecisión cerebral (desconcentración mental) en el acto de conducir, revelan que el licor sí había afectado al realizador de la actividad riesgosa de conducir. Es decir, H. Magistrados, si había prueba para el sentenciador, y éste no podía desatender todos estos datos demostrados en autos, en el proceso de apreciación objetiva probatoria, y de valoración racional del acervo de pruebas.

"Es cierto que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que no puede afirmarse que la sola embriaguez convierta en homicidio culposo, todo deceso que se produzca como consecuencia de un accidente de tránsito, se requiere que el estado de embriaguez haya sido causante del resultado.

"Pero también es verdad que en el caso subjúdice los sentenciadores consideraron que el nexo causal entre el comportamiento imprudente del conductor y el resultado se debió a la influencia del alcohol que presentaba Orjuel Montaña, porque no se puede desconocer y de ello informa el proceso que el acusado era un experto piloto de vehículos de carreras. Si se quiere, señores Magistrados, el condcutor aún con tal experiencia en esas actividad se comporta de manera arriesgada y no permitida si lo hace a alta velocidad, habiendo ingerido licor en forma prolongada según cuentan los autos, con lo cual excede los límites del riesgo socialmente permitido en casos como éstos.

"Finalmente digamos que el recurrente parece decir que si existe prueba, pero que ella debió ser complementada por la prueba clínica médica que reclama. Si la censura apunta a la complementación de la prueba, es claro que se parte del supuesto que niega de que si hay prueba, y que ella fue bien percibida por el sentenciador.

O si lo que se exige es la prueba que se considera indispensable para probar la embriaguez, se dirá que en el sistema colombiano impera la libertad de prueba para demostrar todos los elementos del delito según el artículo 254 del Código

de Procedimiento Penal, y que no existen pruebas necesarias en ese ámbito" (fls. 20 a 22).

Anota la Delegada que no es cierto que el Tribunal afirmara que el acusado "se dedicó a ingerior bebidas embriagantes toda la noche en la discoteca Apocalipsis", pero que bien podía inferior que "bebió licor dentro de lo que usualmente acaece en ese tipo de reuniones sociales. Lo mismo se dirá si se mira que en el lapso comprendido entre las 3 y las 6 de la mañana, mientras se dirigían al establecimiento Luna Roja, se haya consumido el contenido de la licorera que portaba el condenado y que luego fuera hallada vacía en el levantamiento del cadáver de su novia." Concluye la Delegada:

> "En síntesis, el fundamento de la agravante no es propiamente la embriaguez por sí misma, sino la disminución de la capacidad personal en el ejercicio de la actividad de conducir automotores debida a la ingestión de alcohol. Es evidente que el deber, así no esté ebrio en alto grado, implica disminución de la capacidad (tanto síquica como física) de atender el deber de cuidado que social y normativamente se espera del individuo que desarrolla actividades riesgosas. Es la falta al deber de atención por parte del agente, que dentro de tales condiciones personales acrecienta la posibilidad de causar un daño al conducir. No se requiere un específico grado de embriaguez, basta con que el alcohol haya coadyuvado al incorrecto desarrollo de la actividad peligrosa en la comisión del homicidio en accidente de tránsito" (fls. 23 y 24).

Así, pues, solicita no casar el fallo.

2. A lo dicho por la Delegada, que sustancialmente es compartido por la Corte, resulta pertinente agregar las siguientes consideraciones:

a. Es verdad que el licor, al igual que cualquiera otra sustancia tóxica, causa diversos efectos en quienes lo ingieren, efectos que dependen no sólo de la naturaleza y cantidad de la sustancia ingerida, sino también de la constitución sico-física del sujeto. Esto explica por qué hay personas que con pequeñas dosis de alcohol se embriagan, mientras que otras para llegar a tal estado requieren de cantidades mucho mayores.

b. También es cierto que la embriaguez se ha previsto como circunstancia específica de agravación de los delitos de homicidio (art. 330.1) y lesiones

personales (art. 341), debido a los efectos nocivos que esta produce en la actividad sicomotora del ebrio, los cuales incrementan la posibilidad de causación del resultado dañoso. La claridad a este respecto de las dos normas citadas, permite establecer que la agravante no consiste en la embriaguez abstractamente considerada, sino en la circunstancia de que al momento de cometer el hecho, el autor del mismo se encuentre "bajo el influjo de debida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica".

Obvio es que si la embriaguez no tuvo ninguna relación causal con el homicidio o las lesiones personales, ella no puede tenerse en cuenta para nada, tal como sucedería si un puente que amenaza ruina y en relación con el cual no existe ninguna señal o advertencia de peligro, se desploma mientras pasa por él un vehículo conducido por un ebrío, y a consecuencia de ello resultan muertos o heridos algunos de los pasajeros. No cabe duda de que en este caso la embriaguez no influyó en forma alguna en el derrumbamiento del puente, que de todas maneras se habría ido al suelo aunque el conductor fuera sobrio.

c. Es cierto, igualmente, que un dictamen pericial, en principio, es la mejor prueba que puede presentarse en relación con el estado de embriaguez en que pueda encontrarse una persona, pero de ello no puede concluirse que ésta sea la única forma de establecer dicho aspecto, pues ante la libertad probatoria consagrada en el artículo 253 del C. P.P., es claro que el juzgador puede acudir a todos los medios de convicción obrantes en el proceso, tal como lo hizo el sentenciador de segunda instancia en el caso sub júdice.

En efecto. El Tribunal consideró que los homicidios y las lesiones personales causados por el procesado Orjuela Montaña, tuvieron origen "en la alarmante velocidad a la que se desplazaba...., en el hecho de no haber dormido toda la noche y en el estado de alicoramiento en que se hallaba".

Para llegar a esta última conclusión tuvo en cuenta, principalmente, "la versión del testigo Cardona Casares, en el sentido de afirmar que los ocupantes del carro accidentado y a quienes ayudó a sacar de su interior, estaban embriagados" (fl 299); la constancia emitida por el médico Director del Hospital de Puerto López, de conformidad con la cual se estableció que el acusado "presentaba aliento alcohólico"; el testimonio de Olmedo de la Pava Restrepo, propietario del estadero Luna Roja donde pararon el acusado y sus amigos a eso de las cuatro y media de la mañana del mismo día en que ocurrieron los

hechos, y quien manifestó que todos ellos "estaban completamente amanecidos y salieron a una velocidad espantosa en los carros" (fl. 26); la versión del mismo Orjuela Montaña, quien según el Tribunal aceptó "haber ingerido wisky de una licorera que portaba consigo desde su salida en Santafé de Bogotá hacia Villavicencio", y, por último, las declaraciones de "los demás integrantes de esa caravana" que son "contestes en afirmar lo mismo, así como que pasaron la noche en vela, dedicados a la ingesta de bebidas embriagantes en la discoteca Apocalipsis de Villavicencio a donde llegó Orjuela en búsqueda de su novia María Sofía" (fl. 9 del C. nro.3). Los testimonios a que hace referencia el Tribunal, son los rendidos por Juan David Obregón Báez (fl. 51) y Claudia Patricia Salazar Herrera (fl. 65).Según el actor, ninguna de las anteriores probanzas es suficiente para demostrar la causal de agravación que se imputó al acusado. Por ello sostiene que el Tribunal las tergiversó en su contenido objetivo, haciéndolas decir lo que realmente no se desprendía de ellas.

Es pertinente decir que la Sala no entiende cómo el casacionista insiste en sostener que cuando la prueba indica que el acusado y sus acompañantes "estaban embriagados" (fl. 40 del C. Nro.3), el Tribunal la tergiversó al confundir esta expresión "con la fórmula jurídica de embriaguez, que no es otra que: encontrarse bajo el influjo de debida embriagante" (fl. 40 del C. Nro. 3), dado que por más vueltas que se le dé al asunto, estar embriagado es, precisamente, "encontrarse bajo el influjo de debida embriagante". Esta única consideración sería suficiente para desechar el cargo.

No obstante lo anterior, y dejando de lado por innecesario el análisis de las otras probanzas tenidas en cuenta por el Tribunal para dar por demostrada la circunstancia de agravación en comento, es pertinente recordar que Claudia Patricia Salazar, sí expresa en forma clara y contundente que el acusado conducía su vehículo en estado de beodez. Esta testigo, luego de informar que el procesado venía tomando wisky "dentro del carro", cuando es preguntada sobre las posibles causas que precipitaron los hechos, respondió sin ninguna vacilación: "exceso de velocidad e **irresponsabilidad del conductor HECTOR ORJUELA, porque iba embriagado conduciendo**" (fl. 66).

Todo lo que acaba de expresarse, unido a las juiciosas consideraciones hechas por la Delegada y que la Corte comparte, es más que suficiente para llegar a la conclusión de que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que el casacionista le reprocha, al dar por plenamente establecida la circuns-

tancia de agravación consagrada en el ordinal primero del artículo 330 del Código Penal, toda vez que la prueba tenida en cuenta por el juzgador para ello, bien permite afirmar, sin lugar a dudas, que el acusado cometió los delitos que a título de culpa se le imputaron, cuando conducía su vehículo bajo los efectos de la debida embriagante (wisky) que venía consumiendo, y precisamente por ello.

El cargo, en consecuencia, se desechará y la sentencia, por tanto, permanecerá incólume.

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

Resuelve

NO CASAR la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / NULIDAD

La acción de revisión, su finalidad, es la de remediar un yerro judicial como excepción al principio de la cosa juzgada; mientras que el instituto de la nulidad opera cuando el juzgador comete un error in procedendo que compromete la validez del juzgamiento al socavar la estructura del proceso por violación de algunas garantías judiciales que contempla la preceptiva constitucional o legal, cuya solicitud de declaratoria y trámite se surten en la etapa procesal pertinente dentro del proceso penal y en el recurso extraordinario de casación.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 078

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto contra el auto del 25 de abril de 1995, por medio del cual se rechazó in limine la demanda de Revisión propuesta a nombre de Juan Alberto Sierra Rojas, condenado por el delito de homicidio agravado.

Antecedentes

La demanda de Revisión del fallo proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta, mediante el cual se confirmó la condena impuesta a Juan Alberto Sierra Rojas como responsable del delito de homicidio, se formuló al amparo de las

causales primera, segunda y tercera del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

La providencia impugnada concluyó que los requisitos formales exigidos en el numeral tercero y cuarto del artículo 234 del estatuto citado no fueron cumplidos por el actor al elaborar la demanda, ya que las causales se quedaron en simples enunciados, "pues las fundamentaciones que hace de cada una de ellas no corresponden con su objeto y denota que en últimas lo que busca a través de esta vía excepcional es revivir el debate probatorio para demostrar que su poderdante es irresponsable del delito por el cual fue condenado en las instancias".

La impugnación

Advierte el impugnante que el libelo sí cumplió con los requisitos que establecen los numerales 3o. y 4o. del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal.

En lo que hace relación a la exigencia de que la demanda deba contener la causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, considera que se observó ese requisito, "y ello se demuestra claramente con la titulación de las causales invocadas; en este caso las (sic) primera, segunda y tercera, amén de las fundamentaciones de los hechos en los cuales en forma suscinta se evocan los hechos procesales concordándolos con los folios correspondientes como se establece en las hojas 2 al 6 de la demanda interpuesta y los fundamentos de derecho, se encuentran expresa y tácitamente determinados dentro de la petición, especialmente en las hojas 1-7-10".

Igualmente considera que cumplió con la exigencia del numeral 4o. en lo que hace relación con las pruebas tal como puede apreciarse en la hoja número 5 del libelo "en la cual se determina el acervo probatorio de la investigación, las cuales se relevan dentro de las fundamentaciones para indicar la importancia procesal probatoria de cada una de ellas y no obstante lo anterior, en la hoja No. 13 y 14 se invocan las que consideran de interés para la demostración de la validez en las pretensiones".

Considera acertada la afirmación de la Corte cuando sostuvo que en últimas lo que pretende el impugnante es revivir el debate probatorio, pues advierte que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 246 del Código de Procedimiento

Penal las decisiones judiciales se fundamentarán en pruebas legalmente allegadas a la investigación. En el proceso bajo examen no es posible predicar ese mandato al reinar en las diligencias la ilegalidad, lo que permite "revalorarlas y tenerlas como medios nuevos de prueba y que por estar adjuntadas dentro del proceso, son objeto de controversia dentro de la sana crítica en procura que se cumpla el objeto de la investigación penal".

Advierte igualmente que conforme al artículo 247 del Código de Procedimiento Penal no es posible dictar sentencia condenatoria cuando no exista la certeza de la responsabilidad del reo, exigencia legal que tampoco se cumple en el proceso, por cuanto se condenó a un inocente al no haber imparcialidad en la búsqueda de la prueba "que permitiere al *A-guo* determinar la verdad material y procesal de los hechos".

Considera que conforme al artículo 253 que consagra la libertad probatoria la acción de revisión no exige prueba especial para su admisión y trámite, ya que la administración de justicia, oficiosamente, debe propender por el restablecimiento del derecho, "aunque no esté técnicamente espuesta (sic) la demanda".

Dice que la causal segunda se fundamenta en la ilicitud en la "inmediación" de las pruebas, de lo cual se formuló las respectivas denuncias penales y no obstante se valoraron debordándose "los límites legales y que fundamentan la causal invocada por haberse demostrado ante el juez investigador que debía producirse una preclusión de la investigación y/o cesación de procedimiento..", que constituye una causal para la extinción de la acción penal.

Advierte que se debe tener como hecho nuevo, con respecto a la causal tercera de revisión, la circunstancia de que no se haya aportado el dictamen médico legal que permitiese establecer la verdadera causa de la muerte de la víctima, pues sin ese medio de prueba se condenó a los procesados "cuando se demostró que los agentes del orden captores de los condenados, fueron posteriormente condenados por desapariciones o muetes forzosas con ocasión de su cargo o de las inconsistencias en el debate probatorio que en forma incipiente se plasmó dentro de las consideraciones dentro de la presente acción".

Sobre prueba nueva sostiene que varios de los medios de convicción que obran en el proceso no alcanzaron a tener plena validez y que por tanto no se requiere que se aporten para la presente acción.

No es cierto como lo sostiene la Sala que no se aportaron pruebas nuevas "cuando dentro de la lectura de la demanda se puede cotejar lo contrario y en

cuanto las conclusiones es errado predicar que son personales cuando de ellas se estima el resultado que dió cada prueba en su momento oportuno que pese a su claridad no fueron valoradas..."

Concluye afirmando que" En el caso sub-litem se esta demostrando la nulidad contenida en el inciso final del Art. 29 -C.N- ibídem y el hecho de que el suscrito apoderado como incipiente actor del derecho como lo fueron en alguna época los honorables Magistrados, y que por la inexperiencia desconozca las técnicas novísimas y desconocidas de los recursos extraordinarios, considero que no óbice para pretender por intermedio de esa respetable Corte corregir un grave error de antaño, que afecta no solo a una persona sino a una familia y que las actuaciones de los funcionarios y de los abogados de esa época (de oficio) hayan permitido que se haya extendido hasta hoy y si se pretende dignificar la hoy menospreciada actividad del abogado, se debe volver al sentimiento común del derecho, sin formulismos ni técnicas reverenciales que solo conllevan a que el ejercicio esté dispuesto para una privilegiada clase social".

Consideraciones de la Corte

La acción de revisión no es, como parece entenderlo el impugnante, una instancia en donde se pueda reabrir el debate probatorio e insistir en tesis rebatidas, y por demás fallidas, que reflejen únicamente la inconformidad de los sujetos procesales con la decisión judicial.

Es la propia naturaleza de la acción y no el capricho de la Corporción que impone que para la admisibilidad del libelo, éste debe contener los requisitos estipulados en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal. Y la razón no es otra que la revisión precisamente propende por remdiar un error judicial a través de la ruptura de un fallo que hace tránsito a cosa juzgada, de allí su especialidad, y por ello, el legislador estatuyó las causales en que se debe soportar la petición y los requisitos que la demanda ha de reunir para que la Corte pueda admitir y estudiar el asunto objeto del debate.

La demanda de revisión que no se adecúe con los parámetros que la misma ley ha establecido deberá ser rechazada, pues es inaceptable que bajo tal denominación se reabra un debate probatorio, el cual como se ha dicho se encuentra finiquitado en las instancias, además que, las decisiones de primera y segunda instancia vienen precedida de la doble presunción de acierto y legalidad, situación que al parecer también desconoce el impugnante.

Ahora bien, las razones que el actor esgrime en el memorial impugnatorio no logran desvirtuar las razones jurídicas que tuvo la Sala para rechazar in límine la demanda y en consecuencia, inadmitir la pretendida acción de revisión contra el fallo proferido el 3 de marzo de 1992, por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta.

En efecto, los requisitos establecidos en los numerales tercero y cuarto del artículo 240 del Código de Procedimiento Penal no se llenaron a cabalidad al momento de elaborarse el libelo, habida consideración que sobre el primero de ellos, no basta la sola enunciación de la causal y la evocación de los hechos objeto del debate tal como se concibieron en las instancias, sino que impone la obligación de señalar las razones de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud de revisión de la actuación.

Anterior exigencia que no fue cumplida, pues como el mismo libelista lo acepta en el escrito impugnatorio, la acción que promueve va dirigida a revivir el dabate probatorio con base en las circunstancias y en las probanzas que rodearon el juzgamiento del procesado en primera y segunda instancia.

Es así que no solo critica el juicio de culpabilidad realizado por los juzgadores contra su defendido, sino que la emprende contra las pruebas que lo comprometen en los hechos delictuosos, las cuales tilda de haberse obtenido por medios ilegales.

Sobre el juicio de culpabilidad sostiene nuevamente que no se puede proferir sentencia condenatoria cuando no se hayan reúnido los requisitos cognocitivos que contempla el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, y critica seguidamente a los falladores de instancia de vulnerar el principio de la investigación integral por no haber obrado según su personal criterio con imparcialidad en la busqueda de la verdad real de lo acaecido.

Sus críticas corresponden a situaciones procesales que no son suceptibles de ser discutidas en la acción de revisión, su alegación es propia de las instancias y según el caso, en el recurso extraordinario de casación previo el lleno de los requisitos legales.

Empero, su desatino es mayor cuando nuevamente insiste que el libelo presentado reune la exigencia contemplada en el numeral cuarto del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, al sostener que la acción de revisión no exige prueba especial para su admisión y trámite, ya que la administración

de justicia, oficiosamente, debe propender por el restablecimiento del derecho, habida consideración que uno de los requisitos de la demanda de revisión es que el actor la acompañe con las pruebas pertinentes y conducentes para demostrar los argumentos de la petición, medios de prueba que pueden ser aportados sumariamente, por cuanto en etapa ulterior del trámite deberán ser controvertidas para que puedan ser estimadas al momento de resolverse la acción.

El accionante no acompaño con el libelo prueba alguna que permitiera fundamentar las causales aducidas, lo cual le era imperioso, más aún, cuando una de ellas hace relación a un hecho nuevo.

Por último, es equivocado el escenario escogido por el impugnante para proponer nulidades, pues como se ha reiterado la acción de revisión, su finalidad, es la de remediar un yerro judicial como excepción al principio de la cosa juzgada; mientras que el instituto de la nulidad opera cuando el juzgador comete un error in procedendo que compromete la validez del juzgamiento al socavar la estructura del proceso por violación de algunas garantías judiciales que contempla la preceptiva constitucional o legal, cuya solicitud de declaratoria y trámite se surten en la etapa procesal pertinente dentro del proceso penal y en el recurso extraordinario de casación.

Así las cosas, no se repondrá el auto del 25 de abril de 1995, pues la demanda de revisión no reune la totalidad de los requisitos exigidos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve

NO REPONER su providencia del 25 de abril de 1995.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION / DESISTIMIENTO

Obedeciendo el mandato del artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, el pedimento de desistimiento del recurso extraordinario de casación, resulta por extemporáneo inacogible, pues una vez ingresa un determinado asunto a despacho para decisión, se hace imposible interferir por la sola voluntad del recurrente la solución que en derecho corresponda.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 80

Vistos

Resuelve la Sala la solicitud del procesado LUIS HUMBERTO ROSALES VALLEJO encaminada a que se le admita el desistimiento del recurso extraordinario de casación que en la actualidad se ritúa ante la Corte, siempre y cuando la decisión final que con él espera le ofrezca perspectivas de favor.

Antecedentes

1o. En contra del fallo de segunda instancia de octubre 11 de 1993 proferido por el Tribunal Superior de Armenia, mediante el cual se impartió confirmación al de condena emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, interpuso el defensor del acusado el recurso extraordinario de casación, cuya demanda se declaró ajustada a derecho con auto del 8 de marzo de 1994, remitiéndose el proceso a la Procuraduría Delegada en lo Penal para lo de su cargo.

Recibido el concepto del Ministerio Público, el 6 de julio de 1994 ingresó el asunto al Despacho del Magistrado sustanciador quien registró el proyecto de fallo el 19 de agosto siguiente, sin que le haya sido posible hasta ahora a la Sala ocuparse de su estudio por la necesidad de atender un número considerable de asuntos de tutela, que, por ministerio expreso de la ley, obligan su despacho prioritario.

2o. El procesado señor LUIS HUMBERTO ROSALES VALLEJO manifiesta en su escrito que por hallarse a la espera de la definición de su recurso desde más de un año sin recibir noticia relacionada con la suerte que corra, su interés de ahora es el desistimiento de la impugnación, salvo, eso sí, que pueda darse el evento de una determinación que favorezca sus intereses en debate.

Consideraciones de la Corte

1o. Muy a pesar de haber multiplicado esta Sala de la Corte el número de sesiones semanales en procura de evacuar en oportunidad el desproporcionado número de expedientes sometidos a su competencia constitucional, su propósito se ha visto cada día más irrealizable dada la preferente decisión que por ministerio de la ley implica la revisión de instancia en asuntos de tutela que han terminado desbordando la posibilidad de adoptar fallos oportunos.

El inquebrantable mandato del Decreto 2651 de 1991 que ha venido a alterar el orden de prelación impuesto precedentemente por la ley y que tan solo consideraba la secuencia cronológica de ingreso de asuntos para su decisión, tan solo asoma como perspectiva la de seguir a la espera dentro de esos nuevos turnos prioritarios, de aquel que corresponda al caso reclamado, que no podría excepcionar la Sala so riesgo de vulnerar derechos superiores como los de igualdad y legalidad que amparan las espectativas de los interesados en otros asuntos ingresados en fechas todavía más remotas, al menos mientras la ley no ofrezca como sería de esperar, alguna perspectiva de remedio a esta congestión ya denunciada por la Corte, y que entre tanto hace temer el riesgo de tornarse crónica.

2o. Por otra parte y en cuanto hace referencia al concreto aspecto del desistimiento que se invoca por el memorialista, se le responde que obedeciendo el mandato del artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, su pedimento resulta por extemporáneo inacogible, pues una vez ingresa un determinado

asunto a despacho para decisión, se hace imposible interferir por la sola voluntad del recurrente la solución que en derecho corresponda.

Tiénese, pues, que si el proceso seguido en contra del señor ROSALES VALLEJO ingresó desde el 6 de julio de 1994 para su decisión en esta sede, y cuenta desde el mes siguiente con ponencia para su definición de fondo, la petición encaminada a impedir su decisión no resulta viable ni oportuna.

Consecuente con lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal.

Resuelve:

INADMITIR el desistimiento del recurso extraordinario de casación invocado por el procesado LUIS HUMBERTO ROSALES VALLEJO.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESPONSABILIDAD PENAL/ORDEN DE SUPERIOR
DOCUMENTO PUBLICO

El artículo 91 de la Carta Política hace referencia a lo que se ha denominado responsabilidad constitucional y se refiere a aquellos actos de cualquier autoridad que vulneren la constitución en detrimento de alguna persona al cercenarle un derecho fundamental, lo que la hace responsable tanto penal, civil, administrativa y disciplinariamente, sin que pueda alegar en su favor que recibió mandato superior e incluso legal.

La anterior preceptiva constitucional tiene su razón de ser dentro del esquema jurídico del Estado Social de Derecho, que pretende dirigir su cumplimiento dentro de los límites coherentes y racionales que lo orientan.

La estructura burocrática del Estado gira en torno al principio de jerarquización de su órgano en los que uno, por su propia naturaleza, expiden mandatos y otros se encargan de ejecutarlos, quedando por ello el personal sometido a un orden jerárquico determinado por la facultad de mandar y el deber de obediencia.

Esta estructura jerárquica reclama, entonces, el establecimiento de formalidades y rigorismos que deben tener las órdenes expedidas para que adquieran un carácter vinculante, del cual se desprenda la posibilidad de determinar responsabilidades penales y disciplinarias, ante su desobedecimiento o incorrecta ejecución.

Pero cuando el contenido de una orden sea manifiestamente contrario a derecho, el funcionario público debe abstenerse de cumplirla, so pena de que al realizar la actuación contenida en el mandato se deriven consecuencias punibles, caso en el cual, responderá al igual que su superior.

Por su parte, la orden como justificante, cuya previsión legal se encuentra en el artículo 29 numeral 2o. del Código Penal, contiene en sí misma unos requisitos que obligan examinar si el mandato es legítimo.

De lo anterior se desprende que, en uno y otro caso, la orden debe ser legítima; que aún cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende un obede-cimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demandan un Estado de Derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodeen el hecho al momento de su ejecución.

Admitir que se pueda actuar contrario a derecho cuando lo que se infringe es una norma de carácter legal y no Constitucional, atenta no sólo contra el ordenamiento jurídico, sino contra el respeto a las garantías fundamentales de los asociados quienes, ante tal supuesto, se verían avocados a soportar las consecuencias de actos ilícitos pero "justificados" cuando ellos no conculquen disposiciones de rango constitucional.

Un documento público suscrito por funcionario oficial en su alcance probatorio hace fe de su otorgamiento, fecha y contenido, con respecto a la existencia, modificación o extinción de intereses jurídicos que con el mismo se busca acreditar.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No. 67 (17-05-95)

Segunda No. 9785.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar y la agente del Ministerio Público, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad del dos de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, por medio de la cual condenó al Dr. ALVARO RAFAEL SUAREZ DAZA a la pena principal de tres años de prisión como autor responsable del delito de falsedad material de empleado oficial en documento

público y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, con derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Así mismo, se absolvió a JAIRO JOSE RUIZ ROMO, de los cargos que por el delito de falsedad material le habían sido imputados en la resolución acusatoria.

Hechos y actuación procesal

En la ciudad de Valledupar, por el mes de octubre de 1989 se inició en el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de esa Ciudad, un proceso penal contra Jorge Avendaño Chinchilla por el delito de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, cometido contra la sucursal de la Caja de Crédito Agrario. Adelantada la investigación, el despacho judicial en cuestión profirió contra el sindicado medida de aseguramiento consistente en conminación, decisión que tiene fecha del once de octubre del año en mención.

En el numeral tercero de la parte resolutiva de tal pronunciamiento, el instructor ordenó vincular mediante indagatoria a los Señores Miguel Aroca Morales y Eduardo Cotes Brugés quienes habían actuado como peritos de la entidad crediticia.

El Señor apoderado de la parte civil que actuaba en dicho proceso obtuvo fotocopia informal de la aludida decisión y con posterioridad a ello se pudo dar cuenta de que el numeral tercero en que se ordenaba la vinculación de los Señores peritos había sido suprimido.

Verificada esta situación y estando en curso la investigación se pudo establecer que en la parte resolutiva de la mencionada providencia se había insertado nuevamente el numeral tercero, cuya supresión ya había sido verificada por el apoderado de la parte civil, adición que ahora aparecía con características diferentes a las del resto del escrito y a la de la fotocopia informal inicialmente obtenida por el apoderado de la Caja Agraria.

Denunciada aquella conducta por la Asesora Jurídica Departamental de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar vinculó mediante indagatoria al Dr. ALVARO SUAREZ DAZA y al señor JAIRO RUIZ ROMO, en su calidad de juez y secretario respectivamente, del Juzgado Noveno de Instrucción Criminal.

Resuelta la situación jurídica de los acusados con medida de aseguramiento de detención preventiva, se practicaron varias diligencias, al tiempo que se allegó estudio documentológico de los textos que contienen la providencia dictada por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de fecha octubre once de mil novecientos ochenta y nueve, esto es, la fotocopia que aportó la denunciante, original donde aparece adicionado el numeral tercero de la parte resolutiva y la reproducción fotostática de la copia al carbón que reposaba en los archivos del Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de esa localidad.

La Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de falsedad en documento público contra los procesados SUAREZ DAZA y RUIZ ROMO.

Ejecutoriado el pliego acusatorio, el expediente pasó al Tribunal Superior de Valledupar, quien por auto de enero veintiséis de mil novecientos noventa y cuatro ordenó poner a disposición de las partes el proceso, conforme a lo normado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Ordenada una probanza, se celebró la audiencia del juzgamiento el día veinte de abril de mil novecientos noventa y cuatro y el dos de agosto siguiente, la Sala del Tribunal Superior profirió la sentencia en la cual condenó al Dr. ALVARO RAFAEL SUAREZ DAZA a la pena principal de tres años de prisión como autor responsable del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la principal.

El Tribunal prescindió de condenar al procesado al pago de perjuicios por cuanto consideró que el delito de falsedad material el tener como bien jurídico la fe pública se trataba de un ente abstracto e incapaz de ser lesionado patrimonialmente y además por que la conducta falsaria no le infirió daño patrimonial alguno a ninguna persona jurídica ni privada.

Al acusado JAIRO JOSE RUIZ ROMO lo absolvió de los cargos que le habían sido imputados en la resolución de acusación.

Fundamentos de la determinación del Tribunal

Comienza la Sala por dar respuesta a cada uno de los argumentos formulados por los sujetos procesales, puntualizando respecto a los presentados por la Señora Fiscal de la causa, que comparte sus apreciaciones en cuanto a la prueba de tipicidad de la conducta, mas no en lo relativo a la responsabilidad

del procesado RUIZ ROMO, por lo que se adelanta a advertir que, en lo que a él concierne, proferirá un fallo absolutorio.

Así mismo, comparte algunos puntos esbozados por la Señor Agente del Ministerio Público, pero rechaza su criterio en cuanto a su afirmación de que se le debe restar credibilidad a la declaración del testigo Olmedo Larrazábal (Oficial Mayor del Juzgado) por la contradicción en que el mismo incurrió en la diligencia de audiencia pública comparada con las rendidas con anterioridad.

Tampoco acepta el argumento de que se trata de una falsedad inocua, por cuanto ésta se da, explica la Sala, "cuando la conducta no contiene ni siquiera la potencialidad jurídica de irrogar un daño, o crear una situación de peligro para el bien jurídico tutelado". El daño, en este caso, no sólo se produjo sino que se agotó en el ámbito jurídico. Y aun cuando la conducta hubiese ocasionado un daño eventual o no se lo hubiese ocasionado, es irrelevante por cuanto ésta ya estaba consumada.

Por otra parte, al referirse a alguna manifestación que al respecto hizo el procesado SUAREZ DAZA, quien sostuvo en la vista pública que como la entidad crediticia no recibió perjuicio económico alguno la acción por él realizada no configura el delito a él imputado, expresó:

> "... el bien jurídico protegido en el delito de falsedad, en cualquiera de sus múltiples expresiones conductales, es la fe pública, la cual para ser mancillada sólo basta con que de cualquier forma se altere la verdad de un documento, ya que esta alteración per se socava la credibilidad que normalmente los asociados depositan en los mismos..."

El delito de falsedad presenta la calidad de pluriofensivo cuando la conducta no solo lesiona la fe pública sino que alcanza a causar daño al patrimonio de una persona.

En el caso presente, es cierto que la Caja Agraria no sufrió mengua patrimonial, pero también lo es que la conducta delictual alcanzó su consumación en el momento en que "el acusado SUAREZ DAZA suscribió y prohijó la elaboración del segundo auto, en el cual se plasmaron las supresiones conocidas procesalmente, ya que desde este mismo instante fue lesionada la fe pública..."

También discrepa de las apreciaciones de la defensa siendo la primera de ellas la relativa a que si bien no obra en la resolución acusatoria una motivación

suficiente con las pruebas en que se basó la fiscalía para adoptar la respectiva decisión, no es motivo de absolución del procesado pues ello se debe a una falta de técnica, a más que se encuentran válidamente incorporadas al proceso.

De plano inadmite la posibilidad de considerar que únicamente se tome en cuenta la declaración rendida en la vista pública por Olmedo Larrazábal y pone de presente que en los estrados judiciales los testimonios se analizan, sopesan y evalúan teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica.

Rechaza, igualmente, la tesis referida a la imposibilidad de predicar la coautoría criminal sin especificar cuál fue el aporte que cada autor ofreció por que, en este caso, ni el secretario ni el titular del despacho elaboraron la providencia o la parte de ella motejada de falsa, pues ella la elaboró el sustanciador.

Al respecto explica la sala, que la participación de SUAREZ DAZA se dirigío a suscribir la providencia o la parte final donde se suprimía la vinculación de los imputados Aroca Morales y Cotes Brugués, suscripción sin la cual no era posible consumar el delito.

Considera alejada de la realidad procesal la solicitud de la defensa de que se de aplicación al in dubio pro reo, y la afirmación que hiciera relativa a que en el proceso solo existen dos piezas probatorias fundamentales declaraciones del apoderado de la Caja Agraria, Dr. Coronado Pinto y del Dr. José Agustín Olmedo Larrazábal- pues de la investigación surgen indicios graves que apuntan a là culpabilidad del acusado SUAREZ DAZA.

En el capítulo que denominó "PONDERACION JURIDICA DE LAS PRUEBAS EN QUE HABRA DE FUNDARSE LA CONDENA DE UNO DE LOS ACUSADOS Y LA ABSOLUCION DE OTRO", el Tribunal Superior de Valledupar se remite, en primera instancia, a la situación del acusado Dr. ALVARO SUAREZ DAZA, de quien advierte existe el proceso la prueba requerida por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria.

La materialidad del delito imputado al procesado se encuentra debidamente acreditada a través de varias pruebas documentales, periciales e inspección judicial; de ellas, destaca la Corporación, la fotocopia del auto del once de octubre de mil novecientos ochenta y nueve en la que el juzgado instructor resolvió la situación jurídica de Jorge Avendaño Chinchilla, en cuya parte resolutiva ordenó la vinculación de los peritos Aroca Morales y Cotes Brugués; fotocopia auténtica de la copia al carbón de la misma providencia, en la que

no aparece la parte resolutiva del numeral tercero mediante la cual se ordenó la vinculación de los mencionados peritos, por lo que considera se trata de un nuevo pronunciamiento; original del auto que contiene señales de haber sido enmendado su numeral tercero, ya que aparece escrito con máquina diversa a la del resto del proveído, además del sello con el que se trató de notificar al Personero Municipal, pues a la fecha inicial, 10 de octubre, le fue superpuesto el número 2 y aparece como del 12 de octubre.

Aparte de lo anterior, mediante la diligencia de inspección judicial se logró incorporar al proceso fotocopia al carbón del plurimencionado auto donde se verificó la irregularidad atinente a la doble notificación de una sola providencia.

En dictamen pericial efectuado a los documentos arriba relacionados concluyó que el numeral tercero del auto supuestamente original que obra a folio 34 del cuaderno No.1 fue escrito con máquina diversa a la que se utilizó para elaborar el resto de la decisión.

El aspecto referente a la culpabilidad del procesado se encuentra demostrado con el indicio de mendacidad y contradicción consistente, lo primero, en que el procesado explicó que el oficial mayor de su despacho Dr. Olmedo Larrazábal había elaborado por iniciativa propia el original mediante el cual ordenaba la vinculación de los peritos en el numeral tercero. Que al día siguiente, se presentó a su despacho el sustanciador con otra providencia en la que le suprimía a la primera el numeral tercero para no incurrir en el quebranto del principio del non bis in idem y ante tal situación le explicó a su subalterno el error en que se encontraba al tiempo que le ordenó incluyera el numeral tercero suprimido.

No obstante, de otro lado, en injurada que rindiera el Dr. Olmedo Larrazábal fue enfático en afirmar que no elaboró ninguna providencia en la que suprimiera el numeral tercero que ordenaba la vinculación de los señores peritos, pues una vez suscrita una providencia por su superior le era imposible efectuar sobre ella alguna modificación.

Aclara El Tribunal que se trata entonces de dos posiciones antagónicas y que si bien el citado sustanciador rindió declaración en tres oportunidades, y en la última de ellas hizo un relato diferente a las anteriores, le da credibilidad a la primera, por considerar la Corporación que en aquella época se encontraba en mejores condiciones de rememorar los acontecimientos, en tanto que de la última declaración se desprende el ánimo de favorecer a su "exjefe", situación

de la que infiere el indicio de mendacidad, teniendo en cuenta los aspectos contradictorios en que incurre cada deponente.

El indicio de rastros y huellas dejados por el delito lo infiere de la inspección judicial practicada a los archivos del Juzgado Noveno de Instrucción Criminal y de los hechos indicantes que obran a folios 8, 34 y 111, esto es, fotocopia del cuestionado auto del once de octubre que se anexó a la denuncia, original del mismo y fotocopia de la providencia encontrada en los archivos del juzgado, que contienen características de las cuales infiere tanto la autoría de la falsedad en cabeza del acusado SUAREZ DAZA como su culpabilidad "ya que ni al más incauto de los juzgadores se le ocurriría pensar que un juez va a verse envuelto en una tramoya procesal como la aquí demostrada, sin tener conocimiento y plena conciencia de que estaba cometiendo una acción ilícita en el ámbito penal".

En cuanto a la situación del procesado JAIRO JOSE RUIZ ROMO, si bien acepta que suscribió en su calidad de Secretario del Juzgado Instructor el auto original que fue adicionado ulteriormente, no existe constancia en cambio de que haya suscrito el original del auto cuya fotocopia al carbón obra al folio 418 en el que no aparece el numeral tercero generador de este proceso. No obstante, es su deber como Secretario suscribir las providencias sin entrar a cuestionar su legitimidad.

Recuerda la sala las contradicciones que se suscitan de las indagatorias rendidas por el ex-secretario y por el Dr. SUAREZ DAZA de las que concluye el deseo por parte de RUIZ ROMO de cooperar con su jefe, sin tener en cuenta que éste ya había depuesto en forma diferente.

De otro lado, considera que el mencionado secretario no podía ser autor del delito como quiera que autor solo puede serlo quien realiza la conducta típica, con o sin la complicidad de otro agente; en este caso, RUIZ ROMO ni elaboró intelectualmente, ni suscribió como juez la providencia falseada.

Tampoco se le puede considerar como coautor, propio o impropio, porque es el agente que en compañía de otro realiza la conducta materialmente típica, con igual participación en la culminación o el principio de ejecución del hecho punible. De autos está demostrado, dijo la corporación, que la providencia en cuestión la elaboró el oficial mayor con el consentimiento del titular del Despacho quien luego la suscribió.

Con base en la doctrina, el Tribunal reafirma su posición de que el acusado RUIZ ROMO no puede ser tenido como coautor porque no tenía el dominio

de la acción en la realización de la falsedad, ni la posibilidad de interrumpir o detener el decurso del delito pues éste no dependió de su dominio volitivo, por lo cual considera como atípico el comportamiento del ex-secretario y en consecuencia lo absolverá.

Síntesis de las impugnaciones

La Procuradora 117 Judicial interpone recurso de apelación a fin de que se revoque la sentencia absolutoria proferida a favor de JAIRO RUIZ ROMO.

Manifiesta la impugnante que la explicación que este procesado da en la indagatoria consistente en que cuando salió la providencia elaborada por OLMEDO LARRAZABAL éste no había incluído el numeral tercero que ordenaba vincular a los peritos, no es cierta; la providencia entregada al apoderado de la parte civil era la inicialmente expedida, o sea que contenía en su tercera hoja el numeral tercero aludido pues la falta de éste la advierte en el momento del cierre de la investigación.

RUIZ ROMO admite en su injurada que suscribió y notificó dos veces el citado auto y entonces como es posible que no se percatara de tal irregularidad. "Si primeramente notificó la providencia por qué llevó a cabo la segunda notificación?. Por qué llenó dos veces los sellos de éstas y por qué suscribió nuevamente la providencia?".

Tampoco son ciertas las explicaciones presentadas acerca de que el oficial mayor destruyó la hoja número tres porque no había incluído el numeral tercero que le había ordenado su superior jerárquico y de allí su doble notificación, porque la que había destruído era la que presentaba el numeral y reemplazada por la que no lo tenía y a la que decidieron incluírsela después.

Para la Representante del Ministerio Público estos hechos son indicantes de que el procesado conocía la alteración del documento y quiso su realización al suscribirlo y notificarlo por segunda vez.

Considera que la conducta del ex secretario no se encuentra amparada por causal alguna de justificación pues como funcionario público subalterno no estaba obligado a apoyar comportamientos violatorios de la ley penal.

Su intervención en el proceso de falsificación se establece a través de la suscripción y notificación de la hoja alterada tendiente a un propósito común, lo que constituye su participación en el grado de coautoría.

En similares términos se pronuncia la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal y más concretamente en lo que hace a la interpretación del artículo 91 de la Constitución, pues si JAIRO RUIZ ROMO en su función de hacer las notificaciones, tanto en la copia que se le dio al abogado de la entidad crediticia como en la que se agregó el numeral tercero fueron notificadas por él en la misma fecha, cuando la corrección fue elaborada en fecha diferente, siendo consciente de que lo que hacía el Juez era ilegal.

Si bien la firma del secretario en las providencias no es requisito sustancial para su validez, al firmarla a sabiendas de que era ilegal, así se lo hubiera ordenado su superior, estaba también incurriendo en la falsedad que éste le proponía y podía abstenerse de hacerlo bajo la disculpa, en caso de un disciplinario, de que no se le podía obligar a cometer un delito.

Resalta las diferencias entre las páginas terceras de la providencia allegada por el abogado de la parte civil y la obrante en el proceso contra AVENDAÑO CHINCHILLA, de lo cual no se puede deducir que fue un descuadre de la máquina al tratar de incluir la vinculación de los peritos.

Por su parte el señor defensor del procesado ALVARO RAFAEL SUAREZ DAZA, al sustentar el recurso de alzada afianzó su inconformidad frente al fallo de primer grado sosteniendo que va contra los postulados del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Dentro de sus argumentos explica que si se ubica el dolo en el tipo no puede mirarse la conducta de su defendido adecuada al artículo 218 del Código Penal por ausencia de este elemento, entonces no se estructura la tipicidad; no cabe el dolo eventual y menos la culpa.

En lo que denomina "PRUEBA DE LA TIPICIDAD" alude a algunos apartes de la prueba grafológica visible a folios 359 a 363 del cuaderno original y consigna que los puntos allí tratados son inconciliables por lo que respecto del dictamen habrá de llegarse a una solución, ya sea que se acoja la prueba porque no corresponde a la verdad procesal y, se concatene con todo el material probatorio obrante en el plenario.

Luego, pasa a ocuparse de "LA RESPONSABILIDAD DEL SINDICADO", para lo cual recuerda el contenido de los artículos 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal y de un aparte de las consideraciones del a quo relativo a la materialidad del delito, a quien le critica haber realizado todo el esfuerzo para producir un fallo adverso y luego se cuestiona sobre el grado de imitación

que se necesita para que se llegue a configurar la falsedad documental y si el obrar de su defendido hubiera estado orientado "concientemente desde el fin, habría permitido UNA FALSEDAD 'DE MODO QUE BURDAMENTE APARECE 12'".

También muestra su inconformidad frente a las pruebas indiciarias y refuta el indicio de mendacidad y contradicción resaltando que la indagatoria es un medio de defensa. Respalda su aserto en varias posturas doctrinales sobre la conducta procesal del sindicado, sobre el indicio y sobre el testigo, para expresar que conforme al artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, el indicio es indivisible y sin embargo dentro del proceso no hubo problema en aducir como hechos indicadores diferentes los únicos que militan en el plenario "LA DECLARACION DE OLMEDO LARRAZABAL y EL TEXTO DEL AUTO (DOCUMENTO). Son dos medios de prueba diferentes, indudablemente, pero, CONVERGEN EN LA DEMOSTRACION DE UN MISMO HECHO INDICADOR, y, que lamentablemente aquí CONFUNDIO EL FALLADOR CON EL INDICIO MISMO".

Asegura que el fallador no hizo alusión a la inferencia lógica y si la fuente del indicio se diluyó mal podría pensarse que éste subsiste; por lo tanto si la declaración de Olmedo y el documento fueron la fuente del hecho indicador, con mayor razón se desvanece lo que de ella se deriva.

El propio procesado Dr. ALVARO RAFAEL SUAREZ DAZA impugna la sentencia condenatoria y basa su alegato en que el Magistrado Ponente valoró las pruebas en forma parcial para conseguir un resultado condenatorio.

A su juicio, el sentenciador tomó aspectos que le sirvieron de soporte a la decisión, ya que en su indagatoria explicó que en el juzgado a su cargo se tramitaban varios procesos de la Caja Agraria de las mismas características y que encomendó al sustanciador grado 09 JOSE AUGUSTO OLMEDO LARRAZABAL en quien incurrió la confusión de excluir el numeral 3o. de la plurimencionada providencia, para evitar un doble juzgamiento, pues los señores peritos figuran en los otros procesos, por lo que él comentó que debía incluirlos ya que se trataba de otra situación.

Se probó que OLMEDO LARRAZAL fue quien manejó los procesos, que era su costumbre agregar numerales en las mismas condiciones, en las copias lo hacía sin utilizar papel carbón, que siempre dejaba un espacio entre el último numeral de la parte resolutiva; además, que el abogado de la parte civil no hizo

comentario alguno sobre la mutilación y en un escrito que presentó, pidió ruptura de la unidad procesal para que investigara a los peritos.

Afirma que el Magistrado Ponente hizo un incompleto análisis del resultado grafológico, el que indicaba que las cosas se dieron como las narró y lo que se hizo fue únicamente agregar el plurimencionado numeral y aunque haya sido en forma burda, así había procedido en otras ocasiones sin intención de causar mal sino en aras de mejorar el fondo de las investigaciones. La copia hallada en el archivo sin el numeral tercero es el reflejo de que al pasar el sustanciador la hoja número tres donde debía vincularse a los peritos lo hizo en original y una copia, únicas que aparecen firmadas.

En lo que denomina "APRECIACION DE LAS PRUEBAS" considera que se hizo alusión a algunas partes del material probatorio y menciona la fotocopia informal del auto del 11 de octubre de 1989, donde no se incluye el numeral tercero, el dictamen pericial del laboratorio de documentología "y la suposición de que se había agregado el numeral a raíz de la denuncia y de que se había notificado dos providencias", reiterando que ello fue resultado de la confusión del sustanciador, que el sello de notificación se lo colocaron a la hoja tres, a la corregida y luego agregada y a la no corregida ni firmada, última esta que es la que se archiva y que sin malicia fotocopiaron y entregaron al Dr. Coronado Pinto, apoderado de la Caja Agraria.

Las indagatorias también fueron miradas superficialmente y se desconoce que guardan gran correspondencia pues demostrado quedó que OLMEDO LARRAZABAL no solo resolvió la situación jurídica de Jorge Avendaño sino que calificó el mérito del sumario por primera vez, que incluía y excluía numerales de la misma manera en otros procesos, que había investigaciones de las mismas características, que el abogado Coronado Pinto no se pronunció sobre la mutilación, que su actuación, la del procesado, aparece a partir del auto que decreta la nulidad que se provocó por la omisión del numeral tercero tantas veces aludido.

Si el Magistrado Ponente consideró su actitud como "DEPLORABLE, NEGLIGENTE E IRRESPONSABLE QUE RAYA EN LO DELICTUAL" se colige entonces que comprende una forma pasiva, cuando la conducta que se le imputa exige una actuar doloso y los rasgos de imprudencia, negligencia, impericia, etc., la conducta debe figurar como culposa.

Se cuestiona sobre el mérito que se le asignó a cada prueba, a las inspecciones judiciales de las que no hubo estimación de ninguna clase, es decir, se

desconocieron pruebas que conducen a demostrar algún aspecto a él favorable.

Para finalizar se remite a la estructura del delito que tipifica el artículo 218 del Código Penal y reitera que en el presente caso la manera como se incluyó el numeral tercero indica que no hubo intención de engañar, ya que para ello es indispensable que la verdad aparezca alterada.

En posteriores escritos la Procuradora 117 Judicial Penal y la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal, en términos similares solicitan que se imparta confirmación a la sentencia condenatoria proferida contra ALVARO RAFAEL SUAREZ DAZA por cuanto se dan los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Síntesis del alegato del no recurrente

El defensor de JAIRO RUIZ ROMO solicita, una vez se desate el recurso de alzada, mantener la decisión que absolvió a su representado. Para ello, resalta la parte pertinente de las consideraciones que al respecto hizo el *a-quo*.

Explica que RUIZ ROMO no tomó partido en la realización del hecho delictivo porque en el momento de los acuerdos entre el titular del juzgado de instrucción y Olmedo Larrazábal, para efectos de la mutilación, adición o enmienda de los autos ni siquiera se enteró del por qué de tales modificaciones sino cuando la acción ya se había consumado.

Su responsabilidad no puede inferirse del hecho de haber firmado la providencia, pues era su deber dentro del giro normal de sus actividades y por su función que ejercía como subordinado no le era dable entrar a discutir, adicionar o suprimir las providencias del juez.

Consideraciones de la Corte

Como quiera que contra la sentencia de instancia se interpusieron plurales recursos de apelación, por la representante del Ministerio Público, la Fiscal Segunda Delegada ante el Tribunal de Valledupar, el defensor del procesado ALVARO SUAREZ DAZA y el mismo acusado, se procederá a responder sus argumentos en el mismo orden en que aparecen, a fin de darle mayor claridad a esta decisión.

I. Ministerio Público

La impugnación propuesta por la Procuradora 117 en lo Judicial radica en que conforme a la conducta ilícita que desplegó el procesado Jairo Ruíz Romo, el cual fue absuelto en primera instancia por el Tribunal de Valledupar, se sabe que éste no sólo conocía de la alteración del documento, sino que además quiso la realización del hecho delictivo al suscribirlo y notificarlo en dos oportunidades. Por ello, su comportamiento tenía un propósito común con el del Juez condenado, lo cual lo hace partícipe de la infracción de Falsedad Material en Documento Público.

Recuérdese que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, al calificar el mérito de la instrucción, entendió que la conducta que se le imputa al ex-secretario es ilícita por cuanto las justificaciones dadas por los acusados SUAREZ DAZA y RUIZ ROMO no encontraron respaldo en las pruebas allegadas al plenario, pues el Juez sentenciado adujo que la alteración de la providencia se debió a una confusión del oficial mayor del despacho; y Ruíz Romo afirmó que el auto en cuestión le fue pasado dos veces para notificar, siendo esa la razón para que exista en su respaldo doble sello con características diferentes. Lo anterior llevó a la Fiscalía a inférir que el Juez Instructor ordenó inicialmente la vinculación de los Señores Cotes Brugués y Aroca Morales, disposición que luego fue suprimida, actitud que revela el dolo con que actuaron los citados juez y secretario para quella época.

Revisado el plenario en su integridad permite a la Corte afirmar que razón le asiste a la representante de la sociedad, pues no hay que olvidar que en los descargos que rindió el procesado aceptó haber suscrito y notificado en dos oportunidades el auto redarguido de falso, aduciendo que fue firmado por él y por su jefe en dos oportunidades; también que en el juzgado era costumbre que todos los procesos que estaban para notificar se ubicaran en un lugar específico con una nota visible que decía "para notificar al Personero y por estado", así como la fecha cuando correspondiera efectuarlo; que como al oficil mayor, Olmedo Larrazábal le fue ordenado incluírle a la providencia el numeral tercero, éste lo que hizo fue cambiar la última hoja y por esa razón el auto se notificó dos veces.

Para la Sala es claro que RUIZ ROMO no intervino en la confección del texto de los documentos contentivos del auto en mención, pues así se desprende de las manifestaciones que efectuaron SUAREZ DAZA y OLMEDO LARRAZABAL, Juez y sustanciador respectivamente, de las cuales no se

evidencia que en la inclusión o supresión del citado numeral tercero de la parte resolutiva éste haya tenido injerencia, aún cuando haya suscrito la providencia en diferentes oportunidades.

Tampoco se observa que hubiera sido determinador de la conducta, por cuanto la decisión de proceder en tal sentido fue única y exclusivamente del procesado SUAREZ DAZA en la que tampoco tuvo participación alguna el procesado absuelto RUIZ ROMO.

Sin embargo, es el propio ex-secretario quien acepta en su injurada haber co-documentado con su rubrica los referidos autos y haber efectuado una doble notificación de la providencia, cuando explicó que el inicial proveído le había sido entregado para la respectiva notificación pero que éste no tenía incluído el numeral tercero, por lo tanto al recibir Olmedo Larrazábal la orden de su inclusión por parte del Juez, lo que hizo Ruíz Romo fue cambiar la última hoja de la citada decisión y por ello la notificó en dos oportunidades.

Si se revisa la fotocopia de la providencia que fue adjuntada a la denuncia (esto es, la inicialmente obtenida por la parte civil) y si se coteja con el original que contiene la enmienda del numeral tercero, es fácil establecer que, comparadas las notificaciones realizadas por el secretario, en la primera aparece notificado el Personero Municipal y en la segunda no, aún cuando aparece firmándola el procesado Ruíz Romo; en la primera, es decir en la que estampa su rúbrica el Ministerio Público de fecha 12 de octubre de 1989 no aparece enmienda y en la segunda sí; y para no mencionar mas detalles de los arguidos por el sentenciador de primer grado, la segunda notificación de ambos ejemplares, esto es, la que se hace al procesado, aparece con características muy distintas de las cuales es fácil establecer que se realizaron en diferentes oportunidades.

Vistas así las cosas, y contrario a lo expresado por el Tribunal Superior de Valledupar, considera la Sala que es necesario predicar la coautoría del hecho a JAIRO RUIZ ROMO, pues si bien el ex-juez SUAREZ DAZA ordenó la supresión y posterior inclusión de la parte resolutiva de la providencia y además la suscribió, la firma de él como Secretario coadyuvó a que se alterara la verdad contenida en el documento y en consecuencia alcanzara la aptitud de perturbar el tráfico jurídico pues, de esta forma, la decisión adquirió plena validez.

Considera la Sala que RUIZ ROMO en su calidad de Secretario del extinto Juzgado Noveno (9o) de Instrucción Criminal tenía co-dominio del hecho,

habida cuenta que al estarle atribuída la función de autorizar con su firma todas las providencias del proceso, tal como lo establece el decreto 1265 de 1970, lo ubicaba en la posibilidad de suscribir o nó, de acuerdo a su voluntad, la providencia mencionada; ello significa que estaba en sus manos permitir el desarrollo normal de los hechos o abstenerse de hacerlo.

En estas condiciones sería un despropósito aceptar la tesis del Tribunal, el sentido de que su deber como Secretario no le permitía entrar a cuestionar su legitimidad, pues esto significaría admitir que la labor de cualquier Secretario de despacho judicial se limita a firmar las providencias sean estas o nó auténticas o falsas. Por ello, al imprimir RUIZ ROMO su rúbrica en las providencias en las dos oportunidades que lo hizo, se vislumbra su clara intención de actuar acorde al querer del también procesado SUAREZ DAZA, participando materialmente en la gestión del documento falso, pues eran tales firmas las que otorgaban autenticidad a los documentos.

El aserto anterior encuentra mas consistencia al analizarse otras circunstancias que rodearon el hecho y que se constituyen en indicativas de haber querido su realización, como es el haber efectuado de la misma providencia varias notificaciones las cuales, como ya se dijo, fueron realizadas en diferentes oportunidades pues una y otra contenían características distintas según se destacó procedentemente.

Es precisamente la condición de co-documentador de RUIZ ROMO, la que le permitió hacer un aporte efectivo a la realización integral del ilícito hacia lo cual estaba orientado su obrar, sin que se pueda predicar, como lo hace el Tribunal, que el hecho de no haber elaborado intelectualmente ni suscrito como Juez la providencia falseada no le permite tenerlo como partícipe del delito. Bien sabido es que autor no es solamente quien realiza el comportamiento descrito en el tipo respectivo, sino aquel que realiza conjuntamente con otro una conducta, con pleno dominio del hecho, de tal manera que ambos aparecen como coautores y por lo tanto responsables del comportamiento delictivo.

Tampoco se puede afirmar que su obrar no dependió de su dominio volitivo, pues era libre su voluntad de suscribir la providencia falseada, estaba en capacidad de preveer los resultados procesales de un cambio de esta naturaleza y no obstante ello, decidió encaminarse a su consecución; no puede pasarse por alto que era a él a quien correspondía efectuar todas las notificaciones y por lo tanto era una labor que acostumbraba a desarrollar por lo cual sabía de las implicaciones que su actuar podía traer.

Las precedentes consideraciones son las que llevan a la Sala a revocar la absolución con la que fue favorecido el ex-secretario RUIZ ROMO por el Tribunal Superior de Valledupar para en su lugar imponer la sentencia condenatoria que corresponda, conforme se hará más adelante.

II. Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal

Similares son los argumentos expuestos por la Fiscal Segunda Delegada con el fin de obtener por parte de esta Corporación que se revoque la sentencia absolutoria con la que fue favorecido JAIRO RUIZ ROMO, pero con la adición de que no comparte la interpretación que el a quo le dio al artículo 91 de la Constitución Nacional.

En su criterio la preceptiva constitucional la única excepción que hace es en relación con los militares en servicio activo, ya que no es posible obligar a una persona a cometer un delito cuando no lo quiere hacer, más cuando llevando tantos años trabajando en el poder judicial, tenía conocimiento de las consecuencias que la ilicitud le traería.

Como otro reproche al fallo de instancia sostiene que el procesado debe ser condenado a título de coautor, pues también es del criterio que el procesado Ruíz Romo conocía y quería la conducta ilícita por el cual se condenó al Juez Suárez Daza.

Sobre el primer reparo que hace la Fiscalía a la sentencia del Tribunal Superior de Valledupar relacionado con el artículo 91 de la Constitución Nacional, se debe ante todo, transcribir el aparte correspondiente del fallo recurrido.

En efecto, el Tribunal Superior de Valledupar, dentro de las varias consideraciones que utilizó como soporte para absolver al Secretario del extinto Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de esa localidad, anotó:

> "Ahora bien, en la hipótesis de que el ex secretario Ruíz Romo hubiese conocido la ilicitud del segundo auto, es decir, de aquel por el cual se suprimió el numeral tercero, tampoco estaba exonerado del deber de suscribir tal proveído, ya que en este caso la responsabilidad total de dicha conducta ilícita le correspondería a su superior. La anterior apreciación se extrae de una interpretación lógica del art. 91 de la Carta, que trasunta literalmente el art. 21 de la Constitución anterior, el cual expresa: "En caso de infracción manifiesta de un pre-

cepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta".

"Como claramente se vé, la orden de un superior no exonera de responsabilidad al agente que realiza una conducta manifiestamente contraria a la Constitución; entonces contrario sensu, cuando esa orden superior se imparte con el objeto de infringir una norma de rango legal, y el agente la realiza, en este caso sí queda exonerado de toda responsabilidad...."

El artículo 91 de la Carta Política hace referencia a lo que se ha denominado responsabilidad constitucional y se refiere a aquellos actos de cualquier autoridad que vulneren la constitución en detrimento de alguna persona al cercenarle un derecho fundamental, lo que la hace responsable tanto penal, civil, administrativa y disciplinariamente, sin que pueda alegar en su favor que recibió mandato superior e incluso legal.

La anterior preceptiva constitucional tiene su razón de ser dentro del esquema jurídico del Estado Social de Derecho, que pretende dirigir su cumplimiento dentro de los límites coherentes y racionales que lo orientan.

La estructura burocrática del Estado gira en torno al principio de jerarquización de sus órganos en los que unos por su propia naturaleza, expiden mandatos y otros se encargan de ejecutarlos, quedando por ello el personal sometido a un orden jerárquico determinado por la facultad de mandar y el deber de obediencia.

Esta estructura jerárquica reclama, entonces, el establecimiento de formalidades y rigorismos que deben tener las órdenes expedidas para que adquieran un carácter vinculante, del cual se desprenda la posibilidad de determinar responsabilidades penales y disciplinarias, ante su desobedecimiento o incorrecta ejecución.

Pero cuando el contenido de una orden sea manifiestamente contrario a derecho, el funcionario público debe abstenerse de cumplirla, so pena de que al realizar la actuación contenida en el mandato se deriven consecuencias punibles, caso en el cual, responderá al igual que su superior.

Por su parte, la orden como justificante, cuya previsión legal se encuentra en el artículo 29 numeral 2o. del Código Penal, contiene en sí misma unos requisitos que obligan examinar si el mandato es legítimo.

De lo anterior se desprende que, en uno y otro caso, la orden debe ser legítima; que aún cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende, un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demandan un Estado de Derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodeen el hecho al momento de su ejecución.

En estas condiciones, no le asiste razón al Tribunal Superior de Valledupar respecto a la afirmación de que el ex-secretario Ruíz Romo no estaba exonerado del deber de suscribir tal proveído, bajo la premisa de que con ello no contrariaba la Constitución sino una norma de rango legal, hecho que de por sí lo excluía de responsabilidad, pues como quedó visto, ni el mandato Constitucional, artículo 91, ni el artículo 29 del Código Penal citado, permiten inferir una interpretación como la expuesta por el a quo, ya que admitir que se pueda actuar contrario a derecho cuando lo que se infringe es una norma de carácter legal y no Constitucional, atenta no sólo contra el ordenamiento jurídico, sino contra el respeto a las garantías fundamentales de los asociados quienes, ante tal supuesto, se verían avocados a soportar las consecuencias de actos ilícitos pero "justificados" cuando ellos no conculquen disposiciones de rango constitucional.

III. Defensor del condenado

Argumenta que al mismo se lo debe absolver de los cargos que le fueron formulados por la Fiscalía General de la Nación, pues, a su juicio, no se reúnen los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, porque no existe certeza del hecho punible ni de la responsabilidad del sindicado.

Igualmente estima que si se ubica el dolo en sede de tipicidad la conducta que se imputa a su poderdante no se adecua al artículo 218 del Código Penal, por ausencia del ingrediente de intencionalidad, por lo que "no cabe dolo eventual y menos la culpa".

Contrario a lo manifestado por el apelante, encuentra la Sala que sí se dan a cabalidad los requisitos para proferir sentencia condenatoria contra el ex-Juez Noveno de Instrucción Criminal al obtenerse prueba que conduce a la certeza de la materialidad de la infracción y de su responsabilidad en los hechos materia del juzgamiento.

Para el Tribunal los aspectos objetivo y subjetivo del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público quedaron plenamente establecidos al obrar en el plenario las pruebas documentales contentivas de la providencia alterada, una de las cuales, copia al carbón, se obtuvo en diligencia de inspección judicial efectuada en el extinto juzgado de instrucción, los respectivos estudios grafológicos que sobre ellas se efectuaron, todo lo cual condujo a la demostración de la realización del hecho punible que tipifica el artículo 218 del Código Penal.

La culpabilidad de SUAREZ DAZA también es evidente conforme al análisis que de la prueba indiciaria efectuó el a quo, todo lo cual dedujo de las múltiples contradicciones en que incurriera Suárez, así como el sustanciador Olmedo Larrazábal en las diferentes intervenciones, como quiera que entre estos personajes se efectuó el acuerdo de suprimir la parte de la providencia que vinculaba a los señores peritos y luego incluirla, situación que por sí sola no admitía la posibilidad de que sus versiones presentaran tantas inconsistencias, al ser conocedores de los mismos hechos y bajo las mismas circunstancias.

Tampoco resultan ajenas a esta Sala las contradicciones en que el mismo procesado incurrió cuando rindió sus exposiciones y el hecho de que Olmedo Larrazábal, cuando inicialmente estuvo vinculado al proceso, presentó una versión de los hechos, y luego ya, desvinculado de éste, en diligencia de audiencia pública presenta otra en la que indudablemente trata de favorecer al ex juez procesado.

En efecto, si se revisan las intervenciones de uno y otro, SUAREZ DAZA siempre sostuvo que se trataba de dos momentos en que el oficial mayor le presentó la providencia, una de ellas diciendo que la había reelaborado totalmente y otra afirmando que solo era la tercera hoja; por su parte Olmedo Larrazábal desde un cominezo se refirió a un solo proveído el que presentó inicialmente y que posterior a ello no elaboró ningún otro, afirmación que luego adicinó diciendo que la presentada en primera instancia a su ex jefe tenía dos numerales y que luego le incluyó el tercero.

La existencia de tales contradicciones permitieron al a quo inferir el indicio de "mendacidad y contradicción", al tiempo que el de "rastros y huellas dejados por el delito" de las incongruencias que presentan los documentos que obran a folios 8, 34 y 111 del cuaderno original, cada una de las cuales fue analizada por el Tribunal.

Entendidas así las cosas, no le asiste razón al impugnante en cuento a que no se estructuran los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, cuando la prueba obrante en el plenario es indicativa de la responsabilidad de SUAREZ DAZA.

Ahora bien, al parecer el memorialista incursionando en el esquema finalista de la acción, entendió que al incluír el dolo en sede de tipicidad, la conducta desplegada por SUAREZ DAZA por sí sola se convertía en atípica, porque en su sentir el actuar de su representado carece de este elemento.

Al respecto se debe precisar que conforme a ese esquema el dolo supone el conocimiento de los hechos y la voluntad de su realización, como quiera que se trata de un dolo natural o avalorado, esto es, que no incluye el conocimiento de la antijuridicidad.

En el caso del ex juez procesado, no se puede hablar de atipicidad de la conducta por el hecho de que se traslade el dolo a la tipicidad, pues para ello tendría que demostrar que no tenía conocimiento de los hechos ni la voluntad de su realización, lo que carece de todo respaldo, en razón a que con la sola firma de las providencias la inexistencia de estos requisitos queda descartada.

Agréguese a ello que la consecuencia de una postura tal es que el conocimiento de la antijuridicidad es potencial, pero que en todo caso el agente actúa con dolo ubicado en el tipo.

Infundadas resultan, de otro lado, las posturas asumidas por el impugnante frente a la sentencia que ataca, como quiera que solo se remite a uno de los estudios grafológicos para asegurar que nos hallamos frente a un juicio carente de todo respaldo probatorio, cuando la prueba que cuestiona constituye sólo uno de los elementos de convicción que sirvieron al a quo para edificar el fallo de condena.

Lo mismo sucede cuando cuestiona el grado de imitación que debe tener una providencia para que se tipifique la conducta que se le imputó a su prohijado, postura que en forma habilidosa, solo la refiere a la alteración de la fecha de la notificación, pero jamás se remite al numeral tercero de la parte resolutiva primero suprimido y luego agregado en el que se ordenó vincular a los señores Peritos al proceso mediante indagatoria, aspecto que a la postre se constituye en el fundamento de la falsedad que se le atribuye y por ello el Tribunal se expresó en los siguientes términos:

> "... a través de los indicios graves adecuadamente analizados entiende la Sala que se tiene plenamente demostrada la culpabilidad del acusado Suárez Daza, vale decir, que él, al efectuar la supresión del numeral tercero en la consabida providencia, o al prohijar su supresión actuó con pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta, mas no obstante dirigió su volición hacia ella, sin que existiera ningún fenómeno sicológico o exógeno que compeliera su voluntad. En consecuencia, su conducta es evidentemente culpable, y como tal habrá de responder en este proceso".

Es que, en efecto, el auto que definía la situación jurídica de Jorge Avendaño Chinchilla por el delito de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, cuya fotocopia inicialmente obtuvo el apoderado de la Caja Agraria, ordenaba la vinculación de los peritos Miguel Aroca Morales y Jorge Avendaño Chinchilla mediante diligencia de indagatoria, determinación a la que se atuvo el apoderado de la entidad crediticia y que le demostraba no solo la decisión que se había tomado contra el Señor Avendaño sino la posterior vinculación que se haría de los señores peritos.

La providencia judicial, en calidad de documento público estaba así demostrando a los sujetos procesales y a la colectividad, las medidas que de acuerdo al curso de la investigación tomaba el procesado ex-juez instructor, en quien, como Funcionario Judicial se encontraba depositada la fe pública que se traduce en la autencidad y veracidad de sus actuaciones y la confianza por parte de los sujetos procesales de que sus intereses no se van a ver vulnerados.

No obstante, esa confianza se vio opacada cuando tiempo después el representante de la parte civil se percató de la supresión que en la mencionada decisión se había hecho del numeral tercero aludido, y una vez conocidos estos hechos por la Fiscalía Delegada que adelantaba la instrucción de este proceso, solicitó el desglose de la providencia, calendada 11 de octubre de 1989, la cual contenía el numeral tercero pero escrito en un tipo de máquina diferente al resto del proveído, según se estableció del respectivo cotejo grafológico que luego se efectuó sobre cada documento.

Y luego, en diligencia de Inspección Judicial practicada a los archivos del extinto Juzgado Noveno de Instrucción Criminal se pudo traer a los autos fotocopia de la providencia al carbón que allí obraba y la que, a diferencia de las anteriores, no contenía el plurimencionado numeral tercero.

En estas condiciones resulta totalmente infundada la postura asumida por la defensa, a quien le era imprescindible, para demostrar sus asertos, advertir que suficientes son los elementos de juicio que llevaron al juzgador de instancia a tomar la decisión con la que ahora se encuentra inconforme y que todavía permanece incólume.

Finalmente, no es cierta la tesis asumida por la defensa en el sentido de que para construir la culpabilidad de SUAREZ DAZA se tomaron únicamente como hechos indicadores la declaración de Olmedo Larrazábal y el texto del documento y que no se hizo alusión a la inferencia lógica, porque, tanto el indicio de mendacidad y contradicción como el de rastros y huellas dejados por el delito, emergen, a más de los hechos indicadores anunciados por el impugnante, de las mismas intervenciones del acusado y de los demás ejemplares contentivos de la pluricitada providencia, todo lo cual analizado en su conjunto, condujo a inferir la responsabilidad de SUAREZ DAZA.

Tampoco comparte esta Sala los argumentos presentados por el procesado ALVARO RAFAEL SUAREZ DAZA quien se queja de que solo se tomaron algunos aspectos de su indagatoria en la que sostiene que todo se debió a una confusión del Señor José Olmedo Larrazábal, quien se desempeñaba como sustanciador del juzgado a su cargo.

Precisamente, del análisis de las encontradas versiones rendidas por SUAREZ DAZA y OLMEDO LARRAZABAL, pudo establecer el a quo las contradicciones y la consecuente conclusión de que este último, sobre todo en la diligencia de audiencia pública, trató de favorecer a su exjefe. Ante una situación tal, no puede dársele entera credibilidad a uno u otro, sino que, como bien lo determinó el Tribunal acorde a las reglas de la lógica y la experiencia, cada una de las manifestaciones debe ser analizada en relación con otras circunstancias, como la posición adoptada inicialmente por Olmedo Larrazábal cuando se hallaba vinculado al proceso en la que se mostró seguro de lo que había ocurrido con la citada providencia, y que luego en el transcurso del proceso otra fue la versión por él otorgada, al punto de que en la última de sus intervenciones no pudo más que tratar de acomodar la situación en favor de SUAREZ DAZA pues dió a conocer, después de tanto tiempo, detalles que con anterioridad no había expresado.

De otro lado y dando por cierto que dicho subalterno era la persona que manejaba los procesos de la Caja Agraria y además acostumbraba a realizar

modificaciones a las providencias que proyectaba, en nada contribuye a quitarle el carácter de delictivo a la conducta que consumó al momento de estampar la firma a la providencia, pues con ese solo hecho le otorgó autenticidad y fuerza decisoria.

No se necesita entonces, como equivocadamente lo afirma el procesado recurrente, de la efectiva lesión o daño material, sino su puesta en peligro así sea potencial, con lo que no puede el procesado afirmar, sin razones de peso, que la inclusión del numeral tercero no tiene la potencialidad para engañar, dado que un documento público suscrito por funcionario oficial en su alcance probatorio hace fe de su otorgamiento, fecha y contenido, con respecto a la existencia, modificación o extinción de intereses jurídicos que con el mismo se busca acreditar.

Afirma, inexplicablemente el recurrente, que si el Magistrado Ponente consideró su actitud como "DEPLORABLE, NEGLIGENTE E IRRESPONSABLE QUE RAYA EN LO DELICTUAL", entonces su conducta debe figurar como culposa; en primer lugar, no encuentra la Sala tal calificativo, por el a quo, en parte alguna de la providencia que se impugnó y aunque así hubiera sucedido, de ello no se desprende que la conducta de SUAREZ DAZA deba tenerse a título de culpa, máxime cuando el delito de que se trata es eminentemente doloso.

En estas condiciones, ninguno de los postulados propuestos por la defensa y por el procesado contiene la fuerza necesaria para modificar las conclusiones del Tribunal Superior de Valledupar, en lo que respecta a la situación jurídica de SUAREZ DAZA, las que esta Corporación encuentra acertadas jurídica y probatoriamente, puesto que sobre los aspectos objetivos y subjetivos del delito de falsedad material de documento público hay certeza de su ocurrencia.

IV. Alegato del no recurrente

Respecto a la situación del procesado absuelto JAIRO JOSE RUIZ ROMO ha de reiterarse que de acuerdo a lo expuesto al inicio de esta decisión, la Corte encontró conforme al acervo probatorio obrante en autors que si bien no participó en la confección de la providencia en la que se suprimió el numeral tercero de la parte resolutiva que ordenaba la vinculación de los peritos Aroca Morales y Cotes Brugés, ni en el acuerdo de elaboración de los documentos que contienen la citada decisión visibles todos ellos a folios 8, 34 y 111 del

cuaderno principal, sí la suscribió y además, según afirmaciones del mismo RUIZ ROMO, fue él quien elaboró en ella la doble notificación conforme quedó plasmado en las precedentes consideraciones, conducta que, estima la Sala, se constituye en indicio de querer consumar la acción constitutiva del delito de falsedad material de empleo oficial en documento público.

Por tal motivo se revocará la sentencia absolutoria con la cual fue favorecido el Señor JAIRO JOSE RUIZ ROMO y en su lugar será condenado a la pena principal de tres (3) años de prisión, mínimo previsto para el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, teniendo en cuenta que su conducta anterior ha sido buena y en el expediente no obran constancias de antecedentes penales ni disciplinarios, ni se dan agravantes genéricas que conduzcan a incrementar la pena por encima del mínimo; así mismo, se le impondrá la accesoria de interdicción de derechos y funciones publicas por tiempo igual al de la pena principal, sanción que se ejecutará de inmediato.

Respecto del ex-Juez ALVARO RAFAEL SUAREZ no se tomará la misma medida en virtud del principio de limitación que rige en esta instancia.

No se condenara al procesado al pago de perjuicios de ninguna naturaleza teniendo en cuenta que el Tribunal se abstuvo de hacerlo por las razones ya conocidas.

La Sala considera que el sentenciado se hace merecedor al subrogado de la condena de ejecución por reunirse en su favor tanto los requisitos objetivos atinentes a la pena la cual no supera los tres (3) años, y los subjetivos relativos a la personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible, permiten suponer que el mismo no requiere tratamiento penitenciario.

Para tal efecto, deberá prestar caución prendaria por el valor de trescientos mil pesos (300.000.oo), suma que deberá consignar en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Popular de la Ciudad de Valledupar. Así mismo, se le concede un período de prueba de dos (2) años dentro del cual deberá dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el artículo 69 del Código Penal, so pena de que le sea revocado dicho beneficio.

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

Resuelve:

Primero: CONFIRMAR parcialmente la sentencia impugnada de fecha, origen y naturaleza ya conocida.

Segundo: REVOCAR la sentencia absolutoria dictada en favor de JAIRO JOSE RUIZ ROMO y en su lugar condenarlo a la pena principal de tres (3) años de prisión, como coautor del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, que define y sanciona el artículo 218 del Código Penal. Imponerle la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la principal.

Conceder al sentenciado el subrogado de la condena de ejecución condicional, de que trata el artículo 68 del Código Penal, previo el cumplimiento de las obligaciones que se determinaron en la parte motiva de esta providencia, salvo en lo que atañe a la interdicción de derechos y funciones públicas, sanción que como se dijo será ejecutada en forma inmediata.

Tercero: Para el cumplimiento de la presente decisión, se comisiona al Presidente del Tribunal Superior de Valledupar, a quien se le librará la correspondiente comunicación telegráfica.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA

Plurales son las disposiciones que en la ley de procedimiento advierten la necesidad de que el imputado, aún antes de su vinculación formal, sea enterado sobre la razón que lo ha llevado a comparecer a la justicia. Así, por caso, cuando se libra una orden de captura es necesario que en ella se indique su motivo (art. 387 C. de P. P.), para que al momento de concretarse pueda saber el aprehendido la causa que la justifica; en concordancia con esta disposición la norma precedente (art. 377) impone el deber de enterar de forma inmediata al retenido, antes incluso de su derecho de entrevistarse con un defensor, de enterar a sus allegados su localización o conocer de la opción de dar una versión preliminar, e incluso su derecho a no ser incomunicado, el de saber "sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó. Citado a indagatoria, constituye también deber inexcusable del funcionario que la recibe el de interrogar al imputado, luego de sus generales de ley, "en relación con los hechos que originan su vinculación", obligación que no consiste en señalarle por su denominación jurídica las infracciones que se le atribuyen, sino en solicitarle explicaciones sobre los "hechos" que le involucran o la conducta en que se compromete, sobre la cual recaerá esa valoración jurídica provisional e inmediata que irá a realizar el instructor al definir mediante auto su situación frente al proceso. Y es que lo anterior no podría ser de otra manera, pues cuando el indagado es lego en asuntos de derecho, sus posibilidades defensivas y de explicarse podrían perfectamente restringirse con solo proponerle que explique su conducta en relación con un delito que se le enuncia por el epígrafe del título, capítulo o artículo del código, si quién debe responder ignora en qué consiste o cuales son los elementos que lo integran, sobre los cuales tendrá que darse la ocasión de rendir explicaciones con la amplitud que indica el artículo 362 ibídem.

Pero cuando se le pregunta a un letrado o a persona experta en materias penales y procesales, tampoco podría exigirse que las preguntas se excedan o tengan que aproximarse poco menos que a un debate jurídico pormenorizado, porque lo esencial en cada caso será brindar al indagado la oportunidad de conocer cual es el ámbito de la imputación y sobre él mismo rendir las explicaciones que a bien tenga.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 81

Vistos:

Se decide sobre la solicitud de nulidad que en tiempo le plantea a la Sala el defensor del acusado JOSE ASCANIO IVAN PEÑAS GUERRA, a quien como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, acusa el Señor Vicefiscal General de la Nación por la comisión de un delito de prolongación ilícita de la libertad.

Antecedentes:

1o.- A la Fiscalía 36 de la Unidad Especializada de Vida de Cartagena le correspondió instruir el proceso seguido en contra de Donaldo Coa Ubaque - aprehendido el 26 de junio de 1993-, Vidal Chiquillo Gómez y Humberto Rodríguez Chiquillo, por la muerte de Miller Manuel Martínez Moncary ocurrida el 24 de mayo de 1993, profiriendo en contra de los implicados medida de aseguramiento de detención preventiva. El mérito del sumario se calificó el 16 de noviembre de 1993 con resolución de acusación en contra del primero de los nombrados y preclusión en favor de los dos restantes, decisión que en su parte favorable a los sindicados recurrió en alzada el representante de la parte civil.

De la apelación debió conocer la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal, y como en su criterio consideró que en el calificatorio se había omitido incluir

el punible de porte ilegal de armas de defensa personal, mediante auto del 24 de enero de 1994 dispuso la revocatoria de esa providencia para que el Fiscal Instructor proveyera su complementación.

2o.- Conocido el pronunciamiento, el representante de la Parte Civil denunció al doctor JOSE ASCANIO IVAN PEÑAS titular de la Fiscalía Segunda, estimando que con su decisión pudo incurrir en el delito de prevaricato por acción, dando lugar a que el señor Vicefiscal General de la Nación abriera formalmente la instrucción.

El implicado rindió indagatoria el 24 de febrero de 1994, manifestando las razones que tuvo para revocar la providencia, y a la pregunta de si con la determinación el sindicado se hallaba próximo a ganar la libertad por el transcurso del tiempo, dijo no recordarlo, pero que en todo caso ello no había ocurrido, pues continuaba privado de la libertad.

Mediante interlocutorio del 8 de abril de 1994 la situación jurídica provisional del doctor PEÑAS GUERRA se resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción, concediéndole la libertad provisional. El 5 de mayo siguiente se dispuso la ampliación de indagatoria para determinar si el implicado había leído la totalidad del proceso adelantado en contra de Donal Coa Ubaque y otros, y si a raíz de la revocatoria de la resolución de acusación había adquirido derecho a la libertad provisional por vencimiento de términos.

La diligencia se realizó el 20 de mayo, y en ella dijo el interrogado que cuando el proceso llegó a su despacho con motivo del recurso, ya Coa Ubaque tenía derecho a la libertad provisional por vencimiento de términos, porque el auto de calificación no se encontraba ejecutoriado Fls. 127/128, pero que la defensa no había hecho petición alguna en tal sentido, y a renglón seguido entró a referirse al punible de prevaricato.

Dos meses después (julio 27), se clausuró la investigación, pero mediante auto de octubre 10 se decretó la nulidad del cierre de la investigación, pues no se había definido la situación jurídica provisional "respecto de la conducta desplegada por el funcionario mencionado, al haberse abstenido de pronunciarse sobre la libertad de DONAL COA UBAQUE con ocasión de la revocatoria de la resolución de acusación que pesaba en su contra" lo que constituía una violación al debido proceso.

Obedeciendo ese mandato, el 1o. de noviembre de 1994 se adicionó la medida de aseguramiento de detención preventiva para hacerla extensiva al punible de prolongación ilícita de la privación de la libertad, determinación comunicada personalmente al procesado el 8 de noviembre de 1994, y a su defensor mediante fijación en Estado del 21 del mismo mes, sin que alguno de ellos la hubiese impugnado, como tampoco recurrieron el nuevo auto de cierre de la investigación de noviembre 30.

La providencia calificatoria suscrita el 16 de enero de 1995 terminó precluyendo la investigación por el delito de prevaricato, pero acusando por el de prolongación ilícita de privación de libertad, de modo que se sustituyó la medida de aseguramiento de detención por la conminación, providencia que una vez en firme trasladó el proceso por competencia a esta Corporación.

3o.- Para impulsar el rito de la causa expidió la Sala el auto de 17 de febrero de 1995 ordenando por el término de 30 días el traslado a los sujetos procesales procurando los fines indicados en el artículo 446, y dentro de él propuso la defensa la nulidad de lo actuado por violación del derecho de defensa (artículo 304.3 del Código de Procedimiento Penal) y en relación con el delito por el cual se profirió la resolución de acusación, pues a pesar de que la nulidad que decretó el señor Vicefiscal luego del primer cierre instructivo se motivó en que el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad no había sido objeto de definición en la providencia que resolvió su situación jurídica a su defendido, tampoco sobre él se había interrogado al doctor PEÑAS en su injurada.

Así advierte el señor defensor que "no obstante que con acierto se corrigió la posición de la fiscalía en torno al presunto prevaricato por acción, al resolverse la situación jurídica al doctor Ivan Peñas Guerra por el delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad se pasó por alto que tales hechos no había sido objeto de interrogatorio en la diligencia de indagatoria. En otros términos, se definió situación jurídica y se formuló resolución de acusación por hechos respectos de los cuales no se vinculó al doctor José Ivan Peñas Guerra a través de la indagatoria."

Reconoce el solicitante que en la ampliación de indagatoria se le preguntó a su representado si Coa Ubaque con motivo de la revocatoria de la resolución de acusación adquiría el derecho a la libertad provisional por vencimientos de términos, contestando afirmativamente; pero que tanto la pregunta como la respuesta se encaminaba a establecer su intención de favorecer los intereses

del allí procesado, por lo que el doctor JOSE IVAN hizo mención de unas constancias que serían aportadas al proceso, para luego pasar a explicar por qué no existía el dolo.

El interrogatorio, entonces, dejó al margen el cargo de prolongación ilícita de la privación de libertad que ni siquiera llegó a insinuársele a su poderdante, con lo cual se le negó la oportunidad de explicar su actuación en relación con esa infracción, vulnerándose su derecho de defensa al definirse en esas condiciones la situación jurídica. Tal situación, en sentir de la defensa, guarda similitud con un caso decidido por ésta Corporación el 27 de agosto de 1992 cuyos apartes transcribe, y con ese fundamento solicita se declare la nulidad parcial de lo actuado a partir de la resolución que definió la situación jurídica.

Consideraciones de la Corte:

Si bien se ha de reconocer que desde el punto de vista teórico ningún reparo le merece a la Sala el planteamiento del señor defensor del acusado, es lo cierto que al aplicar esos principios para el caso del doctor JOSE IVAN PEÑAS GUERRA cualquier posibilidad de decretar la nulidad desaparece, pues como pasa a concretarse, el acusado no se vio en la situación que quiere ubicarle la defensa.

Plurales son, es cierto, las disposiciones que en la ley de procedimiento advierten la necesidad de que el imputado, aún antes de su vinculación formal, sea enterado sobre la razón que lo ha llevado a comparecer a la justicia. Así, por caso, cuando se libra una orden de captura es necesario que en ella se indique su motivo (art. 378 C. de P. P.), para que al momento de concretarse pueda saber el aprehendido la causa que la justifica; en concordancia con ésta disposición la norma precedente (art. 377) impone el deber de enterar de forma inmediata al retenido, antes incluso de su derecho de entrevistarse con un defensor, de enterar a sus allegados su localización o conocer de la opción de dar una versión preliminar, e incluso su derecho a no ser incomunicado, el de saber "sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó".

Citado a indagatoria, constituye también deber inexcusable del funcionario que la recibe el de interrogar al imputado, luego de sus generales de ley, "en relación con los hechos que originan su vinculación", obligación que no consiste como parece inferirse de la petición que se despacha, en señalarle por su denominación jurídica las infracciones que se le atribuyen, sino en solicitarle

explicaciones sobre los "hechos" que le involucran o la conducta en que se compromete, sobre la cual recaerá esa valoración jurídica provisional e inmediata que irá a realizar el instructor al definir mediante auto su situación frente al proceso.

Y es que lo anterior no podría ser de otra manera, pues cuando el indagado es lego en asuntos de derecho, sus posibilidades defensivas y de explicarse podrían perfectamente restringirse con solo proponerle que explique su conducta en relación con un delito que se le enuncia por el epígrafe del título, capítulo o artículo del código, si quien debe responder ignora en qué consiste o cuales son los elementos que lo integran, sobre los cuales tendrá que darse la ocasión de rendir explicaciones con la amplitud que indica el artículo 362 ibídem.

Pero cuando se le pregunta a un letrado o a persona experta en materias penales y procesales, tampoco podría exigirse, como aparece insinuado que las preguntas se excedan o tengan que aproximarse poco menos que a un debate jurídico pormenorizado, porque lo esencial en cada caso será brindar al indagado la oportunidad de conocer cual es el ámbito de la imputación y sobre el mismo rendir las explicaciones que a bien tenga.

Siendo ello así, jamás podrá decidirse con razón que al doctor JOSE IVAN PEÑAS se le sorprendió en este asunto deduciéndole responsabilidad por unos hechos sobre los cuales no pudo explicarse, porque en cada una de las ocasiones en las que fué interrogado en injurada, las preguntas tocaron con el tema de la libertad del procesado Donaldo Coa de la cual tuvo que ocuparse por vía de instancia, no solamente averiguando sobre el contenido y las razones que le llevaron a adoptar la providencia, sino además en relación con la repercusión que su pronunciamiento tuvo sobre la libertad del procesado.

Si alguna de estas actuaciones resultaba penalmente reprochable y merecía a la postre un pronunciamiento adverso al indagado, no se podrá decir que fue excluida de la interrogación y por lo mismo de la ocasión para que el procesado la conociera y como consecuencia se excusara y diera explicaciones, siendo de otra índole el problema de su eventual adecuación a un tipo penal determinado, porque así como podía constituir un prevaricato -denominación bajo la cual avanzó la actuación en un inicio- también podía apuntar a otra tipificación distinta, así fuese o no con aquella concurrente.

La sola vista de las preguntas incluidas por el funcionario en cada ocasión en que se interrogó al indagado, permite ratificar esta postura, pues en el curso de la primera sesión se cuestionó al doctor JOSE IVAN PEÑAS (hoja 5 del

acta respectiva) "Recuerda usted si el sindicado, a quien se le había dictado resolución acusatoria estaba próximo a ganar libertad por el transcurso del tiempo", lo que en términos inequívocos ubicaba al sindicado en la comprensión de las consecuencias de su decisión reprochada frente a la liberación de Donaldo Coa, facilitándole que rindiera explicaciones, y en la diligencia de ampliación todavía se le insistió en que contestara (hoja 2 del acta) si revisó "que al revocar la resolución de acusación el sindicado DONALDO COA UBAQUE adquiría el derecho a la libertad provisional por vencimiento de términos", propuesta que le estimuló a una contestación bastante amplia al respecto, que así hubiese inclinado al doctor PEÑAS a replicar que por esa conducta no se daba el delito de prevaricato, lo había ya advertido y de manera inequívoca sobre la necesidad de que suministrara explicaciones relacionadas con la atención o no de la libertad de Coa Ubaque.

En otro aspecto interesa resaltar, para que ninguna duda quede sobre las posibilidades con que contó el aquí acusado para contraprobar y quede rebatir el cargo de detención arbitraria, que cuando la Vicefiscalía anuló mediante auto de octubre 10 de 1994 el auto que había cerrado la investigación, lo hizo precisamente para que previo su decreto se adicionara la definición sobre situación provisional contemplando el delito de detención arbitraria, y fué así como se procedió en la nueva providencia de noviembre 1o. de ese mismo año, que mantuvo la detención por el prevaricato, y la adicionó por prolongación ilícita de la privación de libertad.

Cada una de estas providencias aparece debidamente notificada a los sujetos procesales, sin que en su contra se hubiese interpuesto recurso alguno, lo que implica que se tuvo la oportunidad de conocer por anticipado cual era el criterio que la Fiscalía tenia respecto de la valoración jurídica de la conducta del procesado atinente con el posible ilícito de detención arbitraria por el cual se le había interrogado, y que lejos de asistirle a éste o a su defensor la voluntad de controvertir el cargo solicitando nuevas pruebas, impugnando o presentando siquiera alegaciones, uno y otro consistieron su inserción, primero en el auto que definió la situación provisional, y luego en el calificatorio.

Ninguna irregularidad sustancial ni transgresión del derecho de defensa asoma en la tramitación que se deja advertida, lo que hará inoperante la anulación que propone la defensa.

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

Resuelve:

Denegar la nulidad propuesta por el defensor del acusado JOSE ASCANIO IVAN PEÑAS GUERRA.

En firme esta decisión, reingrese el asunto al Despacho para proveer sobre la realización de la diligencia de audiencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / CONTRAVENCION

La inconsonancia se presenta en forma diáfana, al desbordar la sentencia el pliego de cargos y condenar al procesado adicionando una circunstancia de agravación modificadora de la punibilidad que no le fue imputada en forma clara y específica en la resolución de acusación.

Al ser derogado el procedimiento sobre contravenciones especiales previsto en el Decreto 522 de 1971, por la Ley 23 de 1991, los jueces perdieron la competencia para conocer de dichas faltas, como quiera que no hay disposición que así lo establezca, y por el contrario el Decreto 800 de 1991 consagra la concurrencia de delitos y contravenciones como motivo de rompimiento de la unidad procesal (Sentencias de casación de Sep. 9/93. M.P., doctores Saavedra y Torres: Nov. 16/94. M.P. Dr. Calvete. Marz. 2/95. M.P. Dr. Torres).

Es evidente que al adicionar cargos en el fallo el juez no está dictando una resolución de acusación, sino una sentencia incongruente con dicha resolución.

La sentencia no se vuelve resolución de acusación por el hecho de que allí se condene por cargos no previstos en la providencia enjuiciatoria, sigue siendo sentencia, aunque eso sí, inconsonante, y esta irregularidad se demanda en casación al amparo de la causal segunda.

Ahora, lo anterior no excluye la posibilidad de que cuando la incongruencia afecta el derecho a la defensa, en el sentido de que sorprende al acusado con un cargo no imputado ni debatido, ese error se demanda de la causal tercera.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 81

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE ALEIXO PATIÑO BOLAÑOS contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, en la que se encontró penalmente responsable al procesado como autor del delito de homicidio agravado cometido en la humanidad de PETRONA VALENTINA BOLAÑOS, en concurso con Lesiones Personales producidas a NANCY BOLAÑOS y al menor MILTON MARTINEZ BENITEZ, pero con las siguientes modificaciones: impuso una pena de diez y seis (16) años y dos (2) meses de prisión en lugar de los dieciocho (18) años iniciales; redujo la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a diez (10) años; y ordenó se compulsaran copias para que se investigara el posible ilícito de Porte ilegal de armas.

Hechos y actuación procesal

Los primeros fueron resumidos por el Tribunal así:

> "Tuvieron su ocurrencia entre tres y media de la tarde y cuatro, del día trece de Febrero del año pasado (léase 1991) en sector urbano del Municipio de Arboletes. La señora NANCY ESTHER BOLAÑOS HERNANDEZ había concurrido en unión de su hijo JORGE ALEIXO en procura de que su esposo, de quien estaba separada de hecho hacía algún tiempo, les acompañara hasta la ciudad de Montería donde sería intervenido quirúrgicamente de un mal que padecía en su pecho. -El señor MANUEL PATIÑO GUARIN en aquel instante era atendido por la dama RUFINA ZABALA BOLAÑOS, su concubina, quien le hacía algunas curaciones, lo que lo motivó a solicitarles un compás de espera, mientras organizaba o improvisaba un equipaje con el que viajaría hasta la ciudad en cita.
>
> Mientras ello sucedía optó la señora NANCY ESTHER por dedicarse a la espera en el establecimiento comercial (almacén) de

propiedad del señor ARMANDO DE JESUS LARA VILORIA, mientras su hijo procuraba dar encendido al vehículo en que se movilizarían. Un rato después, cuando todo parecía decurrir (sic) con normalidad, llegó hasta el sitio donde se hallaba la señora NANCY ESTHER, su esposo PATIÑO GUARIN y detrás suyo la ZABALA BOLAÑOS; ésta última asumió un comportamiento beligerante en contra de la primera tanto de palabra como de obra, logrando inclusive dar una palmada en su rostro; como aquella actitud daba visos de persistir, no tuvo alternativa la agraviada que tomar una posición defensiva, tomando para tal efecto una sombrilla con la que pretendia mantener a raya a su agraviante. Pero ello fue inútil, fue tomada por los cabellos y llevada hasta la mitad de la vía, mientras hacía esfuerzos por responder al ataque, de la misma manera. Fue éste el instante en que MOISES FERNANDO ALCARAZ MUÑOZ, testigo de lo que pasaba, se trasladó velozmente hasta la habitación de MARGARITA MARTINEZ, donde ya JORGE ALEIXO se dedicaba a la ingestión de una vianda, enterándole de lo que sucedia; acto seguido el destinatario de la encomienda ingresó a su residencia de donde tomó una carabina marca "Stevens", en buen estado de funcionamiento, calibre 22, con la que se encaminó hasta el sitio donde se desarrollaba la reyerta entre las dos féminas.

"Al llegar allí quiso disparar el artefacto letal en contra de la humanidad de la promotora de la gresca, con tal suerte que en este preciso instante intervino su padre, y al accionar el arma el disparo fue a alojarse en una de las extremidades inferiores de su progenitora; fue éste el hecho que causó mayor indignación al recién llegado. –Mientras algunos de los presentes trataban de despojarlo de la carabina, RUFINA emprendía las de villadiego. –Cuando el varón quiso reemprender el ataque, ya no había por allí contra quien puesto que efectivamente la ZABALA BOLAÑOS se había logrado esfumar del lugar de los aconteceres. –Pero continuó en su búsqueda trasladándose para tales fines hasta su casa ubicada ya en zona rural de aquel poblado, donde convivía con su señora madre PETRONA VALENTINA BOLAÑOS y algunos familiares. –Al arribar a este sitio, montando un caballo y aún llevando consigo el arma, fue preguntado por los presentes, no sin antes saludar, acerca de los motivos para estar allí, sin que brindara respuesta; en cambio alzó la carabina y en repetidas ocasiones la percutió contra la anciana

PETRONA VALENTINA, quien entre sus brazos llevaba al recién nacido MILTON MARTINEZ BENITEZ (dos meses), y a quien alimentaba sentada en una banca que allí en el patio había; hizo blanco en su humanidad por tres oportunidades, cayendo en el acto agónico, mientras los demás presentes, CARLOS ALBERTO ZABALA ALMARIO, ENAURIS BENITEZ COGOLLO y el menor FERNANDO RUIZ buscaban refugio huyendo u ocultándose en el sitio que primeramente les brindara seguridad. Cuando se alejó PATIÑO BOLAÑOS pudo ENAURIS tomar su descendiente y dar noticia criminis a algunos vecinos del lugar, quienes luego se acercaron con el Inspector de la región para los fines del levantamiento del cadáver.- Minutos más tarde JORGE ALEIXO se presentaba ante el Comando de la Estación Policiva de Arboletes, donde quedó a buen recaudo. (Cfr. fls.1 fte. a 2 vto. de la cartilla)".

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes, despacho que vinculó mediante indagatoria a JORGE ALEIXO PATIÑO BOLAÑOS, definiéndole a situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Remitido el proceso por competencia al Juzgado sesenta y seis de Instrucción Criminal radicado en San Pedro de Urabá (Antioquia), este cerró la instrucción procediendo a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales.

El trámite de la causa le correspondió al Juzgado segundo Penal del Circuito de Turbo, despacho que una vez realizada la diligencia de audiencia pública dictó sentencia de primera instancia en contra de PATIÑO BOLAÑOS como autor de los delitos de homicidio agravado en concurso con lesiones personales, imponiéndole una pena de dieciocho (18) años de prisión.

Apelado el fallo de primera instancia, el Tribunal superior de Antioquia lo confirmó al considerarlo autor del delito de Homicidio agravado al aprovecharse de las circunstancias de inferioridad de la víctima en concurso con las lesiones personales, pero redujo la pena privativa de la libertad a dieciseis (16) años y dos (2) meses, y la de interdicción de derechos y funciones públicas a diez (10) años.

II. La demanda

Causal Segunda de Casación.

Arguye el demandante la incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, y como fundamento de su hipótesis pone a consideración estos planteamientos:

La resolución de acusación, no es otra cosa que una relación de cargos formulados por el funcionario que califica el mérito del sumario y que tiene la finalidad de que el procesado se defienda dentro de la etapa de la causa de todas las imputaciones que se hagan en su contra.

Así al cumplirse la perentoria obligación del funcionario calificador de precisar los cargos, el debate de la causa se circunscribe a los hechos punibles allí señalados.

En el caso en estudio la Resolución acusatoria fue proferida por el Juzgado Sesenta y Seis de Instrucción criminal radicado en San Pedro de Uraba (Antioquia), en cuya parte motiva no se observa un claro y detallado análisis jurídico y probatorio de lo que se considera la base lógica de la imputación por homicidio agravado, modalidad que al no estar contenida en el pliego acusatorio, debio ser omitida en la sentencia. Pero aún mas, su parte resolutiva es menos clara y definitiva frente a la obligación de señalar los cargos por los cuales debe responder el acusado.

Según el artículo 471 del Decreto 050 de 1987 y el Decreto 1853 de 1989, la resolución de acusación debe precisar la calificación jurídica provisional del delito, dentro de la cual se deben incluir las atenuantes o agravantes específicas que se hayan comprobado en el sumario, o incluso otras circunstancias modificadoras de la responsabilidad, punibilidad o imputabilidad.

La simpleza de la parte resolutiva del pliego acusatorio desconoce los requisitos mínimos para concretar y delimitar los cargos por los cuales y en forma exclusiva se va a defender el ciudadano, pero además allí ni probatoria ni técnicamente era posible deducir una circunstancia específica de agravación, como lo es el aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima.

Así al no deducirse en la resolución de acusación circunstancia agravante alguna para el homicidio, y por el contrario si en la sentencia, el fallador incurrió en un error in procedendo que debe ser objeto de corrección infirmando el proveído impugnado.

Pero además de lo ya anotado, en primera instancia se incurre en un grave error de técnica en la redacción de la sentencia, ya que no solo no motiva la existencia de la figura que incrementa la punibilidad, sino que en la parte resolutiva enumera la totalidad de las circunstancias de agravación contenidas en el artículo 324 del Código Penal, **"omitiendo la selección de la que a su juicio debía servir de base legal a la condena.**

Por su parte el Tribunal Superior de Antioquia en el fallo de segunda instancia mantiene el error procedimental, al confirmar la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito, considerando que el homicidio agravado está plenamente demostrado; pero aún más, a esta conclusión llega sin una adecuada motivación sobre la naturaleza y modalidad de la agravante de aprovechamiento de las circunstancias de inferioridad.

La incongruencia es de naturaleza relativa y fue producida en las instancias por acción, "fenómeno que ocurre cuando el fallador declara y por consiguiente computa una circunstancia específica de agravación punitiva que no se tuvo en cuenta en la resolución de acusación". Así se dictó el pliego de cargos por homicidio y lesiones personales, sin determinarse si el delito contra la vida era agravado y por cuál circunstancia, y si las lesiones personales eran dolosas o culposas.

Finalmente solicita que la actuación se retrotraiga a la instancia del auto que califica el mérito de la instrucción.

Causal Tercera de Casación.

El cargo se vincula al concepto de nulidad supralegal que en vigencia de la nueva constitución se ha empezado a desarrollar frente al texto del artículo 29 de la Constitución Nacional.

La nulidad se presenta al no haberse practicado las pruebas técnicas al procesado. No basta que se considere que el sindicado actúo dentro de la plenitud de sus capacidades superiores sino que además se exige que exista prueba que así lo indique, esto es, el examen psicológico o psiquiátrico correspondiente.

El proceso se ve afectado en las siguientes etapas: La instrucción ya que a pesar de que existía la prueba suficiente para el ordenamiento del dictamen psiquiátrico, el mismo no se realiazó desconociéndose el derecho de defensa. Igualmente el período probatorio de la causa, toda vez que la realidad procesal

muestra que la experticia fue decretada mas no practicada, incurriéndose en una grave omisión que afecta la legalidad del juzgamiento.

El Tribunal Superior aceptó que el procesado "fue atendido por un psicólogo... sin que en definitiva se supiera que desajuste emocional padeció", así las cosas no puede afirmar con posterioridad que la pericia era innecesaria.

Resulta entonces paradójico que ante la evidencia del "estudio psicológico del procesado" y la duda sobre su desajuste emocional, se niegue la importancia del examen, cuando lo cierto es que la reacción violenta del acriminado, su naturaleza y modalidad, demuestran con mayor fortaleza que el dictamen psiquiátrico era una necesidad probatoria.

Los antecedentes familiares del imputado aunados a las versiones de Manuel Patiño Guarín, Jesús María Moreno, Enauris Benítez Cogollo y Nancy Esther Bolaños, permiten inferir que el peritazgo psiquiátrico se requería, experticia que hubiese disminuído o eximido de responsabilidad a su defendido. Naturalmente al no practicarse se presentó violación al derecho de defensa.

Solicita que se decrete a nulidad para que se devuelva el proceso a la fiscalía o juzgado de conocimiento con el objeto de que se practique nuevamente la prueba pericial.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal da respuesta a los reproches ocupandose primero del de nulidad, en atención a los efectos que se derivarían si fuere aceptado.

Segundo Cargo.

Para el censor la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad, al haberse omitido la práctica de la prueba pericial que permitiera establecer el estado mental de JORGE ALEIXO PATIÑO BOLAÑOS al momento de realizar el ilícito.

Se advierte que si bien no constituye irregularidad con la fuerza suficiente como para dar al traste con la censura, ya que la violación al debido proceso tiene fundamento constitucional, no es apropiado dejar de lado la regulación legal para recurrir a las nulidades constitucionales, lo correcto es acudir a la norma procesal penal que específicamente establece la causal que consagra el

vicio alegado. A las nulidades constitucionales se debe acudir cuando nos encontremos frente a un evento que carezca de reglamentación legal.

Respecto del tema objeto del cargo recuerda que reiteradamente ha sostenido la Corte, que la pretermisión del examen médico legal constituye nulidad solamente en el evento que la presencia de pruebas sobre la inimputabilidad del procesado hagan imperativo auscultar la capacidad del imputado para darse cuenta del carácter ilícito de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Esta obligación que si bien no aparece consagrada en la ley procesal penal vigente, se deduce de la necesidad de determinar la capacidad psíquica de una persona en aquellos casos en que por los antecedentes conocidos, o por las particulares circunstancias en que el hecho se cometió, hagan necesario la experticia médica.

En este caso, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la realización del comportamiento ilícito que se le atribuye a PATIÑO BOLAÑOS, no era indispensable que se decretara su examen mental, toda vez que no obstante manifestara "no recordar integralmente los acontecimientos desarrollados el día 13 de febrero de 1991, como tampoco el hecho de que para algunos testigos sus antecedentes personales pusieran en duda su sanidad psíquica, o, el que hubiera recibido varios años atrás cierta ayuda psicológica; en verdad, nada de ello hacía forzosa tal averiguación, pues su comportamiento en general y la acción desplegada el día de los hechos, hacían suponer fundadamente su plena capacidad en la concreción de su antijurídica conducta".

Sobre el particular fue el propio procesado el que se encargó de disipar cualquier duda sobre su sanidad mental, pues si bien en su primer relato negó recordar las actividades que realizó con posterioridad al altercado a raíz del cual hirió a su madre en una de las piernas, "al ampliar la indagatoria exclusivamente persistió en su amnesia pero para poder determinar en contra de quien empleo la escopeta una vez se trasladó hasta la finca de Rufina Zabala, su madrastra, a quien buscaba con el explícito ánimo de lesionarla, aspecto este de cuya claridad si dió perfecta cuenta".

La versión dada al ampliar la indagatoria resulta desvirtuada con la prueba testimonial allegada, de la que se colige que el procesado tuvo plena conciencia de sus actos. En efecto, con la primera persona que PATIÑO habló al regresar al pueblo fue Asdrúbal Miranda a quien le confiesa "que el dizque había hecho

una cagada (sic) que había herido una gente sin decirme a quien en ese momento... me dijo que había herido a una señora, una señora que yo no conocí, no me dijo el nombre, no se quien sería la señora y que la señora murió", razón esta para que se pueda afirmar que la psíquis del imputado no estuvo nunca afectada, como para reducir de esas situación la presencia de un trastorno mental y en consecuencia considerarle inimputable.

Y si bien los padres y algunos testigos dan cuenta que era malgeniado, esa situación por sí sola no da pie para pensar en una situación anómala de sus facultades mentales que lo pudieran encuadrar dentro de un estado de inimputabilidad.

Finalmente, aunque el Tribunal manifiesta que el procesado pudo haber sido asistido psicológicamente cuando era estudiante en la ciudad de Medellín, si bien ni se profundizó para saber los motivos que condujeran a tal tratamiento, ello se debió en gran medida a que la madre del procesado no supo concretar las circunstancias en que el mismo se produjo; siendo necesario puntualizar que la asesoría psicológica de haber existido fue por muy breve lapso ya que éste solo asistió a tres citas como lo indica su madre, lo que permite afirmar que el "desajuste emocional", de haberse presentado, fue mas propio de la etapa juvenil, sin que fuese una afección psíquica que ameritara una intervención de especialista que nunca requirió.

Primer Cargo.

El proceso penal está integrado por dos etapas: la instructiva y la del juicio o causa. En la primera se investigan y aportan al proceso los medios de prueba que clarifiquen los hechos con sus pormenores y circunstancias, los que deben ser imputados jurídicamente y en forma provisional a su autor; en la segunda, más identificada que la anterior con los intereses del procesado, atañe principalmente a que el acusado emplee todos los medios jurídicos a su alcance conducentes a su defensa, pues como culminación de ella sobreviene la sentencia, en la que se consolida o no la imputación.

Es con el proferimiento del pliego acusatorio, con el que el Estado concreta y delimita los cargos que en ejercicio del poder punitivo hace en contra del procesado. Así la resolución de acusación plantea las premisas fundamentales y los términos de conformidad con los cuales se garantiza el equilibrio que debe existir entre acusado y Estado.

Esa determinación jurídica traduce la necesidad de expresar los elementos particulares objetivos y subjetivos, así como las circunstancias específicas que le den mayor gravedad al delito, ya que integran una unidad con éste, su regulación en artículos separados solo se debe a una formalidad metodológica de técnica legislativa que tiende a evitar una interminable lista de descripciones típicas.

Premisa esta que sirve para indicar que el proceso penal exige que la sentencia debe guardar consonancia con el pliego de cargos, en cuanto se refiere a la calificación jurídica del delito objeto de la imputación. Postulado que ha tenido respaldo en la jurisprudencia que por más de medio siglo ha sido constante en reconocer como "la acusación no es solo fáctica sino igualmente jurídica, esto es, que el delito que se atribuye al procesado debe estar debida y completamente concretado en esa decisión".

Haciendo un recuento de la evolución jurisprudencial sobre la materia, parte de una sentencia de 15 de abril de 1931, en donde la corporación señala que: "El auto de enjuiciamiento constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda."

Posteriormente en forma más amplia, en casación de 29 de noviembre de 1933 se indicó que: "en la parte motiva del auto de enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al hecho punible". De manera tal que frente a un delito de asesinato si la premeditación o las "cualitativas" de este ilícito no se imputan al acusado, tampoco le podrán figurar en el cuestionario para los jueces de hecho o en la sentencia. De lo contrario la sentencia no estaría en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación y además se vulneraría el derecho de defensa.

Esta posición fue reiterada en vigencia del C. de P.P. de 1938 a través de casación de 19 de febrero de 1941 y en toda la década de los cuarenta, pero haciendo énfasis en el principio de seguridad jurídica y en el derecho de defensa como se ve en sentencia de 5 de noviembre de 1947.

En esa misma perspectiva, pero enfatizando en la necesidad de un procedimiento leal al sindicado, se insistió en la década de los sesenta, en los siguientes términos:

"El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cual es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que **si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por ocurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del C.P. sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podría controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa**". (Cas. 17 de abril de 1961, XCV, 567 y 568)".

Ya en vigencia del C.P.P. de 1971 e insistiendo en el fenómeno procesal de la congruencia, continuó con iguales tesis, como se observa en casaciones de 9 de junio de 1978 y 5 de junio de 1984 que transcribe. Criterio que en vigencia del C.P.P. de 1987, fue reiterado por la Corte en casación de 29 de julio de ese año, en donde se manifestó:

"Como muy bien lo sostiene el Procurador Delegado, existen causas de agravación específica y genérica; las primeras son aquellas consagradas para algunas modalidades de delitos, como sucede con las consignadas en el artículo 324 en relación con el homicidio simple y como igualmente ocurre con las previstas en los artículos 350 y 351 en relación con el hurto simple. Es indispensable que en el auto de citación a audiencia o en el auto de proceder en la parte motiva de la providencia se mencionen y analicen de manera precisa la existencia de tales circunstancias de agravación y se indiquen los medios probatorios por los cuales se considera se demuestran".

Acorde con los postulados expuestos, en la resolución de acusación deben definirse en forma precisa, nítida y clara los cargos que se formulan al sujeto imputado, mencionándose y analizándose de manera concisa todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que cualifican el hecho, mas aun cuando se trata de circunstancias de agravación, destacando las pruebas que las demuestran, pues de no procederse así al tenerlas en cuenta en la sentencia generaría una disonancia entre la acusación y el fallo con desmedro del debido proceso y el derecho a la defensa.

No obstante este firme criterio, fue relativizado en casación de 20 de octubre de 1987, en el que se sostuvo que en la consideración de atenuantes y

agravantes las circunstancias y modalidades del caso llevan a soluciones diferentes, de modo que como enunciado general suele decirse que la agravante que no haya sido incluída en el enjuiciamiento no es dable deducirla en la sentencia, pero ello claro está, si en la etapa del juicio no ha variado en contra la prueba, o si en la providencia acusatoria pararece una descripción de la figura, o esta tiene una clara comprobación en los autos que obra como verdad inconcusa cuya exclusión pueda mirarse como involuntaria omisión.

Ocho meses después en Casación de 29 de junio de 1988, la Corte limitó este concepto al restringirlo al "cargo fáctico" en la acusación, recogiendo la opinión anterior en el que "se posibilitaba la imputación de una circunstancia específica de agravación punitiva en la sentencia, "cuando se tenga una clara comprobación en los autos," es decir, que si nisiquiera exigía la concreción del 'cargo fáctico' en el pliego de cargos". Dijo la Corte:

> "1o. Si se estudian con detenimiento las dos sentencias de casación de mayo de 1970 y junio de 1983, que transcribe en lo pertinente el censor, es evidente que éstas no se refieren a la omisión por falta de citas normativas sino a la total ausencia de cargo fáctico, es decir, que se sorprenda en la sentencia con una situación desfavorable en la penalidad del procesado.
>
> La importancia de esta exigencia no radica en la simple formalidad que implicaría la especificación de la nomenclatura jurídica como propone el impugnante, sino en el respeto al derecho de defensa; si en el auto de proceder se concreta la existencia de una situación objetiva como es el precio del automotor, es apenas obvio, que el procesado y su defensor conocían la circunstancia agravatoria, motivo por el cual la defensa no se vulneró al incrementarse la pena por este motivo". (Cas. 29 de junio 1988).

En fallo de enero 30 de 1990 se continuó limitando el alcance de aquella decisiôm de 1987, diciendo que la afirmación allí contenida era comprensible pero entendiendo la resolución de acusación "como un todo dinámico y coherente en sus partes motiva y resolutiva y la consonancia de la sentencia con él debe establecerse en su integridad y no únicamente en la parte resolutiva del mencionado auto".

Posteriormente en 1992, se volvió al criterio absoluto que desde principios de siglo se venía sosteniendo al afirmarse:

> "No sucede lo mismo con las circunstancias específicas de agravación, pues en relación con ellas es indispensable que el juez las consigne en la resolución de acusación porque ellas tienen la virtualidad de integrar o modificar instantáneamente el tipo penal y es por ello no sólo conveniente sino necesario, que el procesado las conozca para que pueda ejecutar adecuadamente su defensa".

Con esta última decisión quedan superados en el seno de la Sala de Casación Penal las tesis planteadas en los fallos de 29 de julio y 20 de octubre de 1987, al igual que los de 29 de junio de 1988 y 30 de enero de 1990, descartándose un criterio flexible con el cual se estaría permitiendo "que el objeto jurídico de la imputación, es decir el delito atribuible, sea suplido por el juez como producto de la deducción que a su arbitrio quiera hacer de los hechos en la sentencia", con lo que se desconocia los derechos de contradicción y de defensa, al incluírse en la sentencia un cargo que jurídicamente no le fue formulado en el pliego calificatorio.

Al ser la acusación el objeto básico y principal del juicio, los cargos que se formulen dentro de ella deben ser presentados en forma explícita y completa, debiendo proferirse la sentencia en estricta consonancia con ellos, toda vez que entre las dos decisiones se debe establecer una unidad lógica, jurídica y conceptual inquebrantable.

Entiende la Delegada en consecuencia que en la sentencia no se pueden deducir circunstancias de agravación específicas que no hubiesen sido formuladas en la resolución de acusación.

A lo anterior se suma que al ser expedida la nueva Constitución Política y en consecuencia el estatuto procesal penal vigente, se producen efectos respecto de la causal de casación a invocar.

La Carta Política al crear a la Fiscalía General de la Nación, estableció en su artículo 250 que le corresponde "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes", esto es, que la formulación de acusación quedó atribuída exclusivamente a este ente judicial, correspondiéndole al juez dictar la sentencia de conformidad con la imputación jurídica elevada en el pliego de cargos, no siendo posible que la infiera de los hechos relatados en la resolución para así ampliar la imputación, ya que en el

actual sistema procesal la tesis de la imputación fáctica desaparece por el cambio de estructura procesal.

Como quedó esbozado con anterioridad, si alguna de las circunstancias específicas de agravación no fue imputada por el fiscal o simplemente la omitió, el juez ya no puede ampararse en el criterio jurisprudencial de la imputación fáctica, "pues además de estar ya recogido por la misma Corte -como quedó expuesto-, **carece de competencia** para ello, toda vez que tales circunstancias específicas de agravación al integrar el tipo básico conforman la **unidad delictual**, es decir, el objeto de la imputación, que es así mismo, el **objeto de la acusación**, la cual solo le corresponde hacerla al fiscal".

No puede afirmarse, que en esa circunstancia el juez esta reconociendo lo probado, porque esto corresponde a la acusación y al hacerlo la estaría complementando indebida e ilegalmente, pues su función es sentenciadora.

Tampoco sería válido afirmar que al deducir en la sentencia una circunstancia específica de agravación no contenida en la acusación, el juez no la estaría desconociendo al respetar el tipo básico, o el nomenjuris genérico del delito o la denominación del título o capítulo en el que se encuentra ubicado, toda vez que la misma incrementa una parte de la descripción típica; el juez no puede en consecuencia deducirlas por carecer de competencia y por lo mismo, tal proceder estaría afectado de nulidad.

Acorde con el mandato constitucional, se hace necesario darle el alcance y concreción debidos a la función acusadora de la Fiscalía, delimitando la que corresponde al juez en la sentencia, porque de lo contrario habría que convenir que el juez también acusa y esto resultaría contrario a la Carta Política.

No obstante esto, se debe observar el alcance de esta conclusión respecto de los procesos que fueron calificados por los jueces de instrucción criminal bajo vigencia del sistema anterior, para determinar si en ellos el juez puede deducir circunstancias específicas de agravación punitiva no imputadas en el pliego de cargos.

Dos situaciones se pueden presentar: primero que al comenzar a regir el nuevo Código de Procedimiento ya hubiese entrado el proceso al despacho del juez para dictar sentencia, y en segundo lugar, que para ese momento 1o.- de julio de 1992- aún no se hubiese celebrado audiencia pública.

En el primer evento no hay polémica alguna, ya que solo debía proceder a dictar sentencia. En el segundo la solución no es tan pacífica. Acorde con lo expuesto por la Corte en auto de 28 de enero de 1994 con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas, dos criterios pueden predicarse. El sostenido por la Sala mayoritaria, según el cual el pliego de cargos proferidos por el Juez de instrucción criminal no puede asimilarse a la acusación del actual fiscal, por cuanto en vigencia del Decreto 050 de 1987 esa institución no existía; y la tesis minoritaria -Drs. Saavedra y Valencia- para quienes ese pronunciamiento es una real acusación, para no desconocer la estructura penal dispuesta por la Constitución.

La Delegada estima que se debe acoger la posición minoritaria, "por cuanto no resulta convincente recurrir a una pretendida distinción 'ontológica' entre juez y fiscal, para desconocer que los anteriores jueces de instrucción criminal realizaban una verdader acusación". En consecuencia no se ve como el Juez pueda "abrogarse competencia de acusador" para complementar el pliego de cargos, asi hubiese sido proferido por el juez de instrucción criminal.

Pero además, aún en aquellos casos en que al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal no se hubiese celebrado la audiencia pública, la intervención del fiscal en este debate es imprescindible, y al mantener la Fiscalia la acusación y presentarla como presupuesto para la sentencia, no podría afirmarse que no hay acusación fiscal "porque el inicial calificatorio lo dicto juez de intrucción criminal". Y como el fiscal no puede salirse de los cargos imputados por el juez de instrucción no puede incluir circunstancias de agravación no contempladas inicialmente y en consecuencia tampoco se pueden imputar en la sentencia.

De otra parte el replanteamiento de esta situación frente a la nueva normatividad implica cambios en la técnica casacional, debido a que un ataque de esta naturaleza ya no procederia por la causal segunda, pues el problema ya no sería de violación al principio de congruencia entre acusación y sentencia, sino de nulidad parcial por incompetencia del juez, siendo la vía apropiada la causal terecera.

En este caso es evidente la falta de imputación de la circunstancia especifica de agravación punitiva descrita en el numeral 7o. del artículo 324 del C.P., sin que ninguna referencia se hubiese hecho en el debate de la causa pública y solo viniendo a aparecer defectuosamente en el fallo, como se demuestra con la revisión que de la actuación del proceso se hace:

El 16 de agosto de 1991, el Juzgado Sesenta y Seis de Instrucción Criminal de San Pedro de Uraba (A) dictó resolución de acusación en contra de PATIÑO BOLAÑOS como autor de los punibles de homicidio y lesiones personales, atribuyéndole la muerte de Petrona Valentina Bolaños y las lesiones de Nancy Bolaños y Milton Martínez Benítez.

Posteriormente y sin que hubiese existido variación de la calificación provisional, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, en sentencia de 5 de octubre de 1992, condenó al procesado por las lesiones personales y por el ilícito de homicidio agravado, sin manifestar por cual de las causales especificas se agravaba la conducta.

El Tribunal Superior de Antioquia, al desatar el recurso de apelación confirmo la sentencia de primera instancia señalando que "comparte el habersele deducido la circunstancia de agravación séptima del artículo 324 del Código Penal al implicado de marras", sin que al analizar el fallo se comprenda porque comparte la agravación punitiva y cual la razón para que se trate de la causal séptima, ya que de la lectura del fallo de primera instancia no se logra dilucidar si la agravación comprende la totalidad de las causales o alguna en particular. A ello se agrega que el Tribunal eche de menos el numeral 4o. del citado artículo que se abstiene de aplicar en cumplimiento del mandato del 31 de la Constitución Nacional.

Lo cierto es que la resolución de acusación nunca comtemplo en sus consideraciones la agravante que deduce el ad—quem, siendo la única explicación posible que la hubiese deducido del auto que ordenó la detención del sindicado, en donde si se particularizó la misma.

Pero además en el caso que ocupa nuestra atención no puede predicarse ni siquiera la tesis de la imputación fáctica, ya que el pliego de cargos se reduce a un incompleto resumen de los testimonios y la indagatoria del cual resulta imposible extraer la agravante citada.

Así las cosas y de acuerdo con la tesis expuesta, la Delegada solicita a la Corte "que case oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, en cunato se refiere a la circunstancia de agravación específica deducida en la sentencia, debiendose proceder al proferimiento del fallo sustitutivo pertinente, teniendo en cuenta que en estas condiciones no se está concluyendo que la censura esté llamada a prosperar, por cuanto si bien es cierto que coincide la petición de la Delegada con la del demandante y en el análisis de fondo del libelo su aspecto sustancial

es compartible, la vía utilizada por éste resulta equivocada como contradictoria con la conclusión a que llega, pues ha invocado la causal segunda de casación".

Igualmente, y debido a que las lesiones culposas con incapacidad de cinco días ocasionadas al menor Milton Martínez Benítez no son constitutivas de delito sino de contravención, acorde con lo dispuesto en la ey 23 de 1991, se impone la necesidad de solicitar que se case oficialmente el fallo declarando su nulidad parcial, a fin de que las autoridades de policía conozcan de este hecho.

IV. Consideraciones de la Sala

En acatamiento al principio de prioridad, se resolverá en primer termino sobre la causal de nulidad que invoca el actor.

Causal tercera de casación

Arguye el demandante la existencia de una nulidad de carácter constitucional, al no haberse practicado la pericia psiquiátrica para determinar la capacidad del procesado para darse cuenta del carácter ilícito de su conducta, con lo cual se violó el debido proceso y el derecho a la defensa.

1o. — Reiteradamente ha dicho la Corte que desde el punto de vista de la precisión que requiere la demanda, no es acertado invocar una nulidad constitucional cuando el yerro que se alega se encuentra previsto como causal de nulidad por una norma legal. Este tipo de errores no tienen la virtud de dar al traste por si solos con la demanda, pero si dejan ver el desconocimiento del censor sobre los cambios que en esta materia han operado.

2o.— El tema propuesto en el libelo se concreta a si el hecho de no haberse prácticado examen siquiátrico al acriminado genera o no nulidad del proceso.

Este cuestionamiento ha sido absuelto en varias oportunidades por la Sala, siendo uniforme el criterio de que, cuando en el trámite de la actuación sergen elementos de convicción que indican la posibilidad de que al momento de realizar el hecho punible el acusado padecía de transtorno mental, que le impedía comprender la ilicitud de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se debe ordenar el examen correspondiente, so pena de que al no hacerlo se genere una causal de nulidad ya que por esa omisión se pudo haber impuesto una pena a quien no podía ser sujeto de ella por su probable condición de inimputable.

En el caso en estudio para responder a la pretensión del casacionista es importante analizar los siguientes aspectos:

En la indagatoria JORGE ALEIXO PATIÑO manifiestó que después de que disparó hiriendo a su madre y al creerla muerta perdió la noción de la realidad, "se me fueron las luces" viniendo a recuperarla solo cuando se entregó a la Policía y porque allí llegó gente diciendo que había matado a una señora. No obstante en la ampliación de injuriada narra una serie de datos que "supuestamente desconocía" al haber perdido momentáneamente la razón. Señala que una vez hirió a su madre entró por más municiones a la casa, dirigiéndose por el puente de salida de Montería y llegando hasta la casa de la señora RUFINA ZABALA, saludando a todos los que se encontraban ahí. Igualmente recuerda que montó a caballo y que vestía blue jean. Curiosamente el momento del disparo no lo recuerda. Posteriormente vuelve a recuperar su memoría y sabiendo que su madre se encontraba herida en el hospital se dirige hacia allá.

Tampoco se puede pasar por alto el instante mismo en que se produce la muerte de la señora PETRONA BOLAÑOS. Allí con la difunta se encontraba su nieto —Carlos Alberto Zabala— quien informa un detalle que es fundamental para determinar que efectivamente el procesado si era consciente de su actuar. En el momento en que se produce el primer disparo, del susto Carlos Alberto se paró, siendo inmediatamente advertido por el procesado que no fuera a hacer nada, so pena de que corriera la misma suerte de su abuela.

Posteriormente en su recorrido de regreso entró a la casa de ASDRUVAL MIRANDA y NURY OSPINA, a quienes manifestó que había "hecho una cagada", que había herido a una señora que finalmente murió. Ante esto MIRANDA le aconsejó que se entregara, y el homicida accedió.

Las propias palabras dèl imputado dejan ver su sanidad mental. No es lógico pensar que si bien no sabía que había matado a una señora, instantes después lo confiese a un amigo desvalorando su comportamiento. Tampoco sería aceptable pensar que no se diese cuenta de que había disparado contra una víctima inocente, pero si que ante su injusta agresión podía ser atacado por quienes allí se encontraban, de manera que controló la situación mediante la amenaza de volver a disparar. Y menos lógico que se entregase a las autoridsades de policía, si se tiene en cuenta que en su indagatoria manifestó que solo allí resupero su memoria, sus capacidades y su raciocinio, y gracias a que a ese lugar llegaron sujetos que querían agredirlo porque habia matado a

PETRONA BOLAÑOS. Si no era consciente de que hubiese cometido ilícito alguno por que se tenia que entregar?

De otra parte, aunque en el proceso existe la mención de la señora NANCY BOLAÑOS respecto a que su hijo JORGE ALEIXO asistió en su época de estudiante a tres citas con el sicólogo, no supo explicar las circunstancias en que eso ocurrió, ni el problema que presentaba, de modo que como bien lo califica el Ministerio Público, si existió algun desajuste emocional fue algo propio de la etapa juvenil que atravesaba Patiño Bolaños en ese momento, pero en ningún caso de una afección psíquica que ameritara una intervención especial.

Recordemos que Yolanda Vesga de Saleme manifiesta que la conducta de Jorge Aleixo Patiño durantes su vida de colegio fue buena, con un desarrollo físico normal y sin presentar comportamiento extraño. En ese mismo sentido declararon Manuel Coha Hernández y Nevardo Antonio Silva, todos ellos profesores de colegio donde estudio el imputado, para quienes es una persona alegre y dicharachera. A lo anterior se debe agregar lo manifestado por Luisa Correa Zamora y Teofilo Santana Peña, quienes incluso señalan que no ha tenido conocimiento de que el procesado hubiese sufrido algún trastorno mental catalogándolo como una persona normal y un excelente hijo.

De lo analizado se desprende con total claridad, que en ninguna omisión incurrieron los juzgadores de instancia al no ordenar la práctica de un examen siquiátrico al incriminado, pues la evidencia procesal no lo hacía exigible, y por el contrario, la prueba recaudada demuestra sin dejar margen de duda que el acusado ejecutó el delito comprendiendo perfectamente la ilicitud de su conducta y estando en posibilidad de haberse abstenido de realizarla.

El reproche no prospera.

Causal Segunda de Casación.

El demandante plantea la incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, toda vez que el pliego de cargos se profirio por homicidio simple y la condena fue por homicidio agravado. Solicita que se retrotraiga la actuación a la instancia procesal en la que se calificó el mérito de la instrucción.

Como corresponde hacerlo cuando se invoca la causal segunda de casación, en la demostración del reproche el censor confronta la resolución de acusación con la sentencia, y concluye que la circunstancia de agravación

deducida en el fallo no fue imputada en el pliego de cargos, en lo cual, como se explicará a continuación, le asiste razón.

En la muy breve fundamentación de la resolución de acusación, la Juez Sesenta y seis de Instrucción Criminal de San Pedro de Urabá se limitó a decir:

> "Encuentra este Despacho, que se llenan cabalmente los requisitos exigidos por el art. 470 del C. de P. Penal ya que está demostrada la tipicidad del hecho mediante el acta de levantamiento del cadáver de quien en vida respondia al nombre de PETRONA VALENTINA BOLAÑOS a folio 2, el acta de necropsia a folio 3 y el certificado de defunción a folio 25, el reconocimiento médico, practicado al menor que cargaba quien resultó muerta llamada MILTON MARTINEZ BENITEZ a folio 46 el cual tuvo una incapacidad de cinco días, reconocimiento médico de la Sra. NANCY BOLAÑOS la que resultó incapacitada por más de 30 días, los testimonios dignos de crédito fueron abundantes y de los cuales se hizo el correspondiente análisis por lo que se considera que existe mérito suficiente para dictar en contra de JORGE ALEXIO PATIÑO BOLAÑOS resolución de acusación".

Luego agrega que los delitos por los cuales se procede se encuentran descritos en el título XIII, capítulo primero, libro segundo del Código Penal.

Sorpresivamente, sin ninguna motivación especial y sin hacer referencia a pruebas nuevas, la Juez Segunda Penal del Circuito de Turbo resolvió en la sentencia considerar al homicidio como agravado, sin precisar ninguna causal, de modo que bajo al título de "TIPICIDAD Y TASACION DE LA PENA", anotó:

> "Se trata de un delito de HOMICIDIO agravado sancionado con prisión de DIECISEIS a TREINTA años de prisión aumentando hasta en otro tanto por el concurso de hechos punibles, de conformidad con el art. 26 del C. Penal tipificado y sancionado por nuestro Estatuto punitivo en el Libro Segundo, título XIII, capítulo 1, art. 324 que reza: "...la pena será de dieciséis a treinta años de prisión, si el hecho descrito en al art. anterior se cometiere:
>
> "1o. En la persona del ascendiente o descendiente, conyugue, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad".

"2o. Para preparar, facilitar, o consumar otro hecho punible, para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad, para si o para los partícipes".

"3o. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en los capítulos Segundo y Tercero del Título V, libro Segundo de este Código".

"4o. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil".

"5o. Valiéndose de la actividad de inimputable".

"6o. Con sevicia".

"7o. Colocando a la víctima en situación de indefesión o inferioridad o aprovechándose de esa situación".

El Tribunal Superior de Antioquia al resolver el recurso de apelación confirmó la sentencia condenatoria, y después de mencionar que la víctima se encontraba indefensa, hace sobre la condición de agravado del homicidio el siguiente comentario:

"De ahí del por qué esta Sala también comparte el habérsele deducido la circunstancia de agravación séptima del Artículo 324 del Código Penal al implicado de marras. Aunque dejó de citarse la del numeral 4o. de la misma norma, puesto que el móvil para la comisión del punible contra la vida lo fue la venganza y que se sepa éste es un motivo innoble o abyecto y fútil, sin que ello mereciera mayor debate, pues aquello se hizo evidente en las plenarias. Pero como se advirtiera no fue deducida y ahora mal se haría en sorprender al acusado con la circunstancia vigorizante de la pena que por ende haría la sanción más agravosa, lo que va en contravia del artículo 31 de la Constitución Nacional."

Así las cosas la inconsonancia se presenta en forma diáfana, al desbordar la sentencia el pliego de cargos y condenar al procesado adicionando una circunstancia de agravación modificadora de la punibilidad que no le fue imputada en forma clara y especifica en la resolución de acusación, y de la cual naturalmente la defensa no se ocupó por desconocerla.

En este evento la amisión en la parte motiva del enjuiciamiento no fue únicamente respecto a la norma que contempla la agravante, sino que se extendió a su imputación fáctica, de manera que el punto no fue contemplado en ningún sentido, luego no es necesario ocuparse de las tesis que en otras oportunidades a sostenido la Sala, y cuya relación hace el Procurador Delegado en el Concepto.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1o. del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, al prosperar el cargo propuesto por la causal segunda se debe casar la sentencia y dictar el fallo de reemplazo. En consecuencia resulta inaceptable la petición del actor, quien pretende que se retrotraiga la actuación procesal "a la instancia del auto que califica el mérito de la instrucción", olvidando que a esta solución solo se podría llegar si estuvieramos en presencia de una nulidad que exigiese reestablecer la actuación precedente al resultar afectada por un vicio in procedendo de estructura formal o de garantía.

No obstante lo anterior, antes de indicar en que condiciones queda el fallo se resolverá sobre la casación oficiosa sugerida por la Delegada, pues tiene incidencia en la pena que se debe tasar.

Casación Oficiosa.

Como las lesiones personales culposas que se le ocasionaron al menor Milton Martínez Benítez conllevaron una incapacidad de cinco días y por ellas fue condenado JORGE ALEIXO PATIÑO BOLAÑOS, al no ser constitutivas de delito sino de contravención especial de conformidad con el artículo 1o. numeral 10 de la Ley 23 de 1991, debe la Corte de oficio casar la sentencia con el objeto de corregir este yerro, anulando la sentencia en forma parcial y ordenando que se compulsen copias con destino a las autoridades de policía para que si lo estima procedente investigue la conducta anotada.

Este criterio ha sido reiterado por la Sala en anteriores pronunciamientos, pues al ser derogado el procedimiento sobre contravenciones especiales previsto en el Decreto 522 de 1971, por la Ley 23 de 1991, los Jueces perdieron la competencia para conocer de dichas faltas, como quiera que no hay disposición que así lo establezca, y por el contrario el Decreto 800 del 1991 consagra la incurrencia de delitos y contravenciones como motivo de rompimiento de la unidad procesal. (Sentencias de casación de sep. 9/93. M. P. Drs. Saavedra y Torres; Nov. 16/94. M. P. Dr. Calvete. Mar. 2/95 M. P. Dr. Torres).

Así las cosas, al quedar la condena limitada al delito de homicidio simple cometido en la persona de PETRONA VALENTINA BOLAÑOS, en concurso con las lesiones personales dolosas infringidas a NANCY ESTHER BOLAÑOS HERNANDEZ, la pena se reduce a diez (10) años y cuarenta y ocho (48) días, como quiera que el Tribunal fijó para el delito más grave el mínimo legal y para el punible contra la integridad personal los días que se le suman.

ALEGACION DEL PROCURADOR DELEGADO SOBRE LA CAUSAL DE CASACION APLICABLE.

La tesis que sobre el tema expone el Delegado consiste en que estima que la incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia es evidente, pero que la vía de ataque adecuada no es la causal segunda sino la tercera, al tratarse de una nulidad por falta de competencia.

Como argumento central de su hipótesis señala que al entrar en vigencia la Carta Politica de 1991, cambió la estructura judicial del Estado al crearse la Fiscalía General de la Nación, y en su artículo 250 la ley fundamental dispuso que a esta institución le corresponde: "investigar y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes".

La función acusadora al ser de competencia exclusiva de la Fiscalía como la propia Corte lo ha reconocido, y al haber desaparecido a su juicio el criterio de la imputación fáctica, siendo indispensable que todos los cargos se señalen en la resolución de acusación, el juez carece de competencia para imponerlos en la sentencia y en consecuencia si no se respeta esta regla lo lógico será decretar una nulidad dictando el fallo de sustición correspondiente.

El planteamiento expuesto por el Representante del Ministerio Público no puede ser compartido, toda vez que es evidente que al adicionar cargos en el fallo el juez no está dictando una resolución de acusación, sino una sentencia incongruente con dicha resolución, luego el problema no es de falta de competencia, y por lo mismo sobran todas las consideraciones sobre a quién corresponde calificar el mérito del sumario y a quién fallar, pues en este asunto ese mandato se respetó.

Dicho de otra manera, la sentencia no se vuelve resolución de acusación por el hecho de que allí se condene por cargos no previstos en la providencia

enjuiciatoria, sigue siendo sentencia, aunque eso si, inconsonante, y esta irregularidad se demanda en casación al amparo de la causal segunda, tal como la presentó el demandante.

Ahora, lo anterior no excluye la posibilidad de que cuando la incongruencia afecta el derecho a la defensa, en el sentido de que sorprende al acusado con un cargo no imputado ni debatido, ese error se demanda por la causal tercera.

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: CASAR parcialmente la sentencia recurrida atendiendo al cargo formulado en la demanda por incongruencia con la resolución de acusación.

Segundo: Oficiosamente casar parcialmente la sentencia y decretar la nulidad de la misma en cuanto se refiere a la condena por las lesiones personales causadas al menor MILTON MARTINEZ BENITEZ, en razón a la falta de competencia explicada en la parte motiva.

Tercero: Como consecuencia de la casación parcial decretada, en su reemplazo se dispone que la pena que corresponde al procesado JORGE ALEIXO PATIÑO BOLAÑOS, por los delitos de homicidio en la persona de Petrona Valentina Bolaños en concurso con lesiones personales causadas a Nancy Esther Bolaños Hernandez, es de DIEZ (10) AÑOS Y CUARENTA Y OCHO (48) DIAS DE PRISION.

Cuarto: En todo lo demás se mantiene el fallo impugnado.

Quinto: Compúlsense las copias señaladas en este proveído.

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

Nilson Pinilla Pinilla, con salvamento parcial de voto, *Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar con* salva-

mento parcial de voto. *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DELITOS CONEXOS / CONTRAVENCION / COMPETENCIA
(Salvamento Parcial de Voto)

El Código de Procedimiento Penal señaló que de los hechos punibles conexos sometidos a diversas competencias conocerá el funcionario de mayor jerarquía (art. 89) y que el Código Penal establece que son hechos punibles los delitos y contravenciones.

Salvamento parcial de voto

Brevemente señalamos las razones que nos distancian parcialmente de la decisión mayoritaria, en cuanto se dispuso allí decretar la nulidad parcial de la actuación, por incompetencia respecto de la investigación y juzgamiento del delito de Lesiones Personales culposas, cometidas en detrimento de la integridad corporal del menor Milton Martínez Benítez y que le dejaron incapacidad de 5 días.

La Corporación, manteniendo en este punto su jurisprudencia anterior, considera que como dicha infracción no es constitutiva de delito sino de contravención especial, compete exclusivamente a la autoridad de policía y decide compulsar copias con destino a dicha categoría de funcionarios para que si lo estimen procedente investiguen la conducta anotada.

Fundamenta su determinación la circunstancia de que el procedimiento sobre contravenciones especiales, previsto en el Decreto 522 de 1971, haya sido derogado por la Ley 23 de 1991 para derivar de allí que "los Jueces perdieron la competencia para conocer de dichas faltas, como quiera que no hay disposición que así lo establezca, y por el contrario el Decreto 800 de 1991 consagra la concurrencia de delitos y contravensiones como motivo de rompimiento de la unidad procesal".

En torno a ello hicimos las siguientes observaciones sin conseguir que se modificara la jurisprudencia de la Sala:

1. La Constitución Política creó una reserva judicial en materia de libertad, sentando como principio que para su privación debe existir mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (art. 28), pero el orden jurídico colombiano consagraba penas privativas de la libertad para hechos punibles delictivos y para hechos punibles contravencionales. Como consecuencia de ello, el Constituyente consagró una norma de tránsito, y por tanto de vigencia temporal y naturaleza precaria y excepcional, para permitir que mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuaran conociendo de los mismos. (Art. 28 Transitorio de la C. P.) Siendo ello así, la vocación natural de la Constitución es que éstos comportamientos sancionados con pena privativa de la libertad se investiguen y juzguen por autoridades judiciales y no por autoridades de policía.

2. Es cierto que la Ley 23 de 1991, expedida con anterioridad a la promulgación de la Carta y del C. P. P., derogó de manera expresa todo el capítulo que en el decreto 522 de 1971 regulaba el procedimiento para investigar y juzgar las llamadas contravenciones de policía. También que en dicho estatuto existía una norma (art. 90) que permitía la unidad procesal y la competencia judicial en los eventos de conexidad entre un delito y una contravención, y que dicha disposición quedó derogada. Pero no es menos cierto que el Código de Procedimiento Penal señaló que de los hechos punibles conexos sometidos a diversas competencias conocerá el funcionario de mayor jerarquía (art. 89) y que el Código Penal establece que son hechos punibles los delitos y las contravenciones (art. 18).

3. Tiene razón la mayoría cuando afirma que el Decreto 800 de 1991 consagra la concurrencia de delitos y contravenciones como causal de rompimiento de la unidad procesal (art. 18.1). Pero no consideremos que tenga razón cuando otorga a un decreto reglamentario capacidad de modificar la ley (El C. P. P. es ley en sentido material y la Ley 81 de 1993 es ley en sentido material y formal). O cuando admite que un Decreto de esta naturaleza puede regular todo un procedimiento que la Constitución difiere a la ley. Los artículos 28 y 150 de la Carta son claros y contundentes en este sentido.

4. El Código de Procedimiento Penal señaló en su art. 77 que los Jueces de Paz conocen de las contravenciones. Y no deconocemos que la Carta estableció la Jurisdicción de Paz como una de las Jurisdicciones especiales (Art.

247), aspecto éste que se reitera (aunque no se desarrolla de manera completa) en el proyecto de ley estatutaria de la justicia (Arts. 11 y 12 del Proyecto de Ley Nº 58 de 1994 Senado y 264 de 1995 Cámara). Con ello parecería que como el propio código exceptúa la unidad procesal para hechos atribuidos a una jurisdicción especial (arts. 90.1 y 92.2), también lo relativo a las contravenciones especiales penalizadas con privación de la libertad debería correr igual suerte.

Pero ésto, hasta ahora, no nos parece determinante. Primero, porque la jurisdicción de paz no existe sino como intención formal del Constituyente y del legislador, ya que no ha sido organizada, ni sus competencias definidas, ni sus procedimientos regulados. Y segundo, porque siendo ella una jurisdicción encargada de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios (C. P. art. 247), sería un contrasentido entender que la Constitución propicie, por ésta vía, una excepción al principio de reserva legal del hecho punible y del debido proceso, pues a ello conduciría que en esa sede se puedan imponer penas privativas de la libertad resolviendo tales asuntos en equidad.

5. Estas contravenciones especiales están sujetas a un régimen prescriptivo muy breve (2 años). Como sucede que por lo general los procesados que a ellas se refieren incorporan su investigación y juzgamiento conjuntamente con el de los delitos conexos con ellas, la declaratoria de nulidad que se está abriendo campo jurisprudencialmente lo que produce es impunidad, y eso no tiene sentido. Y no lo tiene porque dicha nulidad se decreta con fundamento en que los jueces y los fiscales "no tienen competencia" para conocer de ellas siendo que lo que la Constitución pretende es precisamente lo contrario: garantizar la reserva de la libertad en cabeza exclusiva de la judicatura.

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

Si se desconoce que un sujeto anda armado y sometiendo a requisa nada se le encuentra en su poder, pues obvio resulta que ningún delito podrá imputársele ante la total ausencia de prueba sobre el porte ilegal de armas. Pero cuando el porte de arma– o de cualquier sustancia prohibida– está plenamente demostrado, la simple circunstancia de que el sujeto logre deshacerse de ella y por tanto, al ser requisado no se encuentre en su poder el elemento prohibido que inmediatamente antes del registro llevaba consigo, es un aspecto que en nada incide en la adecuación típica de esta conducta.

De conformidad con el Decreto 2535 de 1993, "Cada una de las armas de fuego existentes en el territorio nacional en manos de los particulares, debe tener un (1) permiso para tenencia o para porte" (art. 20), lo que en otros términos significa que en Colombia es prohibido portar armas de fuego (sólo se exceptúan de esta prohibición las armas largas de pólvora negra, incluídas las escopetas de fisto (-art. 25-), ya sean éstas de defensa personal o de uso privativo de la Fuerza Pública, si no se posee el permiso correspondiente. Y la violación a esta prohibición constituye delito.

Ahora bien. Cuando el arma que se porta es de uso exclusivo de la Fuerza Pública, la pena para el delito de porte ilegal, por esta única consideración, es mucho más severa, y como quiera que dentro de las armas de fuego sólo son consideradas como de uso exclusivo de la Fuerza Pública las que reúnan determinadas caracteristicas (art. 8 ibídem), es obvio que para responsabilizar a una persona de este específico ilícito de porte ilegal de armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública, es indispensable establecer si el arma ilegalmente portada reúne estas condiciones especiales.

Mas cuando se trata del delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal o de uso civil como las denominada el decreto que se ha venido citando, como quiera que esta clase de armas no requiere de ninguna característica especial, basta con demostrar que el arma portada, incáutese o no, es de fuego y que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el art. 25 ya citado.

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

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

Aprobado acta No. 81

Vistos

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 6 de septiembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en consonancia con la acusación, condenó al procesado MANUEL SALVADOR TANGARIFE JIMENEZ a la pena principal de 10 años y 6 meses de prisión, al declararlo responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal.

Antecedentes

1.- Manuel Salvador Tangarife Jiménez -alias camándula-, quien frecuentaba la plaza minorista de Medellín, rifó un televisor y una grabadora, premio que ganó Juan Carlos Correa Serna, trabajador en dicha plaza. Hacia el medio día del domingo 30 de agosto de 1992, Correa Serna le reclamó el premio a Tangarife Jiménez, quien se negó a darselo, diciéndole que más bien iba a rifar de nuevo esos objetos, ante lo cual Correa Serna anunció que denunciaría el incumplimiento y se marchó.

Al poco rato Tangarife Jiménez buscó a Correa Serna, le dió la mano en señal de saludo e inmediatamente sacó un revólver y lo disparó causándole la muerte. El agresor huyó del lugar pero de inmediato fue perseguido por algunos

policías, que lo vieron correr con el arma en la mano poco después lo capturaron en la misma plaza. Al requisarlo, no le encontraron el arma, la cual no pudo ser hallada "ya que a esa hora había mucha concurrencia de público".

2.- El levantamiento del cadáver fue practicado por la Unidad de Fiscalía Primera Permanente deMedellín. En el curso de esa diligencia Leticia Serna, madre del occiso, manifestó que su hijo, de cuya muerte se enteró por un amigo de éste, "los fines de semana se iba a trabajar a la minorista para costearse los pasajes" (fls. 1 vto.).

—Mediante oficio 952 del 31 de dicho mes, el Comandante de la Estación de Policía La Candelaria informa que a Tangarife Jiménez se le capturó porque "fue sorprendido cuando huía del lugar de los hechos con un revólver en la mano, siendo alcalzado en el puesto No. 53 del sector 10 de la minorista, habiéndose descargado del arma sin que se la pudiera hallar" (fls. 5).

—Luego, en oficio mediante el cual se pone a disposición a Tangarife Jiménez, se lee:

> "... el suscrito Comandante de la Subestación Minorista, junto con los auxiliares de policía Ospina Medina Mauricio y Pareja Echeverry Julio, lo observamos a una distancia de 30 metros, cuando salía corriendo del lugar de los hechos con un revólver en la mano derecha. Salimos en su persecución y tres minutos más tarde le dimos captura en el puesto 53 y 54 del sector 10, pero ya se había descargado del arma y ha (sic) pesar de que requizamos (sic) completamente el establecimiento no se halló por ninguna parte. Es de anotar que el sindicado es apodado 'Camándula' y que según informaciones telefónicas llegadas a la Subestación, éste le causó la muerte a Juan Carlos por no estregarle una grabadora que se había ganado en una rifa, que había hecho el mismo sindicado.
>
> "El homicidio ocurrió aproximadamente a las 12:42 horas y fue imposible hallar el arma ya que a esa hora había mucha concurrencia de público e incluso casi se nos escapa.
>
> "Conocieron del caso DG. Guerra Calderón Jorge y los Auxiliares de Policía Ospina Medina Mauricio y Pareja Echeverry Julio" (fls. 6).

– La Fiscalía mencionada abrió investigación y escuchó en indagatoria a Tangarife Jiménez (fls. 10 y ss.), quien dijo no tener nada que ver con el re-

ferido homicidio, que fue capturado cuando se encontraba en la plaza tomándose un café, que no conocía al occiso y que ese día se dedicó a ingerir licor desde las 9 de la mañana.

– Juan Carlos Porras Zapata, hijo de la persona para quien trabajaba el occiso los fines de semana (fls. 17 y ss), manifestó que la versión que se escuchaba era que "Camándula" había sido el autor del homicidio, pero que él no lo vió disparar contra Correa Serna, pues simplemente observó cuando éste caía abatido por los tiros. "El policía me dijo que era por una boleta de una rifa, pero yo no sé más, no se sino hasta ahí", dijo el testigo (fls. 17 vto.).

– Juan Carlos Moreno Galeano, carretillero de la nombrada plaza (fls. 18 vto.), declaró que vio cuando "camándula" le disparó a Correa Serna porque éste le reclamó el premio que había ganado (un televisor a color y una grabadora).

– Tangarife Jiménez fue detenido preventivamente por el delito de homicidio (fls. 24 y ss).

– El Dragoneante Jorge Guerra Calderón declaró (fls. 40 y ss) que los disparos se hicieron a cuadra y media del Puesto de Policía y que entonces "de inmediato salimos corriendo hacia el lugar de los hechos y vimos salir del mismo lugar a un sujeto con un arma en la mano, reconocible por un pantalón blanco que tenía puesto y una bata blanca... este sujeto salió corriendo y al parecer no se dió cuenta en el momento que ibamos en su persecución, salió a la zona de descargue, como que alguien le recibió el arma y volvió a entrar a la plaza ya en el primer nivel, pues el homicidio había ocurrido en el segundo nivel y llegó hasta los puestos 53 y 54 del sector 10 donde pidió una clarita e iba a comenzar a tomársela cuando llegamos nosotros, aproximadamente a las 12:45 de la tarde, tres minutos después de haber ocurrido el homicidio, se le practicó la requiza y no se le halló absolutamente nada..." (fls. y vto.), y que siempre negó la participación en el homicidio. "A este cliente lo apodan "camándula", lo sindican de muchos homicidios en la plaza Minorista y también lo sindican de otro homicidio que ocurrió ese mismo día en la Minorista en las horas de la mañana, el nombre de la suegra del occiso es Aura Cecilia Múnera de Estrada" (fls. 41). En ese mismo sentido declaró el agente policial Julio César Pareja Echeverry (fls. 44 y ss).

– La aludida madre del occiso, Leticia Serna Vásquez, declaró que la "mayoría de la gente" decía que el motivo del homicidio había sido la rifa y

que Tangarife Jiménez creyó que su hijo lo acababa de denunciar por su incumplimiento en la misma (fls. 49 y ss).

– Al folio 52 obra respuesta de la Inspección Diez "C" Municipal de la Policía de Medellín en el sentido de que no reposa allí constancia de que Serna Correa denunciara al procesado (porque era domingo, dicen los autos).

3.- La Fiscalía Primera de la unidad Especializada No. 2 Grupo de Vida, clausuró la investivagión y profirió resolución acusatoria por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas, según proveído de 9 de diciembre de 1992 (fls. 96 y ss.).

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín asumió el juicio y amplió la declaración de Juan Carlos Moreno Galeano (fls. 124 y ss), quien insiste en que "camándula" no le quería pagar el premio a la víctima Serna Correa y que vió cuando aquel disparó contra éste. En cuanto a la pregunta de porqué había dicho en su primera declaración que el procesado vestía de negro (siendo que los policiales afirmaron que de blanco), replicó que "yo no sé, puede ser que yo ví mal por estar muy asustado, porque a mí me dió mucho susto" (fls. 124). Igualmente sostiene que, contrario a lo que dijo en su primera declaración, a él no se le comentó nada de la rifa. "Es que uno asustado dice como yo no sé", manifiesta el declarante (fls. 124 vto.), quien agrega que ha oído decir que "camándula" ha matado como tres personas.

- También amplió su testimonio Juan Carlos Porras Zapata (fls. 127 y ss.), e insistió en que nada sabía de la rifa. Al ser interrogado respecto al hecho de haber presenciado los acontecimientos, pero no haber visto quien disparaba sobre Correa Serna, respondió: "yo no estaba fijo sino en él", refiriéndose al occiso (fls. 127). Admite que, generalmente, Tangarife Jiménez usa un delantal blanco.

– Aura Cecilia Múnera de Estrada (mencionada por el Dragoneante Guerra Calderón) declara que "Camándula" el mismo día del homicidio de Correa Serna mató a un cuñado de ella (fls. 128 vto.).

– Se recibieron otras declaraciones en el sentido de que por comentarios se decía que "Camándula" había sido el autor del homicidio y que fue capturado momentos después del mismo (fls. 130 y ss.).

4.- Celebrada la audiencia pública (fls. 140 y ss), el 9 de junio de 1993 se dictó sentencia (fls. 164 y ss), mediante la cual, en armonía con la acusación,

el procesado fue condenado a la pena principal de 10 años y 6 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo y al pago de los perjuicios.

Apelado el fallo por la defensora del procesado, el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación aquella, lo confirmó, pero con la modificación de reducir a 10 años la vista pena accesoria (fls. 210 y ss).

La demanda

Cargo primero:

Aduce error de hecho por falso juicio de identidad. Refiere lo dicho por el sentenciador respecto del material probatorio obrante en autos y luego "compara" (fls. 228) estas consideraciones del Tribunal con las que, en sentir de la actora, dice el proceso a dicho propósito, para la cual examina primero la declaración de Juan Carlos Moreno Galeano, anotando que "pese a las constantes contradicciones en que incurre señala de manera objetiva que el hombre que disparó en contra de Juan Carlos Correa Serna se encontraba vestido todo de negro, totalmente opuesto a la forma como se encontraba vestido el procesado, todo de blanco y quien según los testimonios que obran en el expediente siempre usaba delantal blanco" (fls. 229 infra y 230).

En seguida anota la casacionista:

> "Cuando el Tribunal para resolver la contradicción que respecto a las ropas que usaba el agresor y las que vestía el procesado decidió que como el testigo dijo que el agresor huyó y al momento fue capturado por la policía con esto se desdibujaba la aparente contradicción incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad al desfigurar el contenido meramente objetivo de la prueba. El autor de los disparos fue un hombre vestido de negro y el testigo quien no vió con precisión el rostro de la víctima pese a que era su amigo y ese día había salido juntos de la casa, circunstancia que el mismo testigo narra y persona ésta que en ampliación de su declaración manifestó que cuando la víctima cayó al suelo él corrió para ver si era él y sí era. Desconocer que habiendo dificultad para reconocer a la víctima no la había para identificar al agresor es quebrar los

postulados de la lógica y la sana crítica para extraer del testimonio una consecuencia o efecto que no le corresponde objetivamente, violando de esta manera los artículos 323 del Código Penal que tipifica el delito de homicidio, delito que en la persona de Juan Carlos Correa no cometió el procesado sino un hombre vestido de negro. No hay testimonio alguno que contradiga la afirmación del testigo Moreno Galeano, pues los agentes de policía no vieron quién hizo los disparos, ellos vieron según sus afirmaciones salir del lugar de los hechos a un hombre reconocible por el pantalón blanco que tenía puesto y una bata blanca (declaración de D. G. Jorge Esguerra C.). Estos policiales aseguran haberle visto un arma en la mano, de ser cierto ésto, no indica que se trata de la misma arma que se empleó para cometer el homicidio, ya que nunca fue decomisada pese a que nunca lo perdieron de vista" (fls. 230).

Cargo segundo:

Dice la censora: "Violación de la ley en forma indirecta por error de hecho por falso juicio de existencia, violación de los artículos 5º, 35 y 323 del Código Penal" (fls. 231).

Manifiesta que para establecer el dolo del procesado "se tergiversó la prueba testimonial, diciendo que si bien el testigo presencial afirma que el hombre que disparó estaba vestido de negro, no hay duda que era el procesado, por cuanto los agentes aseguran haberlo visto salir con un arma en la mano y que lo siguieron sin perderlo de vista hasta capturarlo, no obstante no le hallaron el arma" (fls. cit.). Sostiene que la madre del occiso, Leticia Serna, en ampliación de testimonio "incurrió en declaración contradictoria explicable por el dolor que sentía por la muerte de su hijo y ante el afán de que quien se decía era responsable de esa muerte fuera castigado" (fls. 232), y luego agrega que esta misma testigo dice que "su hijo si le había hablado de la rifa y que creía que se la había ganado y a continuación narra toda una situación que según ella le había sido referida por Milton Fabian González acerca de que Juan Carlos había reclamado el premio de la rifa que Manuel Salvador Tangarife se lo negó y luego lo golpeó hasta reventarlo, por lo que Juan Carlos había ido a la Inspección para denunciarlo, ante lo cual Manuel Salvador se le había acercado y luego de decirle: me sapiaste, fresco hermano, le dió la mano como saludándolo y luego lo mató. Ninguna de estas afirmaciones tiene respaldo probatorio, máxime que llamado a declarar Milton Fabian González negó haber hecho tal comentario.

Esta persona dice que encontrándose en otro sitio al momento de la muerte de su amigo, preguntado sobre la existencia de la rifa, se limitó a decir que le parecía que el sábado por la tarde Juan Carlos Correa Serna le comentó algo sebre la rifa, a este testigo le parecía no tiene seguridad sobre ello" (sic) -fls. 232-.

Precisa que los demás trabajadores de la plaza "son claros en afirmar que lo que saben es por comentarios que después de ocurrida la muerte se han hecho acerca de Camándula fue y por no pagar una rifa, ninguno tuvo conocimiento directo de lo ocurrido solo oyeron comentarios, y esos comentarios surgen después de que el agente bachiller le dice a Juan Carlos Porras que cogieron al man que era Camándula y que era por una boleta de una rifa" (fls. 232 y 233).

Reitera que al apoyarse el Tribunal en las declaraciones de Jairo Porras, Juan Carlos Porras Z. y Ricardo de Jesús Porras, "está incurriendo en un falso juicio de existencia pues las declaraciones sólo conducen a demostrar que un policía bachiller hizo la afirmación a Juan Carlos Porras Z. y lo hizo en el lugar de los hechos antes de efectuar la diligencia de levantamiento, pero ni la boleta ganadora aparecían ni nadie supo de su existencia hasta después del comentario. Esos testimonios no prueban de manera objetiva que ese haya sido el móvil" (fls. 233). Agrega que "falla en su apreciación el Tribunal al desconocer la existencia de la declaración de Aura Ligia Castaño Mazo, suegra del señor Omar de Jesús Martínez Canchala, persona que fue muerta a bala el mismo día que Juan Carlos Correa pero en hechos aparte. En su declaración la citada señora Castaño indica que el martes siguiente a la muerte de su yerno fue la policía a interrogarla para saber si ella conocía a Camándula y que la policía le había dicho que Camándula era el que había matado a su yerno" (fls. cit.). Sostiene que "este testimonio de la señora Aura Ligia Castaño demuestra el afán de los agentes por inculpar a Manuel Salvador Tangarife de cualquier delito de homicidio cometido en la plaza, lastimosamente no se indagó si también el señor Martínez lo mataron por la supuesta rifa..." (fls. 233).

A continuación señala: "Los errores en que incurrió el Tribunal en la interpretación de las pruebas incidieron de manera ostensible en la confirmación de la sentencia condenatoria, ya que de haberse atendido que el autor de los disparos era un hombre vestido de negro y que la existencia del supuesto móvil no tenía demostración dentro del proceso, ya que se inició una cadena de rumores a partir de los comentarios hechos por el agente bachiller, necesariamente se habría llegado a la absolución de Manuel Salvador Tangarife

Jiménez, quien no sólo no tuvo altercado alguno con la víctima por el reclamo de la mencionada rifa, sino que estaba como era su costumbre vestido de blanco, luego no pudo ser el autor de la muerte por la cual se le condenó" (fls. 234).

En seguida, en capítulo aparte y en forma subsidiaria, la casacionista formula un nuevo cargo contra la sentencia, pero ahora lo hace respecto del delito de porte ilegal de armas. Estima la libelista que el Tribunal incurrió en "violación directa de la ley sustancial, en este caso del decreto 3664 de 1986 convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991".

Para sustentar esta censura expresa la casacionista: "Hay violación de la norma que tipifica dicha conducta, como quiera que no basta afirmar que se le vio en posesión de una (arma) para condenársele por ese hecho, es indispensable que al momento de la retención lleve un arma consigo y que una vez analizada la misma se establezca si es de defensa personal y eventualmente si es de uso privativo de las Fuerzas Militares. Dentro del proceso no se estableció qué tipo de arma se utilizó para dar muerte a Juan Carlos Correa ni hay prueba de que el arma que se asegura por parte de los policiales haber visto en la mano de Manuel Salvador Tangarife fuera la misma que se utilizó para el homicidio, menos aún se estableció qué tipo de arma llevaba supuestamente el sindicado y posteriormente condenado, con lo cual no se probó ni se dió el punible de porte ilegal de arma. Al considerarse por el Tribunal la existencia del delito se violó la norma en forma directa y no existiendo comprobación de la existencia del delito en su aspecto objetivo, el resultado no podía ser otro que la absolución" (fls. 235).

Pide entonces a la Corte que "invalide totalmente la sentencia impugnada y en su lugar reconozca la inexistencia de las conductas delictivas", absolviéndose, pues, al procesado.

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Corte:

Cargo primero:

Como ya se dijo, la casacionista afirma que el fallador tergiversó el contenido material de la declaración rendida por Juan Carlos Moreno Galeano, carretillero de la plaza escenario de los hechos, quien sostuvo que la persona que mató a Correa Serna estaba vestida de negro, al tiempo que el acusado vestía de blanco, como se desprende de la realidad procesal.

1.- A ello responde el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Parcializando y omitiendo en su verdadero contenido y alcance, se refiere la censora a la deposición del testigo Moreno Galeano, pretendiendo con este mecanismo que se acepte como aspecto principal y único su dicho, la atestación según la cual un hombre vestido de negro fue quien disparó el arma de fuego en ocasiones repetidas contra la víctima, lo anterior con desmedro del significativo y determinante hecho de que tal declarante fue directo y puntual en definir que precisamente quien accionó el arma en las condiciones de que se da cuenta en el proceso, fue Manuel Salvador Tangarife Jiménez.

"En efecto, si bien Moreno Galeano sostuvo que un hombre vestido de negro habría sido el agresor, sin embargo, previa esta afirmación, el testigo es firme, seguro e indubitable en señalar que quien de este modo vestía no era otra persona que Tangarife Jiménez, haciendo una directa sindicación en su contra de ser el responsable de la muerte de Juan Carlos Correa Serna.

"Pero es que además, no solo la libelista toma de modo parcial este testimonio para afirmar la pretendida contrariedad que dice existe entre su dicho y lo consignado por el fallador, lo que sería suficiente para negar cualquier fundamento de la censura, sino que, además, deja de lado pruebas tan definitivas en la demostración de la responsabilidad penal de su prohijado, como los testimonios del Dragoneante de la Policía Jorge Guerra Calderón y el Auxiliar bachiller Julio César Echeverry Pareja, quienes, como se sabe, tan pronto escucharon los disparos se corrieron hacia el lugar donde éstos se produjeron, persiguiendo al autor de los mismos, como que lo vieron huír con el arma en la mano, al punto que por las reconocidas características que de él tenían, les fue posible localizarlo y retenerlo en la planta baja de la plaza minorista dentro de la cual prestaba vigilancia.

"De manera que si, como se ve, la libelista no alude a las demás pruebas tenidas en cuenta en la sentencia y que sirvieron de fundamento para la condena, ésta permanece incólume" (fls. 21 y 22 del cuaderno de la Corte).

Cita partes del fallo impugnado y dice que, en esas condiciones, el cargo no debe prosperar.

2.- A lo que se acaba de decir, que la Sala comparte, debe añadirse que si bien es cierto que el referido testigo Moreno Galeano manifestó que el autor de los disparos "estaba todo vestido de negro" (fls. 19), luego, al ampliar su testimonio (fls. 124 y ss.), diligencia en la cual se le hizo saber que según la evidencia "Camándula" (el procesado Tangarife Jiménez) vestía de blanco, manifestó que quizas había declarado primeramente de tal modo "por susto".

Aunque no deja de ser curioso, que inicialmente Moreno Galeano dijera que el homicida vestía de negro (cuando los policiales captores y demás pruebas pertinentes lo señalan vestido de blanco), la verdad es que la casacionista no combate las directas, tajantes y nítidas declaraciones de los miembros de la policía que capturaron a Tangarife Jiménez momentos después de los hechos, captura que se obtuvo luego de que vieran salir a este sujeto del lugar del delito, portando aún el arma homicida en su mano derecha. Es decir que la impugnante procede como si la única prueba tenida en cuenta para condenar al acusado hubiera sido la referida declaración testifical. Bien se sabe, y debe repetirse, que cuando se acude a la violación indirecta de la ley (esto es, cuando se impugna la prueba), el censor está obligado (so riesgo de que su ataque fracase) a no parcelar la impugnación, a no seleccionar determinadas pruebas para combatirlas, sino que es su deber controvertir todo el acervo probatorio considerado por el fallador para arribar a la decisión contenida en la sentencia. Esto lo desoye la actora, razón suficiente para que el primer reproche no pueda prosperar.

Cargo segundo:

En este afirma la censora que no está probado que el móvil para realizar el homicidio haya sido la rifa no cumplida por el acusado.

1.- Dice la Delegada que la casacionista "no clarifica" su impugnación, "ya que inicialmente se refiere a los criterios del fallador para afirmar desmotrado el dolo, repitiendo los argumentos esbozados en el primer cargo, para en seguida ocuparse de una indiscriminada crítica y valoración probatoria de los testimonios rendidos por Juan Carlos Porras Zapata, Leticia Serna, Milton Fabian González y en general a los 'demás declarantes propietarios o trabajadores en la plaza', coligiendo de tal apreciación que estos 'no prueban de manera objetiva' que el 'móvil' del homicidio fuere eludir el pago de una rifa realizada por Tangarife Jiménez y cuyo número ganador presuntamente habría correspondido en suerte a Correa Serna" (fls. 25).

Dice la Delegada que la actora hace aquí un típico alegato de instancia, "dentro del cual simplemente persigue que se someta a un nuevo juicio evaluativo la prueba testimonial", a más de que erróneamente confunde el móvil del delito con el dolo en su realización.

Opina, entonces, que el cargo no debe salir avante.

2.- Dígase en primer término que ni en mínimo grado demuestra la casacionista el falso juicio de existencia que propone (inventar o desconocer una prueba obrante en autos), sino que, en cambio, se dedica a hacer nuevamente una valoración del material probatorio que milita en el expediente en torno al móvil delictual. Pero un segundo yerro de la censora, también aparece patente: encabeza el cargo con la afirmación de que para establecer el dolo del procesado se tergiversó la prueba (con lo cual se desplaza al falso juicio de identidad que no adujo), mas desarrolla esa aseveración partiendo de consideraciones atinente al móvil del delito cometido por Correa Serna, modo de razonar que denota una grave confusión conceptual, como es la de asimilar el dolo (conocimiento y voluntad de cometer el hecho) con el móvil, que es el motivo o "causa" del punible, que, en este caso -lo dice el proceso con abundancia- fue el incumplimiento por parte del acusado de entregar el premio ganador a la víctima.

Con estas falencias como base, resulta apenas obvio que el reparo falle en su integridad y no demuestre absolutamente nada, aparte de unas muy subjetivas apreciaciones de la actora en torno al referido móvil del homicidio de Correa Serna, que, en gracia de discusión, así fuera otro diverso al de la citada rifa, en nada variaría la atribución de responsabilidad al procesado en el nombrado delito contra la vida. Ante la inanidad del cargo, éste fracasa.

Cargo tercero:

Dice la casacionista que se violó directamente el tipo penal que contempla el porte ilegal de armas, delito por el cual también fue condenado Tangarife Jiménez.

1.- Expresa al respecto la Procuraduría:

> "Sin desmedro de la razón que cabe a la casacionista, en cuanto a que la conducta del procesado en los términos en que mereció encuadramiento en el punible de porte ilegal de armas no puede

afirmarse típica de este delito, como adelante se verá; debe sin embargo precisarse que no es cierta su afirmación según la cual sólo es posible imputar este delito en tanto se produzca la retención del infractor materialmente detentado el arma. La libertad probatoria que caracteriza nuestro sistema procesal, permite que a través de los diversos medios previstos en el estatuto, pueda llegarse a la demostración de este hecho.

"En su lugar, si el juzgador no emplea dichos medios para establecer integralmente los elementos componentes del injusto penal, no puede entonces afirmarse la adecuación de la conducta cuestionada al tipo que abstractamente la describe.

"Así, no obstante ser evidente que Correa Serma fue muerto por disparos de arma de fuego y que de aquella conducta es responsable Tangarife Jiménez, en principio, tampoco admitiría discusión sostener que necesariamente éste portaba el día de los hechos un artefacto de dicha naturaleza, conforme lo afirmó el Tribunal.

"Sin embargo, la investigación no permitió conocer qué tipo de arma fue la empleada por el inculpado para dar muerte a Correa Serna, esto es, si era de defensa personal o de uso privativo de las fuerzas militares, elemento que no puede suplirse con el criterio del a-quo, compartido por el Tribunal, según el cual "por favorabilidad" el arma debe considerarse como de defensa personal.

"Tampoco el elemento normativo concerniente a la ilegalidad de la tenencia del arma se estableció, siendo de destacar en este caso que resulta igualmente equivocado el criterio del ad quem para quien "se deduce" que "se portaba sin permiso de autoridad competente" por el hecho de no haberse exhibido el salvoconducto pertinente, pues ésto supondría entonces la exigencia de que el procesado hubiera tenido que admitir la tenencia de un arma y, de contera, eventualmente reconocer su participación en el hecho, invirtiéndose así la carga de la prueba que compete indiscutiblemente al Estado" (fls. 29 y 30 ibídem).

Así, concluye sosteniendo que el respectivo tipo penal fue indebidamente aplicado, por lo cual pide la casación parcial del fallo.

2.- Como se trata de un cargo por violación directa, es importante destacar las consideraciones que tuvo en cuenta el Tribunal para condenar por este delito al acusado.

> "Por lo que respecta al porte ilegal de arma de fuego– se dijo en la sentencia de segunda instancia–, no se puede poner en duda, así no haya habido decomiso del artefacto que el sindicado portaba uno de tal naturaleza, pues de otra manera no se hubiera ocasionado la muerte con proyectiles de arma de fuego. Como los testigos describen el aparato como revólver o pistola, hay que entenderla como de defensa personal, y que se portaba sin permiso de autoridad competente, como se deduce del hecho de que el procesado se hubiera descargado de ella y que nunca hubiera exhibido un salvoconducto que lo autorizaba a llevarlo consigo. El hecho así descrito encaja en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991" (fls. 214).

La actora, dígase desde ya que equívocadamente, estima que para la tipificación de este ilícito "es indispensable que al momento de la retención" el acusado lleve consigo el arma.

Para la Corte, esta exigencia adicional que plantea la casacionista no está comprendida dentro de la descripción típica de esta conducta, que se concreta, en el caso sub examine, al simple porte del arma de fuego sin permiso de autoridad competente, que fue, precisamente, lo que se logró demostrar en el proceso: que MANUEL SALVADOR TANGARIFE JIMENEZ, en las horas del medio día del domingo 30 de agosto de 1992 y en los alrededores de la plaza minorista de Medellín, portaba un arma de fuego –revólver o pistola–, sin el respectivo salvoconducto.

De la circunstancia de que el acusado hubiera logrado desprenderse del arma, razón por la cual no se la halló en su poder cuando fue requisado, no puede de ninguna manera inferirse que minutos antes no la portaba, porque la prueba a este respecto es clara y contundente, tanto, que la casacionista fundamentó la censura en la violación directa, que como se sabe implica necesariamente para el actor la aceptación plena de la situación fáctica que dió por demostrada el fallador.

Es pertinente advertir sí, que si se desconoce que un sujeto anda armado y sometido a requisa nada se le encuentra en su poder, pues obvio resulta que ningún delito podrá imputársele ante la total ausencia de prueba sobre el porte

ilegal de armas. Pero cuando el porte del arma –o de cualquier sustancia prohibida– está plenamente demostrado, ls simple circunstancia de que el sujeto logre deshacerse de ella y que por tanto, al ser requisado no se encuentre en su poder el elemento prohibido que inmediatamente antes del registro llevaba consigo, es un aspecto que en nada incide en la adecuación típica de esta conducta. Para la Sala, también se equivoca la libelista y con ella la Delegada, al sostener que la conducta delictiva no se configuró porque no se determinó si el arma que portaba el acusado era de defensa personal o de uso privativo de la Fuerza Pública.

Al respecto es pertinente aseverar que de conformidad con el Decreto 2535 de 1993, y la misma afirmación puede hacerse de cara a las normas que regían para el momento de ocurrir los hechos, "cada una de las armas de fuego existentes en el territorio nacional en manos de los particulares, debe tener un (1) permiso para tenencia o para porte" (art. 20), lo que en otros términos significa que en Colombia es prohibido portar armas de fuego (sólo se exceptúan de esta prohibición las armas largas de pólvora negra, incluídas las escopetas de fisto (–art. 25–), ya sean éstas de defensa personal o de uso privativo de la Fuerza Pública, si no se posee el permiso correspondiente. Y la violación a esta prohibición constituye delito.

Ahora bien. Cuando el arma que se porta es de uso exclusivo de la Fuerza Pública, la pena para el delito de porte ilegal, por esta única consideración, es mucho más severa. Y como quiera que dentro de las armas de fuego sólo son consideradas como de uso exclusivo de la Fuerza Pública las que reunan determinadas características (art. 8 ibídem), es obvio que para responsabilizar a una persona de este específico ilícito de porte ilegal de armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública, es indispensable establecer si el arma ilegalmente portada reune estas condiciones especiales.

Mas cuando se trata del delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal o de uso civil como las denomina el decreto que se ha venido citando, como quiera que esta clase de armas no requieren de ninguna característica especial, basta con demostrar que el arma portada, incáutese o no, es de fuego y que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el art. 25 ya citado.

En el caso sub-júdice es esta última la situación planteada. Dentro del proceso se demostró plenamente que Tangarife Jiménez portaba una pistola o revólver, sin permiso legal para ello, pues no se aportó salvoconducto alguno

ni documento que estableciera que el acusado tenía dicha autorización. Recuérdese, a este último respecto, que al momento de su aprehensión fue requisado y no portaba ni siquiera sus documentos de identidad (fl. 40 vto.), y téngase en cuenta, además, que en su indagatoria manifestó no poseerlos, "porque no he sacado tarjeta ni nada", razón de más para confirmar que no tenía salvoconducto, toda vez que éste no se expide a favor de personas indocumentadas. Y como por esta conducta típica se le condenó, la Corte no encuentra que el Tribunal hubiera incurrido en la aducida violación directa de la ley sustancial.

Este cargo también se desechará y consecuentemente, la sentencia debe mantener su firmeza.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL/
COLISION DE COMPETENCIA

Una vez más ha de precisar la Corte que con motivos 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 sobre peticiones de 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 como lo establece la ley (en un término máximo de tres días -art. 55 de la Ley 81 de 1993-), por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera de que el competente decida el incidente.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No. 81

Vistos

El procesado SALOMON CASTILLO PERDOMO quien se halla detenido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, solicita la libertad por pena cumplida con apoyo en los artículos 72 del Código Penal y 515 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

El proceso seguido contra SALOMON CASTILLO PERDOMO Y ORLANDO ALARCON PAEZ, llegó a esta Corporación para decidir el conflicto negativo de competencias trabado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y el Tribunal Nacional.

Una vez más ha de precisar la Corte que con motivo de incidentes como los de recusación e impedimentos o colisiones de competencia, sólamente puede pronunciarse respecto del mismo y, por consiguiente, no tiene facultad para tomar decisiones distintas, como conocer y definir sobre peticiones de libertad del procesado.

En el presente caso, CASTILLO PERDOMO reclama la libertad por pena cumplida. Estas conforntaciones 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 como 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 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el llamado por previsión normativa a resolver la petición que ha formulado el procesado Castillo Perdomo, 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 por pena cumplida por el detenido SALOMON CASTILLO PERDOMO y, en su lugar, ordena que la solicitud sea remitida de inmediato al Tribunal Superior de Neiva, que actualmente conoce el proceso seguido contra el petente.

Infórmese al procesado el curso de su solicitud y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

El artículo 31 de la Carta es una norma de derecho sustancial por lo que, dada esta especial naturaleza, una violación a su tenor es atacable por la vía de la causal primera de casación, cuerpo inicial, o lo que es lo mismo, como violación directa puesto que cualquier conflicto que sobre ella se presenta recae sobre su contenido sin que haya lugar a observaciones sobre el recaudo probatorio a los hechos materia de investigación.

Un planteamiento adecuado del problema se debe hacer citando como transgredido el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, precepto de índole sustancial reformado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, encargado de recoger y desarrollar el artículo 31 de la Constitución Política.

La norma en referencia tiene como fin ponerle un límite al poder punitivo del Estado cuando el inconforme con la decisión únicamente es el condenado. Si él es, el único recurrente, si ningún otro sujeto procesal ha demostrado su desacuerdo con el fallo de primer grado, no corresponde a la equidad que se le agrave su situación en la segunda instancia so pena de atropellar la disposición constitucional. Por ello, se prohibe al *ad quem* realizar variación o modificación alguna que lesione los intereses del inculpado apelante.

No existe ningún problema cuando se trata de un solo procesado. Tampoco cuando siendo un número plural, todos recurren el fallo del a quo por habérseles dictado sentencia condenatoria. Comoquiera que recibieron un perjuicio común, el Tribunal deberá examinar los aspectos impugnados. Cualquier otra situación que agrave sus intereses debe ser desechada pues de no confirmarse la sentencia del inferior su reforma sólo puede hacerse en beneficio de los apelantes.

La dificultad se suscita cuando la decisión cuestionada es mixta donde algunos imputados son declarados responsables, mientras los restantes son favorecidos con la absolución. Si los condenados recurren y los absueltos se muestran conformes con la deci-

sión, como es apenas llano entenderlo, pueden suceder entre otras posibilidades -aparte de la tarea que correspondería en torno al control de legalidad de las penas, por ejemplo- las siguientes:

a. Que se confirme la sentencia;

b. Que se revoque absolviendo a los condenados;

c. que se reforme condenando a los absueltos.

En las dos primeras hipótesis no se presenta dificultad alguna pues los intereses de todos los procesados no se verían afectados. En el tercer supuesto -que es la materia del presente asunto- es claro que a los favorecidos con la sentencia de primera instancia, se les desmejoró su situación al dictarles el superior un fallo condenatorio. La pregunta que surge de inmediato es si éste podía tomar tal determinación sin violar el artículo 31 Superior?. Al respecto caben las siguientes precisiones:

Se advierte por la lectura del texto del artículo precipitado, en su segundo inciso, que el superior no podrá agravar la pena cuando el condenado sea apelante único. Con una interpretación estrecha de su contenido podría pensarse que la norma se refiere solamente a los casos en que existe un solo condenado pues en la hipótesis de ser varios, la limitante no se impondría. Empero, una tal explicación contraría el espíritu del canon constitucional.

Demostración fehaciente de ello se dió con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal que hizo posible el desarrollo legal del precepto. En su artículo 217 se precisó que en el evento de un fallo condenatorio no se podría agravar la pena impuesta "...salvo que el Fiscal, el agente del ministerio Público o la parte civil, cuando tuviera interés, la hubiera recurrido.". Con ello se especificaba que la prohibición constitucional se referia a los condenados, en general, sin importar su número, por lo que la restricción operaba solamente cuando cualquiera de las otras partes recurrieran de la sentencia condenatoria. Para evitar equívocos el legislador se preocupó por nombrarlas taxativamente, sin incluir a los procesados no recurrentes.

Así, e independientemente de si todos o algunos de ellos recurren la decisión de primera instancia, a ninguno de estos se le puede agravar su situación jurídica. Esto es inconcuso según las voces del mandato constitucional precipitado.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Aprobado Acta No. 81

Vistos

Decide la CORTE sobre la demanda de casación excepcional interpuesta por el defensor de los procesados CARLOS EMILIO SOTO BULLA y MARIA LEONOR GAMBESICA RODRIGUEZ contra la sentencia proferida por el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Tunja, calendada el veintidós (22) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), que revocó la absolución con la que había favorecido a los procesados el Juzgado 2o. Penal Municipal de ésta ciudad dictada el veintitrés (23) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992), condenándolos a pagar la pena principal de catorce (14) meses de prisión, como autores penalmente responsables de un delito de injuria, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, a cancelar la suma de un mil pesos ($1.000.oo) como multa a favor del Tesoro Nacional y a pagar igualmente los perjuicios materiales y morales ocasionados con la infracción. De igual manera se les concedió el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Hechos

En los siguientes términos los resumió el Juzgado del Circuito:

> "En el año de 1984, se reconoció personería jurídica al Sindicato Nacional "SINTRALSENCOOP" del cual forman parte algunos trabajadores de la Caja Popular Cooperativa de Tunja. Para el año 1988, eran miembros de la Junta Directiva Nacional, entre otros, HERNANDO RODRIGUEZ MONROY, MARTHA INES AVELLANEDA, SILVINO PACHECO CAMARGO, MARIA LEONOR GAMBESICA RODRIGUEZ, SUSANA CEPEDA DE MUÑOZ, CARLOS EMILIO SOTO BULLA, MARDOQUEO NUMPAQUE, ERNESTO RODRIGUEZ MALDONADO Y JOSE MISAEL PUIN AMAYA.

Mediante un comunicado que obra al fl. 10 de los anexos, los anteriormente mencionados dan o denuncian ante la opinión pública una serie de irregularidades que se presentaron en la Caja Popular Cooperativa, tales como despidos y sanciones que se han hecho contra honestos trabajadores afiliados a la organización sindical, por haber cuestionado malos manejos administrativos y

financieros, que los directivos de la entidad han dado a la Caja Popular Cooperativa. Igualmente denuncian que se les ha impedido el derecho de asociación violándose así las leyes 26 y 27 de 1976 y el artículo 292 del C. P., fue así que se despidió arbitrariamente al señor HERNAN ARIAS MOLANO, para ese entonces Presidente de la Junta Directiva de SINTRALSENCOOP.

En ese documento de fecha 2 de noviembre de 1988, se denuncia también, que quienes administran la Caja Popular Cooperativa Ltda. la han puesto al servicio de narcotraficantes y otros oscuros elementos del bajo mundo; igualmente se afirma, que los directivos de la entidad, y demás encargados de la administración auspician abierta o veladamente amenazas de muerte y boleteos, se les señala a esos mismos directivos como elementos vividores, oportunistas y tránsfugas.

En el comunicado, (fl. 10 vto. de los anexos), se señalan como responsables de esa persecución sindical, de la inmoralidad y la corrupción administrativa en la Caja Popular Cooperativa, a varias personas, entre los cuales se encuentra el aquí denunciante y querellante JORGE ARTURO MORENO OJEDA, Gerente General de la entidad, quien formulara la querella correspondiente el día 16 de noviembre de 1988".

Actuación procesal

El compendio lo realizó la Delegada con acierto. Aquí sus palabras:

"Con base en la denuncia presentada por el señor Jorge Arturo Monero Ojeda y la práctica de varias diligencias, el Juzgado 2o Penal Municipal de Tunja dispuso abrir la correspondiente investigación penal y escuchó en diligencia de indagatoria a Waldo Arias Moreno , Marta Inés Avella González, Hernando Rodríguez Monroy a quienes se les resolvió sutuación jurídica en proveído del 19 de octubre de 1989 sin decretar medida de aseguramiento alguna.

También fueron vinculados en indagatoria José Misael Puín Amaya, Mardoqueo Numpaque, Susana Cepeda de Muñoz, Ernesto Rodríguez Maldonado, Silvino Alfonso Pacheco Camargo, contra quienes tampoco se dictó medida de asegramiento. Igualmente CARLOS EMILIO SOTO BULLA y Carlos Antonio Caicedo rindieron indagatoria y el Juzgado 2o Penal Municipal en proveído de 14 de mayo de 1990 se abstuvo de dictar en su contra medida aseguramiento.

El apoderado de la parte civil interpone contra tal decisión recurso de apelación que la resolverla el Juzgado 1o. Penal del Circuito decide en proveído del 24 de julio de 1990 modificar la providencia motivo del

recurso y decretar medida de aseguramiento contra CALOR EMILIO SOTO BULLA consistente en caución prendaria como autor del hecho punible de injuria cometido en contra de la integridad moral de Jorge Arturo Moreno Ojeda.

Al ser escuchada en diligencia de indagatoria MARIA LEONER GAMBASICA RODRIGUEZ, el Juzgado a cargo de las diligencias se abstuvo de proferir medida de aseguramiento.

La investigación se declaró cerrada el 19 de noviembre de 1990 y el mérito del sumario se calificó el 20 de febrero de 1991 con resolución de acusación en contra de José Misael Puín Amaya, Mardoqueo Numpaque, Susana Cepeda de Muñoz, Ernesto Rodriguez Maldonado, Silvino Alfonso Pacheco Camargo, CARLOS EMILIO SOTO BULLA, MARIA LEONOR GAMBESICA, Marta Inés Avella González y Hernando Rodríguez Muñoz por el delito de injuria de que fuera víctima el señor Jorge Arturo Moreno Ojeda. En la misma providencia se profirió medida de aseguramiento contra José Misael Puín Amaya, Mardoqueo Numpaque, Susana Cepeda de Muñoz, Ernesto Rodríguez Maldonado y Silvino Alfonso Pacheco Camargo consistente en caución prendaria por el hecho punible en mención. Para los demás indagados ordenó la cesación de procedimiento.

El 15 de abril de 1991, el Juzgado 2o Penal Municipal se pronuncia en forma negativa del recurso de reposición interpueso contra la providencia calificatoria y concede el de apelación en el efecto suspensivo.

Por tal motivo, el Juzgado 1o. Penal del Circuito en proveído del 11 de julio de 1991 confirma en su integridad el interlocutorio objeto del recurso, y lo adiciona en el sentido de proferir medida de aseguramiento en contra de MARIA LEONOR GAMBASICA RODRIGUEZ consistente en caución prendaria.

Abierto el juicio a pruebas, el despacho judicial citado, ordenó por considerarlas procedentes, las solicitadas por la defensora de los procesados, en auto del 16 de septiembre de 1991

Vencido el término probatorio y luego de múltiples contingencias se llevó a cabo la diligencia de audiencia al cabo de la cual se dictó el respectivo fallo de primer grado con los resultados ya conocidos.

Apelada que fuere la decisión al desatarse el recurso, concluyó con la confirmación parcial del fallo, en sentencia que ahora es motivo de este recurso extraordinario.".

Contra esta decisión el defensor de los procesados absueltos interpuso el recurso discrecional de casación. El veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993) la Sala lo admitió, señalando:

"En este orden se advierte de la simple revisión del expediente que los hechos censurados en el primer motivo del escrito de sustentación propuesto por el defensor de los acusados EMILIO SOTO y LEONOR GAMBESICA tuvieron efectiva ocurrencia, pues sin haberse recurrido el fallo de primera instancia en búsqueda de la infirmación de la absolución allí prevista, modificó el ad-quem su situación entrando a condenarles y a desconocer con ello la garantía prevista en el artículo 31 Constitucional, hecho cuya sola enunciación asoma la viabilidad de la aceptación discrecional del recurso extraordinario, por la cual se inclina la Sala en la perspectiva de restituir, previa presentación oportuna de formal demanda, los derechos quebrantados.".

La demanda

Con fundamento en la causal tercera de casación, el recurrente presenta un único cargo. Luego de transcribir el artículo 29 de la Carta fundamental centra su atención en la sentencia de primera instancia, mediante la cual se halló responsables a algunos ciudadanos de la comisión de un delito de injuria, absolviendo a sus dos patrocinados. Inconformes con la decisión, los condenados recurrieron en apelación conociendo el Juzgado 1o. Penal del Circuito del asunto en comento. No obstante, según su parecer, en forma inadmisible, "avocó el conocimiento, sobre una situación que no estaba solicitada, y de ahí, que al hacerlo, revocó la decisión de absolución, para imponerles una condena, similar, a la de las otras siete personas.".

Transcribe, entonces, la preceptiva del artículo 217 del C. de P.P., señalando como el Juzgador de segunda instancia cometió un yerro al interpretar la norma creyendo que podía decidir sin limitación alguna, es decir, "...la tomó en el sentido de que por ser una misma sentencia, tenía la facultad para pronunciarse sobre la totalidad del contenido.".

Omitió considerar, sin embargo, que SOTO BULLA y GAMBESICA RODRIGUEZ habían sido declarados inocentes en el fallo de primera instancia y que por tal razón no tenían interés en recurrir la decisión, por lo cual, al revisarse estas absoluciones se afectaron sus derechos, comprometiéndolos ante una instancia que no había sido solicitada por ellos, violándose el debido proceso pues sus poderdantes jamás cuestionaron la sentencia, todo con clara vulneración del artículo 29 de la Constitución, en concordancia con el artículo 31, ibídem.

Termina su intervención con una cita del proveído de la Corte que admitió el recurso, dando por sentado que la razón le asiste a us palabras, motivo por el cual solicita se dectrete la nulidad de segunda instancia, dejando en firme la absolutoria de primera instancia.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo penal

Muestra su desacuerdo con los planteamientos del casacionista explicando que el artículo 31 de la Constitución prescribe la prohibición de incrementar la pena señalada en la sentencia sólo cuando el procesado sea apelante único. Así, considera que al fallador de segundo grado no se le puede atribuir yerro alguno "... pues su facultad decisoria se limita también a la naturaleza de las pretensiones del apelante sin aumentar el quantum de la pena porque respecto de SOTO BULLA y GAMBESICA RODRIGUEZ no se partió de ninguna pena sino que ella se impuso por primera vez en la decisión de segundo grado".

Explica luego su aserto advirtiendo que el texto del artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, -bajo cuyo imperio se dictó el fallo de segunda instancia- permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, "...significando con esto la totalidad de su contenidos y no como erradamente lo considera el demandante, que en el caso sub examen sólo podía referirse a quienes habían sido condenados en primera instancia, e ignorar por completo la situación de los absueltos.".

Diferente es el caso, aclara la Delegada, ante la reforma hecha a la normatividad procedimental con la ley 81 de 1993, donde se establece en el artículo 34 que la apelación le permite al superior revisar únicamente los aspectos impugnados. No obstante, este cambio en el trámite no se puede tener en cuenta para el caso en cuestión merced a su vigencia posterior al fallo en cita. Además, considera que el texto constitucional ha de ser interpretado en un sentido amplio "... según el cual, el lógico que quien apele sea el condenado por intermedio de su defensor y no el absuelto, lo cual no significa que éste último no esté contemplado dentro de la norma en referencia.".

Por consiguiente, y teniéndose en cuenta que no hubo desconocimiento del artículo 31 de la Constitución Nacional, solicita no casar el fallo recurrido.

La Corte

1. Sea lo primero advertir -como la Sala lo ha hecho en varias oportunidades- que el artículo 31 de la Carta es una norma de derecho sustancial por lo que, dada esta especial naturaleza, una violación a su tenor es atacable por la vía de la causal primera de casación, cuerpo inicial, o lo que es lo mismo, como violación directa puesto que cualqusier conflicto que sobre ella se presente recae

su contenido sin que haya lugar a observaciones sobre el recaudo probatorio o los hechos materia de investigación.

En reciente oportunidad se expresó la SALA sobre el tema en los siguientes términos:

> "La prohibición de la reformatio in pejus es una garantía que se instituye en favor del procesado, pero que tiene un hondo contenido sustancial en la medida que protege al imputado frente a los desmanes que se presenten en la aplicación de (la) normatividad sustancial, como es toda la que tiene que ver con la punibilidad, y si esta en su naturaleza necesariamente se tiene que entender que el marco lógico de ataque es el que enmarca la causal primera que es la instituída para resolver yerros indicando." (Sentencia de septiembre 14 de 1994, M.P. Dr. Calvete Rangel).

Por consiguiente, un planteamiento adecuado del problema se debe hacer citando como tansgredido el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, precepto de índole sustancial reformado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, encargado de recoger y desarrollar el artículo 31 de la Constitución Política.

2. Aunque el actor señala correctamente el artículo 217 en referencia como la norma quebrantada por indebida interpretación de su tenor, lo que indicaría una vulneración directa de la ley sustancial, equivocadamente sitúa su tacha en el ámbito de la causal tercera de casación denunciando una violación al debido proceso, lo que provoca el natural contrasentido que conspira contra el éxito de su razonamiento.

3. De todas maneras y dado que se violó flagrantemente el artículo 31 de la Carta, se procede a hacer el pronunciamiento oficioso a que haya lugar. La norma en referencia tiene como fin ponerle un límite al poder punitivo del Estado cuando el inconforme con la decisión únicamente es el condenado. Si él es, el único recurrente, si ningún otro sujeto procesal ha mostrado su desacuerdo con el fallo de primer grado, no corresponde a la equidad que se le agrave su situación en la segunda instancia so pena de atropellar la disposición constitucional. Por ello, se prohibe al ad quem realizar variación o modificación alguna que lesione los intereses del inculpado apelante.

No existe ningún problema cuando se trata de un sólo procesado. Tampoco cuando siendo un número plural, todos recurren el fallo del a quo por habérseles dictado sentencia condenatoria. Comoquiera que recibieron un perjuicio común, el Tribunal deberá examinar los aspectos impugnados. Cualquier otra situación que agrave sus interese debe ser desechada pues de no confirmarse la sentencia del inferior su reforma sólo puede hacerse en beneficio de los apelantes.

La dificultad se suscita cuando la decisión cuantionada es mixta como en el caso de la especie, donde algunos imputados son declarados responsables, mientras los restantes son favorecidos con la absolución. Si los condenados recurren y los absueltos se muestran conformes con la decisión, como es apenas llano entenderlo, pueden suceder entre otras posibilidades -aparte de la tarea que correspondería en torno al control de legalidad de las penas, por ejemplo- las siguientes:

a. Que se confirme la sentencia;
b. Que se revoque absolviendo a los condenados;
c. Que se reforme condenando a los absueltos.

En las dos primera hipótesis no se presenta dificultad alguna pues los intereses de todos los procesados no se verían afectados. En el tercer supuesto -que es la materia del presente asunto- es claro que a los favorecidos con sentencia de primera instancia, se les desmejoró su situación al dictarles el superior un fallo condenatorio. La pregunta que surge de inmediato es si éste podía tomar tal determinación sin violar el artículo 31 Superior?. Al respecto caben las siguientes precisiones:

Se advierte por la lectura del texto del artículo precitado, en su segundo inciso, que el superior no podrá agravar la pena cuando el condenado sea apelante único. Con una interpretación estrecha de su contenido podría pensarse que la norma se refiere solamente a los casos en que existe un solo condenado pues en la hipótesis de ser varios, la limitante no se impondría. Empero, una tal explicación contraría el espíritu del canon constitucional.

Demostración fehaciente de ello se dió con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal que hizo posible el desarrollo legal del precepto. En su artículo 217 se precisó que en el evento de un fallo condenatorio no se podía agravar la pena impuesta "...salvo que el Fiscal, el agente del Ministero Público o la parte civil, cuando tiviera interés, la hubieran recurrido.". Con ello se especificaba que la prohibición constitucional se refería a los condenados, en general, sin importar su número, por lo que la restricción operaba solamente cuando culquiera de las otras partes recurrieran de la sentencia condenatoria. Para evitar equívocos el legislador se preocupó por nombrarlas taxativamente, sin incluir a los procesados no recurrentes.

Así, e independientemente, de si todos o algunos de ellos recurren la decisión de primera instancia, a ninguno de estos se le puede agravar su situación jurídica. Esto es inconcuso según las voces del mandato constitucional precitado.

Ahora bien:

No consulta el espíritu del precepto el que diga el Ministerio Público que la

defensa al recurrir al superior, comprometió irregularmente a los absueltos, pues la decisión del ad quem no los cobijaba. Dado que el sentenciador únicamente puede estudiar los aspectos favorables a los procesados -condenados o no-, cualquier otra determinación que tome en contra de sus intereses es notoriamente ilegal y como tal ha de revocarse. El superior debe transitar por el sendero de lo estrictamente permitido en la Constitución sin que tenga la posibilidad de agravar la pena, entendiéndose por tal no solo el incremento en sí sino todo aquello que cause un perjuicio notorio a sus intereses.

4. En el supuesto de autos, nueve fueron los porcesados, profiriéndose en contra de siete de ellos, fallo condenatorio al tiempo que a los dos restantes se les dictaba sentencia absolutoria. Como era lógico suponer los que fueron declarados responsables del punible apelaron de la sentencia, mientras los absueltos la acataban. En la segunda instancia, el Juzgado del Circuito no sólo confirmó la condena impuesta sino que, a su vez, revocó la absolución condenando a quienes habían sido favorecidos por el *a-quo*.

Como quiera que ninguna otra de las partes recurrió el fallo, el mandato del artículo 31 cobraba plena vigencia. En acatamiento a su tenor, el superior debió haberse limitado a estudiar la situación de los apelantes, conforme a la naturaleza de sus pretensiones, sin entrar a discutir la de los absueltos, salvo si se trataba de brindarles una solución aún más favorable de la dictada por el juez Penal Municipal. No obstante, vulnerando la norma superior, decidió, *motu proprio*, revocar la absolución dictando en su lugar una de carácter condenatorio. La violación al precepto constitucional adviene incustionable y ello amerita la casación parcial de la sentencia para remediar el entuerto.

5. Ahora bien, antes de terminar y no empece considerar que los hechos sucedieron antes de entrar en vigencia la Ley 81 de 1993, por lo cual la reforma no afecta el presente asunto, la SALA considera conveniente aclarar la interpretación que hace el Ministerio Público sobre la innovación que introdujo dicha Ley.

Según la Delegada, sólo a partir de la vigencia de este estatuto se le permite al superior revisar únicamente los aspectos impugnados. Antes no tenía restricción alguna para hacerlo. Veamos: En el original artículo 217 se prescribía:

> *"Competencia del superior. El recurso de apelación y la consulta permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada o consultada. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta salvo que el fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés la hubieren recurrido."*

El que fue objeto de reforma por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, establece:

> *"Competencia del superior. La consulta permite decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella; la apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido.".*

Como se observa, tanto en la primera norma como en la última, permanece vigente la misma excepción en la segunda parte de cada cual. Es decir, cuando se trate de sentencia condenatoria y sea el condenado el apelante, no se puede hacer más onerosa su situación. Ello quiere decir que de hecho al superior se le ha impuesto desde un comienzo una limitante en casos como el actual pues no puede revisar el fallo respecto de los precesados no apelantes, salvo para mejorar su situación. No podía ser de otra manera. Antes de la expedición del Decreto 2700 de 1991 entró en vigencia la Carta Política en la que taxativamente se ordenaba que "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

6. Así las cosas, dado que el proceder asumido por el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Tunja viola el precepto constitucional en referencia se hace necesario revivir el contenido y alcances del fallo de primera instancia.

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

Resuelve

CASAR PARCIALMENTE el fallo proferido por el Juzgado 1o. Penal del Cirucito de Tunja, y en su lugar absolver a los procesados CARLOS EMILIO SOTO BULLA y MARIA LEONOR GAMBESICA RODRIGUEZ, por el delito de injuria que se les imputó, que fue la decisión tomada por el juzgado 2o. Penal Municipal de la misma ciudad. En lo demás queda incólume la sentencia.

Notifíquese y Cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL / COMPETENCIA

Es al funcionario judicial a quien corresponde por mandato legal el análisis de los requisitos previstos por la ley para el otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional o por esta vía la libertad provisional, siendo indispensable entre las exigencias de índole subjetivo el estudio concerniente a la personalidad, la cual involucra el comportamiento en todas las facetas del individuo que permitan inferir la procedencia de su retorno al núcleo social.

Es claro que en el trámite del recurso de casación es susceptible la presentación de solicitudes de libertad provisional, sustentadas obviamente en las causales legales que resultan admisibles es esta sede, frente a las cuales la respuesta de la Corte deviene a través de un auto interlocutorio contra el cual solamente es posible el recurso de reposición, toda vez que el recurso estraordinario de casación no es una tercera instancia y esta Corporación carece de superior jerárquico, pues, es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. (art. 234 de la Constitución Política.

De otra parte, el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal señala expresamente los recursos ordinarios que proceden contra las providencias proferidas dentre del proceso penal, esto es, el de reposición, apelación y de hecho, de manera que lo relativo a estos medios de impugnación está regulado expresamente por el Decreto 2700 de 1991.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 82

Vistos:

El procesado JOSE ANGEL APARICIO GOMEZ quien se halla detenido en el Centro de Reclusión para la Policía Nacional de Facatativá, formula a la

Corte tres peticiones: la primera, para que se ordene un dictamen médico legal que ha de referirse tanto a su personalidad "como la presunta peligrosidad" que pueda representar para la sociedad en el caso de otorgarse la libertad provisional; la segunda, para que se le informe sobre el estado del proceso y, a través de la última, interpone el "RECURSO DE SUPLICA" contra la providencia de 6 de junio del año en curso que no repuso en ninguna de sus partes el auto de 10 de mayo por medio del cual la Sala negó la excarcelación por él pretendida.

Consideraciones de la Corte:

1. En relación con la petición de pruebas:

El implicado apoya su reclamo para que se ordene el mencionado reconocimiento médico legal, en el hecho de que la Corte tuvo en cuenta la personalidad y "su peligrosidad" para negarle la libertad provisional sin contar con ese medio de prueba.

Es incuestionable la inconducencia e impertinencia de la prueba sugerida, pues como bien lo advera el acusado y así se reiteró por la Corte en las providencias de 10 de mayo y 5 de junio del año en curso, es al funcionario judicial a quien corresponde por mandato legal el análisis de los requisitos previstos por la ley para el otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional o por esta vía la liberación provisional, siendo indispensable entre las exigencias de índole subjetivo el estudio concerniente a la personalidad, la cual involucra el comportamiento en todas las facetas del individuo que permitan inferir la procedencia de su retorno al núcleo social.

El pronóstico valorativo que hizo la Sala en las comentadas decisiones tuvo sustento en la información que suministra el proceso, para concluir que, en el caso tratado, el exagente de la Policía Nacional APARICIO GOMEZ, no se hace merecedor a la excarcelación que reclama y que por el contrario, se impone el cumplimiento total de la sanción de que dan cuenta los fallos de instancia, por tanto, no resulta atendible el dictamen solicitado.

Se negará entonces la prueba pedida.

2. Información sobre el estado del proceso:

Se acederá a la petición hecha por el acusado APARICIO GOMEZ en el sentido de que se le informe sobre el estado del proceso seguido en su contra, asunto para el cual la Secretaría de la Sala suministrará la información pertinente por conducto del Asesor Jurídico del Centro de Reclusión para la Policía Nacional de Facatativá.

3. El recurso de súplica:

El procesado propone el "recurso de súplica" contra la providencia de 6 de junio del año en curso por medio de la cual no se accedió a reponer el auto de 10 de mayo, decisión que le negó.. la libertad provisional prevista en el asrtículo 55-2 de la Ley 81 de 1991, estimando que en virtud a los principios de favorabilidad y de integración debe acudirse al artículo 363 del Código de Procedimiento Civil que permiten este medio de impugnación contra "los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el recurso de la segunda o única instancia".

El recurso interpuesto a no dudarlo se ofrece improcedente.

Es claro que en el trámite del recurso de casación es susceptible la presentación de solicitudaes de libertad provisional, sustentadas obviamente en las causales legales que resultan admisibles en esta sede, frente a las cuales la respuesta de la Corte deviene a través de un auto interlocutorio contra el cual solamente es posible el recurso de reposición, toda vez que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia y esta Corporación carece de superior jerárquico, pues, es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 de la Constitución Política).

De otra parte, el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal señala expresamente los recursos ordinarios que proceden contra las providencias proferidas dentro del proceso penal, esto es, el de reposición, aplelación y de hecho, de manera que lo relativo a estos medios de impugnación está regulado expresamente por el Decreto 2700 de 1991 no existiendo el vacío que insinúa el procesado y menos aún resulta atendible la aplicación del principio de favorabilidad, pues no se esta en tránsito de legislación que haga aconsejable el juicio comparativo para deducir de su confrontación cuál disposición regula de manera más benigna una específica situación.

El equívoco en que incurre el exagente APARICIO GOMEZ, explicable por ser lego en las disciplinas jurídicas, estriba en entender que el auto interlocutorio cuestionado fue emitido por el Magistrado conductor del proceso, de manera que sugiere sea revisado por "el Honorable Magistrado que sigue en lista", olvidando que esa decisión fue proferida por esta Sala al no tratarse de aquellos autos debe adoptar el magistrado sustanciador.

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

Resuelve:

1. NEGAR la prueba solicitada por el procesado JOSE ANGEL APARICIO GOMEZ.

2. ORDENAR que la Secretaría de la Sala por conducto de la Asesoría Jurídica del Centro de Reclusión para la Policía Nacional de Facatativá, suministre la información solicitada por el implicado APARICIO GOMEZ.

3. RECHAZAR por improcedente el "recurso de súplica" interpuesto por el acusado contra la providencia de mayo 10 del año en curso.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO / AUTO DE SUSTANCIACION

El artículo 226 del Código de procedimiento Penal dispone que de hallar la Corte ajustado el libelo a los requisitos de forma a que se refiere al artículo 225 ibídem, dispondrá tan solo el traslado al Procurador Delegado por el término de -20- días, para que emita concepto. Súmase a lo dicho, que el auto en cuestión no se encuentra enlistado en el artículo 186 del Estatuto rituario que refiere a "Las providencias que deben notificarse", lo que conlleva a ubicarlo dentro de la regla prevista en el inciso final de dicha norma, según la cual "...Las providencias de sustanciación no enumeradas en el inciso anterior o no previstas de manera especial, serán de cumplimiento inmediato y contra ellas no procede recurso alguno".

La naturaleza misma del auto de sustanciación descarta que al omitirse esa consuetudinaria labor de notificación se afectem las garantías debidas a los sujetos procesales que por el contrario permanecem incólumes, tanto porque el traslado en mención es exclusivo para el Procurador Delegado en forma tal que no se afectem los intereses de los demás sujetos procesales, como porque al surtirlo a partir del día siguiente del auto que lo dispone, se materializan los principios de preclusión y celeridad que se imponen dentro del proceso penal como una expresión más del debido proceso.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado acta No. 82

Vistos

Provee la Sala lo que en derecho corresponda frente al recursos de reposición interpuesto por el defensor del procesado RODRIGO VELEZ PARDO en contra del auto de mayo 11 último, que declaró ajustadas a derecho las demandas de casación presentadas por el impugnante y por el apoderado de la parte civil.

La Corte

Se abstendrá la Sala de desatar el recurso de reposición interpuesto en contra del auto de mayo 11 del año en curso por cuanto que dicha decisición es de las conocidas como de **simple impulso procesal**, no notificable e inimpugnable por lo mismo. Así se infiere a las claras de lo dispuesto en el artículo 226 del Código de procedimiento Penal que dispone que de hallar la Corte ajustado el libelo a los requisitos de forma a que refiere el artículo 225 ibídem, dispondrá tan solo el traslado al procurador Delegado por el término de veinte -20- días, para que emita concepto. Súmase a lo dicho, que el auto en cuestión no se encientra enlistado en el artículo 186 del Estatuto rituario que refiere a **"las providencias que deben notificarse"**, lo que conlleva a ubicarlo dentro de la regla prevista en el inciso final de dicha norma, según la cual **"...las providencias de sustanciación no enumeradas en el inciso anterior o no previstas de manera especial, serán de cumplimiento inmediato y contra ellas no procede recurso alguno"**.

Cierto es que el auto impugnado aparece notificado por Secretaría, rito éste que venía surtiéndose sobre la base de que en él se dispone un traslado -el del Ministerio Público-, criterio que en principio encerraría una ampliación de garantías para los sujetos procesales. No obstante ser ello así, afrontada la Sala al estudio de idéntico recurso interpuesto en contra de similar decisión en el asunto de casación radicado bajo el No. 10.073 a cargo del H. Magistrado Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, halló oportuno la corrección de ese trámite secretarial, fundado más en la costumbre que en la propia ley, concluyendo cómo la naturaleza misma del auto en referencia descarta que al omitirse esa consuetudinaria labor de notificación se afecten las garantías debidas a los sujetos procesales que por el contrario permanecen incólumes, tanto por que el traslado en mención es exclusivo para el procurador Delegado en forma tal que no se afectan los intereses de los demás sujetos procesales, como porque al surtirlo a partir del día siguiente del auto que lo dispone, se materializan los

principios de preclusión y celeridad que se imponen dentro del proceso penal como una expresión más del debido proceso.

Consecuencia de lo dicho, será el que se decida en la forma avisada, disponiendo que tras la ejecutoria de esta providencia se surta de inmediato el traslado previsto en el auto de mayor 11-95.

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

Resuelve

Abstenerse de decidir el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado RODRIGO VELEZ PARDO, en contra del auto de fecha mayo 11 de 1995.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SECUESTRO / FAVORECIMIENTO

El artículo 7o. de la ley 40 de 1993, luego de la inexequibilidad de su inciso 2o decretada en fallo de abril 28 de 1994 de la Corte Constitucional, sanciona a quien teniendo conocimiento de un delito de secuestro y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad, o sea a entorpecer la investigación correspondiente.

El artículo 8o. del susodicho estatuto se refiere a los casos -excluído el concurso- en que se oculte, ayude a ocultar o asegurar, o se utilice el producto de un delito de secuestro.

El evento del artículo 16 que incluye como sujeto activo a un servidor público, tiene como verbos rectores los de facilitar, promover o colaborar, referidos siempre al "pago de rescate por la liberación de una persona secuestrada".

Corte Suprema de Justica - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cinco(1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 81

Vistos:

Procede la Sala a decidir lo que en Derecho corresponda, respecto de la denuncia formulada en contra del Senador ANGEL HUMBERTO ROJAS CUESTA, por parte del abogado Jaime Rafeel Pedraza.

Antecedentes

1.- Dice el quejoso en escrito presentado en la Secretaría de la Sala Penal de la Corte, que con fundamento en informaciones de prensa cuyos recortes

adjuntó, se tiene por sabido que la señora Regina Betancourt de Liska fue secuestrada el 15 de octubre de 1994, siendo liberada el 10 de marzo de 1995 mediante negociación con el grupo insurgente que la tenía en cautiverio, porque en su lugar se ofreció y fue tomado el senador ROJAS CUESTA como rehén.

Lo mencionado, para el denunciante, configura el hecho punible previsto en la Ley 40 de 1993 artículos 7o., 8o., 9o., 12 y 16 , que sanciona a quien luego de conocer de un secuestro, colabora en su realización mediante conversaciones o negociaciones, oculta a las autoridades los autores o partícipes, o ayuda a encubrir o utilizar el producto del delito. Al escrito acompañó recorte de prensa sin autenticar donde se dice que "Lo de Regina fue un cambio", y posteriormente la página A12 del diario Occidente de marzo 15 de 1995 sobre "El secuestro de Regina de Liska".

2.- Dentro de la indagación preliminar que abrió la Corte para el esclarecimiento de los anteriores hechos se ordenó el traslado a este expediente de la versión rendida en otro proceso por la citad ex-senadora, e igualmente se solicitó a los organismos de seguridad del Estado información relacionada con el inicial secuestro y la posible participación que en el mismo hubiera mostrado el doctor ALGEL HUMBERTO ROJAS CUESTA.

Según lo expuesto por la Señora de Liska, su retención no tuvo fines económicos sino políticos, y previa su liberación el grupo que la mantenía secuestrada había llamado a Cali, para que algunos de los dirigentes de su movimiento fueran a recogerla, pensando que concurrirían su hija Luz Elena y Martin, pero luego se enteró que quien se había ofrecido a ir había sido ANGEL HUMBERTO ROJAS CUESTA con un segundo individuo, utilizando nombres supuestos, resultando al parecer retenidos por el grupo de antisociales, como posteriormente lo afirmaron los medios de comunicación.

La Unidad de Antiextorsión y secuestro Unase, y el Das respondieron mediante informe confidencial remitido a esta Corporación, que las labores de inteligencia que adelantadas para establecer los móviles del secuestro de la señora Regina Betancourt de Liska y su paradero fueron amplias pero infructuosas, calificando que dentro de ellas tuvieron información sobre el traslado que realizó el aforado hacia la zona donde podía hallarse la retenida, pues así se le había indicado que lo informara su guardaespaldas. Sin embargo de todas aquellas indagaciones y pesquisas, el resultado final les permitía sostener como así concluye el documento, que "No existen pruebas de su participación en la negociación, excepto la aseveración de BETANCOURT en la cual manifiesta que el único que se arriesgó fue el senador ANGEL HUMBERTO ROJAS".

3.- De acuerdo con el informe suscrito por el Secretario General del Senado de la República, el doctor ANGEL HUMBERTO ROJAS CUESTA fue elegido Senador por la circunscripción nacional para el periodo constitucional 1994-1998 y tomó posesión del cargo el 20 de julio de 1994.

Consideraciones de la Corte:

1.- En atención a las previsiones de los artículos 186 y 235.3 de la Carta Política, le corresponde a la Corte la investigación de los delitos que se le atribuyan a los miembros del Congreso de la República.

En el presente caso, los hechos denunciados corresponden al tiempo en que el Senador ROJAS CUESTA ha estado en ejercicio del cargo, siendo por lo tanto la Sala competente para decidir el asunto.

2.- Según lo señalado por el denunciante, el imputado pudo incurrir en relación con el secuestro de la señora de LISKA, en los tipos penales de favorecimiento, receptación, omisión de informes y celebración indebida de contratos de seguro, facilitando, promiviendo o colaborando en el pago de rescate para obtención de la liberación de la ofendida.

Dentro de las probanzas aportadas se tiene, sin embargo, por el dicho de la secuestrada, que los móviles de quienes la arrebataron y retuvieron varios meses fueron de carácter político y no económico, asegurando que por liberarla no hubo que pagar ningún rescate, y que antes de recobrar su libertad, sus captores se comunicaron a la ciudad de Cali para que algunos dirigentes de su movimiento fueran a recogerla. La persona que finalmente se ofreció a prestar esa colaboración fue el Senador ahora denunciado, limitándose, hasta donde se sabe, a correr con ese riesgo.

La información anterior tiene respaldo en los informes de las autoridades encargadas de investigar la retención sufrida por la señora de Liska, que pese a la pluralidad de sus indagaciones no desmienten lo dicho por la ex-congresista, asegurando como queda visto que con ningún elemento probatorio cuentan que involucre en el ilícito al aforado.

Si bien ello bastaría para inhibir la apertura de instrucción penal, en cuanto el denunciante no aporta hecho diferente de las publicaciones periodísticas, y estas tampoco encierran información creible alguna sino notorias y nada serias conjeturas encaminadas a proponer que ni siquiera hubo secuestro sino un acto simulado, importa referir a la incriminación bajo la cual pretende el denunciante que se ha podido infringir la ley penal, lo que implica el siguiente y breve análisis:

El artículo 7o. de la ley 40 de 1993, luego de la inexequibilidad de su inciso segundo decretada en fallo de abril 28 de 1994 de la Corte Constitucional, sanciona a quien teniendo conocimiento de un delito de secuestro y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente.

No es esa la perspectiva ante la cual podría afrontarse el comportamiento del Senador ROJAS CUESTA, pues como lo informa el DAS, a esa entidad se le enteró de su traslado a la zona donde se hallaba la retenida, y el propósito del aforado no era otro, así lo certifica la liberada, que concurrir a recibirla y prestarle apoyo. Con esa acción no se acusa haber sido obstruída la actividad de las autoridades ni la liberación de la retenida, como tampoco obstruída de alguna manera la investigación, lo que hace inoperante la adecuación de su conducta bajo ese tipo penal.

El artículo 8o. del susodicho estatuto se refiere a los casos -excluído el concurso- en que se oculte, ayude a ocultar o asegurar, o se utilice el producto de un delito de secuestro, evento dentro del cual tampoco resulta prueba que involucre al denunciado, con más remota posibilidad de hacerlo si los cuerpos investigadores no desmienten la afirmación de la señora Betancourt en cuanto afirma que su rescate no implicó el pago de dinero o dádiva alguno.

Tampoco el artículo 9o. resulta imputable, cuando para el momento en que interviene el aforado ya las autoridades conocían la ocurrencia del secuestro y llevaban varios meses intentando rescatar a la ofendida e identificar a sus captores, cuya identidad no ha resultado posible esclarecer ni hay evidencia alguna que permita deducir hubiera sido del dominio del congresista.

De los artículos 12 y 16 de la citada ley no podrá decirse cosa distinta de lo ya anotado, pues si el primero reprime la intervención en contrato que asegure el pago de rescate o en la intermediación o negociación pedida por un secuestrado, una vez más se diferencia de ese comportamiento aquel que se predica del aforado a quien, se insiste, tan solo se le pedía que concurriera a recibir a la ex-congresista al restituírsele su libertad, lograda, también se ha dicho con suficiente claridad, sin pago o reconocimiento de contraprestación alguna.

El evento del artículo 16 que incluye como sujeto activo a un servidor público, tiene como verbos rectores los de facilitar, promover o colaborar, referidos siempre al "pago de rescate por la liberación de una persona secuestrada", finalidad que tras haber quedado descartada, redunda en la atipicidad de la conducta, sin que por ello se haga siquiera necesario cotejar, visto el

condicionamiento de la exequibilidad declarada para estos dos últimos preceptos por la Corte Constitucional en la sentencia ya aludida, si la actividad del denunciado resultaba en todo caso ceñida a derecho por realizarla dentro de alguna de las circunstancias de justificación previstas en la ley penal, en cuanto por ser la vida y la libertad "valores cuya defensa obliga al Estado y a los particulares..." quebranta la Constitución una norma "que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante".

Baste lo hasta aquí expuesto para concluir en la aticipidad de la conducta que se le adjudica al doctor ANGEL HUMBERTO ROJAS CUESTA en el secuestro y liberación de la señora Regina Betancourt de Liska, y en consecuencia la Corte con fundamento en el Artículo 327 del Código de Procedimiento Penal se abstendrá de iniciar instrucción penal en su contra dentro del presente asunto.

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

Resuelve:

Primero: INHIBIRSE de iniciar investigación penal en contra del doctor ANGEL HUMBERTO ROJAS CUESTA frente a los hechos denunciados por Jaime Rafael Pedraza y de cuyo análisis se ocupa ésta decisión.

Segundo: En firme esa providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO/HABER SIDO APODERADO

Es evidente que nuestra legislación procesal contempla como causal impedida para conocer de una determinada actuación, el hecho de que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 081

Vistos

A través de este pronunciamiento decide la Sala sobre la procedencia del impedimento manifestado por uno de sus integrantes.

Antecedentes

El día 16 de marzo de 1994, el entonces litigante doctor Fernando Arboleda Ripoll presentó demanda de revisión con el fin de "INVALIDAR la sentencia de cuatro de Abril de mil novecientos noventa y uno por la cual el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja Revocó la absolución dictada en favor de PEDRO CASTILLO DESALVADOR y, en su lugar, lo condenó como cómplice de homicidio. Declarar que, para todos los efectos, con el fallo absolutorio de primera instancia precluyó el juzgamiento al actor".

Examinados los requisitos formales del libelo, éste se admitió e igualmente se solicitó al Juzgado 10 Penal del Circuito de Tunja que remitiera a la

Corporación el expediente adelantado contra Pedro Julio Castillo Desalvador, pronunciamiento que lleva fecha del día 23 de marzo de 1994.

Una vez abierto el proceso a pruebas al tenor de lo dispuesto en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal y corrido el traslado que ordena el artículo 238 del mismo estatuto, el apoderado del procesado presentó renuncia, la cual le fue aceptada en proveído del 22 de mayo del año en curso.

El Magistrado de esta Corporación, doctor Fernando Arboleda Ripoll, se dirige a la Sala para manifestar:

> "Como en el presente caso actúe a título de defensor del procesado PEDRO JULIO CASTILLO DESALVADOR, me declaro formalmente impedido para conocer de la acción de revisión de trámite, manifestación que formalizó al tenor de lo dispuesto en el artículo 103-4 del C. P. P.".

La Sala considera:

Es evidente que nuestra legislación procesal contempla como causal impedida para conocer de una determinada actuación, el hecho de que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo anteriormente expuesto es nítido que el doctor Fernando Arboleda Ripoll se encuentra impedido para intervenir como juez en la acción de revisión que como litigante promovió dentro del proceso penal que se adelantó contra Pedro Julio Castillo Desalvador por el delito de homicidio.

Así las cosas, el hoy Magistrado se encuentra legalmente impedido para intervenir en el trámite que resta de esta actuación, por lo que es necesario disponer que se separe del conocimiento del proceso y se sortee el conjuez que habrá que reemplazarlo.

Bastan las precedentes consideraciones para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve

ACEPTAR el impedimento manifestado por el doctor Fernando Arboleda Ripoll, para intervenir en este proceso, por lo cual se separa de su conocimiento.

DISPONER que se sortee el conjuez que reemplazará al funcionario impedido.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

REPOSICION

Los puntos nuevos se refieren exclusivamente a las nuevas determinaciones tomadas por el juez en la parte resolutiva de la providencia que define un recurso de reposición, no a la motivación que se aduzca para responderlo.

Corte Suprema de Justica - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., Junio veintiuno de nil novecientos noventa y cinco.

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 84

Vistos:

Resuelve la Sala sobre el recurso de reposición interpuesto por el defensor de los procesados AGUSTIN ROMERO, ORLANDO NIÑO MENDOZA, RICARDO VALENCIA BRAVO y OVIDIO RICAURTE BARRETO, contra el auto por medio del cual se resolvió el recurso de reposición mediante el cual el mismo abogado impugnó la decisión de inadmitir el recurso de casación.

Consideraciones de la Sala:

El argumento central en el cual apoya el defensor su decisión de interponer nuevamente el recurso de reposición, es el de que el auto contiene puntos nuevos, los cuales hace consistir en que la motivación es diferente y que en ella se cita al tratadista JIMENEZ DE ASUA.

Lo resuelto en el auto inicialmente impugnado es la inadmisión del recurso de casación respecto de los procesados mencionados, por cuanto los delitos por los cuales se les condenó no reunen el requisito de la pena exigido por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 35 de la ley 81 de 1993.

La respuesta a la reposición es simplemente confirmar el auto impugnado, y en la motivación se invocan razones dadas por la Corte en oportunidades anteriores respecto a casos similares, de manera que ningún punto nuevo se resuelve, simplemente, como es obvio, se dan más elementos de juicio que respaldan la determinación tomada.

Ha sido doctrina antigua y reiterada de la Corte, que los puntos nuevos se refieren exclusivamente a las nuevas determinaciones tomadas por el juez en la parte resolutiva de la providencia que define un recurso de reposición, no a la motivación que se aduzca para responderlo, como es forma equivocada e ilógica lo entiende el defensor.

La posición es tan absurda, que así fuera, la única forma de resolver un recurso de reposición sería trascribiendo lo dicho en el auto atacado, con lo cual realmente no se responderían las inquietudes surgidas al recurrente ni se podría ampliar la argumentación, so pena de dar lugar a una nueva reposición, y luego a otra, y así hasta la prescripción de la acción.

Y lo que faltaba. Que en actitud inelegante el abogado pretenda presionar a la Corte amenazando con promover acción de tutela si no se le acepta su pretensión, opción a la cual puede acudir si a bien lo tiene, pero que no debe emplear en la forma en que lo hace.

En atención a lo dicho, es evidente que en este caso no es procedente el recurso de reposición, por lo tanto la Corporación se abstendrá de un pronunciamiento de fondo.

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

Resuelve:

ABSTENERSE de resolver sobre el recurso de reposición interpuesto por no ser procedente, conforme a lo dicho en la parte motiva.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

La demanda, como su nombre lo indica, no es una simple petición que se formula ente el juez en ejercicio de una acción, sino la impugnación extraordinaria de la sentencia con la que se ha puesto fin al proceso en las instancias.

Ello indica que sujeta a un determinado rigorismo formal sistematizado en el artículo 225 del C. de P. P., donde se exige debe formularse de manera comprensible, explicando los fundamentos jurídicos y fácticos de la causal o causales que se aducen en procura de la revocación del fallo acusado, indicando y demostrando los errores que hubiera podido cometer el sentenciador en la evaluación de la prueba, si la objección se centra en este aspecto, y las implicaciones jurídicas de tales errores en la decisión que se cuestiona.

No basta, para que la demanda se tenga por completa e inteligible, con enlistar unos errores de apreciación del material probatorio, sin demostrarlos y sin probar así mismo que de no haberse cometido tal error el fallo se habría producido en otro sentido o con distintos alcances, pues si el discurso a ello se limita, queda reducido a un catálogo de afirmaciones carentes de sustentación, que no puede la Corte completar para hacerle surtir las silenciasdas consecuencias jurídicas que pudo haber considerado en su mente el demandante.

De la misma manera, cuando se trata de irregularidades sustanciales cometidas en el trámite del proceso, violadoras de alguna de las garantías fundamentales consagradas en el artículo 29 de la C. N., ellas deben indicarse y precisarse, siendo además imperativo demostrar la incidencia que tuvieron respecto de esas garantías. De no redactarse el escrito con atención a estos mínimos presupuestos de una demanda técnico-jurídica, como es la de casación, en donde

lo que se exige es un juicio en derecho a una decisión judicial amparada por la doble presunción de acierto y de legalidad, tendrá que calificarse tal escrito como demanda imcompleta, imprecisa e inepta para los fines propuestos con la consecuente decisión de rechazo.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*
Aprobado Acta No. 84

Decidirá la Corte lo que resulte procedente en relación con el aspecto formal del escrito presentado a manera de demanda para sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la que se condena a ANIBAL CASTAÑEDA Y ALVARO CASTAÑEDA OSPINA como coautores del delito de homicidio agravado cometido en la persona de Gabriel Ospina Ortiz.

Antecedentes

El 12 de mayo de 1993 en la vereda 'Chenche Asoleado' de la comprensión municipal de Purificación, se suscitó una reyerta entre ANIBAL CASTAÑEDA Y Gabriel Ospina, lo que provocó la intervención del hijo del primero, ALVARO CASTAÑEDA OSPINA, resultando finalmente muerto el segundo de los nombrados al recibir varias lesiones con arma cortopunzante.

Los sindicados Castañeda, padre e hijo, fueron comprometidos en juicio mediante resolución acusatoria, como coautores del delito de homicidio agravado y, surtida la etapa del juicio, condenado en primera instancia aquél, es decir, ANIBAL mientras que ALVARO fue absuelto; pero apelado que fuera este fallo tanto por la defensa como por la Fiscalía Delegada correspondiente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué lo revocó parcialmente, condenando a ambos implicados como coautores del hecho punible, en la sentencia que ha sido objeto del recurso extraordinario por parte del mencionado procesado ALVARO CASTAÑEDA OSPINA y su defensor, cuya sustentación se realiza con el escrito que conforme al artículo 226 del C. P. P., examina la Sala.

La demanda

Así la formula el señor defensor recurrente:

"V. CAUSALES DE CASACION PENAL INVOCADAS

1. Pimer Cargo

La sentencia acusada se profirió con violación indirecta por la inadecuada apreciación (sic) de la prueba, allegada al proceso, de la ley sustancial, y en concreto de los artículos 2, 5, 36 y 323 del Código Penal.

Este cargo se demuestra así:

- No se tuvo en cuenta la confesión (sic) de Aníbal Castañeda.

- No se tuvo en cuenta el testimonio del menor Hoimer Silva en aspectos tan importantes como ser Aníbal Castañeda enemigo de su padre; igualmente la gran diferencia o error (sic) en la ubicación de "este (sic) testigo de acuerdo a lo que él mismo dice y a como se hizo ubicar ella (sic) diligencia de Inspección Judicial.

- No se tuvo en cuenta el concepto de Medicina Legal que informaba de las heridas sufridas por Aníbal Castañeda a manos de Gabriel Ospina.

- No se tuvo en cuenta las circunstancias afirmada (sic) por la Policía Judicial en cuanto a que los hechos sucedieron en riña recíproca.

2.- Segundo Cargo

La sentencia acusada se profirió en junio viciado de nulidad por violación de los artículos 1, 1222, 125 y 444 del Código de Procedimiento (sic) Penal, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Nacional y 1. del Código P/P. y del C. P..

Lo anterior en razón a:

- La resolución de acusación fue proferida por la señora Fiscal 29, Dra. LUCY BONILLA GUTIERREZ.

- Ante la audiencia pública intervino el Fiscal 46, Dr. IVANOV ARTEAGA GUZMAN.

- Ante la audiencia pública de sustentación del recurso de apelación a la resolución de acusación se corrige, de la sentencia de primera instancia intervino el Fiscal 46. De esta manera legalmente quien debió intervenir ante la audiencia pública fue la misma fiscal que calificó el sumario y no como sucedió procesalmente.

VI/ PETICIONES

Con todo respeto pido:

1. Que se case la sentencia impugnada.

2. Que se decrete la nulidad de la actuación desde cuando se presento (sic) la causal.

3. Que se reemplace la sentencia impugnada y se profiera nueva decisión conforme a la ley.". (fls. 98-99 cd, Tr.).

La demanda, como su nombre lo indica, no es una simple petición que se formula ante el Juez en ejercicio de una acción, sino la impugnación extraordinaria de la sentencia con la que se ha puesto fin al proceso en las instancias.

Ello indica que sujeta a un determinado rigorismo formal sistematizado en el artículo 225 del C. de P. P., donde se exige debe formularse de manera comprensible, explicando los fundamentos jurídicos y fácticos de la causal o causales que se aducen en procura de la revocación del fallo acusado, indicando y demostrando los errores que hubiera podido cometer el sentenciador en la evaluación de la prueba, si la objeción se centra en este aspecto, y las implicaciones jurídicas de tales errores en la decisión que se cuestiona.

No basta, para que la demanda se tenga por completa e inteligible, con enlistar unos errores de apreciación del material probatorio, sin demostrarlos y sin probar así mismo que de no haberse cometido tal error el fallo se habría producido en otro sentido o con distintos alcances, pues si el discurso a ello se limita, queda reducido a un catálogo de afirmaciones carentes de sustentación, que no puede la Corte completar para hacerle surtir las silenciadas consecuencias jurídicas que pudo haber considerado en su mente el demandante.

De la misma manera, cuando se trata de irregularidades sustanciales cometidas en el trámite del proceso, violadoras de alguna de las garantías fundamentales consagradas en el artículo 29 de la C. N., ellas deben indicarse y precisarse,

siendo además imperativo demostrar la incidencia que tuvieron respecto de esas garantías. De no redactarse el escrito con atención a estos mínimos presupuestos de una demanda técnico-jurídica, como es la de casación, en donde lo que se exige es un juicio en derecho a una decisión judicial amparada por la doble presunción de acierto y de legalidad, tendrá que calificarse tal escrito como demanda incompleta, imprecisa e inepta para los fines propuestos con la consecuente decisión de rechazo.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el texto íntegro de la demanda propiamente tal, **transcrito**, enseña la total omisión por parte de su signatario, de la fundamentación de las acusaciones al fallo. En efecto:

En el **cargo primero**, respecto del cual invoca como fundamento legal la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P., por considerar que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por errada apreciación de la prueba, no explica el profesional la incidencia que pudo tener en favor de su poderdante las omisiones que afirma, de la apreciación de la confesión del otro procesado; del error en la apreciación del testimonio del menor Hoimer Silva, ni la importancia que esta prueba hubiera cobrado frente a la decisión de condena que objeta; tampoco explica la razón de su afirmación de que no se tuvo en cuenta el peritaje médico-legal respecto de las heridas propinadas al otro procesado por el occiso; y menos, precisa lo que se proponía demostrar de haberse tenido en cuenta la circunstancia de que los hechos hubieran sucedido en riña recíproca que afirma se omitió en el estudio probatorio de la sentencia.

En el **cargo segundo** la anómala situación del discurso vuelve a repetirse. Ningún esfuerzo hace el censor por precisar cuál de las garantías del artículo 29 de la Carta Política fue la transgredida, ni por qué las situaciones que enlista constituyeron graves irregularidades generadoras de nulidad, quedándose la censura en una serie de afirmaciones que no proporcionan la claridad y la precisión de la fundamentación de la demanda, exigida por el numeral 3o. del artículo 225 del C. de P. P.

Las muy precarias condiciones del escrito en su elaboración formal, comportan imperativamente, como se ha advertido, que se rechace y se declare la deserción del recurso, como en efecto así se decidirá.

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

Resuelve

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada a nombre de ALVARO CASTAÑEDA OSPINA contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que lo condena como coautor del homicidio agravado de Gabriel Ospina; por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso de casación en referencia.

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

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE HECHO / CASACION

Estuvo bien que la anotación "apelo" puesta por el procesado en el momento de la notificación de la sentencia de segunda instancia fuera entendida como el propósito de recurrir en casación.

Pero lo que no es aceptable, es que el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio mediante el cual se declaró desierto el recurso de casación por falta de presentación de la demanda, se convierta por voluntad del Magistrado Ponente en recurso de hecho. La razón es elemental. Contra esta providencia no procede el recurso de hecho.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de hecho procede "contra la providencia que deniegue el de casación".

El auto por medio del cual se declara desierto el recurso de casación queda ejecutoriado el día en que sea suscrito por la Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 197 del estatuto procedimental.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*
Aprobado Acta No. 84

Vistos

Conoce la Sala del Recurso de Hecho interpuesto por el procesado Jorge Enrique Montoya Agudelo contra el auto del 20 de abril del año en curso, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín declaró desierto el recurso de casación formulado al fallo que confirmó la sentencia

condenatoria por homicidio, dictada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín.

Antecedentes

1.- Los hechos que originaron este proceso ocurrieron el día 21 de marzo de 1994, en la calle 46 con carrera 63B sector el Naranjal de la ciudad de Medellín, cuando se trabó una discusión entre José Fernando Martínez Jiménez y Jorge Enrique Montoya Agudelo por un radio, culminando con la lesión con arma cortopunzante y posterior muerte de José Fernando Martínez, no sin antes señalar quién había sido el autor material.

2.- El Juzgado Décimo Penal de Circuito de Medellín condenó a Jorge Enrique Montoya Agudelo a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) años y al pago de 900 gramos oro por concepto de daños materiales y morales. Apelado en fallo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 13 de enero del presente año, le impartió confirmación integral.

3.- Contra la decisión de segunda instancia, el sentenciado interpuso el recurso de "Apelación" en el momento de la notificación personal.

El Tribunal consideró que cuando el procesado Jorge Enrique Montoya Agudelo escribio "APELO" quiso interponer el recurso extraordinario de casación y por lo tanto lo admitió, haciéndole saber que la demanda debería ser presentada por un abogado titulado.

Desde el penal, Montoya Agudelo solicitó al Tribunal que pidiera a la Defensoría del Pueblo le asignara un abogado para que elaborara la demanda de casación. El Tribunal tramitó su petición y el Defensor del Pueblo Regional de Medellín manifestó que el señor Montoya Agudelo durante el desarrollo del proceso estuvo asistido por un defensor público, quien no consideraba procedente presentar demanda de casación, por lo tanto no era necesario nombrar otro defensor.

Transcurrido el término de ley, el 13 de abril del corriente año, en virtud que no fue presentada la demanda por el recurrente a través de abogado titulado, el ad quem declaró desierto el recurso. Una vez notificado el sentenciado de este auto escribió "Apelo".

Ante esta manifestación el Magistrado Ponente consideró que se estaba interponiendo el recurso de hecho, concediéndolo, no sin antes ordenar compulsar copia de toda la actuación de segunda instancia, con destino a esta Corporación.

4.- Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala y vencido el término previsto en el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente se abstuvo de sustentar el recurso, según se evidencia del informe secretarial.

Consideraciones de la Corte

Estuvo bien que la anotación "apelo" puesta por el procesado en el momento de la notificación de la sentencia de segunda instancia fuera entendida como el propósito de recurrir en casación, y en ese sentido han sido múltiples los pronunciamientos de esta Sala.

Pero lo que no es aceptable, es que el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio mediante el cual se declaró desierto el recurso de casación por falta de presentación de la demanda, se convierta por voluntad del Magistrado Ponente en recurso de hecho. La razón es elemental. Contra esa providencia no procede el recurso de hecho.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de hecho procede "contra la providencia que deniegue el de casación", y en este caso la impugnación extraordinaria fue aceptada, otra cosa es que posteriormente fuera declarada desierta por falta de sustentación.

De otra parte, el auto por medio del cual se declara desierto el recurso de casación queda ejecutoriado el día en que sea suscrito por la Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 197 del estatuto procedimental, de modo que tampoco es procedente la apelación propuesta por el procesado, pues la sentencia está en firme.

En estas condiciones, es claro que tanto el auto de mayo 5 de 1995 que resolvió conceder el recurso de hecho no interpuesto por el acriminado, como la actuación posterior es inválida por contrariar el debido proceso, y así se declarará.

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

Resuelve

Anular lo actuado a partir del auto por medio del cual se concedió el recurso de hecho, inclusive, por las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.

En firme este auto devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO / AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO / CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA / INDEMNIZACION

Yerra el Tribunal a-quo cuando sustrae al Agente del ministerio Público como sujeto activo del delito en examen, pues prevarica tanto el juez o Magistrado, como cualquier empleado oficial que traiciona la función pública que se le ha encomendado al emitir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. El empleado oficial que así obra, sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, en favorecimiento o perjuicio de otro o por simple arbitrariedad. Y así como dentro del término de "resolución" como medio para atentar contra la administración pública quiso el legislador incluir las sentencias y los actos y en general todo acto escrito que se genere en uso de las funciones públicas y que tiendan a la decisión de un punto, del mismo modo dentro de la acepción de "dictamen" se incorporan los conceptos que es la denominación que adquieren los actos a través de los cuales se hace conocer la voz del Ministerio Público como sobresaliente auxiliar de la Administración de Justicia en la consecución de sus fines.

No en vano se ha considerado que, materialmente, el Ministerio Público cumple la misma función que el Juez, pues la persecución penal lo mismo que el fallo y las faces que lo anteceden, son funciones jurídicas que competen a órganos del Estado: los dos son funcionarios públicos designados y organizados con propias funciones para administrar justicia, que se resumen en la labor de averiguar la verdad histórica y materializar la ley sustantiva, para cuyos fines se han expedido las normas de procedimiento penal. Tan sólo desde el ángulo puramente formal tienen dividido su rol, pues mientras que los dictámenes y conceptos tienen connotación de requerir, los del otro tienen carácter decisorio.

En consecuencia, tiénese que el Agente del Ministerio Público es poseedor de la investidura calificada que la ley prevé en la estructura del prevaricato, al cual adecúa su conducta cuando, en ejercicio de sus funciones, emite opinión, dictamen o concepto contrariando marcadamente la ley.

2.- Esta Sala mayoritariamente ha sostenido que la deducción de la circunstancia genérica de agravación del numeral 11 del artículo 66 del C. P. no afecta el 'non bis in idem', porque no es predicable de todo funcionario público por el solo hecho de serlo, evento en el cual evidentemente se afectaría tal principio, sino de aquellos que por jerarquía o representación social merecen especial admiración y respeto de los demás asociados.

3.- No siempre el delito produce un daño material o moral reparable a través de la acción indemnizatoria, pues del mismo texto del artículo 106 y 107 ibídem se desprende como requisito "sine qua non" de la indemnización que el daño se haya "ocasionado", solo que si no es posible su evaluación pecuniaria el juez podrá, dice la norma, fijar una indemnización prudencialmente. En el mismo sentido, el artículo 180 del C. de P. P., prevé la indemnización "si a ello hubiere lugar".

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*
Aprobado Acta No. 84

Vistos

En virtud de apelación interpuesta por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira (Risaralda), conoce la Corte la sentencia de fecha 13 de mayo del año pasado, mediante la cual la Sala Penal de aquella Corporación resolvió absolver al doctor OVIDIO DURANGO GOMEZ de los cargos que por prevaricato, en concurso material homogéneo, le fueron imputados en su condición de Agente del Ministerio Público (abogado Delegado en lo Penal de la Personería Municipal de Pereira).

Hechos y actuación procesal

1. En escrito suscrito por 26 vecinos del barrio Unidad (Morro Bajo) de Pereira, dirigido al Alcalde Metropolitano de esa ciudad, se denunció penalmente al Concejal PERCHES GIRALDO GIRALDO por haberse apropiado de aportes dados por la comunidad, de auxilios gubernamentales, de disponer de materiales de construcción y por la venta irregular de lotes.

La investigación de los hechos denunciados en principio estuvo a cargo del Juzgado Tercero Penal Municipal de esa localidad, el cual recibió indagatoria al acusado PERCHES GIRALDO (fl. 33 Vto. y s. s. Cdno. 1) y recepcionó los testimonios de MARIA LUISA SERNA Vda. DE CANO (fl. 43), CARMEN ROSA OSORIO MONTOYA (fl. 45) y LAURA MARIA PALACIOS DE HINESTROZA (fl. 48), ratificando estas los hechos constitutivos de la denuncia.

Hallándose en estas circunstancias la averiguación, hizo su intervención el abogado Delegado en lo Penal de la Personería Municipal OVIDIO DURANGO GOMEZ quien anunciando su condición de Agente del Ministerio Público solicitó "...se decrete el archivo de las diligencias penales, según lo preceptuado en el artículo 34 del C. de P. Penal, porque en mi concepto el sindicado no ha incurrido en conducta punible alguna..." petición que fundó en que "...Las razones esbazadas (sic) para elevar la denuncia o la queja corresponden meramente a intrigas, rencillas y rivalidades de tipo político que son muy comunes en nuestro medio, y de los cuales no escapa ningún miembro de la clase política...", además de que "...Es muy difícil contradecir al imputado, dadas sus explicaciones coherentes y homogéneas en la diligencia de indagatoria..." (fl. 53 Cdno. 1). Su solicitud fue despechada negativamente por el Juzgado, en atención a que ninguna de las causales previstas en la ley se encontraba plenamente demostrada y, antes bien, se contaba con testimonios que daban firmeza a la acusación y que obligaba a que la investigación continuara y profundizara (fl. 66 Cdno. 1).

Posteriormente, por auto del 13 de octubre de 1992 (fl. 77 Cdno. 1) se resolvió la situación jurídica de Perches Giraldo con medida de aseguramiento de detención preventiva por los punibles de hurto y estafa, decisión contra la cual el Agente del Ministerio Público DURANGO GOMEZ interpuso recurso de apelación, con la pretensión de que se revocara y se ordenara el archivo de las diligencias, sustentado basilarmente en que si PERCHES GIRALDO había intervenido políticamente en la adquisición de los elementos a que se alude en la

denuncia, ingresaban a su patrimonio y por consiguiente "...podía hacer con ellos lo que le viniera en gana...", resultando infundados, entonces, los cargos por los delitos contra el patrimonio económico.

El Juzgado 6o. Penal del Circuito de Pereira, se abstuvo de resolver la apelación, por considerar que se procedía por un ilícito de peculado por extensión, de conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, dado el momento procesal (fl. 88 Cdno. 1).

El Fiscal No. 3 Delegado ante el Tribunal Superior de Pereira impartió confirmación a la medida de aseguramiento en mención, con la modificación de que los hechos eran tipificadores de concurso delictual de peculado por apropiación en la modalidad de extensión y estafa.

Encontró, además, inconsistente la actitud del Delegado de la Personería Municipal de insistir, sin base probatoria, en el archivo del proceso, contrariando sus obligaciones constitucionales y legales, conducta por la cual ordenó dar traslado a la Procuradoría Regional para que dispusiera su desplazamiento (fl. 98 Cdno. 1), la que, a su vez, dió curso al Tribunal Superior de la ciudad para la investigación de orden penal por el posible delito de Prevaricato en que pudo haber incurrido (fl. 1 Cdno. 1).

2. En razón a que las diligencias preliminares llevadas a efecto por la Fiscalía No. 4 Delegada ante el Tribunal Superior daban margen para suponer que el doctor OVIDIO DURANGO GOMEZ podía ser infractor de la ley penal, por auto del 26 de enero de 1993 se abrió la investigación (Fl. 131 Cdno. 1), se oyó en indagatoria al imputado (fl. 167 Cdno. 1), se le dictó medida de aseguramiento de conminación (Fl. 177 Cdno. 1) por el delito de abuso de autoridad, la cual luego fue modificada por la Unidad Nacional de Fiscalía ante la Corte por detención preventiva, en virtud a que se trataba de dos hechos punibles de prevaricato por acción (fl. 332 Cdno. 2) y luego de la clausura de la investigación, con fecha 12 de noviembre de 1993 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación por el punible señalado, determinación que no fue impugnada (fl. 509 Cdno. 2).

En el momento señalado se llevó a efecto el acto de la audiencia pública y posteriormente se dictó el fallo absolutorio objeto de impugnación.

Fundamentos de la Sentencia

El Tribunal de instancia, en Sala mayoritaria, encontró dificultades para deducirle responsabilidad al imputado, no sólo porque en su sentir el Agente del Ministerio Público no puede ser sujeto activo del punible de prevaricato, pues el Concepto que emite no puede ser equiparable a dictamen, sino porque su proceder estuvo desprovisto de dolo.

Así se discurrió en la sentencia:

"...Toda frase y toda palabra de la ley penal debe tener un sentido exacto y preciso, de no ser así, flagrantemente, se violaría el principio de la determinación. Asimilar el concepto emitido por el Ministerio Público a lo que es una resolución o un dictamen, es nada más ni nada menos que admitir la llamada analogía in malam partem ya proscrita de nuestro ordenamiento penal...".

Más adelante, agrega:

"...Y cómo deducir la intención dañina en el proceder porque se toma partido por una de las partes en un conflicto que en sus albores es incierto, máxime cuando no aparece factor alguno del cual sea acertado colegir el dolo que se predica..." (Fl. 97 Cdno. 3).

Razones de apelación

La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, al sustentar el recurso interpuesto contra la sentencia absolutoria, para que se revoque, adujo que el Ministerio Público dado su origen y los fines que persigue su intervención en el proceso penal, sí puede incurrir en el delito de prevaricato, más cuando la comprensión de dictamen empleado por la ley al describir el punible no se reduce a la prueba pericial, sino que en tal noción también se enmarcan las opiniones y conceptos rendidos por los funcionarios públicos cuando se pronuncian por razón de su actividad funcional, como ya lo había dejado esclarecido la Corte en decisión de julio 23 de 1986.

En materia de culpabilidad, apunta el recurrente:

"...La responsabilidad que se pide declarar no sanciona un error involuntario del delegado en lo penal, sino la dolosa violación de la ley penal. OVIDIO

DURANGO GOMEZ con malicia comprobada prevaricó, porque conociendo la ley penal, intencionalmente pidió que se aplicara mal. Los conceptos plurimentados contenían una contrariedad objetiva con el querer de la Ley, también contenían una contrariedad subjetiva entre lo pedido y lo conocido; se trató de una actuación infiel: hubo una deslealtad con contenido subjetivo bien determinado. Un funcionario experimentado que no quiso cumplir con el deber, buscó por todos los medios que se torciera el espíritu de la ley..." (fl. 134 Cdno. 3).

Consideraciones de la Corte

En este proceso se acusa al doctor OVIDIO DURANGO GOMEZ de haber sido infiel, en forma notoria y en materia grave, a las funciones constitucionales y legales que le correspondían como Agente del Ministerio Público cuando desempeñándose en el cargo de Delegado en lo Penal de la Personería de Pereira (Risaralda), hizo solicitudes contrarias a la Ley, adecuando doblemente así su comportamiento al tipo penal de prevaricato por acción descrito por el artículo 149 del Código Penal, así:

"...El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en..."

Concretamente la imputación que se le hace consiste en que, primeramente, cuando apenas se iniciaba la averiguación de hechos susceptibles de ser punibles atribuídos al concejal PERCHES GIRALDO GIRALDO, pidió el archivo del proceso con base en lo dispuesto por el artículo 34 del C. de P. P., vigente a la razón, siendo que no había fundamento probatorio para ello (Fl. 53 Cdno. 1) y luego, al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la medida de aseguramiento pronunciada en su contra pidió la revocatoria insistiendo en que el proceso debía ser archivado.

El primer obstáculo que encontró el fallador de instancia residió en que, en su entender, el Agente del Ministerio Público no podía incurrir en el punible de prevaricato por cuanto dentro de sus funciones no se encontraba la de proferir resolución o dictamen, deviniendo como consecuencia necesaria la atipicidad de la conducta. Finalmente, al hacer las comentadas solicitudes no encontró que el Delegado de la Personería hubiera procedido dolosamente, pues siendo sujeto procesal y creyendo que era viable, podía válidamente solicitar el archivó del

proceso.

Yerra el Tribunal *a-quo* cuando sustrae al Agente del Ministerio Público como sujeto activo del delito en examen, pues prevarica tanto el Juez o Magistrado, como cualquier empleado oficial que traiciona la función pública que se le ha encomendado al emitir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. El empleado oficial que así obra, sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, en favorecimiento o perjuicio de otro o por simple arbitrariedad. Y así como dentro del término de "resolución" como medio para atentar contra la administración pública quiso el legislador incluir las sentencias y los autos y en general todo acto escrito que se genere en uso de las funciones públicas y que tienda a la decisión de un punto, del mismo modo dentro de la aceptación de "dictamen" se incorporan los conceptos que es la denominación que adquieren los actos a través de los cuales se hace conocer la voz del Ministerio Público como sobresaliente auxiliar de la Administración de justicia en la consecución de sus afines.

Bastaba con acudir a cualquier diccionario para encontrar la sinonimia de "dictamen" y no su análogo, que es bien diferente. Así, en el de CABANELLAS se lee:

"DICTAMEN. Opinión, consejo o juicio que en determinados asuntos debe oírse por los tribunales, corporaciones, autoridades, etc."

No es vano se ha considerado que, materialmente, el Ministerio Público cumple la misma función que el Juez, pues la persecución penal lo mismo que el fallo y las faces que lo anteceden, son funciones jurídicas que competen a órganos del Estado: los dos son funcionarios públicos designados y organizados con propias funciones para administrar justicia, que se resumen en la labor de averiguar la verdad histórica y materializar la ley pena sustantiva, para cuyos fines se han expedido las normas de procedimiento penal. Tan sólo desde el ángulo puramente formal tienen dividido su rol, pues mientras que los dictámenes o conceptos tienen connotación de requerir, los del otro tienen carácter decisorio.

En consecuencia, tiénese que el Agente del Ministerio Público es poseedor de la investidura calificada que la ley prevé en la estructura del prevaricato, al cual adecua su conducta cuando, en ejercicio de sus funciones, emite opinión, dictamen o concepto contrariando marcadamente la ley.

En lo que atañe a la aplicación del artículo 34 del C. de P. P., vigente por la

época de los hechos, invocado por el Delegado de la Personería para que cesara el procedimiento con archivo del proceso, esta colegiatura dejó dicho:

".. Dado que con la aplicación de este precepto evidentemente se ponía punto final a proceso penal en curso, ya por que el hecho imputado no existió, porque el procesado no lo cometió, porque la conducta fuera atípica, porque estuviera demostrada una causal excluyente de la antijuridicidad o de culpabilidad, o porque el proceso no pudiera iniciarse o proseguirse, el legislador fue excesivamente celoso en señalar un grado de prueba para la demostración de cualquiera de esos supuestos, relievando que debía ser plena, o sea, aquella que, sin ninguna mezcla de duda, tiene la virtualidad de producir certeza en el espíritu del funcionario judicial que reconoce su existencia.

"Con ese propósito su actividad debe estar dirigida al examen de los puntos en que se finca la prueba, concatenarlos, sacar de ellos consecuencias, y después de cotejarlos de cerca, teniendo en cuenta sus diferentes circunstancias, establecer una conclusión final entre los diversos resultados de estas operaciones mentales. Por manera que esta convicción adquiere la denominación de certeza, cuando rechaza positivamente los motivos contrarios que no pudieron oponerse válidamente a los afirmativos.

"Apuntando a esa finalidad, no debe desconocerse que el funcionario cuenta con libertad de apreciación de las pruebas, sometido tan sólo a las reglas de la sana crítica, pero esa libertad no puede tomarse como sinónimo de arbitrariedad, en términos de aceptar o rechazar un medio de prueba a su libre talante, de ignorarla o darle un alcance que no tiene, pues así también se es deshonesto en la difícil pero noble misión de administrar justicia.." (Sentencia octubre 12/94, Magistrado Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA).

En el caso que hoy ocupa la atención de la Corte basta con examinar la prueba recogida en el proceso contra PERCHES GIRALDO para el momento en que hizo OVIDIO DURANGO GOMEZ su solicitud de que se archivara la actuación penal que se adelantaba y las razones que presentó para ello, para que salte a la vista que traicionó sin ningún rubor con ese acto, entre otras, su función de intervenir en el proceso penal en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales, al tomar partido frontal buscando favorecer al procesado, con desconocimiento, injustificado, de la prueba de cargo vertida en su disfavor, la cual no le mereció comentario especial que no fuera

el de que estaba sustentada en chismes, rencillas y rivalidades de tipo político, conclusión que no indica ni se sabe de donde la extrajo, pues ni el mismo PERCHES GIRALDO tuvo la audacia de justificasrse con tal afirmación ni de los testimonios de las personas que deponen en su contra resulta que hubieran estado inspirados por cualquiera de aquellos sentimientos.

Fué, entre otras cosas, más allá que el propio defensor, pues en su afán de que a todo trance se archivara el proceso llegó al despropósito de sostener en la sustentación del recurso de apelación que interpuso contra la medida de aseguramiento (fl. 85) que como el acusado PERCHES GIRALDO había tenido intervención política en la adquisición de los bienes por los cuales se le denunciaba ellos ingresaban a su patrimonio particular y por tanto podía hacer con ellos lo que a bien quisiera, con más cautela la defensa argumentó su disconformidad con el nomen juris que se le había dado a los hechos denunciados.

En su indagatoria y subsiguientes intervenciones procesales el imputado DURANGO GOMEZ adujo que dentro de sus funciones como Agente del Ministerio Público tenía la de solicitar la preclusión de la investigación y la cesación de procedimiento cuando lo estimara procedente, conforme a expresa facultad del artículo 135-3 del C. de P. P. por cuyo motivo, al hacerlo, no estaba procediendo en forma distinta a lo que la misma ley le mandaba.

El cargo que se lo formula al doctor OVIDIO DURANGO no se hace consistir precisamente en que careciera de capacidad funcional para elevar la petición de preclusión de la investigación, sino que la hubiera hecho teniendo positivo conocimiento de que la ley procesal penal en su artículo 34 determinaba plenitud de prueba sobre la existencia de cualquiera de las causales allí precisadas y, tomando la vía contraria a este mandato legal, pues en el informativo no se encontraba esa prueba recaudada, buscó ilícitamente enervar la prosecución de la acción penal. Tanto es así que ni siquiera DURANGO GOMEZ ensaya argumento alguno enderezado a demostrar la existencia de algún medio de persuación que le hubiera dado la certeza de que legalmente la acción penal no podía proseguirse; y mal podía hacerlo, porque cuando hizo su primera petición, ya se habían recibido tres testimonios que ratificaban los cargos, y la indagatoria de PERCHES GIRALDO que tímidamente negaba algunos y aceptaba otros con justificaciones, situación probatoria que no le daba lícita margen al Delegado de la Personería para clamar por la inocencia de quien, a los ojos de los funcionarios que tuvieron que resolver su situación jurídica, tenía compromiso penal.

Es más, ninguna certidumbre podía tener si de las mismas expresiones que empleó resulta que su estado de espíritu era de duda. Así lo exteriorizó en en el escrito contentivo de su segunda pretención de que se archivara el proceso:

"..Los cargos elevados no están probados, pues no existe prueba documental que así lo establezca; cuando la prueba testimonial (sic) es endeble, confusa, de muy poca credibilidad, dado el interés que se persigue; cuando muchos quieren aparecer como valientes creyendo que han logrado eliminar una curul de concejal (?)..." (fl. 87)

Entonces, si encontrarse en estado de duda es tanto como carecer de certeza, cualquier funcionario de inteligencia media hubiera buscado salir de ese estado de perplejidad con la práctica de otras pruebas que llevaran a conocer la verdad histórica que para él era desconocida en ese momento, y no pretender abruptamente, como lo intentó, evitar que la investigación siguiera su curso, seguramente para que no se fuera a eliminar la curul del concejal, según desafortunada expresión reveladora de su verdadero designio.

Siendo así las cosas, la sentencia absolutoria proferida debe ser revocada, como lo pide el recurrente con serenos pero indiscutibles razonamientos, para en su lugar proferir fallo de condena, por haberse adquirido la certeza de que el comportamiento atribuído al imputable además de típico, es antijurídico y culpable, a título de dolo.

La Corte considera, sin embargo, que no se está de cara a un concurso homogéneo de hechos punibles como se dedujo en la resolución de acusación, habida consideración de que con su segunda intervención el agente dirigió su actuación dolosa al mismo resultado típico material al cual pronpendía su primer acto - y lo hizo con los mismos argumentos, sólo que esta vez dirigidos al superior funcional del juez que le negó su pedimiento inicial-, vale decir, el archivo del proceso, por lo que su comportamiento externo, tenía dirección, subjetiva y objetiva, a la misma causación.

En tal virtud, atendiendo los criterios señalados por el artículo 61 del C.P. y a que concurre contra el procesado la circunstancia genérica de agravación contemplada en el artículo 66-11 Ibídem resultante de la distinguida posición que ocupaba en la sociedad con motivo del cargo, del cual hizo particular exaltación hasta último momento, se debe sumársele dos meses, a la pena de doce meses prevista como mínima en la disposición penal infringida, para un total de catorce (14) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual

término como pena principal y, como accesoria, la pérdida del empleo público u oficial, la cual no es incompatible con la interdicción de derechos y funciones públicas, como lo ha sostenido la jurisprudencia, cuando ésta se imponga como pena principal, dada la mayor cobertura inhabilitante de aquella.

Esta Sala mayoritariamente ha sostenido que la deducción de la circunstancia genérica de agravación del numeral 11 del artículo 66 del C.P. no afecta el 'non bis in idem', porque no es predicable de todo funcionario público por el solo hecho de serlo, evento en el cual evidentemente se afectaría tal principio, sino de aquellos que por jerarquía o representación social merecen especial admiración y respeto de los demás asociados, como ocurre en el presente caso donde el procesado, como agente del Ministerio Público, representa los intereses de la sociedad la que, por lo mismo, confía mayormente en su labor y espera acuciosidad de él pero en defensa de los intereses generales.

Ha dicho la Corte al respecto:

> "Es verdad que para ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito se necesita ser empleado oficial, pero este requisito se satisface cuando el agente se encuentra dentro de una cualquiera de las hipótesis previstas en el atículo 63 del Código Penal, y es obvio que todas ellas, si bien dan al sujeto la calidad de empleado oficial, no son equivalentes y bien puede hacerse distinciones entre ellas por factores de jerarquía, representación social, respeto y admiración que merecen de los demás asociados y grados de responsabilidad que frente a ese mismo conglomerado social se exigen.

"Lo anterior está indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ordinal 11 del artículo 66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto a los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los Jueces, quienes por su propia función están obligados como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sanciona a otros. Es obvio que el delito cometido por un Juez, así sea de aquellos ilícitos de los que sólo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente su incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad." (Sent. nov. 21 de 1990, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruíz).

De otra parte, no se ordenará la indemnización de perjuicios, por cuanto no aparece acreditado que con la comisión del punible se hubiera irrogado daño a un tercero.

Sobre este particular, la Corte igualmente ha sostenido no obstante las voces del artículo 103 del C.P., que no siempre el delito produce un daño material o moral reparable a través de la acción indemnizatoria, pues del mismo texto de los artículos 106 y 107 ibídem se desprende como requisito "sine qua non" de la indemnización que el daño se haya "ocasionado", sólo que si no es posible su evaluación pecuniaria el juez podrá, dice la norma, fijar una indemnización prudencialmente. En el mismo sentido, el artículo 180 del C.P.P. prevé la indemnización "si a ello hubiere lugar".

Al respecto ha sostenido esta Sala:

> "Como bien lo señala el Ministerio Público, es verdad que la redacción del Tribunal es confusa, pero aún así es evidente que la razón por la cual revoca la condena en perjuicios es porque estima que no existe la prueba necesaria para fijarlos en concreto, de modo que no es una decisión arbitraria ni lesiva del debido proceso, porque de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 del Código de procedimiento Penal, la condena al pago de perjuicios en concreto es "si a ello hubiere lugar", y como es obvio, si no existe la prueba necesaria no se puede condenar.
>
> "El error del ad quem consiste en haber impuesto la obligación en abstracto, cuando la consecuencia de su argumentación llevaba a que simplemente se limitara a revocar la condena en perjuicios. Pero esa determinación es inocua, entre otras razones porque no señaló ningún beneficiario, y la expresión utilizada, "a quien demuestre legítimo derecho", no suple ese vacío." (Sent. dic. 14 de 1994, M.P. Dr. Ricardo Clavete Rangel).

En atención al quántum de pena a imponer y a que el procesado no revela personalidad que lo haga merecedor a tratamiento penitenciario, se le concederá el subrogado penal de la condena de ejecución condicional pero únicamente en relación con la pena privativa de la libertad, suspendiéndosele dicha pena por un período de tres (3) años, para lo cual suscribirá diligencia en la que adquiera las obligaciones a que se refiere el artículo 69 del C.P., cuyo cumplimiento garantizará mediante caución prendaria de un salario mínimo mensual, diligencia y caución que suscribirá ante el Tribunal *a-quo*.

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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. REVOCAR la sentencia recurrida, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda) absolvió al doctor OVIDIO DURANGO GOMEZ de los cargos que le fueron formulados en su condición de Agente del Ministerio Público, Delegado en lo Penal de la Personaría de esa ciudad.

Segundo. CONDENAR, en su lugar, a OVIDIO DURANGO GOMEZ, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a la pena principal de catorce (14) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y a la pena accesoria de pérdida de empleo público u oficial, como autor del delito de PREVARICATO por acción, cometido cuando se desempeñaba como Agente del Ministerio Público, Delegado en lo Penal de la Personería de Pereira (Risaralda), en las circunstancias de lugar tiempo y modo puntualizadas.

Tercero. CONCEDER al condenado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional únicamente respecto de la pena privativa de la libertad. En consecuencia, las demás penas impuestas se harán efectivas. Suscríbase la diligencia en la forma indicada en la parte motiva.

Cuarto. Expídanse las copias de este fallo, una vez en firme, y envíense a las autoridades mencionadas en el artículo 501 del C. de P.P. para los fines consiguientes.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CONCURSO

(Salvamento parcial de voto)

Cuanto si se dá o no un concurso de infracciones del delito tipo de prevaricato delanteramente manifiesto que acompaño a la sentencia de casación cuando responde negativamente el interrogante. Ante la existencia de una unidad típica de acción presidida por un solo acto de voluntad no es dable predicar una pluralidad de hechos punibles. He entendido siempre que si diversas actuaciones aparecen abrazadas por un factor final y pertenecen a un mismo tipo de injusto, débese hablar de una unidad de acción.

Dos cosas:

a.- Nuevamente se suscita en Sala el asunto de las circunstancias de agravación punitiva y otra vez debo expresar -ante mis arraigadas convicciones- mi radical disentimiento con la solución que la Corte dá al thema decidendum. Y como me resulta ya insoportable repetirme me remito a lo conocido.

b.- Cuanto a si se da o no un concurso de infracciones del delito tipo de prevaricato delanteramente manifiesto que acompaño a la sentencia de casación cuando responde negativamente el interrogante. Ante la existencia de una unidad típica de acción presidida por un solo acto de voluntad no es dable predicar una pluralidad de hechos punibles. He entendido siempre que si diversas actuaciones aparecen abrazadas por un factor final y pertenecen a un mismo tipo de injusto, débese hablar de una unidad de acción. Percibo, pues, en el acto sub examen un dolo común concreto y una misma actuación de voluntad o si se prefiere, un solo acto unitario.

c.- Claro está que el acusado para lograr sus fines prohibidos realizó distintos segmentos de conductas pero de aquí no se sigue -según las explicaciones atrás reseñadas- que estemos en presencia de una pluralidad de delitos con nuevos

desvalor y contenido. Hay una unidad de injusto completa en sí misma que infringe el mismo mandato jurídico. Lo demás de añadidura me queda difícil de comprender.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.
Firma

Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Por considerar que la sentencia de condena dictada contra el Doctor Ovidio Durango Gómez ha debido serlo por el concurso homogéneo de prevaricatos que le fuera imputado en la resolución de acusación, respetuosamente nos apartamos de la decisión mayoritaria en cuanto estima que el comportamiento juzgado corresponde a una única manifestación delictiva.

El raciocinio en que esta decisión se fundamenta, consistente en que la segunda intervención del Doctor Durango Gómez apuntaba a la obtención del mismo "resultado típico material" (?), al cual propendía la primera, con los mismos argumentos, solo que dirigidos al superior funcional del Juez que le negó su pedimento inicial, por lo que "su comportamiento externo, tenía dirección, subjetiva y objetiva, a la misma causación", a juicio nuestro solo toma en cuenta el control de los factores causales.

Sin que podamos discutir la validez que el aspecto apuntado tiene en la constitución del injusto -su relevancia ha sido puesta de presente por las iniciales formulaciones de la tradición finalista en Derecho Penal- ello, como también se ha hecho ver en los desarrollos ulteriores alcanzados por el tema, no es suficiente.

El establecimiento de si alguien ha actuado finalísticamente impone no solo determinar si ha controlado los factores causales. Es también imprescindible dejar sentado si entendía el sentido de las circunstancia del hecho, sobre la base de que es el legislador quien bien o mal, desde el punto de vista de los principios y conveniencias sociales y políticas, define y señala los elementos de significado jurídicamente incidentes en la conducta típica. de los cuales el principal es aquello que se quiere evitar en cada una de las diferentes modalidades delictivas.

Lo anterior, por cuanto los fenómenos jurídicos no son solo procesos causales, de manera que su control baste para afirmar la finalidad de la conducta. Recuerdese el ejemplo aquel destacado por un célebre autor alemán, refiriéndose a este tópico, acerca de lo absurdo que resultaría una definición de la injuria como

supradeterminación final de ondas sonoras causantes de excitación sensorial en el oído del injuriado, con lo cual debe convenirse que la finalidad también comprende los significados sociales y jurídicos de la acción, los que plasmados en el tipo, además, impedirían en el terreno lógico concebir una acción jurídico-penal previa a la tipicidad. Por consiguiente, creemos preciso es atender a la configuración de las normas a que corresponde cada hipótesis punible pues son ellas, en definitiva, las que indican los elementos que en cada caso ha de reunir la conducta humana para ser típica.

En tratándose del prevaricato, motivo de nuestra discrepancia, es claro que el sentido de la conducta típica lo constituye la exigibilidad al servidor público de ser fiel al ordenamiento jurídico-legal en cumplimiento de las actuaciones inherentes a su función. Ello se constata, precisamente, en que la conducta prohibida que expresa el tipo se hace consistir en el proferimiento de resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley.

Por manera, pues, que si desde la consideración finalista del comportamiento por el cual se dictó sentencia condenatoria en contra del Doctor Durango Gómez, la transgresión a esa exigibilidad integra el fin con que actuó, no cabe duda, al menos para nosotros, que en cada una de las peticiones manifiestamente contrarias a la ley que elevó en el proceso seguido al concejal Perches Giraldo Giraldo, realizó el tipo de prevaricato, independientemente que, en últimas, estuviera buscando favorecerlo o correspondieran a actos realizados en un solo proceso. Insistese: la finalidad no está referida a esta clase de resultados, sino al sentido social y jurídico del tipo, razón por la que, en criterio nuestro, la sentencia ha debido cobijar todas las veces que él tuvo realización, con las consecuencias punitivas correspondientes.

Con todo comedimiento.

Juan Torres Fresneda,
Magistrado.

Fernando E. Arboleda Ripoll,
Magistrado.

Fecha ut supra.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

(Salvamento parcial de voto)

Mi respetuoso disenso versa sobre dos pasos de la sentencia: el relativo con la deducción de la circunstancia genérica de agravación punitiva (Nal 11, Art. 66 C. de los delitos y de las penas: Posición distinguida del delincuente", Agente del Minsiterio Público); y, lo expuesto en una de las consideraciones del fallo, en relación con la imposición de la obligación de indemnizar los perjuicios causados con el hecho punible, "pues no siempre el delito produce un daño material o moral reparable a través de la acción indemnizatoria".

A.- Respecto del primero, en apretada síntesis resumo mi parecer:

El encabezamiento del artículo 66 del C.P., literalmente reza: "Agravación punitiva: Son circunstancias que agravan la pena siempre que no hayan sido previstas de otra manera..."

Por su parte el artículo 149 *ibídem*, describe el Prevaricato por Acción, que es el que se aplicó a Ovidio Durango Gómez, en estos términos:

"El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la Ley,...

Se encuentra plenamente establecido que Durango Gómez, en su condición de Agente del Ministerio Público (Abogado Delegado en lo Penal), elevó dos solicitudes abiertamente contrarias a la realidad procesal y a la ley, a fin de favorecer al Concejal Perches Giraldo Giraldo. Esas peticiones necesariamente son conceptos, pues fueron falsas opiniones o juicios que se formó el acusado sobre los hechos materia de la investigación. En términos generales, dichos conceptos deben ser tenidos como dictámenes, ya que fueron productos de las falsas ideas u opiniones acerca de los hechos sometidos a su criterio como sujeto procesal, nada menos en su condición de representante de la sociedad. Así lo tiene expresamente señalado el Numeral 3o. del artículo 277

de la Carta Fundamental; altísima función desarrollada por los artículos 131 y 131 A del C.de P.P.. De modo, pues, que Durango Gómez fue empleado oficial, y en tal virtud emitió las solicitudes, que en esencia constituyen conceptos o dictámenes. Esta hipótesis está contemplada en el tipo legal alternativo recogido por el ya citado artículo 149. Sobre este aspecto la Sentencia no merece reparo alguno.

Claro está en este concreto caso no es sufiente "ser empleado oficial" para adquirir la catergoría de agente activo calificado o privilegiado, sino es menester estar revestido de especiales connotaciones, de específicas atribuciones, tales como estar facultado por la ley para emitir "dictamen", concepto o petición, como lo efectuado por el aquí condenado. Se está, pues, en presencia de un delito de los llamados de "responsabilidad" o "de propia mano", pues exclusivamente dichos sujetos tienen vocación para perpetrar hechos punibles de la naturaleza del ya mencionado. Cosa igual acontece por ejemplo, con el delito de peculado, pues no podrá ser AUTOR del mismo, sino aquél sujeto activo que no solamente sea "empleado oficial", sino que se le hayan entregado bienes oficiales para "su administración" o "custodia" (Art.131 del Código Penal). Si ello es así, como todo concurre a evidenciarlo, entonces la categoría de sujeto activo calificado que tenía Ovidio Durango Gómez, viene siendo "circunstancia" que ha sido prevista por la ley, nada menos como elemento del delito de prevaricato. Luego al deducir la sentencia en contra de Durango Gómez la circunstancia genérica de agravación punitiva del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, dedujo y contabilizó dos veces su condición de empleado oficial, cuestión expresamente prohibida, pues se desconoce el principio universal del **nom bis in idem.**

Las consideraciones elaboradas hasta aquí tienen plena validez en tratándose del delito de "**enriquecimiento ilícito**", por lo que la jurisprudencia reproducida para respaldar el planteamiento, adolece, en el modesto sentir del Conjuez, de las mismas fallas puntualizadas. De consiguiente, al reo no ha debido deducirsele la agravante genérica mencionada. Al hacerlo, se colige que un procesado por hechos como los aquí sancionados, jamás tendrá derecho al mínimo de la pena; pues por anticipado se contabilizará la susodicha agravante genérica.

Ciertamente habrá casos en que la simple condición de empleado oficial, hará posible la deducción mencionada, cuando como por ejemplo, actúa en su condición de "cómplice".

B. El segundo motivo de discrepancia radica en aquello de:

> "Que por otra parte, no se ordenará la indemnización de perjuicios, por cuanto no aparece acreditado que con la comisión del punible se hubiera irrogado daño a terceros..."

Lo que en "román paladino" significa que puede existir hecho ilícito con los cuales no se hubiera irrogado "daño a un tercero"

La sentencia para respaldar esa premisa, argumenta luego:

> "Sobre este particular, la Corte igualmente ha sostenido no obstante las voces del artículo 103 del C.P., que no siempre produce un daño material o moral reparable a través de la acción indemnizatoria, pues del mismo texto de los artículos 106 y 107 ibídem se desprende como requisito 'sine qua (sic) non' de la indemnización que el daño se haya 'ocasionado', solo que si no es posible su evaluación pecuniaria el juez podrá, dice la norma, fijar una indemnización prudencialmente. En el mismo sentido, el artículo 180 del C. de P.P., prevé la indemnización "si a ello hubiere lugar".

La jurisprudencia reproducida nada agrega a la consideración trascrita. Solo que ella, con perdón de los Honorables Magistrados, contiene si no una notoria contradicción, sí al menos posibilidad de entronizar la confusión, pues tras afirmar que no obstante lo prescrito tajantemente por el artículo 103 del C.P., "no siempre el delito produce un daño material o moral reparable"; ya que del contenido de los artículos 106 y 107 "se desprende como requisito esencial que el "daño se haya ocasionado"; para concluir que si no es posible su evaluación pecuniaria siempre el juez "podrá fijar una indemnización prudencialmente"; con lo que la conclusión lógica sería la de no ser posible la evaluación pecuniaria en concreto, siempre el juez deberá fijar prudencialmente la indemnización, que es lo que ciertamente indican los artículos mencionados, ya que el juez habrá siemspre de imponer la obligación en concreto de indemnizar los daños, haciéndolo en gramos oro.

Además, la Honorable Sala Penal comienza por negarle toda aplicación al artículo 103 del C.P., el que imperativamente dispone:

> "El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan";

Por lo que no le deja al juez facultad alguna para fijar en unos casos y en otros no la obligación indemnizatoria en sus dos especies. El Conjuez insiste

en que la ley solamente faculta al juez para fijar prudencialmente, pero en concreto la indemnización "cuando el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración" (Art. 106); o cuando el daño material "no pudiere evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito" (Art. 107); entonces y solo entonces el juez goza de facultad legal para fijar motu propio el *quantum.*

Además, no es posible negarle efectos jurídicos al imperativo mandato del artículo 103, `pues de presentarse alguna dificultad en su interpretación y aplicación, debe echarse mano al método sistemático: "el texto por el contexto" (Art. 30 C. Civil). Una cosa es no estar el juez en condiciones de evaluar los daños y otra bien distinta es la de predicar que no se han ocasionado.

Al disidente le asalta el temor que por el camino trazado en la sentencia pueda abrirse paso la tesis de que en los delitos de peligro o de mera conducta y en varias hipótesis de los tentados, el daño material y el moral no se ocasionan por no estar "acreditados" o comprobados probatoriamente.

El mandato de imponer la obligación de indemnizar los daños consagrado en el artículo 103 del C. P., encuentra, como es lógico, fuerte respaldo de disposiciones del Código de Procedimiento Penal, así: inciso 2o. del artículo 55:

"...En los casos de perjuicios materiales o morales no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en los artículos 106 y 107 del Código Penal".

Y para que no quede duda alguna, el 56 *ibídem*, inciso 1o. remata:

"De la liquidación de perjuicios.–

"En la sentencia que declare la responsabilidad penal del procesado, el juez deberá señalar el monto de los perjuicios individuales o colectivos ocasionados por el hecho punible..."

La única excepción al no pago, no porque no se hayan causado, sino por no estar el responsable en condiciones crematísticas de hacerlo, es el relacionado con el otorgamiento de la condena condicional art. 69, Nal. 30 del C.P.).

Finalmente, la sentencia para respaldar su planteamiento, invoca el artículo 180 del C. de P.P. Ciertamente dicho canon estatuye: "...toda sentencia contendrá... 8o.– La condena en concreto al pago de perjuicios si a ello hubiere lugar..."

Se comenta: toda sentencia condenatoria o absolutoria deberá cumplir, según su clase, los requisitos formales allí estipulados. Luego es obvio que en tratándose de un fallo absolutorio no habrá lugar a imponer la obligación de indemnizar los daños, por no existir responsable penalmente; cosa distinta sucederá en caso contrario. Lo mismo ocurrirá con lo previsto en el numeral 9o. que se ocupa "De la suspensión condicional de la sentencia si fuere procedente"; y no lo será en el momento de absolver al procesado, o cuando la pena impuesta fuere superior a 3 años, o cuando no reuniere los requisitos puntualizados en el numeral 2o. del artículo 69 citado.

Por consiguiente, en mi modesto sentir, ha debido imponérsele a OVIDIO DURANGO GOMEZ la obligación de indemnizar los daños materiales y morales "provenientes" de su hecho punible, en las condiciones señaladas por la ley sustantiva penal y procedimental relacionadas atrás.

Impertiente resulta hacer referencia a los daños que causa el delito, cuestión sistematizada a partir de Bucaroni en su famosa obra "La diferencia entre el juicio civil y el juicio criminal", aparecida en 1.634. El punto fue tratado con la claridad y lucidez acostumbradas por el sabido Maestro Carrara y ha seguido siendo materia de estudio por muchos comentaristas modernos, hasta apuntar uno de ellos que el delito sin daño es una *"contraditio in terminis"*.

Julio E. Rozo Rozo.

Conjuez

Fecha ut supra.

REPOSICION / CIERRE DE INVESTIGACION

Cuando la ley fáculta a los sujetos procesales para interponer recurso de reposición contra el auto que cierra la investigación, es porque precave que en el curso de la investigación puede presentarse circunstancias que, de no ser corregidas oportunamente, eventualmente impedirían que se calificara el proceso en cualquiera de las formas previstas en la misma ley procesal penal.

Por eso, la circunstancia de que se eche de menos una prueba para aclarar algún aspecto que se debate, no es impeditiva para que en mérito probatorio puede ser calificado, puesto que lo único que condiciona el cierre de la investigación es que el procesado haya sido legalmente vinculado y su situación jurídica resuelta, a términos del artículo 438 del C. de P. P..

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

Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*
Aprobado Acta No. 85

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto por el señor defensor del imputado doctor JULIO MORA ACOSTA, contra el auto de fecha 31 de mayo del presente año, mediante el cual se declaró cerrado el ciclo investigativo.

Antecedentes inmediatos

1. Mediante auto calendado el 4 de mayo del año pasado (fl. 16), la Corporación dispuso la apertura de la instrucción y en su desarrollo se escuchó

en indagatoria al acusado (fl. 57), se resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de caución prendaria por el punible de fraude procesal (FL. 101) y se hizo el acopio probatorio solicitado por la defensa y del que oficiosamente estimó necesario la Corte, luego de lo cual se cerró la investigación al mediar solicitud al respecto.

2. La defensa ha interpuesto recurso de reposición contra el auto últimamente citado, con fundamento en que "...Hay un hecho nuevo en el proceso y que se produce en la última declaración que rindió la señorita NELSY ASTAIZA QUINTERO. Dijo que ella no habría hecho nada o por lo menos presencia antes del día que presentó su "Demanda" o sea el día 5 de julio. Yo la interrogué nuevamente y le pregunté, cómo sería esto, si hay citaciones de fecha por ejemplo del 20 o 29 de mayo o sea unos 15 días de su "Demanda". Ella contestó, pero en ese mismo instante, usted, Honorable Magistrado dejó constancia de que se demorabla (sic) unos segundos en contestar. Dijo que ella era amiga del señor Secretario y que había pedido sus (sic) ayuda antes...".

Pretende aclarar el episodio con una certificación de OSCAR JIMENEZ BENAVIDES "...a fin de que diga en documento si esa letra, es suya. Si él hizo esas citaciones. Si conocía a NELSY ASTAIZA QUINTERO antes del día 5 de julio de 1990 y por último si es cierto que ella solicitó esas citaciones...", para cuyo recaudo solicita que se revoque el auto en cuestión, invocando para el efecto el debido proceso y el derecho de defensa.

Consideraciones de la Corte

Cuando la ley faculta a los sujetos procesales para interponer recurso de reposición contra el auto que cierra la investigación, es porque precave que en el curso de la investigación pueden presentarse circunstancias que, de no ser corregidas oportunamente, eventualmente impedirían que se calificara el proceso en cualquiera de las formas previstas en la misma ley procesal penal.

Por eso, la circunstancia de que se eche de menos una prueba para aclarar algún aspecto que se debate, no es impeditiva para que el mérito probatorio puede ser calificado, puesto que lo único que condiciona el cierre de la investigación es que el procesado haya sido legalmente vinculado y su situación jurídica resuelta, a términos del artículo 438 del C. de P. P..

En el caso que se examina se pretende la reposición del auto mediante el cual se cerró la investigación, para, a través de una certificación, aclarar una duda surgida de lo testificado en su última deposición por NELSY ASTAIZA QUINTERO. Si, efectivamente, la testigo incurrió en inexactitudes, incongruencias o contradicciones en su testimonio, tal aspecto será objeto de análisis a la hora de la valoración de la prueba en su conjunto, para aceptar su dicho o rechazarlo, pero la reposición no puede servir de instrumento para hacer aclaraciones de esta índole, puesto que, si así fuera, jamás podría llegarse a la calificación de un proceso en el cual afloraran imprecisiones de orden testimonial.

Lo anterior significa que el cierre de la investigación se mantendrá, dada la improsperidad del recurso.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

Resuelve

NO RESPONDER el auto fechado el 31 de mayo del año en curso, mediante el cual se declaró cerrada la investigación, por las razones consignadas en la parte expositiva.

Notifíquese y Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA

La audiencia pública constituye un solo acto procesal, así se realice en sucesivas etapas.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*
Aprobado Acta No. 086.-

Vistos:

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada CARMEN MERCEDES ALDANA OTERO contra la sentencia de 21 de mayo de 1993 mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmó la dictada por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de esta ciudad capital, que la condenó a la pena principal de 20 meses de prisión y multa de $ 1.425.oo; a interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y al pago en forma salidaria de los perjuicios causados, por hallarla responsable del delito de estafa en carácter de cómplice, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos

Conforme a los términos de la denuncia penal formulada por la señora Azucena Castillo de Sánchez y su respectiva ampliación, ella y dos de sus hermanos aparecen comprándole a la señora Luz Stella Alvarez López un inmueble de la carrera 100-A No. 73-70, barrio Alamos Norte de esta ciudad, por valor de $7.300.000.00; negociación cuyas estipulaciones consignaron en promesa de compraventa suscrita el 6 de abril de 1989, posteriormente adicionada, la cual no

les fue posible cumplir en su carácter de compradores porque las condiciones inicialmente acordadas en el borrador del contrato (forma de pago, plazos, entrega del bien, etc.) fueron cambiadas al elaborar la minuta.

Tiempo después la vendedora se retracto del negocio y constituyó hipoteca sobre el inmueble prometido en venta, el que luego anajenó a un tercero en el mes de diciembre de 1989, quedándose con la suma de $2.800.000.00 que los compradores le habían entregado con motivo de la negociación.

En opinión de la querellante estos hechos configuran el delito de estafa y comprometen a la prometiente vendedora a Luz Stella Alvarez López como autora material, a la intermediaria o comisionista Carmen Mercedes Aldana Otero y a la abogada Lucía Cadavid Ossa, como cómplices, contra quienes dirigió la acción penal.

Actuación procesal

Correspondió adelantar la investigación al Juzgado Ciento Nueve de Instrucción Criminal de Bogotá, que vinculó mediante Indagatoria a las sindicadas, contra quienes profirió medida de aseguramiento de caución y posteriormente formuló pliego de cargos así: A Luz Stella Alvarez López por los delitos de estafa y alzamineto de bienes, a Carmen Mercedes Aldana Otero por estafa y a la abogada Lucía Cadavid Ossa por alzamiento de bienes; enjuiciamiento apelado por la defensa y reformado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de la siguiente manera: Cesó procedimiento respecto a la profesional incriminada y mantuvo la acusación contra Luz Stella Alvarez López y Carmen Aldana Otero exclusivamente por el delito de estafa, aquélla como autora y ésta como cómplice.

Se hizo consistir la inculpación en el despliegue de artificios y engaños por parte de la prometiente vendedora y su asesora, para inducir en error a los prometientes compradores y obtener por este medio la entrega de dos millones ochocientos mil pesos, en el contrato de promesa de compraventa del inmueble y en su correspondiente adición se les impuso a los compradores la obligación de gestionar ante el Banco Central Hipotecario un creditó por el saldo del precio ($4.500.000.00) dentro del término de cinco días calendario, mientras que la vendedora se reservaba el derecho de entregar a aquellos los documentos necesarios a dicho fin, dentro del plazo de diez días, lo que de suyo hacía imposible el cumplimiento de la obligación contraída por la denunciante y sus familiares.

Iniciada la audiencia pública el 10 de marzo de 1992 con la lectura de la resolución de acusación y de las diligencias solicitadas por los sujetos procesales intervinientes, ésta se aplazó en varias oportunidades hasta que el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bogotá a solicitud del representante del Ministerio Público declaró la nulidad parcial del proceso, a partir del auto de apertura del juicio a pruebas, por no haber contado la procesada Luz Stella Alvarez López con defensor, durante un lapso de algunos meses (autos de 7 y 23 de septiembre de 1992).

Subsanado el vicio con la apertura a pruebas respecto a élla, se terminó la audiencia pública y concluyó el proceso en primera instancia, con sentencia de condena para las acusadas Alvarez López y Aldana Otero, como autora y cómplice respectivamente, del delito de estafa, imponiéndoseles en su orden la pena de 24 y 20 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y multa de $1.670.00 y $1.425,00, además del pago en concreto de los perjuicios causados, siendo ambas favorecidas con el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por el defensor de Carmen Mercedes y confirmado por le Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación, interpuesto con antelación a la vigencia del artículo 35 de la Ley 81 de 1993, reformatorio del 218 del actual Código de Procedimiento Penal.

Demanda de casación

Sendos cargos se hacen a la sentencia impugnada bajo el ámbito de las causales tercera y primera de casación, a saber:

PRIMERO: Nulidad del juicio por quebranto del debido proceso y consecuente desconocimiento del derecho de defensa, porque habiendo resultada afectada la validez de la diligencia de audiencia pública iniciada el 10 de marzo de 1992 y suspendida por lo avanzado de la hora, con la declaratoria de nulidad parcial del proceso los defensores de Luz Stella y Carmen Mercedes "fueron sorprendidos, especialmente el primero, con la celebración de una audiencia pública sin encabezamiento, sin apertura" quedando obligado el juez "a celebrar nueva diligencia de audiencia y no, como hizo, a "continuar" la iniciada que invalidada se encontraba".

Agrega el libelista que por no haberse hecho efectiva la ruptura de la unidad procesal, como en su oportunidad lo solicitó el agente del Ministerio Público

apoyado en el ordinal 3o. del artículo 85 del anterior estatuto procedimental penal, la audiencia pública correspondiente a Luz Stella Alvarez López se llevó a cabo sin la presencia de la Fiscalía General de la Nación como parte acusadora, omisión que a su juicio desdibuja los imperativos mandatos del rito procesal penal, pues si se aceptan los efectos parciales de la nulidad decretada por el Juez, la audiencia en lo que respecta a la mencionada procesada debió desarrollarse bajo los auspicios del Decreto 2700 de 1991.

SEGUNDO: Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifiesto consistente en la ostensible desfiguración de la prueba documental obrante en autos, al ser apreciadas las cláusulas 4a. y 5a. de la promesa de compraventa como las "preposiciones engañosas" que llevaron a los compradores del inmueble a entregar la suma de dinero, objeto del ilícito.

Afirma el censor que dichas cláusulas no son engañosas ni están concebidas en términos leoninos por cuanto "una cuestión es el 'solicitar' un crédito y otra muy diversa, el 'tramitar' un crédito ya aprobado, momento en el cual sí se hace perentoria la presentación de toda la documentación requerida, entre ellas, el certificado de libertad".

Agrega que no se allegó al proceso la declaración del señor Gérman Rojas, señalado como la persona que adicionó el borrador del contrato con la inclusión de la cláusula 5a., lo que no fue obstáculo para que el Tribunal Superior dedujera gratuitamente el ánimo torticero y la mala fe de la procesada Carmen Mercedes Aldana Otero. No existe criterio unificado respecto a la consumación de la estafa, pues mientras en la acusación se insinúa dicho fenómeno con la entrega de los dos millones ochocientos mil pesos, en las sentencias pareciera indicarse que tuvo lugar cuando la procesada Lus Stella Alvarez López gravó el bien con hipoteca y luego lo vendió a un tercero y si el punible se consumó en esta ocasión "para nada es predicable de mi defendida esta situación".

De prosperar el primer cargo depreca la nulidad del proceso "a partir, incluso, del auto de fecha octubre 23 de 1992", a fin de que se rehaga la actuación viciada y de fructificar el segundo reproche, implora la remoción de la sentencia recurrida y la absolución de su representada.

Alegaciones de los sujetos recurrentes

La representante de la parte civil y el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se oponen a la prosperidad de la demanda porque la sentencia recurrida

se ajusta a derecho, coincidiendo en criticar la posición asumida por el demandante de abogar en favor de la procesada no recurrente Luz Stella Alvarez López, por falta de interés jurídico para elló.

Respecto al primer cargo formulado expresa el Procurador Delegado que la nulidad parcial decretada únicamente comprometió la situación personal de la autora del delito de estafa; "parte de la premisa de que anulado el auto que abrió el juicio a pruebas, ello afectó de invalidez el acto subsiguiente de iniciación de la audiencia pública, sin parar mientes en que el decreto de nulidad sólo afecta 'la actuación que depende del acto declarado nulo para que se subsane el defecto' -a. 305 C. P. P. y como la anulación no se ordenó para lo actuado con relación a la recurrente, es evidente que la audiencia iniciada respecto de ella, y después continuada, no sufrió modificación ninguna en virtud de la nulidad comentada".

Agrega que no era necesaria la presencia e intervención del fiscal durante la reanudación del debate público, pese a encontrarse entonces vigente el Decreto 2700 de 1991, porque el procedimiento a seguir era el contemplado en el anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), por haberse iniciado la audiencia pública bajo su égida.

En cuanto al cargo por violación indirecta de la ley sustancial opina que no hubo desfiguración del contenido objetivo de las cláusulas del precontrato, sino un examen global de las mismas, relacionado con las demás pruebas del proceso para deducir las maniobras y artificios de que se valieron la vendedora y la comisionista para inducir en error a las víctimas y obtener por dichos medios un aprovechamiento indebido.

Consideraciones de la Corte

Primer Cargo: Si la nulidad planteada por supuesto desconocimiento del derecho a la defensa sólo puede beneficiar a la procesada Luz Stella Alvarez López mas no a la recurrente Carmen Aldana Otero, el defensor que la alega carece de interés jurídico para proponerla, porque su representada no sufrió agravio o perjuicio con la irregularidad denunciada.

Esta falta de interés para recurrir, que es ostensible, sería suficiente para no adentrarse en el examen de la censura por tratarse de una situación procesal muy personal, que en el evento de ser aceptada no podría cobijar con sus efectos

invalidantes la situación jurídica de quien nada tuvo que ver con la indefensión de su compañera de sindicación.

A pesar de ello y por fuerza de la oficiosidad del recurso en tema relacionado con la nulidad, conviene anotar que habiéndose retrotraído el procedimiento a consecuencia de la nulidad parcial decretada en este asunto para darle oportunidad a la procesada Alvarez López de contar con una defensa técnica durante todo el juicio, es decir, subsanada la irregularidad que motivó el decreto de nulidad sin dilaciones ni sobresaltos en la agilización del juzgamiento, la situación procesal subsiguiente era igual para las dos acusadas, siendo aconsejable continuar hasta su terminación la diligencia de audiencia pública iniciada el 10 de marzo de 1992.

No se justificaba la ruptura de la unidad procesal y la realización de una nueva audiencia pública para juzgar por separado a la autora del delito imputado, cuando la ordenada por el juez para ambas procesadas apenas se había iniciado.

Si a ello se agrega que durante su desarrollo y culminación las dos acusadas contaron con todas las prerrogativas inherentes a una defensa técnica y formal y el impugnante no pudo explicar siquiera de qué modo resultó cercenada, afectada, disminuida conculcada dicha garantía fundamental, el cargo se torna totalmente infundado y debe desestimarse.

Con sobrada razón argumenta la Procuraduría Delegada que habiéndose iniciado la audiencia pública el 10 de marzo de 1992, meses antes de entrar en vigor el decreto 2700 de 1991, su posterior continuación (28 de enero de 1993) no requería la presencia e intervención del Fiscal por expresa disposición del legislador (artículo 13 transitorio del mencionado decreto) y porque la audiencia pública constituye un solo acto procesal, así se realice en sucesivas etapas.

No prospera el cargo formulado.

Segundo Cargo: El error de hecho por distorsión de la prueba surge cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido, como cuando se hace decir al testigo lo que no dijo, se deforma el verdadero contenido del documento o se tuercen las conclusiones del perito, para arribar a conclusiones contrarias a la realidad probatoria que emerge del proceso. Pero jamás dicho yerro puede emanar de una disparidad de criterios respecto al mérito probatorio asignado a determinado medio de convicción.

Así las cosas, no constituye error de hecho por distorsión de la prueba documental el que los falladores, interpretando el contenido de dos cláusulas de

la promesa de compraventa del inmueble y su correspondiente adición, relacionandolas con los demás elementos de juicio, en lo cual siguieron las reglas de la sana crítica, hubiesen llegado a la conclusión de que se trataba de maniobras o artificios utilizados por la vendedora Luz Stella y su asesora y comisionista Carmen Mercedes, para inducir en error a los frustrados compradores y obtener por dicho medio un aprovechamiento indebido, pues a su juicio las estipulaciones plasmadas en tales documentos sí formaron parte de la habilidosa maquinación para defraudar.

El Tribunal Superior al aspecto subjetivo de la conducta imputada, expresó:

> "En cuanto tiene que ver con el aspecto subjetivo de la responsabilidad penal, el análisis anterior pone de relieve el protagonismo de la procesada Luz Stella Alvarez López, quien planeó y llevó a cabo la empresa delictiva, indudablemente con la colaboración de Carmen Mercedes Aldana Otero, cuya inocencia plantea su defensor, autor único de la impugnación del fallo de primera instancia, con el argumento de que simplemente fue la comisionista inicial que puso en contacto a las partes interesadas en la negociación, pero nada tuvo que ver con los hechos posteriores que se desprendieron de ahí en adelante. Argumento que no está llamado a prosperar, si se tiene en cuenta que la señora Aldana Otero tuvo a su cargo ni más ni menos que la confección del contrato de promesa de compraventa inicial donde quedó plasmada la trampa para los compradores, y se incluyeron compromisos recíprocos contradictorios, por así decirlo, lo cual no podía ignorar la procesada en mención, quien se presenta en su indagatoria como expresa a través de una dilatada actividad de comisionista en operaciones de finca raíz."

La anterior reproducción deja sin piso las apreciaciones adicionales del recurrente, relativas a la disparidad de criterios respecto al momento consumativo de la estafa y la pregonada inocencia de su representada.

Finalmente, no sobra repetir que la simple discrepancia en cuanto a la valoración de la pruebas, que en este caso constituye el argumento de fondo del reparo formulado, no puede disfrazarse de error de hecho por falso juicio de identidad y que en esa disparidad de opiniones prevalece la del Tribunal Superior sobre la del demandante, por venir precedida de la doble presunción de acierto y legalidad, no desvirtuada.

No prospera la impugnación.

Decisión

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

Resuelve

NO CASAR la sentencia condenatoria impuganada a nombre de la procesada Carmen Mercedes Aldana Otero, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese y Devuélvase. Cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FRANQUICIA PREPARATORIA

Para el otorgamiento del beneficio de la libertad preparatoria, según lo preceptúa el inicio 5o. del artículo 148 ibídem, "La autorización...la hará el Consejo de Disciplina mediante resolución motivada, la cual se enviará al Director del INPEC para su aprobación. ", es decir, que tampoco puede el juez del conocimiento entrar a autorizar la concesión del beneficio aludido.

Finalmente, la franquicia preparatoria, requiere igualmente resolución motivada del Consejo de Disciplina y la aprobación del INPEC, desde luego en los eventos y bajo las condiciones previstos en el artículo 149 de la Ley 65 de 1993.

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

Magistrado Ponente *Dr. Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta No. 87

Vistos:

El procesado JOSE ANGEL APARICIO GOMEZ, quien se halla detenido en el Centro de Reclusión de la Policía Nacional en Facatativá, hizo llegar a esta Corporación dos (2) nuevos escritos solicitando:

a) Autorización para que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" le otorgue los beneficios previstos en los artículos 147, 148 y 149 de la Ley 65 de 1993, y

b) Recurriendo de hecho con relación al proveído de fecha 15 de los corrientes mes y año, mediante el cual se le Rechazó por improcedente el "recurso de

súplica" interpuesto contra el interlocutorio de fecha 10 de mayo inmediatamente anterior.

Consideraciones de la Corte

1° Dice el procesado APARICIO GOMEZ que el proveído de fecha 15 de junio del corriente año en que se resolvieron varias peticiones suyas, quedó "huérfana la decisión en el sentido de que en la misma solicitud se pedía que su despacho autorizara al INPEC y al Director del Centro de Reclusión de la Policía, para que me concediera los beneficios administrativos a que tengo derecho, según lo demandan los artículos 147, 148 y 149 de LA LEY 65 DE 1993, en razon a que al encontrarme a ordenes de la Corte y no del INPEC, compete a la primera autorizar al segundo para que se me concedan dichos beneficios..."

Es claro para la Sala que ninguno de los beneficios administrativos a que se refiere el petente, requiere autorización del juez, en este caso de la Corte, pues el primero (permiso hasta de 72 horas) corresponde exclusivamente a la Dirección del INPEC, si el condenado reune a plenitud los requisitos establecidos en el artículo 147 citado.

Para el otorgamiento del beneficio de la libertad preparatoria, según lo preceptúa el inciso 5° del artículo 148 ibidem, "La autorización...la hará el Consejo de Disciplina mediante resolución motivada, la cual se enviará al Director del INPEC para su aprobación.", es decir, que tampoco puede el juez del conocimiento entrar a autorizar la concesión del beneficio aludido.

Finalmente, la franquicia preparatoria, requiere igualmente Resolución motivada del Consejo de Disciplina y la aprobación del INPEC, desde luego en los eventos y bajo las condiciones previstos en el artículo 149 de la Ley 65 de 1993.

En conclusión, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la petición concreta del procesado, ya que no corresponde a ella autorizar el otorgamiento de los beneficios administrativos a que hace referencia el petente.

2° Equivocados resultan los planteamientos del recurrente, cuando afirma que contra la providencia de fecha 15 de los corrientes mes y año procede el recurso de hecho, pues según su criterio, cuando el funcionario de primera instancia deniega el de apelación -en este caso el de súplica-, como garantía del principio de la doble instancia, debe compulsar copias de la providencia impugnada y de

las piezas procesales pertinentes "las cuales se compulsarán dentro del término improrrogable de un día y se enviarán inmediatamente al superior." (Artículo 208 del Código de Procedimiento Penal).

La decisión a que se refiere el libelista, fue adoptada por la Corte como Juez de Casación y por lo mismo, contra ella únicamente procede el recurso de "reposición", toda vez que carece de superior jerárquico, pues, es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria al tenor del artículo 234 de la Carta Política.

Entonces, el recurso de hecho se torna improcedente, ya que, tampoco podría ordenar la compulsación de copias como lo dispone el artículo 208 del Código de Procedimiento Penal, pues ellas tienen la exclusiva finalidad de permitir al superior de quien ha negado el recurso de apelación o de casación, declarar finalmente si uno u otro, según el caso, es o no procedente, tal como lo preceptúa el artículo 210 *ibidem*.

Es preciso destacar que APARICIO GOMEZ en escrito visible a folio 260 del cuaderno de la Corte de fecha 6 de junio último, mediante el cual impetró "recurso de súplica", afirmó que "El 12 de mayo de 1995, se interpuso contra esa providencia -se refiere a la del 10 de mayo- recurso de reposición, por no admitir el de apelación, ya que en el caso que nos ocupa la Corte es única instancia por carecer de Superior Jerárquico...", no obstante lo cual, en esta oportunidad invoca preceptos que solo tienen cabida respecto de decisiones adoptadas por un funcionario judicial, cuando ha denegado, se repite, los recursos de apelación o de casación, que de suyo presuponen la existencia de otro de mayor jerarquía ante quien debe surtirse una nueva instancia o el recurso extraordinario, de llegar a ser procedentes.

No puede pasar por alto la Corte el hecho de que APARICIO GOMEZ en forma reiterativa ha presentado peticiones y recursos de toda índole, lo cual, ha impedido que su asunto sea tramitado y decidido conforme a las disposiciones que rigen el recurso extraordinario de casación.

Las constantes peticiones formuladas por el procesado han dificultado la acción de la Sala, porque permanentemente se debe atender a ellas, particularmente lo relacionado con sus solicitudes de libertad y los recursos interpuestos contra las decisiones que de manera unánime ha adoptado la Sala, precisamente como garantía de su derecho de defensa. No obstante ello, ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca instauró acción de tutela para la protección de su derecho al debido proceso, basado en el hecho de haber

interpuesto el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado y a pesar de existir demanda desde hace varios meses, la Corte con violación de los términos legales, no ha proferido el fallo correspondiente.

En consecuencia el proceso debe ser remitido a la Procuraduría Delegada para que emita el concepto de rigor, tal como está ordenado desde el 1º de diciembre del año inmediatamente anterior.

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

Resuelve:

1º RECHAZAR por improcedente el "recurso de hecho" interpuesto por el procesado JOSE ANGEL APARICIO GOMEZ contra la providencia de fecha 15 de junio último, mediante la cual SE DENEGO el de "Suplica" contra el proveído de fecha 10 de mayo del corriente año.

2º DENEGAR la compulsación de copias, por las razones consignadas en precedencia.

3º ABSTENERSE de pronunciarse sobre autorizaciones para el otorgamiento de los beneficios administrativos previstos en los artículos 147, 148 y 149 de la Ley 65 de 1993, por falta de competencia.

4º Sin más dilaciones, ordenar que el asunto vaya al Despacho del Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRETERINTENCION/JUEZ

Los elementos de esta particular forma de la culpabilidad (preterintención) son los siguientes:

a) intención de realizar un hecho punible;

b) producción de un resultado típico más grave, no previsto por el agente;

c) homogeneidad de los bienes jurídicos; y

d) relación de causalidad.

2.- El juez está incurso en un sistema probatorio donde existe la libertad probatoria, porque a pesar de que en el artículo 248 se enumeran algunos medios de convicción, en la misma norma se abre la posibilidad de que se puedan practicar medios de convicción diversos a los allí enumerados.

Libertad de prueba que significa igualmente que el juez no tiene que probar determinados hechos con pruebas específicas, sino que por el contrario puede ser demostrado por una pluralidad de elementos de juicio y es así por ejemplo que la violencia sobre las cosas, una cerradura, puede ser probada por la inspección judicial, o por testigos presenciales del acto violento, o por testigos que posteriormente a los hechos hubieran podido evidenciar los efectos de la violencia, o por prueba documental, fotografías, filmes, grabaciones sonoras etc., esa misma libertad de prueba lleva al juez en un momento determinado a estimar que el elemento de juicio con que cuenta es suficiente y por tanto considera la innecesariedad de practicar nuevos medios probatorios o porque los que le son solicitados los considera inconducentes o impertinentes y finalmente, el juez no tiene tarifa probatoria y por tanto valora los medios de convicción con un criterio racional donde con fundamento en la

normatividad constitucional y legal, acudiendo a las reglas de la experiencia, las estima para darle valor o negárselo.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D. C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*
Aprobado Acta Nro. 087

Vistos

Agotados los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado FREDY DE JESUS PUERTAS, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali el día 20 de octubre de 1993, confirmatoria de la proferida por Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, por la cual condenó al mencionado Puertas a la pena principal de diez y nueve (19) años de prisión como responsable de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado en grado de tentativa y lesiones personales; y a José Cortes Osorio, a la pena principal de 20 años de prisión como coautor de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado en grado de tentativa, lesiones personales y autor de porte de arma de fuego de defensa personal.

Hechos

Ocurrieron el día 10 de octubre de 1992 más o menos a la una de la tarde en la casa ubicada en la carrera 41C Nro 42-60 del Barrio Unión de Vivienda Popular, cuando se encontraban allí reunidos varios miembros de la familia Ortíz Ruíz. Ese día el señor Luis Eduardo Ortíz Ruíz debía cancelar salarios por valor de $3.500.000.00 en su calidad de contratista de pintura, cuando irrumpieron intempestivamente dos individuos esgrimiendo armas de fuego, amenazándolos y anunciando que se trataba de un atraco. Algunos de los hombres allí presentes reaccionaron y es así como Jesús Hernán Ortíz trata de desarmar a uno de los delincuentes, quien dispara lesionándolo y de esta manera se produce una reacción general, a lo cual los delincuentes accionan sus armas y resultando igualmente lesionado Luis Fernando Ortíz, quien fallecería cinco días después.

Con la colaboración de varias personas se logra la captura de los asaltantes quienes son identificados como José Cortés Osorio y Fredy de Jesús Puerta.

Actuación Procesal

Después de ratificar el informe de la Policía en la que da cuenta de los hechos anteriormente narrados y en que colocan a disposición de la Fiscalía a los aprenhendidos, la Fiscalía 118 Delegada de Permanencia dicta resolución de apertura de instrucción, pronunciamiento que lleva fecha del 11 de octubre de 1992.

Escuchados en indagatoria José Cortés Ososrio y Fredy de Jesús Puerta el proceso se remitió a la Unidad Especializada en ley 30 de 1986 y varios de la Fiscalía General de la Nación, quien les resolvió la situación jurídica a los procesados con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores de los delitos de hurto agravado y calificado en grado de tentativa, homicidio agravado, lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Recibidos otros testimonios la investigación se clausuró con resolución del 4 de enero de 1993 y calificado el mérito del sumario el día 2 de febrero siguiente con resolución de acusación contra los procesados por los ilícitos que le fueron imputados en la medida de aseguramiento.

El Juzgado 4o. Penal del Circuito a quien le correspondió conocer de la etapa de juzgamiento dió inició al trámite con auto del 16 de febrero de 1993. Celebrada en debida forma la audiencia pública se pronunció la sentencia de primera instancia el día 8 de junio de 1993, condenando a José Cortés Osorio y a Fredy de Jesús Puertas como responsables de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado en grado de tentativa, lesiones personales y porte ilegal de armas para el primero.

Apelada que fuera la anterior decisión, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali le impartió su confirmación en fallo del 20 de octubre de 1993.

Los argumentos de la demanda

La demanda de casación presentada en favor de los intereses procesales de Fredy de Jesús Puerta formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, así:

El primero de los cuales tiene su fundamento en la causal primera de casación, "cuando erróneamente se le agrava la impugnidad que se dislumbra desde un principio en la investigación que el la de Homicidio preterintencional por la de homicidio agravado (sic).".

Luego de transcribir apartes de las sentencias de primera y segunda instancia en las cuales se dan argumentos para rechazar la posible preterintencionalidad del homicidio, destaca que la sentencia viola normatividad sustancial y pasa hacer una serie de deshilvanadas argumentaciones relacionadas con diversos temas, para concluir afirmando que:

> "Luego la forma genérica como aparece hoy redactado el homicidio preterintencional, permite subsumir dentro de esta figura no solamente las lesiones seguidas de muerte, sino también otro delito seguido de muerte, como en este evento, hurto y muerte, pues también en este caso se quiere la comisión de un hecho delictivo (hurto), y de su realización se deriva la muerte no querida (homicidio), pero previsible, del objeto material personal sobre el que ha requerido el comportamiento del sujeto ajeno".

En la parte final de la alegación sostiene:

> "De acuerdo a lo antes analizado, una doble violación a la ley sustancial por error de hecho es la que se da en este caso, cuando se han deducido fáctores legales que de ninguna manera tienen bases fácticas. En las pruebas existentes dentro del caso, se deduce a juzgar a mi cliente por un hecho preterintencional, pues lo demostrado es lo que correspondiente a este tipo de homicidio.
>
> "La causal de casación esta claramente determinada y como tal debe prosperar para que sirva de basamento a la decisión de la Honorable Corte Suprema de justicia para dictar la sentencia que realmente corresponde a lo que efectivamente se ha demostrado en el trámite de esta causa criminal".

El segundo cargo, igualmente, lo presenta al amparo de la causal primera, pues se estima que se condenó a Fredy de Jesús Puertas sin haberse practicado pruebas importantes, vulnerándose el principio de la investigación integral, pues se dejó de investigar lo afirmado por el procesado en su indagatoria de que en el día anterior había sido víctima de un atraco. Asi mismo, que no fue investigada la suerte de la pistola que según los testigos el procesado esgrimía el día de los hechos, ni se realizó estudio balístico al arma aportada a la investigación para determinar si fue realmente accionada ese día; se queja de que no se haya

realizado la diligencia de inspección judicial, ni se estableció la situación de cada uno de los testigos, ni tampoco se practicó la prueba de guantelete, pues su defendido niega haber portado armas el día de los hechos.

Afirma que la instrucción estuvo dirigida en practicar pruebas desfavorables al procesado:

> "...pues toda la investigación fue enrumbada hacia el homicidio agravado, sin tener en cuenta la realidad de lo acaecido esa tarde, la ocurrencia de la conducta preterintencional, pues hasta la saciedad mi poderdante actuó en estas circunstancias ya que el fin perseguido era el hurto, si es que de esta manera se tratan de ver los hechos".

Concluye su argumentación de la siguiente manera:

> "Deduciéndose entonces que si la prueba no la hay en el proceso, no puede tomarse una decisión sin su respaldo, de ahí que lo que probatoriamente no tenga su piso jurídico en el proceso penal, no puede entonces declararse en derecho. La causal de casación, aquí relacionada, está claramente determinada, y como tal debe prosperar para que en caso de que no suceda tal como en el primer cargo, sirva de basamento a la decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia para dictar la sentencia que realmente corresponde a la que efectivamente se ha demostrado en trámite de esta causa criminal; se trata de una proposición subsidiaria conforme a las técnicas de la acción extraordinaria".

El criterio del Procurador Segundo delegado en lo penal

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal después de minucioso análisis de los cargos formulados contra la sentencia, concluye solicitando a la Corte el rechazo de la demanda por las imprecisiones y la falta de técnica que la hacen inepta para los fines de la casación.

Es así que inicia su argumentación destacando los evidentes yerros en la técnica casacional, porque el libelista hace caso omiso de señalar el sentido de la violación, pues se limita a indicar como normas vulneradas los artículos 38 y 325 del C. P., sin precisar si la infracción se produce por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Piensa que descontando las contradictorias afirmaciones de la demanda, se deduce que lo que pretende es una indebida aplicación del artículo 324 por cuanto en su criterio se presenta un error de adecuación típica pues la norma aplicable ha debido ser la de homicidio preterintencional, "empero las razones en las que fundamenta su inconformismo, totalmente alejadas de lo establecido en la actuación y carentes de sustento jurídico, hacen imperioso el rechazo de las mismas".

Destaca los errores conceptuales del libelista y el acierto del Tribunal al rechazar sus argumentaciones cuando sostuvo: "no puede emerger un homicidio preterintencional afirmando que el delito que se pretendía consumar era un hurto cuya antijuridicidad se refiere al bien jurídico del patrimonio económico, pero se termina consumado un homicidio que vulnera la vida".

En relación con haberse vulnerado el principio de la investigación integral, recuerda que debe ser atacada en la sede extraordinaria por la vía de la causal tercera y con sujeción a los requisitos propios de este tipo de censura.

Igualmente considera que, obviando las anteriores fallas de técnicas el cargo también está llamado al fracaso, "Nótese cómo el propio Tribunal demerita, previo análisis, las contradictorias afirmaciones de los indagados al afirmar: 'las versiones presentadas por los procesados señores Cortés Osorio y Puerta no es que hayan quedado sin VERIFICAR, todo lo contrario, se desecharon por inveraces e ilógicas'".

Destaca otras falencias técnicas de la censura para concluir: "La confusión de este primer cargo es incuestionable, pues es planteado al amparo de una violación directa de la norma sustancial, pero su desarrollo corresponde a una nulidad y finaliza equivocadamente en la vía indirecta por error de hecho, sin que además, sea posible establecer el sentido de la aseveración; "una doble violación de la ley sustancial por error de hecho es la que se da en este caso".

Solicita se rechace el cargo.

El segundo cargo formulado al amparo de la causal primera, párrafo 2, estima el procurador que es precariamente desarrollado, pues la afirmación de la recurrente de haberse dejado de practicar pruebas importantes para los intereses de los procesados, debió presentarla al amparo de la causal tercera de casación.

Sin embargo, sostiene que dejando de lado las falencias técnicas de la censura, lo planteado como nulidad no esta llamado a prosperar así se hiciera uso de la oficiosidad, porque la demanda carece de respaldo jurídico y fáctico.

Afirma que pese a no haberse practicado la inspección judicial y el experticio balístico "en el proceso obra abundante material probatorio que conduce a la misma conclusión a la que llegaron los falladores, sin que se afecte en nada la condena que pesa en contra de los implicados".

La denunciada violación de los artículos 250 y 333 del C. de P. P., estima que debe ser alegada al amparo de la causal tercera y no de la primera, máxime cuando en la actuación no se vislumbra la violación de la investigación integral.

Concluye solicitando se rechace el cargo formulado.

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al distinguido Procurador Delegado cuando critica la demanda por sus innumerables falencias técnicas que como lo anticipa, llevan necesariamente a desestimarla.

En el primero de los cargos formulados al amparo de la causal primera de casación, no se precisa si se trata de una violación directa o una indirecta, pero con dificultad se puede deducir que lo planteado es una presunta infracción directa de la ley sustancial, sin que haga el más mínimo esfuerzo por indicar si la vulneración es por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Pero dejando de lado las evidentes falencias técnicas del libelo se ha de concluir que el mismo presenta graves deficiencias conceptuales del derecho penal, porque lo que se alcanza a vislumbrar es la inconformidad por un inadecuado proceso de adecuación típica, al estimar la recurrente que el delito realmente cometido fue el de homicidio preterintencional y no el de homicidio calificado.

Es así que de manera equivocada considera que la norma relacionada con el fenómeno de la preterintencionalidad no exige homogeneidad de los bienes jurídicos y que por tanto si la intención era la de cometer solamente hurto, ello puede generar finalmente en la concresión de un homicidio preterintencional, olvidando que los elementos de esta particular forma de la culpabilidad son los

siguientes:

a) intención de realizar un hecho punible;

b) producción de un resultado típico más grave, no previsto por el agente;

c) homogeneidad de los bienes jurídicos; y

d) relación de causalidad.

De allí que le asista razón al Procurador Delegado, cuando afirma que las motivaciones del Tribunal fueron ceñida a la más estricta dogmática en cuanto sostuvo que "no puede emerger un homicidio preterintencional afirmando que el delito que se pretendía consumar era un hurto cuya antijuricidad se refiere al bien jurídico del patrimonio económico, pero se termina consumando un homicidio que vulnera la vida".

A pesar de estar tratando de demostrar la existencia de una violación directa de la ley sustancial termina con afirmaciones completamente contradictorias y saliéndose completamente de la causal escogida para la formulación del cargo, cuando afirma: "De acuerdo a lo antes analizado, una doble violación a la ley sustancial por error de hecho es la que se de en este caso, cuando se han deducido factores legales que de ninguna manera tienen bases fácticas. En las pruebas existentes dentro del caso, se deduce a juzgar a mi cliente por un hecho preterintencional...".

En tan precarias condiciones técnicas y ante la evidente falta de razón en lo alegado, lo conducente es aceptar la insinuación formulada por el Procurador Segundo y rechazar el cargo formulado.

El segundo cargo formulado no corre mejor suerte, al presentarlo con base en la causal primera párrafo segundo por la supuesta omisión en la práctica de algunas pruebas, habida cuenta que la vía escogida para el ataque es equivocada, puesto que este tipo de falencias en cuanto a la ausencia de pruebas que han podido ser trascendentales en el momento de la decisión definitiva evidentemente tienen que ser formuladas por la causal tercera de casación, toda vez que la violación de la investigación integral produce necesariamente nulidad por violación al derecho a la defensa.

Pero tampoco se le podría conceder la razón si las falencias técnicas reseñadas no existiesen, porque las pruebas que denuncia la recurrente como no practicadas

no son trascendentales, puesto que con el voluminoso acervo probatorio allegado al proceso, para los falladores de instancia, existió absoluta claridad sobre la demostración del hecho, la autoría y la responsabilidad de los procesados.

Ha sostenido de manera reiterada esta Corporación que el juez está incurso en un sistema probatorio donde existe la libertad probatoria, porque a pesar de que en el artículo 248 se enumeran algunos medios de convicción, en la misma norma se abre la posibilidad de que se puedan practicar medios de convicción diversos a los allí enumerados.

Libertad de prueba que significa igualmente que el juez no tiene que probar determinados hechos con pruebas específicas, sino que por el contrario puede ser demostrado por una pluralidad de elementos de juicio y es así por ejemplo que la violencia sobre las cosas, una cerradura, puede ser probada por la inspección judicial, o por testigos presenciales del acto violento, o por testigos que posteriormente a los hechos hubieran podido evidenciar los efectos de la violencia, o por prueba documental, fotografías, filmes, grabaciones sonoras etc.; esa misma libertad de prueba lleva al juez en un momento determinado a estimar que el elemento de juicio con que cuenta es suficiente y por tanto considera la innecesaridad de practicar nuevos medios probatorios o porque los que le son solicitados los considera inconducentes o impertinentes y finalmente, el juez no tiene tarifa probatoria y por tanto valora los medios de convicción con un criterio racional donde con fundamento en la normatividad constitucional y legal, acudiendo a las reglas de la experiencia, las estima para darles valor o negárselo.

Se ha de concluir, entonces, que no se ha vulnerado el principio de la investigación integral y por ello, haciendo de lado las falencias técnicas, no es del caso decretar oficiosamente una nulidad, porque la prueba existente en el proceso no deja la menor duda de que la sentencia tiene suficiente, razonable y lógico acervo probatorio para sustentar la condena que ahora es motivo de impugnación.

Por lo anterior se rechazará el cargo tal como lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

Resuelva

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y Devuélvase a la oficina de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIERRE DE INVESTIGACION / DEBIDO PROCESO / CALIFICACION / REDENCION DE PENA / CONFESION

No siendo el derecho una ciencia exacta como las matemáticas, se pueden exponer interpretaciones varias sobre las normas aplicables o sobre los medios de convicción y que cuando se presentan cambios de los funcionarios en un determinado despacho, como es apenas obvio quien llega al mismo, no queda comprometido con los criterios sostenidos por su antecesor; e incluso aunque se tratara del mismo funcionario que realiza las dos calificaciones es perfectamente posible que en la segunda ocasión advierta hechos y circunstancias no vislumbradas en la primera oportunidad que lo lleven a cambiar el criterio expresado en el calificatorio inicial, sin que por ello se pueda afirmar que se vulnera el debido proceso. Lo contrario sería concluir que si incurrió en un yerro en la primera ocasión, el funcionario estaba en la obligación de persistir en él, lo que evidentemente no es razonable ni lógico.

2.- Este tipo de estimulos punitivos (rebaja por confesión) están consagrados por el legislador para aquellas personas que facilitan con sus confesiones la acción de la justicia y aceleran la tramitación de los procesos, pero es bien cierto que quien confiesa calificadamente no hace un aporte de aquellos previstos por el legislador para que se pudiera hacer acreedor a las rebajas punitivas previstas.

Debe precisarse que así fuere confesión calificada, si se trata de un medio de convicción determinante para la demanda de la responsabilidad, será posible la concesión de la rebaja, pues así se ha venido recomendando por la jurisprudencia de esta Corporación.

La finalidad de esta aminorante punitiva es inducir a los responsables de hechos delictivos a que confiesen y en tales circunstancias la teminación de los procesos pueda ser mucho más rápida y de tal

manera poder los funcionarios dedicar su actividad a otros procesos de sus congestionados despachos; pero es claro que quien confiesa calificadamente no está prestando la colaboración que se requiere para hacerse merecedor a la rebaja, porque los funcionarios judiciales dentro del principio de la investigación integral no solo tendrán que dedicarse a aclarar los hechos sucedidos, sino que deberán realizar todos los esfuerzos para demostrar la veracidad o no de la versión exculpativa.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*
Aprobado Acta Nro. 087

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSE VICENTE SOTELO NIÑO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, fechada el 23 de julio de 1993, mediante la cual se confirmó la condena que le fue impuesta como autor del delito de himicidio, cometido en perjuicio de Gilberto Giraldo Franco.

Hechos

Ocurrieron después de la medianoche del 29 de diciembre de 1988 en el municipio de Soacha, cuando falleció Gilberto Giraldo Franco a causa de un disparo de arma de fuego atribuido a José Vicente Sotelo Niño, habiendo éste utilizado el revolver contra un grupo de personas donde se encontraban dos sobrinos suyos que reñían por hechos intrascendentales.

Actuación procesal

El Juzgado 13 de instrucción criminal ordenó la práctica de diligencias preliminares con auto del 31 de diciembre de 1988.

El 2 enero de 1989, luego de escuchar en versión libre y espontánea a Jorge Herrera Jiménez, abrió proceso penal.

El día 2 de enero del mismo se escuchó en indagatoria a Jorge Herrera Jiménez, quien al cabo de ella fue dejado en libertad.

Posteriormente, José Vicente Sotelo Niño solicita al instructor ser vinculado a la investigación mediante diligencia de indagatoria, a lo cual se accedió y una vez terminada la diligencia fue privado de la libertad conforme al artículo 408 del Código de Procedimientos Penal.

El 14 de enero de 1989 la situación jurídica de los procesados se resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva contra José Vicente Sotelo Niño y libertad inmediata para Jorge Herrera Jiménez.

Ante solicitud elevada por uno de los defensores el Juzgado 14 de Instrucción Criminal revocó la medida de aseguramiento que pesaba contra Sotelo Niño y cesó todo procedimiento en favor de Herrera Jiménez.

Por auto del 18 de febrero de 1989 se admitió la constitución de parte civil.

Con auto del 2 de marzo de 1989 se declaró cerrada la investigación y el 30 de julio siguiente se calificó el mérito del sumario con reapertura de la investigación.

Oída en declaración juramentada la señora Olga Lucía Torres Jiménez la investigación se cerró nuevamente y calificado el proceso con resolución de acusación contra Sotelo Niño por el delito de homicidio simple, por auto fechado el 10 de septiembre de 1990.

La etapa del juicio le correspondió tramitarla al Juzgado Penal del Circuito de Soacha quien celebró la diligencia de audiencia pública el 28 de enero de 1993 y dictó sentencia de primera instancia el 17 de marzo siguiente, condenando a José Vicente Sotelo Niño a la pena principal de 10 años de prisión como autor del homicidio cometido en la persona de Gilberto Giraldo Franco.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Cundinamarca al desatar el recurso concluyó con la confirmación de la sentencia que ahora es motivo de este recurso extraordinario.

Los argumentos de la demanda

El defensor del procesado formula tres cargos contra la sentencia de segunda instancia. El primero y segundo con base en la causal primera de casación y el tercero por la causal de la nulidad al estimar que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad.

En el primer cargo considera el censor que la sentencia de segunda instancia es violatoria de la ley sustancial "por errónea apreciación del material probatorio" y en el desarrollo del mismo, afirma que está claramente probado la causa de la muerte del señor Gilberto Giraldo Franco, de la misma manera que se estableció que el autor del mismo había sido Sotelo Niño, porque así lo confesó el mismo y por los testigos presenciales de los hechos Eduardo y Jhon Alirio Sotelo Martínez, Jorge Herrera Jiménez, Daniel Alfonso Perilla y Bárbara Romero Manrique, pero que en la sentencia impugnada fue equivocadamente valorada la versión del procesado y la de los testigos mencionados, porque en ellas se creyó ver el fundamento de la responsabilidad, pero que en tal apreciación erró el juzgador de segunda instancia "al haber llegado a la convicción de que el encartado se guio en su actuar por el ánimo de matar, cuando en verdad, su voluntad estuvo ederezada al propósito de lesionar, produciéndose un resultado que excedió la voluntad del agente. Por tanto, el reproche penal debió elaborarse con base en el tipo penal previsto en el artículo 325 del C. P. y no endilgándole la comisión del delito de homicidio de que trata el artículo 323 del mismo estatuto".

Estima que este desface interpretativo se dió porque el juzgador se dedicó a descartar la legítima defensa planteada por el procesado, pero que omitió analizar las pruebas para establecer cual había sido la verdadera intención de Sotelo Niño al disparar, y que en esta forma se violó el artículo 247 del C. de P. P.

Luego interpreta los hechos a su manera para concluir que.

> "...es incontrovertible que la versión exculpativa de Sotelo Niño no es ajustada a la verdad, y en ello es absolutamente acertada la sentencia; pero de ello no se colige necesariamente que mi prohijado haya obrado con el ánimo de cegar la vida de Gilberto Giraldo; y como a esa convicción arribó el Juzgador de Segunda Instancia, dándole una equivocada apreciación a las pruebas, incurrió en violación de la ley sustancial de manera indirecta".

Que debe ser tenido en cuenta que los testigos se encontraban bajo el influjo de bebidas embriagantes y que en tales circunstancias el análisis testimonial debe

ser muy riguroso, por la capacidad de percepción que se pierde.

Como consecuencia de las reflexiones precedentes afirma:

> "De la forma como sucedieron los hechos y que ha quedado descrita atrás, resulta completamente cierto lo dicho por mi defendido en el sentido de que disparó al ver caer a su sobrino, al bulto de lo que miraba, a donde se desarrollaba la gresca; en donde no se nota ningún ánimo de matar; por ello agregó de manera espontánea que lo hizo, "como por haber si se aplacaba la pelea" (pág. 4 de su injurada). No sobra recordar que en el lugar donde ocurrieron los hechos reinaba gran oscuridad, por tanto, el hizo el disparo de lejos, cuando regresaba de "desaguar".

Que por ello se explica que no haya lesionado a quien portaba la peinilla y si su compañero.

Que igualmente se encontraba a distancia de la víctima y que por ello se debe concluir que utilizó el arma con el animo de lesionar a quien portaba la peinilla "pero que por la distancia que le separaba de aquél y la oscuridad, el disparo hizo impacto en un tercero que se atravesó en su trayectoria, con el resultado conocido".

Estima que ninguno de los testigos presenciales pudo sindicar a Sotelo Niño de querer matar a su víctima, mal puede el juzgador suponerlo y menos aún que sin razón aparente hubiera querido matarlo.

Considera que tampoco se tuvo en cuenta el acervo probatorio para concluir que se hacía acreedor a la rebaja de pena por confesión, de conformidad con las previsiones del artículo 299 del C. de P. P.

Termina solicitando se case el fallo para que se dicte sentencia de reemplazo, condenándolo por homicidio preterintencional (art. 325) con la rebaja correspondiente al hecho de haber confesado.

Formula un segundo cargo, por considerar que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 299 del C. de P. P.

Argumenta que su defendido es acreedor a la rebaja de pena por confesión porque "sin que se le sindicara de manera directa e inequívoca en el procesos,

Sotelo Niño compareció a solicitar voluntariamente que se le vinculara mediante indagatoria y en el curso de esta diligencia, de manera libre y espontánea confesó que fue el autor del disparo que mató a Giraldo".

Que hasta ese momento procesal ninguno de los testigos determinaron quien había sido el autor del disparo y que por ello su confesión se convirtió en la colaboración eficaz para que la justicia pudiera llegar con claridad al descubrimiento de la verdad.

Estima que al haber confesado el hecho pero actuando en situación de legítima defensa, "no le invalida la confesión para obtener la rebaja de pena que contempla el artículo 299 del Estatuto porcesal penal, por cuanto, bueno es repetirlo, esa confesión fue la base de una investigación exitosa que culminó con el juzgamiento y la condena del autor del hecho punible".

Solicita se case la sentencia y en su lugar se le rebaje la pena impuesta, condenándosele a ochenta meses de prisión.

Presenta un tercer cargo de manera subsidiaria, por considerar que se dictó sentencia en un proceso vivicado de nulidad, por cuanto al haberse calificado el proceso en la primera ocasión con reapertura de investigación, y en ese período no producirse ningún hecho probatorio nuevo que modificara la situación del procesado, la segunda calificación que se imponía era la del cese de procedimiento, pero se profirió resolución de acusación con los mismos elementos probatorios que se tenían en el momento de hacer la primera, incurriéndose en una franca ilegalidad.

Entiende el censor que con la segunda calificación:

> "... de manera ilegal desconoció los efectos procesales propios de la primera calificación que la única posibilidad de llamar a juicio a Sotelo Niño, era incorporando al proceso nuevas pruebas que fundamentaran la resolución de acusación. No era simplemente dar a entender que el titular del Despacho en la primera calificación había errado al no encontrar el mérito que si existía en las pruebas practicadas para proferir la resolución de acusación. Lo cierto es que el procesado quedó amparado por la primera calificación, la cual no fue impugnadas por ninguno de los sujetos procesales y se convirtió en una ley para el proceso. Solo el Estado a través del Juez Instructor, la Parte Civil, que estaba representada en este proceso, o el Ministerio Público, podían hacer modificar esa calificación en la segunda

oportunidad a través de un trabajo probatorio eficiente que derrumbara la duda que dejó plasmada el Juzgador en su primera calificación".

Solicita se decrete la nulidad y se ordene la remisión del proceso al juzgado de Soacha para que profiera el cese de procedimiento.

Criterio del Procurador Primero delegado en lo penal

En referencia al cargo de nulidad, estima que el impugnante no especifica de que manera se configura la transgresión alegada y se limita a afirmar que el instructor- sin haber practicado nuevas pruebas posteriores a la primera calificación, cerró la investigación y profirió resolución de acusación contra su protegido, vulnerando de esta manera el debido proceso.

Del análisis del artículo 473 del Decreto 050 de 1987 y del 25 del Decreto 1861 de 1989 que lo modificó, concluye que de tales textos se deduce con claridad que vencido el término de reapertura el juez decretará el cese de procedimiento, sino encontraré mérito para formular resolución de acusación y que por tanto "Es la misma fórmula legal la que admite la posibilidad de que se profiera una resolución de acusación en la ocasión de la segunda calificación del sumario, sin condicionarla a nuevas pruebas o pruebas sobrevinientes, aun cuando ellas se hubieren ordenado pero no se hubieren practicado. Nos parece que se trata de un segundo juicio de cognición respecto del material de pruebas, que envuelven a fortiori el repaso de las pruebas que anteriormente se tomaron en cuenta para calificar por primera vez el proceso, ya que de lo contrario el funcionario no podría construir la providencia de calificación que en esencia es un juicio racional sobre el objeto de conocimiento respecto del cual debe pronunciarse."

Solicita se rechace el cargo formulado.

En referencia al primer cargo formulado contra sentencia de segunda instancia, considera que el libelo acusa fallas evidentes de técnica en cuanto a que el cargo no se encuentra debidamente fundamentado, ni demuestra que incidencia ha podido tener en el fallo el yerro predicado, sin indicar la clase de error en que haya podido incurrir el fallador.

Que de las pruebas enumeradas por el censor se concluye que plantea fundamentalmente una discrepancia sobre la valoración que los juzgadores dieron

a las mismas y que ello es claro si se repasan algunas expresiones del actor tales como "Se valoró equivocadamente la injurada y las declaraciones de los testigos presenciales" o "Erró el ad quem al haber llegado a la convicción" o la afirmación de que ninguna prueba puede desvirtuar el dicho del procesado, o que los declarantes estaban bebidos y que por tanto sus declación por tal motivo es ambigua o confusa.

En relación a la disminución de pena por confesión dice que la alegación resulta contradictoria y carente de lógica, porque en el desarrollo del cargo se ocupa de un error de apreciación probatoria en referencia a la culpabilidad, por lo que pretender la rebaja de pena por confesión no resulta homogéneo dentro de la técnica que debe acompañar al recurso de casación.

Destaca al mismo tiempo como es el propio recurrente quien dice que la versión exculpativa del procesado no se ajusta a la verdad y a pesar de ello pretende la rebaja con base en la misma.

Solicita se deseche el cargo formulado.

En referencia al segundo cargo que formula el actor por la presunta violación de la ley sustancial por no haberse realizado la rebaja por confesión prevista en el art. 299 del C. de P.P., sostiene que no existe la diminuente punitiva, cuando se alega simultáneamente la legítima defensa; como ocurrió en el caso presente, ya que la confesión significa la admisión de una cargo que le acarrea la consecuencia penal. b) no facilita la acción de la administración de justicia el procesado que en vez de confesar de manera simple, cualifica su declaración sobre los hechos excluyendo su responsabilidad, visto que en ese caso, por el contrario, dificulta la actividad judicial que deberá atender la afirmación del procesado en orden a demostrar su veracidad. Por lo mismo no era viable conceder la disminución de pena a que se alude".

Solicita se rechace el cargo.

Consideraciones de la Sala

Habiéndose planteado una nulidad, como es tradicional en la jurisprudencia de esta Sala, se procederá a hacer su análisis.

La presunta irregularidad que el censor determina como nulidad es por haberse calificado el mérito del sumario en la primera ocasión con reapertura de la

investigación y sin que se hubiera practicado ninguna prueba que modificara la situación probatoria que había dado sustento a la primera calificación, en la segunda oportunidad dictó resolución de acusación y esto lo lleva a firmar que:

> "Al dictarse la resolución de acusación en contra de Sotelo Niño, sin que en el curso de la reapertura de la investigación se hubiera allegado elemento de juicio que variara la convicción a que se había arribado el Instructor en la primera calificación, se violó flagrantemente el principio del debido proceso que consagraba el derogado Decreto 050 de 1987 y el decreto 1861 de 1989 que lo modificó en algunas normas".

Se debe primero advertir que las dos calificaciones en este proceso fueron proferidas por funcionarios diferentes, y quien hizo la segunda inició la parte considerativa del auto calificatorio de la siguiente manera:

> "Acorde con lo estipulado por el inciso segundo del artículo 473 del Estatuto Penal Adjetivo, vencido el término de reapertura de la investigación penal, el juez decretará la cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación."
>
> "Al tenor de lo expuesto y analizado en la parte descriptiva del acervo probatorio obrante en autos, este Despacho encuentra que sí existe mérito suficiente para proferir resolución de acusación....."

Y en el análisis probatorio hizo consideraciones de este tenor:

> "Aunque para la anterior administración de este Juzgado la declaración del señor Jorge Herrera no era digna de total crédito, por sus contradicciones, para este Despcho sí lo es, toda vez que en su indagatoria relata los hechos de manera clara y reconoce que su versión anterior era diferente debido al miedo que le produjo la situación y a la tensión propia debido a que el incriminado pertenece al mismo gremio de los conductores".

Las anteriores transcripciones para significar que no siendo el derecho una ciencia exacta como las matemáticas, se pueden exponer interpretaciones varias sobre las normas aplicables o sobre los medio de convicción y que cuando se presentan cambios de los funcionarios en un determinado despacho, como es apenas obvio quien llega al mismo, no queda comprometido con los criterios sostenidos por su antecesor; e incluso aunque se tratara del mismo funcionario que

realiza las dos calificaciones es perfectamente posible que en la segunda ocasión advierta hechos y circunstancias no vislumbradas en la primera oportunidad que lo lleven a cambiar el criterio expresado en el calificatorio inicial, sin que por ello se pueda afirmar como se hace por el censor que se vulnera el debido proceso. Lo contrario sería concluir que si se incurrió en un yerro en la primera ocasión, el funcionario estaba en la obligación de persistir en él, lo que evidentemente no es razonable ni lógico.

Además que la norma que regulaba el tema (artículo 473, modificado por el artículo 25 del decreto 1861 de 1989) simplemente disponía que vencido el término de la reapertura, deberá cerrar la investigación y una vez corrido el traslado a la partes "decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación"; y en este caso particular como el nuevo funcionario, con buen criterio, consideró que había prueba suficiente para dictar resolución de acusación, con ello no se puede pretender como ahora se intenta de predicar la existencia de violaciones al debido proceso.

En las condiciones precedentes se rechazará el cargo formulado.

En lo referente al primer cargo formulado contra la sentencia de segunda instancia, el recurrente inicia su argumentación aceptando que con meridiana claridad se demostró que la muerte se había producido por un disparo de arma de fuego, de la misma manera que se estableció que el autor del mismo fue Sotelo Niño.

Luego entra a cuestionar la valoración que los juzgadores de instancia dieron a la versión del sindicado y a los testigos presenciales, de los cuales también acepta su presencia en el sitio de los hechos. Su cuentionamiento lo dirige a plantear que la verdadera intención del procesado fue simplemente la de herir y nunca la de matar y que por tanto se le ha debido imputar un homicidio preterintencional.

Posteriormente, pasa a hacer una personal consideración de como sucedieron los hechos, afirmando incluso dentro de la misma que " con base en el caudal probatorio es incontrovertible que la versión exculpativa de Sotelo Niño no es ajustada a la verdad, y en ello es absolutamente acertada la sentencia..."

Parece que su disentimiento en la apreciación probatoria es porque los declarantes en su cristerio se encontraban bajo el influjo de bebidas embriagantes

y que incluso uno de ellos confesó estar borracho y luego se refiere a dos declarantes para decir que el contenido de sus deposiciones es ambiguo y en ocasiones incurren en tergiversaciones.

En realidad de verdad se trata ante todo de un alegato de instancia, en el que el recurrente se esfuerza por hacer prevalecer su versión de los hechos, sobre la que en su momento hicieron los juzgadores, porque ni siquiera se preocupa en indicar cual fue el error en que se incurrió por la instancia, ni tampoco la trascendencia que el yerro ha podido tener en el fallo que es motivo de impugnación, ni hace ningún esfuerzo por señalar cuales han podido ser las normas presuntamente vulneradas.

Se trata, entonces, de una alegación que no respeta los lineamientos técnicos que imperan en el recurso extraordinario de casación y en la que se limita a presentar una personal apreciación de los hechos, surgida precisamente de la forma como considera que se han debido interpretar los medios de convicción, que en este caso son la versión del sindicado y las declaraciones de los testigos presenciales, en relación a los cuales de manera inveterada y uniforme esta Sala ha dicho que este tipo de reproches no es posible, porque dentro de los parámetros señalados a los jueces para la interpretación racional de los medios de convicción, es imposible que en sede de casación se pretenda que impere el criterio del censor y no el de los sentenciadores de instancia.

Debe destacarse que quien a muy poca distancia acciona un arma de fuego contra un grupo de personas, hiriendo a una de ellas en el cráneo, no puede alegar precisamente la falta de intencionalidad para matar, porque de las circunstancias objetivas del hecho se revela la intencionalidad homicida.

Para rematar la inconsistencia técnica del cargo, el censor en la parte final que el ad quem también se equivocó al analizar el acervo probatorio en relación con la confesión que hizo el procesado y que no le mereció el mínimo de pronunciamiento sobre la rebaja punitiva prevista en el artículo 299 del C. de P.P.

Este tipo de ataques se debe estructurar como una violación directa de la ley, por la falta de aplicación de la norma aludida, porque en realidad los medios de convicción fueron analizados para rechazar la legítima defensa propuesta o su exceso, pero en ninguna de las instancias se hicieron consideraciones probatorias para conceder o negar la rebaja de pena por confrsión, lo que implicaría de

manera necesaria que la censura ha debido ser formulada como una violación directa, por falta de aplicación de la norma antes mencionada, porque como ya se anticipó tal aspecto no fue tenido en cuenta por los falladores.

Pero así el reproche hubiese sido formulado en debida forma tampoco le asiste la razón al impugnante porque como bien lo dice el agente del Ministerio Público se está en presencia de una confesión calificada y este tipo de estímulos punitivos están consagrados por el legislador para aquellas personas que facilitan con sus confesiones la acción de la justicia y aceleran la tramitación de los procesos, pero es bien cierto que quien confiesa calificadamente no hace un aporte de aquellos previstos por el legislador para que se pudiera hacer acreedor a la rebajas punitivas previstas.

Debe precisarse que así fuere confesión calificada, si se trata de un medio convicción determinante para la demanda de la responsabilidad, será posible la concesión de la rebaja, pues ha si se ha venido recomendado por la jurisprudencia de esta Corporación.

En las condiciones precedentes se debe rechazar el cargo tal como lo solicita el Procurador Primero Delegado en lo Penal.

En el segundo cargo, reitera sobre la no concesión de rebaja de confesión, y en esta ocasión formula el ataque adecuadamente puesto que increpa la falta de aplicación del artículo 299 del C. de P. P.

Como ya se anticipó y de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, en este caso particular por tratarse de una confesión calificada que no es trascendental en la demostración de la responsabilidad, no hay lugar a la concesión de esta rebaja, porque la finalidad de esta aminorante punitiva es inducir a los responsables de hechos delictivos a que confiesen y en tales circunstancias la terminación de los procesos pueda ser mucho más rápida y de tal manera poder los funcionarios dedicar su actividad a otros procesos de sus congestionados despachos; pero es claro que quien confiesa calificadamente, como en el caso presente, donde acepta haber matado pero haberlo hecho en legítima defensa, no está prestando la colaboración que se requiere para hacerse merecedor a la rebaja, porque los funcionarios judiciales dentro del principio de la investigación integral no solo tendrán que dedicarse a aclarar los hechos sucedidos, sino que deberán realizar todos los esfuerzos para demostrar la veracidad o no de la versión esculpativa.

En las condiciones precedentes el cargo será rechazado tal como lo solicita el Procurador Delegado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Resuelva

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase a la Oficina de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RCL.

INDICE
CRONOLOGICO

INDICE CRONOLOGICO / SENTENCIAS PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1995

Págs.

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. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Auto Casación. Fecha: ENERO 18 DE 1995. Decisión: Inadmite la demanda de casación. Sujetos: Murcia Chavarro, César Augusto. Proceso: 009881. Publicada: Si..... 9

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 existe entre esas estelares decisiones, respecto de los hechos delictivos y la jurídica que se haya dado a los mismos. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Sentencia Casación. Fecha: ENERO 18 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Sujetos: Falón Vda. de Almanza, Martha Inés. Delitos: Estafa. Proceso: 008850. Publicada: Si..... 15

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. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Cambio de Radicación. Fecha: ENERO 18 DE 1995.

Págs.

Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Sexto Penal del Circuito. Ciudad: Cartagena. Sujetos: Cantillo Bager, Nohemi Carrasquilla Castro, Carmen Golfo Puello, Luz Marina. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 010049. Publicada: Si..... 24

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIA

El Decreto 2535 de 1993, expresa en su artículo 8. que son armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, las que contengan las siguientes características:
"a) Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm (.38 pulgadas) que reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este decreto;"
"b) Pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm (.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 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 a excepción de la que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplia 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 las 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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Auto colisión de competencias. Fecha. ENERO 1º DE 1995. Decisión: Declara competencia al Juzgado Unico Promiscuo. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: López Valencia, Ederman Chaux Urazán, Floresmiro. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 009975. Publicada: Si. Fuente formal: Decreto Num.: 2535. Año: 1993. Art. 8..... 28

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 art ículo 218 del decreto 050 de 1987 nunca fue aplicable al caso

Págs.

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. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto casación. Fecha: ENERO 18 DE 1995. Decisión: Decreta nulidad del auto concediendo recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: López Silva Bonificacio. Delitos: Fraude procesal. Proceso: 010092. Publicada: Si. Salvamento de Voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar..... 33

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 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 2° inciso 4° del artículo 55 de la ley 81 de 1993 que le otorga competencia a ello. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Casación -Libertad-. Fecha: ENERO 23 DE 1995. Decisión: Otorga libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Moreno Moreno, Belisario. Delitos: Homicidio, homicidio imperfecto. Proceso: 009112. Publicada: Si..... 39

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 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 oficialmente de una nulidad que surja manifiesta y ostensible en autos, o en aquellos casos en 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 al sentencia, con la correspondiente y adecuada fundamentación

Págs.

Tratándose de la causal primera, es deber del recurrente citar las normas sustanciales que se consideran violadas de manera directa o indirecta, expresado 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 ese 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. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia casación. Fecha: ENERO 24 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: Hernández, Javier de Jesús. Delitos: Homicidio culposo, lesiones personales. Proceso: 008743. Publicada: Si..... 43

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". Magistado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Sentencia casación. Fecha: ENERO 24 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Sujetos: Sánchez Pabón, Boris Edilberto. Delitos: Homicidio. Proceso: 008929. Publicada: Si..... 53

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 la 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 imponerse, así se hará saber a la Sala en escrito que deberá ajustarse a las exigencias propias de esta

Págs.

especialísima sede. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Recurso de hecho. Fecha: ENERO 24 DE 1995. Decisión: Deniega el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Sujetos: Roldán Paiba, Arturo Bahamón de Céspedes, Meriela. Delitos: Fraude procesal. Proceso: 010079. Publicada: Si..... 64

REPOSICION

El auto que decide una reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos nuevos no analizados en la anterior. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: ENERO 24 DE 1995. Decisión: Rechaza por improcedente la reposición y concede libertad. Sujetos: Varela, Edilma. Proceso: 009630. Publicada: Si..... 68

DEMANDA DE CASACION / CONFESION / REFORMATIO IN PEJUS

Frente al texto legal hoy vigente (art. 220.1), no es indispensable que de manera explicita se consigne 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 errrónea de la que se aplicó.
El artículo 61 (Código Penal) preve la discrecionalidad que tiene el juzgado 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 rigurosamente 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 pretendia obtener un beneficio en su favor. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Sentencia casación. Fecha: ENERO 26 DE 1995. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Riohacha. Sujetos: Ochoa Gómez, Emigdio Rogelio. Delitos: Homicidio. Proceso: 008894. Publicada: Si..... 72

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 trámite del debido proceso. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Casación -Libertad-. Fecha: ENERO 26 DE 1995.

Págs.

Decisión: No repone ni niega libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Sujetos: Báez Saavedra, William. Delitos: Estafa, Falsedad documental, Concierto para delinquir, Falsedad de sellos oficiales. Proceso: 009663. Publicada: Si..... 79

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. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Extradición. Fecha: ENERO 31 DE 1995. Decisión: Accede a la petición. Sujetos: Roca, Perci. Proceso: 009949. Publicada: Si..... 83

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 lo 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. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Recurso de Hecho. Fecha: ENERO 31 DE 1995. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Sujetos: Morales Osorio, Oscar Fabio. Proceso: 010120. Publicada: Si..... 86

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. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: ENERO 31 DE 1995. Decisión: No repone auto que negó libertad. Proce-

Págs.

dencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Aparicio Gómez, José Angel. Proceso: 009872. Publicada: Si..... 90

IMPEDIMENTO

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."

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 su 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 procedía después 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. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Auto impedimento. Fecha: ENERO 2 DE 1995. Decisión: No acepta el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Popayán. Sujetos: Ojeda Córdoba, Freddy Gentil. Proceso: 010127. Publicada: Si. Fuente formal: Decreto Ley 2700, Año 1991, Art. 103, Numeral 6..... 93

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

Págs.

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 los 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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Cambio de radicación. Fecha: FEBRERO 2 DE 1995. Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Lozano Revéiz, Jaime Felipe. Delitos: Hurto, falsedad, estafa. Proceso: 010129. Publicada: Si. Fuente formal: Decreto Ley 2700, Año 1991, Art. 83, Decreto Ley Num. 2700, Año 1991, Art. 103 98

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 antijuricidad 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

Págs.

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 cuando a las causales y a su extensión, no resulta posible para la Sala escoger entre los dos cargos incompatibles uno, en detrimento del otro. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Sentencia casación. Fecha: JULIO 2 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Leal M., Jorge Ernesto. Delitos: Homicidio. Proceso: 008760. Publicada: Si. Fuente formal: Decreto 180, Año 1980, Art. 29, Numeral 4 102

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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Sentencia casación. Fecha: AGOSTO 2 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Sujetos: Torrado Villamizar, Carmen Alirio. Delitos: Homicidio. Proceso: 008986. Publicada: Si 110

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. Casación -Libertad-. Fecha: AGOSTO 2 DE 1995. Decisión: Se abstiene de reconocer redención de pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Perdomo Maecha, Fernando. Delitos: Homicidio. Proceso: 009320. Publicada: Si 123

Págs.

IN DUBIO PRO REO / 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 indicio. El primero, construido 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) cuales 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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Sentencia casación. Fecha: FEBRERO 13 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Florencia. Sujetos: Claros Aranda, Pablo Emilio. Delitos: Homicidio. Proceso: 008653. Publicada: Si. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia M..... 125

Págs.

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 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 caos 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 el inciso segundo del artículo 247 del C. de P.P., en los procesos de que conocen los jueces regionales, las declaraciones de testigos ocultos son insuficientes para dictar sentencia condenatoria. Por consiguiente, solo en conjunción con otras pruebas es posible dictar sentencia condenatoria. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Sentencia casación. Fecha: FEBRERO 13 DE 1995. Proceso: 008653. Publicada: Si. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia M..... 143

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 ahora 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 directorio 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). Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia

Págs.

casación. Fecha: FEBRERO 14 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Sujetos: Castro Ortega, Blas Libardo. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 008784. Publicada: Si..... 147

ESTAFA / PRESCRIPCION / COMPLICIDAD

La PENA MAXIMA privativa de la libertad para los cómplices 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. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Sentencia casación. Fecha: FEBRERO 14 DE 1995. Decisión: Declara cesación de procedimiento y no casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Malagón Carreño, Severo, Cruz Amaya, Luis Olivo. Delitos: Estafa. Proceso: 009288. Publicada: Si... 159

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 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; así mismo, 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

Págs.

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. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Extradición. Fecha: FEBRERO 15 DE 1995. Decisión: Conceptúa favorablemente. Sujetos: Ciulla, Cesare. Proceso: 009509. Publicada: Si. Salvamento de Voto: Doctores: Guillermo Duque Ruiz, Jorge Enrique Valencia M. Fuente formal: Decreto Ley 2700, Año 1991, Art. 549, Decreto Ley 2700, Año 1991, Art. 558 169

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, sino 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 ordinal 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: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Extradición. Fecha: FEBRERO 15 DE 1995. Sujetos: Ciulla, Cesare. Proceso: 009509. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas 179

ABUSO DE FRANQUICIA POSTAL

Tal como fue confeccionada la precitada legislación (Decreto 0258 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 la campañas políticas, como se puede claramen-

Págs.

te deducir del texto del decreto citado. Las únicas restricciones que podrán existir en el envío de la correspondencia son los 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 en territorio nacional. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Unica Instancia. Fecha: FEBRERO 21 DE 1995. Decisión: Se inhibe de abrir investigación. Sujetos: Galvis Hernández, Gustavo. Proceso: 009248. Publicada: Si..... 184

FISCAL 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. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Unica Instancia. Fecha: FEBRERO 21 DE 1995. Decisión: Deniega la petición. Procedencia: Fiscalía Delegada ante la Corte. Sujetos: Gómez Suárez, Alvaro. Proceso: 009533. Publicada: Si. Salvamento de Voto: Doctores: Carlos Eduardo Mejía E. y Nilson Pinilla Pinilla..... 188

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 estatuído por el 247 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 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

Págs.

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 aquella a fundamentales como la investigación de los delitos y la acusación a los presuntos infractores; o la de otros altos dignatarios, que también han quedado expuestos a la opresión de tener que hacer por si solos casi todo lo que el legalismo les mande, de seguir prosperando esta tesis de omnipresencia. Salvamento de Voto: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Unica Instancia. Fecha: FEBRERO 21 DE 1995.Sujetos: Gómez Suárez, Alvaro. Proceso: 009533. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas..... 196

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: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Unica Instancia. Fecha: FEBRERO 21 DE 1995. Sujetos: Gómez Suárez, Alvaro. Proceso: 009533. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas..... 202

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 porque 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 so-

Págs.

bre la prueba aportada en esta fase procesala concerniente a la tipicidad, a la antijuricidad 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 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 del 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.
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 a domicilio (artículo 409) se resuelvan en las oportunidades que la ley preve 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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Auto Segunda Instancia. Fecha: FEBRERO 21 DE 1995. Decisión: Confirma en todas sus partes. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Sujetos: Marín Orozco Vda. de Rayo, Rubiela. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad en documento público. Proceso: 010215. Publicada: Si. Fuente formal: Decreto Ley Num. 2700, Año 1991, Art. 412 210

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. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: FEBRERO 22 DE 1995. Decisión: Se abstiene de proferir medida de aseguramiento y precluye investigación. Sujetos: Nader Nader, Salomón. Delitos: Calumnia, injuria. Proceso: 007379. Publicada: Si. Aclaración de Voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. 219

Págs.

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 cual 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 personalísimo 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 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 mas bien hace parte del patrimonio de las personas jurídicas, siendo suceptibles de ser protegido y -seguramente mas eficazmente- a través de las vías previstas en el derecho privado y en las normas de policía administrativa por parte de las Superintendencias. Aclaración de Voto: Dr. Carlos Mejía E. Unica Instancia. Fecha: FEBRERO 22 DE 1995. Proceso: 007379. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel..... 227

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

Págs.

de las fuerzas de seguridad del Estado, constituye para la población un acto de terror que siembra en ella un sentimiento constante de inseguridad. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencias. Fecha: FEBRERO 22 DE 1995. Decisión: Declara competente al Tribunal Nacional. Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito. Ciudad: Itagüí (Antioquia). Sujetos: Bedoya Cardona, José Earles. Delitos: Terrorismo. Proceso: 010064. Publicada: Si..... 230

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 son el cual tonaríase irreprochable jurídicamente por atipicidad. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Unica Instancia. Fecha: FEBRERO 24 DE 1995. Decisión: Precluye la investigación. Sujetos: Guerrero Estrada, Alfredo Luis. Proceso: 007578. Publicada: Si..... 236

COLISION DE COMPETENCIA

Sin que 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 debe continuara el curso de la causa.

No es el 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. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencia. Fecha: FEBRERO 24 DE 1995. Decisión: Dirime el conflicto asignando competencia al Juzgado Quinto Penal del Circuito. Procedencia. Juzgado Segundo Penal del Circuito. Ciudad: Ubaté. Sujetos: Gil, José Guillermo. Proceso: 010184. Publicada: Si..... 244

EXTRADICION / PRUEBA

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. 558 del C. de P. P.)

Págs.

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 Cede 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 a 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 han de guardar relación con los hechos que son materia de debate pues de lo contrario habrán de rechazarse por se manifiestamente impertinentes y suprefluos, ya que así lo determina claramente el artículo 250 del Estatuto Procesal Penal. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Extradición. Fecha: FEBRERO 28 DE 1995. Decisión: Niega las pruebas solicitadas. Sujetos: Requerido Ramírez Saavedra, Juan Fernando. Proceso: 010050. Publicada: Si..... 250

DEMANDA DE CASACION / NOTIFICACION / ACCION DE 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 designará 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 83 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, mas 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 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 conven-

Págs.

ga 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 derecho 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. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Auto Casación. Fecha. FEBRERO 28 DE 1995. Decisión: Declara la nulidad impetrada. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Sujetos: Bustamante Mogollón, José Eduviges, Gualdrón Peñaranda, Alvaro Tomás. Proceso: 009599. Publicada: Si..... 257

EXTRADICION

La no demostración plena de la identidad del solicitado por parte del Estado requirente, 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 niege su trámite. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Extradición. Fecha: MARZO 1º DE 1995. Decisión: No repone la providencia. Sujetos: Roca, Perci. Proceso: 009949. Publicada: Si..... 262

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 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 si 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, solo 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 perjuicios, 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 que-

Págs.

den 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 una serie de opciones y garantía 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 y 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. 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 recurso 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. Magistrado ponente: Doctores Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: MARZO 1° DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Sujetos: Salgado Miranda, Diego Fernan, Almeida Castillo, Armando Joaquín, Uribe Centenaro, Luis Fernando. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 008608. Publicada: Si. Salvamento parcial de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas..... 265

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 en 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: Dr. Edgar

Págs.

Saavedra Rojas. Sentencia casación. Fecha: MARZO 1° DE 1995. Proceso: 008608. Publicada: Si. Magistrado ponente: Doctores: Juan Manuel Torres Fresneda, Edgar Saavedra Rojas..... 290

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 esté a Despacho para decisión de fondo. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz. Auto casación. Fecha: MARZO 1° DE 1995. Decisión: Inacepta el desistimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: Castañeda Castaño, Diego Fernando. Delitos: Hurto. Proceso: 008969. Publicada: Si..... 294

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 esta vedado a alguna de las partes el 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 cuando 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". Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: MARZO 1° DE 1995.Decisión: Revoca y condena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Florencia. Sujetos: Maya Angulo, Fabio de Jesús. Delitos. Prevaricato. Proceso: 009405. Publicada: Si. Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez..... 296

Págs.

COLISION DE COMPETENCIA / SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA / JUEZ REGIONAL

La jurisdicción especial diseñada para juzgar a quiénes 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. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto colisión de competencias. Fecha: MARZO 1° DE 1995. Decisión: Dirime colisión y asigna al Juzgado 73 Penal del Circuito. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Sujetos: Tobón Olarte, Jorge Argero, Zamora Rodríguez, Pablo Enrique, Vásquez Pérez Víctor Manuel. Delitos: Homicidio. Proceso: 010117. Publicada: Si. Salvamento de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía E..... 318

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, considera equivocado. Eso tampoco me parece lógico, jurídico o correcto. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Auto colisión de competencias. Fecha: MARZO 1° DE 1995. Sujetos: Tobón Olarte, Jorge Argero, Zamora Rodríguez, Pablo Enrique, Vásquez Pérez, Víctor Manuel. Delitos: Homicidio. Proceso: 010117. Publicada: Si. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla..... 329

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 circunstancias afecten de manera grave y ostensible el derecho de 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...".
2. Las lesiones personales con incapacidad que no sobrepasen los treinta días por mandato de la Ley 23 de 1991 dejaron de ser delito para

Págs.

convertirse en contravenciones especiales asignadas a los inspectores Penales de Policía (art. 1o. ibídem).
Ocurridos los hechos en vigencia del mencionado precepto, no podía la jurisdicción ordinaria ocuparse de conductas ilegalmente despojadas de la categoría de delitos sin afectara 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 un delito. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia casación. Fecha: MARZO 2 DE 1995. Decisión: Desestimar las demandas y casa parcial y oficiosamente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Sujetos: Triana Bueno, Elvis, Aguilar Angarita, Nilson. Delitos: Homicidio, lesiones personales. Proceso: 008756. Publicada: Si..... 332

PRESCRIPCION

Para establecer el término prescriptivo de la acción penal es necesario establecer el término máximo de la pena fijada en a ley para el respectivo delito, teniéndose en cuenta, como lo dispone el artículo 80 del C. P., las circunstancias de atenuación y agravación ocurrentes.
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 pueden 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 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

Págs.

respecto de él otros alcances como serían los de incidir en el hecho punible, atenuándolo o agravándolo, o en su prescripción. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Acción de Revisión. Fecha: MARZO 7 DE 1995. Decisión: No revisa el proceso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Sujetos: Herrera Moreno, Efraín. Delitos: Homicidio. Proceso: 008335. Publicada: Si..... 345

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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Auto Casación. Fecha: MARZO 8 DE 1995. Decisión: Niega aplicación del art. 104 de 1993. Sujetos: Gómez Ramírez, Alvaro de Jesús, Castaño Bueno, Edgar Emel. Proceso: 009871. Publicada: Si..... 357

TESTIMONIO

"...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..."
El testimonio único, purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Sentencia Casación. Fecha: MARZO 9 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Lara Campos, Roberto. Delitos: Concusión. Proceso: 008837. Publicada: Si..... 364

PORTE ILEGAL DE ARMAS

1. El porte ilegal de armas es un tipo de mera conducta, razón por la cual se consuma con el simple hecho de llevar consigo el arma sin la

Págs.

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 esta 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 deban 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. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia casación. Fecha: MARZO 9 DE 1995. Decisión: Desestima los cargos y casa parcial de oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Tribunal Superior. Ciudad: Tunja. Sujetos: Romero, José Alberto. Delitos: Homicidio. Proceso: 008565. Publicada: Si..... 379

COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / HOMICIDIO TERRORISTA

"... Este texto normativo que la agravante esta constituida 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 artículo 9 de la ley 81 de 1993..." Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto colisión de competencias. Fecha: MARZO 9 DE 1995. Decisión: Declara competencia al Juez Regional de Cali. Procedencia: Juzgado Décimo Penal del Circuito. Ciudad: Cali. Sujetos: Valencia Carmona, Sammy Alfredo. Delitos: Homicidio. Proceso: 010226. Publicada: Si..... 397

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 condena de hechos o pruebas sobrevinientes, que no conocidos al tiempo de los debates, establezcan la inocencia del

Págs.

condenado o su inimputabilidad. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Acción de Revisión. Fecha: MARZO 9 DE 1995. Decisión: Inadmite la demanda de revisión y reconoce apoderado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Rubio Vivas, Luis Ernesto. Delitos: Abuso de confianza. Proceso: 009325. Publicada: Si..... 402

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 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 estos sea igual o diferente a la señalada para la casación por la parte 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. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Auto casación. Fecha: MARZO 10 DE 1995. Decisión: No decreta la nulidad. Sujetos: Tintin Barato, María Imelda, Castellanos Guavita, Marío. Proceso: 009614.Publicada: Si..... 411

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

En materia de contratación, se ha 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 hacerse 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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Unica instancia. Fecha: MARZO 10 de 1995. Decisión: Se abstiene de iniciar instrucción. Sujetos: Arias Ramírez, Jaime. Proceso: 008321. Publicada: Si..... 415

Págs.

CASACION / 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 cuya máxima sea o exceda de seis (6) años.
La sanción máxima prevista para el delito de fraude procesal es de cinco 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 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). Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Auto casación. Fecha: MARZO 14 DE 1995. Decisión: Decreta la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Cárdenas, Luis Guillermo, Parra Varela, José Miguel. Delitos: Fraude procesal. Proceso: 010235. Publicada: Si. Salvamento de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía E..... 426

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 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 status interno. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación -Libertad-. Fecha: MARZO 16 DE 1995. Decisión: Niega la libertad. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Correa Alzate, Jairo. Delitos: Violación a la Ley 30 / 86. Proceso: 009582..... 430

Págs.

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. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación -Libertad- Fecha: MARZO 16 DE 1995. Decisión: Otorga la libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Salazar Mejía, Jesús María. Delitos: Homicidio. Proceso: 010350..... 436

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIA

Una pistola con calibre de 7.652 mm. corresponde a clasificación dada por el Decreto 2535 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. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Colisión de Competencias. Fecha: MARZO 16 DE 1995. Decisión: Dirime asignando al Juez 7° Penal del Circuito de Valledupar. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Barranquilla. Sujetos: Vergara Plata, Carlos Enrique. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 010160..... 439

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 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 determina 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

Págs.

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 artículo 500 del C. de P. P. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Colisión de Competencias. Fecha: MARZO 16 DE 1995. Decisión: Asigna vigilancia de la ejecución de la sentencia al Juez 1° de E. de P. de Bogotá. Procedencia: Juez de Ejecución de Penas. Ciudad: Medellín. Sujetos: González Marín, John Bayron. Delitos: Homicidio. Proceso: 010285 446

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 a 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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía E. Auto Colisión -Libertad-. Fecha: MARZO 22 DE 1995. Decisión: Se abstiene de resolver. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Bogotá. Sujetos: Romero, John Jairo, Bolaños Torres, Orlando. Proceso: 010254 450

IMPUTABILIDAD

No siempre que el individuo actúa bajo los efectos del alcohol, carece de conciencia y voluntad para realizar el hecho punible, no sabiendo 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. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: MARZO 23 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Quesada Díaz, Luis Gerardo. Delitos: Homicidio. Proceso: 009180 453

Págs.

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. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Cambio de Radicación. Fecha: MARZO 23 DE 1995. Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Bucaramanga. Sujetos: Mendoza Dazza, Spencer Isaac. Proceso: 010188..... 460

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.) esta 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. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Colisión de Competencias. Fecha: MARZO 23 DE 1995. Decisión: Se abstiene de dirimir el conflicto. Procedencia: Fiscalía Regional. Ciudad: Medellín. Sujetos: Averigüación. Proceso: 009982..... 465

Págs.

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. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M.- Auto Casación. Fecha: MARZO 24 DE 1995. Decisión: Declara cesación de procedimiento y extinguida la acción penal. Sujetos: Pérez de Ortegón, Gloria Carmenza, Hernández Matiz, Pablo Saúl. Proceso: 009848 470

IMPEDIMENTO

El impedimento es un acto unilateral, voluntario y oficioso del funcionario cuando considera que en un proceso de su conocimiento personal 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. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Unica Instancia -Apelación-. Fecha: MARZO 24 DE 1995. Decisión: Rechaza el recurso de apelación y no revoca el auto. Sujetos: Angel, Juan Guillermo. Córdoba de Castro, Piedad. Benedetti, Alvaro. Espinosa Vera, Yolima. Proceso: 009719 473

MINISTERIO PUBLICO / EXTRADICION

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).
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, quiénes por ningún motivo podrían ser extraditados (artículos 35 de la Constitución, 17 y 546 de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, respectivamente.

Págs.

El principio de la doble incriminación no se refiere a la coincidencia textual o formal de la denominación jurídica de la conducta en la legislaciones de los dos Estados, pues una es exigencia de tal naturaleza haría nugatoria la extradición si se tiene en cuenta la diversidad legislativa que en materia penal existe, aún entre paises 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 paises, requisito que no puede equipararse con el de la identidad o plena coincidencia del nomen juris.
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. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extradición. Fecha: MARZO 28 DE 1995. Decisión: Conceptúa favorablemente. Sujetos: De la Rosa de González, Edilia Isabel González de Armas o Gorrondona, Héctor José. Proceso: 009709..... 481

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. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. MARZO 30 DE 1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Sujetos: Sierra, Orlando Luis. Delitos: Acceso carnal violento. Proceso: 008805..... 500

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.

Págs.

Pero una vez fijado ese alcance de perentoriedad de la orden de tutela, se impone imprescindiblemente hacer los 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, si no 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 aclaró la deserción de la alzada y por lo mismo la ejecutoria del fallo proferido. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación. Fecha: MARZO 31 DE 1995. Decisión: Decreta la nulidad de lo actuado a partir del auto de sept. 3. Procedencia: Procurador Tercero Delegado en lo Penal. Sujetos: Larrada Duarte, José del Carmen. Proceso: 009183 508

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. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Unica Instancia. Fecha: ABRIL 4 DE 1995. Decisión: Se abstiene de abrir investigación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Gerleín Echeverría, Roberto. Proceso: 10298. Publicada: Si 516

USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS / CASACION DISCRECIONAL / TIPO PENAL

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 este causal, que la Corte entre a enmendar el desacuerdo que pueda tener un funcionario frente a la doctrina jurisprudencia 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.

Págs.

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, 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 correspondan a otra autoridad u órgano del Estado. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación Discrecional. Fecha: ABRIL 4 DE 1995. Decisión: Declara inadmisible el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Acción: Ospina Gómez, Sara Patricia. Delitos: Usurpación de derechos y funciones públicas. Proceso: 990. Publicada: Si..... 519

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 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 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 fenómeno 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 Cons-

Págs.

titución 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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión de Competencias. Fecha: ABRIL 4 DE 1995. Decisión: Asigna competencia al Juzgado 2º Penal del Circuito de Bello. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Acción: Cardona Marín, Franklin González Saldarriaga, Diego Ale. Delitos: Homicidio, extorsión, concierto para delinquir. Proceso: 10148. Publicada: Si..... 527

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. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: ABRIL 4 DE 1995. Decisión: Desestima los cargos y de oficio casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Granada Molina, Luis Gerardo. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 8976. Publicada: Si..... 532

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

Págs.

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". Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. ABRIL 4 DE 1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Baquero Ramírez, Víctor Manuel. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 9242. Publicada: Si..... 545

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. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Recurso de Hecho. Fecha: ABRIL 5 DE 1995. Decisión: Declara que si es procedente el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Contreras Luis Antonio. Delitos: Estafa, fraude procesal, Proceso: 10161, Publicada: Si..... 556

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, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal, "siendo de cargo del solicitante

Págs.

acompañar las pruebas en que funda sus razones -artículo 85 ibídem. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Cambio de Radicación: Fecha: ABRIL 5 DE 1995. Decisión: Deniega el cambio de radicación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Sánchez Rodríguez, Luis Alvaro. Proceso: 10302. Publicada: Si..... 562

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 si misma, no puede dar pie para pensar que las decisiones judiciales van a estar de su lado. Si así se razonara, la administración de justicia se tornaría imposible". Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Cambio de Radicación. Fecha: ABRIL 6 DE 1995. Decisión: No dispone el cambio de radicación. Acción: Baquero Baquero, Cristóbal. Delitos: Homicidio, secuestro simple. Proceso: 10337. Publicada: Si..... 570

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 artículo 510 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación -Libertad-. Fecha: ABRIL 6 DE 1995. Decisión: Se abstiene de considerar petición. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad Cundinamarca. Acción: Gaitán Moreno, Pedro Nel. Delitos: Homicidio, porte ilegal de armas. Proceso: 9256. Publicada: Si..... 576

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 material 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

Págs.

debe demostrar no sólo que la irregularidad es sustancial, sino además que "... esta afecta garantías de los sujetos procesales, porque desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento...". Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: ABRIL 6 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Ruíz Rodríguez, Luis Germán, Ruíz Rodríguez, José Vicente. Delitos: Homicidio. Proceso: 8951. Publicada: Si..... 578

CONCUSION / EMPLEADO OFICIAL / CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

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, dá o promete lo que le pide el abusivo funcionario, por la influencia psicológica 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 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 las repercusiones 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 característica común constituir violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamadas funcionarios públicos o

Págs.

empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad ya que unos 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. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: ABRIL 6 DE 1995. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Acción: Romero Gómez, Carlos Emilio. Delitos: Concusión. Proceso: 9919. Publicada: Si. Salvamento Parcial de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez 591

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: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: ABRIL 6 DE 1995. Acción: Romero Gómez, Carlos Emilio. Proceso: 9919. Publicada: Si. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia 600

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 esa 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 sienta ineludiblemente inclinado su ánimo a beneficiarlo, de tal forma que se comprometa su independencia o imparcialidad frente a la decisión. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Impedimento. Fecha: ABRIL 7 DE 1995. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Acción: Calderon Calderon, Ricardo, Zulbaran Barraza, Fermín. Proceso: 10162. Publicada: Si 602

Págs.

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 si 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 los 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.

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. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Indulto. Fecha: ABRIL 7 DE 1995. Decisión: Confirma auto que negó cesación de

Págs.

procedimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Acción: Mejía Hernández, Vladimir, García Morales, Arnulfo Alirio. Proceso: 10297. Publicada: Si..... 606

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 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 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 fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y la 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. Magistrado ponente: Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: ABRIL 17 DE 1995. Decisión: Casa oficiosamente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Barragán Uzurrieta de Bernal, Leonor Alicia. Delitos: Estafa. Proceso: 8954. Publicada: Si. Salvamento de Voto: Dr. Nilson Pinilla Pinilla..... 614

TERMINO
(Salvamento de Voto)

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 como

Págs.

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 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.
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 Constitución Política de Colombia, que optaron por la prevalencia y la efectividad del derecho sustancial.
Salvamento de Voto: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.Sentencia Casación. Fecha ABRIL 17 DE 1995. Acción: Barragán Uzurrieta de Bernal, Leonor Alicia. Proceso: 8954. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda..... 626

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 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 1993, 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 del 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 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 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 supeditaria 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 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 otro de los factores objetivos relacionados con la naturaleza y gravedad del hecho de 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. Magistrado

Págs.

ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: ABRIL 17 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Aguilar Valle, Rodrigo, Mozo Rovira, Frank Eliécer. Delitos: Peculado por apropiación, Prevaricato por omisión. Proceso: 8732. Publicada: Si..... 633

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 le 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, corrresponiéndole 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. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extradición -Reposición-. Fecha: ABRIL 19 DE 1995. Decisión: Desestima por improcedente el recurso de reposición. Acción: De la Rosa de González, Edilia Isabel, González de Armas o Gorrondona, Héctor José. Proceso: 9709. Publicada: Si..... 664

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. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: ABRIL 19 DE 1995. Decisión:

Págs.

Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Ramírez Ospina, Adolfo. Delitos: Homicidio. Proceso: 8750. Publicada: Si. Salvamento de Voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas 670

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 la 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 la 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: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación. Fecha: ABRIL 19 DE 1995. Proceso: 8750. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda 679

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 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 enten-

Págs.

der 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".

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Unica instancia. Fecha: ABRIL 20 DE 1995. Decisión: No repone. Acción: Gómez Suárez, Alvaro. Proceso: 9533. Publicada: Si. Salvamento de voto: Doctores Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla..... 682

FISCAL GENERAL DE LA NACION
(Salvamento de voto)

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.). Salvamento de voto: Doctores Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla. Unica Instancia. Fecha: ABRIL 20 DE 1995. Acción: Gómez Suárez, Alvaro. Proceso: 9533. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas..... 694

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 dió su ocurrencia, la naturaleza del hecho criminoso a 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.

Págs.

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 del Código de Procedimiento Penal, la Colisión de Competencia se dirime por los ritos del artículo 97 y siguientes del mismo ordenamiento. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto colisión de competencias. Fecha: ABRIL 21 DE 1995. Decisión: Se inhibe de dirimir el conflicto. Procedencia: Juzgado de Ejecución de Penas. Ciudad: Acacías. Acción: Valencia Rojas, Jaime Enrique. Proceso: 10420. Publicada: Si..... 695

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. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Acción de Revisión. Fecha: ABRIL 21 DE 1995. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza in límine. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Sánchez Méndez, Wilson Javier. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 10146. Publicada: Si..... 699

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. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación. Fecha: ABRIL 24 DE 1995. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Acción: Valero Mora, Alvaro Pio, Rodríguez Ramírez, Pedro Manuel. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb. Proceso: 9572. Publicada: Si..... 704

Págs.

ACCESO CARNAL

El legislador quiso reprimir la realización del acceso carnal y cualquier acto sexual diverso de éste, siempre que el sujeto pasivo de la acción hubiese sido puesto en "incapacidad de resistir" y, es de elemental comprensión para el intérprete de la ley, que esta incapacidad en la víctima puede surgir de situaciones físicas con o sin implicaciones sicológicas o de situaciones meramente sicológicas pero siempre propiciadas por el agresor que le faciliten su ilícito actuar. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: ABRIL 24 DE 1995. Decisión: No concede el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Rodriguez Villamarín, Carlos. Delitos: Acto Sexual violento. Proceso: 10336. Publicada: Si..... 721

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA

La causal aducida (prueba nueva) (art. 232 C. P. P.) preve es la aportación de una prueba sobreviniente y en manera alguna una nueva interpretación de una prueba ya obrante en el proceso. No se olvide que cuando de acción de revisión se trata, el blanco del disenso es una decisión con carácter de cosa juzgada (con sus notas características de definitividad e inmutabilidad) y que la misma tiende a conjurar una palpable injusticia que emerge postreramente, es decir, con la aducción de un elemento de juicio que no tuvo la oportunidad de ser valorado por el juzgador (simplemente porque no existía físicamente en el proceso) y que ahora, de serlo, mutaría sustancialmente la situación jurídica del procesado.
En ninguno de los eventos de prosperidad de la demanda de revisión la ley contempla la consecuencia de absolución. Se dicta por la Corte, sí, fallo de reemplazo, cuando sale avante cualquiera de las causales que menciona el numeral primero del artículo 240 del Código de Procedimiento Penal (prescripción de la acción penal, ilegitimidad o caducidad de la querella o cualquier otra causa que extinga la acción penal). "En los demás casos -sigue diciendo dicho artículo- la actuación será devuelta al despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique". Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz. Acción de revisión. Fecha: ABRIL 26 DE 1995. Decisión: Inadmite la demanda de Revisión. Acción: Sánchez Manjarrés, Jorge, Sánchez Manjarrés Gilberto. Delitos: Homicidio. Proceso: 9928. Publicada: Si..... 726

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / NULIDAD

Resulta lamentable que la Sala del Tribuna Superior que resolvió la apelación haya invalidado todo el proceso, cuando la argumentación

Págs.

realizada solo conducia a una nulidad parcial con la consiguiente ruptura de la unidad procesal, conforme a lo previsto en el numeral 3o. del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal.
Para esta Corporación el error en la denominación jurídica trae como consecuencia la nulidad del proceso a partir del auto calificatorio inclusive.
Al juez como director de la etapa de juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido formulada correctamente, aspecto este que forma parte de la garantía del debido proceso, y que de ningún modo constituye violación del principio de imparcialidad, pues en el caso de la denominación jurídica se trata simplemente de verificar que a los hechos declarados probados por la fiscalía no se les haya dado un nomen juris equivocado.
No es cierto que el fiscal sea una especie de dueño absoluto de la acusación, entre sus funciones efectivamente está la de acusar, pero dicha acusación no será de recibo sino se ajusta a las exigencias del debido proceso, entre las cuales, como ya se dijo, está la de dar a los hechos que estime acreditados la denominación jurídica acertada.
Nada más que una bufonada sería un procedimiento penal que consagrara entre los motivos de absolución, no solo la demostración de la inocencia o la falta de pruebas, sino también la alegación de que a los hechos corresponde un nombre jurídico diferente, así la variación surja como consecuencia de las pruebas practicadas en la audiencia, razón por la cual el fiscal no las conoció al momento de calificar.
Mientras en el código se mantenga el actual sistema de congruencia, la solución a los errores en mención se debe hacer por la vía de la nulidad. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Segunda Instancia. Fecha: ABRIL 25 DE 1995. Decisión: Revoca el auto que decretó nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Acción: Ruíz Sarría, Fernando. Delitos: Falsedad en documento público, prevaricato por acción. Proceso: 10218. Publicada: Si..... 731

FAVORABILIDAD

Resulta indudable que el indicado Decreto 2535, consigna disposiciones de carácter sustancial más favorables al procesado, por lo cual es de aplicación inmediata, sin que importe que entre a cobijar una situación acaecida con anterioridad a su vigencia, pues se trata simplemente de una aplicación retroactiva de ley, con claro y sabido apoyo constitucional y legal (artículo 6o. Código Penal y 29 de la Constitución Política). Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto colisión de competencia. Fecha: ABRIL 25 DE 1995. Decisión: Atribuye el conocimiento al J. Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Cúcuta. Acción: Tavera Rodríguez, Misael, Florez, Luis Alberto. Proceso: 10421. Publicada: Si..... 738

Págs.

PECULADO POR APROPIACION / PRESCRIPCION / EMPLEADO OFICIAL

El término prescriptivo afecta a todos los copartícipes, puesto que la norma -artículo 82 del Código Penal- no dice que el lapso extintivo del ius puniendi se aumentará únicamente para el empleado oficial que ha cometido un delito de responsabilidad. Lo que el precepto legal extiende, es el término para la prescripción de la acción penal, cuando el delito hubiere sido cometido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, afectando a todas las personas que hubieren tomado parte en la ejecución del hecho punible, sin que interese si se tiene o no dicha calidad.
En tal hipótesis la voluntad de la ley se encamina a que el Estado retenga la facultad para investigar el delito por más tiempo, en razón de que la condición de empleado oficial puede obstruir el descubrimiento del comportamiento ilícito, perturba la investigación, posibilita el ocultamiento o destrucción de las pruebas indispensable para su esclarecimiento, y todas estas ventajas lo favorecen no solamente a él como sujeto investido de la cualificación jurídica de empleado oficial, sino también a todos sus copartícipes, pues estos resultarían amparados con la impunidad de aquél. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: ABRIL 26 DE 1995. Decisión: No repone. Acción: Parra Muñoz, Hernando, Arboleda Salazar, José, Mosqueras. Proceso: 9851. Publicada: Si..... 743

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO

Un criterio fundamental para determinar cuándo el funcionario ha incumplido la norma que le obliga a documentar en determinada manera verídica y fiel se encuentra en la perfecta observación de las normas que regulan su actividad, ya que ellas delimitan el margen dentro del cual puede moverse un funcionario en el cumplimiento de la función que se le ha encomendado. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: ABRIL 26 DE 1995. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Florez Enciso, Josefina, Rojas Tocamcipá, Jorge. Proceso: 9620. Publicada: Si. Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez..... 747

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (Salvamento Parcial de Voto)

Una vez más reitero mi criterio disidente ante la violación del derecho de defensa en este proceso al deducirse circunstancias de agravación punitiva en la mismísima sentencia cuando la persona acusada no tiene ya ni ocasión ni oportunidad de controvertirlas. Por lo demás, he entendido siempre que la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del NON BIS IN

Págs.

IDEM. 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. Que es la situación existente en el acto sub exámen.
Como -según advierto- mis glosas no estimulan la discusión en sentido contrario, seguiré en lo mío, esto es, en adverar la validez de mis creencias contra la opinión mayoritaria de la Sala. Salvamento parcial de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: ABRIL 26 DE 1995. Acción: Florez Enciso, Josefina, Rojas Tocancipá, Jorge Eliécer. Proceso: 9620. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda..... 784

COLISION DE COMPETENCIA / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La competencia que la Corte tiene para dirimir los conflictos de competencia, sean de carácter negativo o positivo, los concreta el artículo 68-5 del C. de P. P. a los que resultan en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un Tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier Juez de la República.
Por manera que esta Colegiatura, en virtud de esa taxativa enumeración, carece de competencia para hacer pronunciamientos de cualquier índole en el presente caso, donde el supuesto conflicto se ha planteado entre una fiscalía y un Juzgado de Instrucción Penal Militar.
Por originarse la controversia sobre la asunción de la competencia entre distintas jurisdicciones, la Constitución Política en su artículo 256-6 asigna privativamente dicha función al Consejo Superior de la Judicatura, y especificamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria conforme al artículo 9-1 del Decreto 2652 de 1991. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Colisión de Competencias. Fecha: ABRIL 26 DE 1995. Decisión: Se abstiene de dirimir. Procedencia: Fiscalía 5a de La Unidad Especializada. Ciudad: Riohacha. Acción: Guerrero Martínez, Luis, Proceso: 10434. Publicada: Si..... 785

EXTRADICION

Recuérdese que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 560 del C. de P. P., le corresponde al Ejecutivo decidir si entrega o no al solicitado en extradición hasta tanto se le juzgue y condene, se le cese el procedimiento o se le absuelva. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Extradición -Reposición-. Fecha: ABRIL 27 DE 1995. Decisión: Niega reposición. Acción: Tovar, Larry. Proceso: 9944. Publicada: Si..... 788

PREVARICATO POR ACCION

Una cosa es ignorar la ley, que implica no conocerla, no tener noticia de la misma y otra bien diferente es el error que recae sobre ella, que

Págs.

indica una concepción diferente a la que predica su contenido o un conocimiento deformado de la realidad.
Nadie niega que el juez, al ejercer su labor de intérprete de la ley, puede llegar a equivocarse. Una redacción confusa, la proliferación abrumadora de normas, la complejidad del tema, pueden conspirar contra una correcta intelección legal. En estos supuestos, la equivocación surge diáfana y excluye de suyo cualquier tipo de conducta prevaricadora.
Los jueces, como profesionales de derecho, han tenido la formación académica de rigor, teniendo oportunidad de conocer, por lo menos, las bases fundamentales de las disciplinas jurídicas, hechos que los capacita mínimamente para, por lo menos, aplicar adecuadamente la ley.
Afirmar que, pese a tener los conocimientos de cualquier abogado, no se encuentran capacitados para tomar decisiones que no necesitan conocimientos especializados en grado sumo ni dotes especiales de análisis y creatividad, es darle curso a cualquier juez de la República, so pretexto de desconocer la ley, tome decisiones que contrarien el derecho y atropellen a los ciudadanos, poniéndose en peligro la tranquilidad de la comunidad. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvate Rangel. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: MAYO 3 DE 1995. Decisión: Revoca y condena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Hernández Vargas, José Augusto ex Juez Promiscuo de Alpuja. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 9730. Publicada: Si. Salvamento de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez..... 792

PEVARICATO / DOLO
(Salvamento de voto)

Frente a las conductas comportamentales denunciadas expresé muy tempranamente desde el momento del calificatorio -y a esos planteos exactos y estrictos me remito- mi criterio de que en el actuar del acusado hay total ausencia de dolo como fenómeno de representación y voluntad. Esa intención realizadora del tipo objetivo -que en eso consiste el dolo- no aparece por parte alguna por la fojas del proceso y menos en los comportamientos asumidos por el ex-juez. En lo de afuera y lo de dentro, la Corte tiene una opinión diferente a la mía. Lamento que ello suceda y que se encuentre una tipicidad dolosa de la conducta allí donde solo aparece error o ignorancia, o ambas cosas a la vez. Y como hago mal en mezclar mis propias reflexiones a las reflexiones de la Sala, pluma en mano, salvo mi voto en este asunto. Y basta. Salvamento de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: MAYO 3 DE 1995. Acción: Hernández Vargas, José Augusto. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 9730. Publicada: Si.Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel..... 809

Págs.

DERECHO DE DEFENSA / DEFENSA TECNICA

"La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado", en casos excepcionales, cuando no pueda contarse con abogado titulado, si "puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes al consultorio jurídico (Decreto 176/91, arts. 30, 31 y 32, Decreto 765/77), pues de esta forma se consigue el objetivo que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica. Ni siquiera para la indagatoria del imputado es posible prescindir de la asistencia de un defensor cualificado, porque la indagatoria constituye un acto de defensa del procesado, pues en ella expone las justificaciones y explicaciones de su conducta y de las sindicaciones que se le hagan" (Corte Constitucional).

No puede la Corte terminar esta sentencia sin expresar su profunda preocupación por la posibilidad de que la administración de justicia se paralice habida consideración de la multitud de Municipios colombianos en que no permanecen en continuo, abogados titulados o, por lo menos, egresados, y menos aún han sido cubiertos por los servicios de la Defensoría Pública que, de otro lado, soporta trabas de orden estructural y legal para asumir la defensa oficiosa de todo aquel que no pueda contar con defensor de confianza.

Sin embargo habrá de entenderse que cada caso particular ha de ser analizado y valorado por los funcionarios de instancia conforme a su singularidad, principalmente aquellos en que de entrada aparezcan derechos, deberes o valores de igual raigambre constitucional enfrentados, pues que en esos eventos debe buscarse la medida que garantizando el derecho a la asistencia letrada durante el sumario no sacrifique o supedite al mismo tiempo el derecho a la libertad, el de acceso a la administración de justicia o el deber de impartirla oportuna y eficazmente.

Así, pues, y mientras no se diere decisión de carácter general y obligatorio en torno a la norma que excepciona la defensa técnica desde la indagatoria (art. 148 inciso 1o. del C. de P. P.) será por lo menos admisible que en casos de captura en flagrancia o vencimiento inminente de los términos judiciales y en lugares donde no concurren de manera permanente abogados habilitados para la defensa del procesado, se entregue su asistencia en la fase inicial de la investigación a ciudadanos honorables y con el razonable grado de instrucción que al menos permita la garantía de sus derechos básicos a la defensa material y a la controversia, así como a la imparcialidad y objetividad, y siempre que los funcionarios judiciales acudan, para la continuación del trámite, a proveerles mediante los mecanismos de ley, de una defensa letrada durante el resto de la pesquisa.

Esta clase de excepciones, y otras que eventualmente puedan suceder en casos concretos y en lugares donde resulte imposible el cumplimiento pleno y cabal del mandato constitucional por razones como la anotada, no suponen el desconocimiento del querer del

Págs.

constituyente si se mira que lo que acá se pretende no es excluir de defensa técnica, durante el sumario, a los procesados, sino encontrar una fórmula intermedia y conciliadora entre la disposición del artículo 29 de la Carta y la obligación del funcionario en cuanto deba atender al cumplimiento de otros principios y valores de indiscutible rango también constitucional. Magistrado ponente: Doctores: Carlos Eduardo Mejía Escobar, Guillermo Duque Ruiz. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 9 DE 1995. Decisión: Casa y decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Acción: Esquivel Fierro, Jorge. Delitos: Acceso carnal violento, lesiones personales. Proceso: 8937. Publicada: Si. Aclaración de voto: Doctores Edgar Saavedra Rojas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.... 810

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

Hubiera proferido, y este es el único aspecto de la sentencia objeto de esta aclaración, que en vez de sostenerse la aplicabilidad, aunque para un caso extremo, del artículo 148 del C. de P.P., que es contrario al artículo 29 de la nueva Carta Política y que por ello seguramente será declarado inexequible según lo anticipó la misma Corte Constitucional, la Sala hubiera alertado al Gobierno Nacional y al Defensor del Pueblo, de la hecatombe que se vendrá para la justicia penal cuando los fiscales, en muchísimos de los municipios colombianos, no encuentren abogados, ni estudiantes de derecho, pero tampoco defensores públicos que asistan a los imputados en la indagatoria, sobre todo cuando estos se encuentren privados de la libertad y sea de urgencia su vinculación al proceso, ante el vencimiento de los perentorios términos señalados por la ley para definir la situación jurídica. Aclaración de voto: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Sentencia Casación. Fecha: MAYO 9 DE 1995. Acción: Esquivel Fierro, Jorge Elías. Delitos: Acceso carnal violento, lesiones personales. Proceso: 8937. Publicada: Si. Magistrado ponente: Doctores: Carlos Eduardo Mejía Escobar, Guillermo Duque Ruiz..... 827

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

Es claro que la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela Nro. SU-044/95 hizo un anticipo sobre la inconstitucionalidad del artículo 148 del C. de P.P. en cuanto autoriza el nombramiento de un ciudadano como defensor pese a tratarse de un iletrado.
Esta decisión va a crear una situación verdaderamente caótica en la justicia y hubiera sido deseable que la Sala alertara a los funcionarios encargados de buscarle una solución al problema, puesto que hoy en día la Defensoría Pública no está implementada en todo el territorio nacional y en la mayoría de las regiones del país la defensa de oficio es un imposible por ausencia de abogados titulados.

Págs.

Estamos ad portas de una total paralización de la justicia y ha debido precisarse la situación dramática que se va a enfrentar antes de que una verdadera alud de nulidades generen impunidad y que la ausencia de la defensa técnica paralice de manera total el funcionamiento de la justicia.
Son estas las preocupaciones que me llevan a aclarar de manera respetuosa ni voto. Aclaración de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia casación. Fecha: MAYO 9 DE 1995. Proceso: 8937. Publicada: Si. Magistrado Ponente: Doctores. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Guillermo Duque Ruiz..... 827

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

No puede entrañar nulidad legal y menos supralegal, la circunstancia de que el imputado haya estado asistido en algunas diligencias propias de la instrucción por ciudadanos honorables aunque no ostentarán títulos profesionales en abogacía o no fueran versados en disciplinas jurídicas. No lo primero porque tal posibilidad aparecía y aparece hoy en el Código de la materia (arts. 139 y 148 del C. de P. P.). Y no lo segundo por cuanto el ejercicio del derecho material de defensa le permite al acusado una amplia y constante participación en las diligencias de averiguación y comprobación de la existencia y naturaleza del hecho, su enteramiento de todas las actuaciones que se surtan en las actividades típicas de la instrucción y el conocimiento de las determinaciones adoptadas por el funcionario correspondiente. Salvamento de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia casación. Fecha: MAYO 9 DE 1995. Proceso: 8937. Publicada: Si. Magistrado ponente: Doctores Carlos Eduardo Mejía Escobar, Guillermo Duque Ruiz..... 828

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

En buena hora, no puede menos que admitirse, ha establecido el artículo 29 constitucional que el derecho a la asistencia de un abogado para el imputado de un delito surge desde la etapa misma del sumario, y ello se hace mucho más sensible en el caso de los hombres de campo, que por lo general delinquen de manera ocasional y bajo el influjo de bebidas embriagantes, porque su limitada cultura y experiencia, cierra opciones para que intenten alternativas de defensa material en el proceso.
Pero quienes tuvimos la ocasión de oficiar de jueces en esas regiones apartadas, tenemos por sabido que para hacer realidad ese anhelo de la Carta, resultaría imperioso e inmediato asumir un doble y considerable esfuerzo administrativo y económico que aún ahora, pasados cuatro años desde la vigencia del precepto superior ni remotamente

Págs.

se vislumbra, pues la entidad y cuantía de los litigios que se llevan en los pueblos por regla general no constituyen incentivo para que un profesional concurra a prestar esos servicios, pasando por lo regular las semanas y los meses antes de conseguir su colaboración en un proceso. Aclaración de voto: Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 9 DE 1995. Proceso: 8937. Publicada: Si. Magistrado ponente: Doctores Carlos Eduardo Mejía Escobar, Guillermo Duque Ruiz..... 835

LIBERTAD CONDICIONAL / LIBERTAD PROVISIONAL / ANTECEDENTES

Es indudable que para atender favorablemente una petición de excarcelación con fundamento en la libertad condicional o éste subrogado penal, debe demostrarse que la personalidad, los antecedentes de todo orden y la conducta en el establecimiento carcelario de quien pretende su liberación conduzca a suponer fundadamente su readaptación social. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación -Libertad- Fecha: MAYO 10 DE 1995. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Tribunal Nacional. Acción: García Montilla, José Erley. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10195. Publicada: Si..... 838

ACCION DE REVISION

La acción de revisión tal como se halla consagrada en el ordenamiento procedimental debe tramitarse y fallarse en única instancia, circunstancia que implica necesariamente que las providencias judiciales nazcan y se agoten preclusivamente dentro de los confines de su especial trámite.
La acción de revisión, como se sabe, procede contra una sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada dentro de un proceso en que por regla general ha habido cabal respeto a las dos instancias y que se resuelve por el superior jerárquico de éstas. Si se llegase a admitir que son impugnables las determinaciones que se adoptan en el trámite de dicha acción se desembocaría necesariamente en una tercera instancia, la cual se extraña a nuestras instituciones procesales.
De ahí que el artículo 197 del C. de P. P. perentoriamente señale, para declarar la improcedencia de la apelación contra la decisión de la acción de revisión, que ésta queda ejecutoriada el día que la suscribe el funcionario correspondiente. Por manera que tanto este proveído como cualquiera otro que se profiera dentro del trámite de dicha acción excluyen el recurso de apelación y consecuentemente el de hecho. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Recurso de Hecho. Fecha: MAYO 15 DE 1995. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Acción: Vallejo Cardona, Guillermo. Delitos: Lesiones personales. Proceso: 10491. Publicada: Si..... 841

Págs.

PROLONGACION ILICITA DE LA LIBERTAD / DOLO

Cuanto a la materia del reproche de la culpabilidad como acción injusta y su correspondiente juicio de desaprobación, la Corte entiende y considera que no es posible admitir lo disvalioso de su conducta por ausencia del tipo subjetivo de lo injusto. En las infracciones dolosas, el dolo de la conducta determina la dirección y el fin de la acción. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: MAYO 16 DE 1995. Decisión: Revoca y absuelve. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Granada Henao, María Stella ex Juez Promiscuo de Tena. Delitos: Prolongación ilicita de la libertad. Proceso: 9731. Publicada: Si. Salvamento de voto: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda..... 845

DETENCION ARBITRARIA
(Salvamento de Voto)

Lejos estoy, entonces, de pregonar para el caso de la acusada una responsabilidad meramente objetiva, como distante de desconocer que aún los abogados y entre ellos los administradores de justicia, son susceptibles a la ignorancia o al error. Lo que veo imposible en este caso es la tolerancia con el desconocimiento de la ley respecto de quien la invoca y aplica rectamente en el respectivo proceso judicial, pero luego a su exclusivo arbitrio incumple so pretexto de preferir preceptos que ni excusaban el desobedecimiento de la orden impartida, ni autorizaban su aplazamiento, menos cuando al hacerlo se transgredía un derecho fundamental que funcionalmente se estaba en el deber de proteger. Salvamento de Voto: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: MAYO 16 DE 1995. Proceso: 9731. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez..... 858

COLISION DE COMPETENCIA / TERRORISMO / EXPLOSIVOS

De conformidad con las definiciones del Decreto 2535 de 1993, de los instrumentos considerados capaces de producir amenaza, lesión o muerte, genéricamente denominados armas por el artículo 5o., las de fuego son apenas una especie caracterizada por el empleo de "la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química" para impulsar un proyectil, según lo previsto por el artículo 6o. De manera que resulta imposible asimilar a estas últimas los petardos o "papas explosivas". Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: MAYO 16 DE 1995. Decisión: Dirime el conflicto y asigna al Juzgado Regional. Procedencia: Juzgado 32 Penal del Circuito. Ciudad: Medellín. Acción: Ocampo Rivera, Juan Guillermo. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. Proceso: 10494. Publicada: Si..... 862

Págs.

EXTINCION DE LA ACCION / REPARACION DEL DAÑO

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 7o. de la Ley 81 de 1993, establece que en los delitos de lesiones personales culposas, entre otros, cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva, consagradas en los artículos 330 y 341 del Código Penal, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación Discrecional. Fecha: MAYO 17 DE 1995. Decisión: Declara cesación de procedimiento. Procedencia: Juzgado 65 Penal del Circuito. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Lewis Donado, Mario José. Delitos: Daño en integridad física culposa. Proceso: 9970. Publicada: Si..... 867

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / IN DUBIO PRO REO / SANA CRITICA

La no inclusión de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva en la providencia enjuiciatoria (llámese auto de proceder o resolución de acusación) no genera irregularidad sustancial que vulnere el debido proceso o desconozca el derecho a la defensa porque ellas constituyen, no el único, sino uno de los varios criterios dosificadores de la pena, conforme al artículo 61 del Código Penal las cuales deben ser examinadas por el juez en la sentencia de condena para determinar el monto de la pena dentro de los límites mínimo y máximo establecido en la norma penal quebrantada.

2. El recurrente que se acoge a la violación indirecta de la ley sustancial para demostrar el desconocimiento del beneficio de la duda (in dubio pro reo) no puede parcelar a su arbitrio el acervo probatorio marginando del ataque hechos o pruebas que sirven de soporte a la sentencia de condena y que por sí solas serían suficientes para sustentarla.

Le corresponde comprobar que de no haber mediado los errores probatorios endilgados al sentenciado con el carácter de manifiestos y trascendentes, éste se hubiera visto forzosamente avocado a una duda insalvable respecto a la existencia del hecho punible o la responsabilidad del sindicado, la que debería resolver en su favor.

3. Por tratarse de una circunstancia genérica deducible por el juez al momento de proferir la sentencia no era necesario considerarla en la resolución de acusación.

4. Constituye desatino pregonar de una parte la evaluación individual o insular de las pruebas del proceso cuando, por el contrario, se consagra como principio probatorio y garantía del debido proceso la conjunta apreciación de las mismas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Art. 254 ibídem) y de la otra, hablar de distorsión de un tes-

Págs.

timonio por habérsele reconocido un valor que no le corresponde, cuando el falseamiento o tergiversación del mismo versa sobre su texto o contenido y no sobre su mérito de convicción. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 17 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Bravo Medina, Neftaly, Bravo Medina, Germán Alonso. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 8752. Publicada: Si. Salvamento Parcial de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez..... 871

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (Salvamento Parcial de Voto)

Sigo pensando que se viola el derecho de defensa cuando en la sentencia y no en la resolución de acusación se deducen circunstancias genéricas de agravación. Cuando tenía que decir lo he dicho ya con empeño y pertinacia, lamentando de veras que estas ideas no se acepten en la Sala. Pero como yo me conozco suficientemente desde hace muchos años sé que no voy a rectificar nada de cuanto he dicho en rededor de este asunto por estar plenamente convencido de lo que escribo. Creo que estas cosas las he dicho con total y absoluta convicción así no convenza a otros de la bondad del planteo. Todo es cuestión de tener cierta firmeza en los juicios propios y no tanto en las nociones ajenas. Lo que no puede ser de otra manera así sea para estimular la discusión. Salvamento Parcial de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez, Sentencia Casación. Fecha: MAYO 17 DE 1995. Acción: Bravo Medina, Neftaly, Bravo Medina, Germán Alfonso. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 8752. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla..... 884

IN DUBIO PRO REO / PECULADO POR APROPIACION

A términos del artículo 247 del C. de P. P., para proferir sentencia condenatoria se requiere del concurso de prueba que produzca certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.
Esto equivale tanto como a decir que, dentro de la escala probatoria determinada por nuestro estatuto procesal, de la probabilidad de la responsabilidad del justiciable que es el estado de espíritu en que se halla el juzgador al convocarlo a juicio, se debe pasar en este momento del proceso al más alto grado del conocimiento, el cual supone la eliminación de toda duda racional, deviniendo la seguridad de que los hechos han ocurrido de determinada manera que es lo que, en esencia, constituye la certeza.
Si de la prueba no se adquiere tal certidumbre, la absolución se torna inexorable por virtud legal.

Págs.

2. Si el delito de peculado por apropiación precisa como condición de punibilidad que los bienes cuya administración o custodia se hayan confiado a empleado oficial por razón de sus funciones sean aprovechados por él o por un tercero, síguese que esta ilicitud no se configura cuando tales bienes han sido objeto de extravío o sustracción sin el concurso del empleado, porque en tales condiciones no habría mediado entonces actos de improbidad o de infidelidad a la confianza que el Estado le ha dispensado en el manejo de bienes de carácter oficial o particular, sino circunstancias ajenas a su voluntad. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: MAYO 17 DE 1995. Decisión: Revoca y absuelve por un delito y confirma por otro. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Gómez de Ruiz, Nora Gemma ex Juez 5o. Civil Municipal, Páez Lancheros, Alfonso, Muñoz Aldana, Hugo. Delitos: Peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público. Proceso: 9621. Publicada: Si. Salvamento Parcial de Voto: Doctores. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Guillemo Duque Ruiz, Jorge Enrique Valencia Martínez..... 885

PECULADO
(Salvamento Parcial de Voto)

En mi criterio la acusada debió ser condenada también como responsable del delito de peculado que dolosamente cometió, al entregar unos bienes al sustituto ilegítimo de un secuestre, con conciencia de ello, y negarse luego, empecinadamente, a revelar su identidad, que ella bien conocía, dando así lugar a la pérdida de estos. Salvamento Parcial de Voto: Doctores. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Guillermo Duque Ruiz. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: MAYO 17 DE 1995. Acción: Gómez de Ruiz, Nohora Gema, Muñoz Aldana, Hugo Alirio, Páez Lancheros, Orlando Alfonso. Proceso: 9621. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia..... 898

PECULADO
(Salvamento Parcial de Voto)

Mucho encuentro que alabar en el salvamento de voto suscrito por los doctores Duque Ruiz y Mejía Escobar al identificar el supuesto de hecho que recoge el expediente con el tipo plasmado en el artículo 133 del C.P. (peculado por apropiación). Encuentro certero su análisis y exactas sus conclusiones. Y como todo lo que allí se dice coincide con lo que tenía en las mientes escribir no tengo opción distinta a la de sumarse a la opinión formada. Lo mismo es decir las cosas de un modo que de otro. Nada más. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: MAYO 17 DE 1995. Acción: Gómez de Ruiz, Nohora Gema, Muñoz Aldana,

Págs.

Hugo Alirio, Paéz Lancheros, Orlando Afonso. Proceso: 9621. Publicada: Si. Salvamento parcial de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez..... 901

RECURSO DE HECHO / CASACION

Contra el auto que rechaza la demanda de casación no procede el recurso de hecho. El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal determina que solo es viable contra los autos que deniegan el de apelación o el de Casación. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Recurso de hecho. Fecha: MAYO 18 DE 1995. Decisión: Inadmite el recurso de Hecho. Acción: Pinzón de Vega, Mireya Mélida. Proceso: 10006. Publicada: Si..... 902

ACCION DE REVISION

Las exigencias formales impuestas al escrito por medio del cual se instaura la acción de revisión no son de iniciativa jurisprudencia ni doctrinaria sino de claro origen normativo, pues es la ley la que preve el recurso, su competencia para tramitarlo, las taxativas causales bajo las cuales halla su prosperidad, y dentro de una regulación clara y sencilla, también la que señala en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal que la formulación se haga por escrito, y que en éste se cumplan aquella exigencias sobre las cuales realizó la Sala sus análisis.

Por otra parte y reconociendo que se trata de una actividad seria, cuidadosa y especializada, ni siquiera se la dejó a la libre promoción del rematado, porque el artículo 233 exige que en tal caso éste intervenga bajo el patrocinio de su defensor a quien ubica como su titular.

La exigencia de aquellos requisitos en el escrito de demanda tampoco puede valorarse como de vacuo formalismo, porque si se consulta la naturaleza de la revisión no puede menos que reconocerse de su condición de acción extraordinaria encaminada a socavar la fuerza y firmeza de la cosa juzgada, la necesidad de que su formulación revista un mínimo de seriedad que corresponda con el respeto que merecen las decisiones finales alcanzadas después de culminar una amplia y garantista controversia.

La acción de revisión no apunta a modificara el grado de responsabilidad del acusado, ni el cuantum punitivo, ni los subrogados u otros puntos anejos y subordinados, sino a privar de valor la parte dispositiva penal completa de un fallo injusto ejecutoriado. Magistrado ponente: Juan Manuel Torres Fresneda. Acción de Revisión -Reposición. Fecha: MAYO 18 DE 1995. Decisión: No repone. Acción: Rubio Vivas, Luis Ernesto. Proceso: 9325. Publicada: Si..... 904

Págs.

DEMANDA DE CASACION

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal estatuye de manera clara los requisitos formales que debe reunir la demanda de casación cuya inobservancia acarrea su rechazo. Tales requisitos son: La identificación de los sujetos procesales y de la sentencia recurrida, una síntesis de los hechos que originaron la investigación y de la actuación procesal, la causal por medio del cual se pretende el fallo, indicando de manera clara y precisa los fundamentos de ella con las citas de las normas que el actor estime infringidas; y si son varias las causales invocadas, la fundamentación de cada una se hará en capítulo separado.
El parágrafo final del precitado artículo, autoriza al demandante para formulara cargos excluyentes siempre y cuando lo haga separadamente y de manera subsidiaria.
La causal primera contempla dos situaciones. En la primera, existe una infracción directa de la ley sustancial, en donde no se discute el aspecto probatorio, sino que el ataque a la sentencia recae en la norma sustancial, ya sea por haber sido excluída, por haberse aplicado indebidamente o por habérsele dado una interpretación errónea. En la segunda, el conculcamiento de la ley sustancial es mediato, porque el yerro tiene su génesis en la estimación probatoria que conlleva al quebrantamiento posterior del precepto y se presenta, cuando el juzgador ignora la existencia de una prueba, o cuando la supone o tergiversa su contenido fáctico, haciéndole producir efectos que no se derivan de su contexto; o cuando el sentenciador valora una prueba allegada irregularmente a la actuación; o cuando le niega o le asigna un valor diverso al estatuído en la ley.
La causal segunda de casación se presenta cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, produciendo un desquiciamiento en la unidad lógica y jurídica del proceso, ya sea porque el fallador desconoció el nomen juris imputado en la acusación, o porque deduce un cargo inexistente o ignora uno formulado.
En la causal de nulidad se incurre, cuando el juzgador comete un error in procedendo que compromete la validez jurídica del juzgamiento al socavar la estructura del proceso por violación de algunas de las garantías judiciales que contempla la preceptiva constitucional o legal. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Auto Casación. Fecha: MAYO 18 DE 1995. Decisión: Rechaza in límine. Acción: Parra Colorado, Dubián Alfonso. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 9480. Publicada: Si..... 911

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / CONDENADO

De conformidad con lo previsto en el numeral 2o. del artículo 51 de la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y carcelario), corresponde al

Págs.

Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, conocer "De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de pena, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena", es decir, cuando el fallo ha quedado ejecutoriado y ha hecho tránsito a cosa juzgada.
El permiso administrativo hasta de 72 horas, el otorgamiento de este beneficio es facultativo del Director del Instituto Penitenciario y Carcelario en relación con los condenados que reúnan los requisitos previstos por el artículo 147 del Código Penitenciario y carcelario.
Por tratarse de un sindicado es factible conceder permisos excepcionales "En casos de comprobarse enfermedad grave, fallecimiento de un familiar cercano o siempre que se produzca un acontecimiento de particular importancia en la vida de interno" (art. 139 ejusdem), otorgamiento que corresponde decidirlo al funcionario de conocimiento, siempre y cuando el director del centro de reclusión garantice la debida vigilancia y seguridad del interno. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación -Libertad-. Fecha: MAYO 18 DE 1995. Decisión: Se abstiene de reconocer redención de pena. Acción: Pardo Guativa, Gerardo. Proceso: 8841. Publicada: Si..... 918

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / DEMANDA DE CASACION

Conviene recordar que esta causal de casación (incongruencia de la sentencia) se presenta cuando se rompe la congruencia que debe existir entre los cargos imputados en la resolución de acusación y la sentencia, encargada esta última de definirlos todos, condenando o absolviendo por ellos.
Si el fallador podía negar la participación del acusado en el hecho y absolverlo en consecuencia, también podía dar por demostrada esa participación pero dentro de un grado de menos compromiso penal. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 18 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Delgado Mateus, Luis Alejandro, Morales Betancourt, Alvaro Leonel. Delitos: Hurto. Proceso: 8828. Publicada: Si..... 921

SANA CRITICA / PERITO / HOMICIDIO

Las pruebas sobre presanidad y muerte de la víctima y las causas que determinan su deceso no se hallan sometidas a la exigencia de un medio especial para su acreditación ni a una tarifación que haga prevalentes unos medios sobre otros. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 18 DE 1995. Decisión Desestima demanda y casa parcial y oficiosamente.

Págs.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Acción: Yela Vellejo, Fidencio. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 8839. Publicada: Si..... 937

COLISION DE COMPETENCIA / JUSTICIA PENAL MILITAR

Dada la naturaleza, características de la función y la disciplina propia de la fuerza pública, quiso el constituyente, de manera excepcional, que el conocimiento y juzgamiento de las conductas delictuales de sus miembros, fuera por una justicia especial.

Por ello, el artículo 221 de la Constitución Nacional establece que las cortes marciales o tribunales militares conocerán de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública (art. 216 ibídem) en servicio activo y en relación con él, según las prescripciones del Código Penal Militar. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Auto colisión de competencias. Fecha: MAYO 18 DE 1995. Decisión: Se abstiene de conocer. Procedencia: Juez 80 de Instrucción Penal Militar. Ciudad: Riohacha. Acción: Tatis Araujo, Pedro Enrique. Proceso: 10433. Publicada: Si..... 947

CALIFICACION DEL SUMARIO /
RESOLUCION DE ACUSACION /
PRECLUSION DE LA INVESTIGACION

La calificación sumarial implica la adopción de una de dos determinaciones, la de proferir resolución de acusación o la de precluir la investigación.

El artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, señala que es imperativo dictar resolución acusatoria cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

A su vez, la preclusión de la investigación debe estar respaldada en cualquiera de las eventualidades que dan lugar a la cesación de procedimiento; vale decir, que aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicato no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.Unica Instancia. Fecha: MAYO 19 DE 1995. Decisión: Ordena preclusión de investigación y compulsa copias. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Sierra Grajales, Luis Emilio. Proceso: 8996. Publicada: Si..... 949

Págs.

DERECHO DE DEFENSA

El derecho a la defensa es trascendental y la asistencia letrada para quien debe defenderse por primera vez de las imputaciones del Estado por medio de la indagatoria, lo es aún más, porque lo que allí suceda, en muchas ocasiones trasciende en todas las etapas del proceso; por su importancia el legislador quiso establecer una excepción que solo puede darse, sin la vulneración del principio constitucionalmente reconocido, cuando materialmente no existe un abogado que pueda asistir al sindicato, y es por ello que la norma es de carácter imperativo y los jueces ubicados en poblaciones donde existan abogados titulados para este tipo de diligencias necesariamente tendrán que nombrar a estos profesionales. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 19 DE 1995. Decisión: Casa y decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Barrera López, Raúl David. Delitos: Porte de armas de defensa personal, homicidio agravado. Proceso: 8985. Publicada: Si. Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez..... 965

DEFENSA TECNICA
(Salvamento de Voto)

Una vez más se plantea esta Sala de la Corte el radical de la nulidad en este proceso por haberse "vulnerado el derecho a la defensa, pues durante gran parte del sumario el procesado estuvo desprovisto de asistencia jurídica".
Pues bien:
a. Es cierto que en la diligencia de descargos se le nombró al imputado a un ciudadano no letrado pero también lo és que en la ampliación de la indagatoria contó con la asistencia profecional del Abogado Alfonso Camacho Reyes quien actuó en su carácter de defensor de oficio y quien además impetró pruebas oportunamente, participó en la celebración de la audiencia pública e incluso interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado. Esto para no mencionar su alegato -que resultó extemporáneo- presentado para la calificación de la actuación sumarial.
b.- Aún admitiendo que la diligencia de reconstrucción de los hechos fue en extremo deficiente o, si se prefiere, que carece de validez, no existen acaso en la foliatura otros elementos probatorios, definitivos, contundentes y apodícticos para asignar un juicio penal de reproche o desaprobación a la conducta del acusado?. Para decir verdad si el juicio es muy exacto. Aún mudos nosotros por algo lo condenaron.
c.- Yo no sé si en Purificación -que es cabecera de circuito- viven y ejercen permanentemente no menos de veinte abogados -como reza la decisión de la Sala- para concluir que "era imperioso para el funcionario de instrucción designar un abogado que asistiera al sindicado

Págs.

en tan importante diligencia...". Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 19 DE 1995. Proceso: 8985. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas..... 776

CAREO / DERECHO DE DEFENSA

La diligencia de careo dista de integrar un medio probatorio autónomo o independiente, constituyéndose en elemento apto para contrastar o depurar las declaraciones de testigos cuyas versiones se oponen entre sí o frente a la que rinde el procesado.

Trátase, además de un medio discrecional y facultativo, tanto en la concepción que de él traían los Códigos de Procedimiento Penal anteriores al Decreto 050 de 1987, como en la del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, donde la razonabilidad de su decreto tiene que depender de la igualdad y proporcionalidad entre las partes enfrentadas, de modo que resultaría absurdo pretender su práctica entre un mayor y un menor, o entre un jefe y sus subordinados, cuando no y muchas veces entre ofensores y poderosos, avezados y agresivos frente a sus víctimas débiles, temerosas e indefensas.

La diligencia de careo no es un medio de prueba, sino uno apenas, entre varios mecanismos procesales aptos para contrastar los testimonios o la injurada, ha de entenderse que la remisión del inciso segundo del artículo 248 del C. de P.P. para que se integren como pruebas en materia penal las previstas como tales en otros ordenamientos legales, debe entenderse improcedente para atraer del Código de Procedimiento Civil esa diligencia que de manera expresa excluyó la ley procesal penal hace ya tiempo.

La razón de ser de tal precaución (notificación personal) era impedir que el proceso se adelantara a espaldas del procesado, evitando así terribles injusticias que han terminado con sentencias condenatorias de acusados liberados con caución y que pese a no haber cambiado de domicilio o de sitio de trabajo, fueron emplazados y declarados reos ausentes, como si se tratáse de personas renuentes a comparecer ante las autoridades, contra quiénes finalmente se profirieron sentencias que vulneran el debido proceso y el derecho a la defensa, porque habiéndose podido propiciar su comparecencia para que dispusieran lo necesario para tener defensor de confianza y para realizar la defensa material, no fueron oportuna y debidamente citados. Magistrado ponente: Doctores. Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 19 DE 1995. Decisión: Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Rojas Rodríguez, Germán Eduardo. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 8724. Publicada: Si. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Salvamento de Voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas..... 983

Págs.

CAREO / PRUEBA
(Salvamento de Voto)

En mi opinión, el impugnante se equivoca al comentar que ya para el período probatorio de la causa no era del caso insistir en la práctica de esta prueba (careo) porque había sido suprimida del ordenamiento legal desde la vigencia del Código de 1987, porque si bien en principio ello es cierto, se debe reconocer que existen normas legales de mayor jerarquía valorativa que hoy consagran este medio de convicción de la normatividad procesal, esa intención nunca se concreto en la realidad porque normas legales de mayor jerarquía si las contemplan. Salvamento de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 19 DE 1995. Acción: Rojas Rodríguez, Germán Eduardo. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 8724. Publicada: Si. Magistrado ponente: Doctores. Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda..... 1000

CAREO / PRUEBA
(Aclaración de Voto)

Como siento la necesidad de pensar apenas agrego que la preceptiva del artículo 248 no es taxativa sino ejemplificativa. El propio legislador contempla la posibilidad de practicar otros medios de convicción no señalados en su continente. Y aunque algunos repudien el careo, en mi experiencia judicial siempre advertí su utilidad y las ventajas de confrontación. La diligencia que tan íntimamente está relacionada con la prueba testimonial, en sentido amplio, aspira a dilucidar extremos allí donde exista discrepancia en las declaraciones respectivas. Independientemente de la controversia acerca de su autonomía como medio de prueba siempre es útil la percepción directa del magistrado sobre el enfrentamiento vivo de declarantes en oposición. El acto persigue superar las discrepancias o los desacuerdos entre aquellas declaraciones contradictorias acerca de los hechos o circunstancias importantes. Y naturalmente que el espíritu perspicaz del funcionario pondrá las cosas en su exacto sitio y en su congruo lugar y por esto su valoración queda librada a la racional y neta apreciación judicial. Aclaración de voto: Dr. Jorge Enrique Velencia Martínez. Sentencia Casación. Fecha: MAYO 19 DE 1995. Acción: Rojas Rodríguez, Germán Eduardo. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso : 8724. Publicada: Si. Magistrado ponente: Doctores. Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda..... 1005

COLISION DE COMPETENCIA / APELACION

El Código de Procedimiento Penal consagra en su Libro I, Titulo I, Capítulo VIII, el incidente de colisión de competencias, con regula-

Págs.

ción autónoma de su presentación , trámite y decisión, de manera tal que inhibe a los funcionarios y sujetos procesales involucrados en él para acudir al procedimiento ordinario so pretexto de algún vacío en su reglamentación. Por manera que tanto las determinaciones de los funcionarios que proponen y aceptan o rechazan el conflicto como la que dicte el superior llamado a desatar el incidente no son susceptibles del recurso de apelación, pues una vez propuesta la colisión del Código indica perentoriamente el procedimiento a seguir, luego si se llegase a admitir interrupción alguna en dicho trámite sería tanto como aceptar la terminación del incidente por vía diferente a la señalada por el legislador, lo cual, además, de absurdo e inconveniente, es abiertamente ilegal. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Colisión -Apelación-. Fecha: MAYO 22 DE 1995. Decisión: Se abstiene de conocer. Procedencia: Juzgado 27 Penal del Circuito. Ciudad: Medellín. Acción: Marín Varón, Orlando Agusto. Delitos: Porte de armas de uso provativo de las F.M., secuestro extorsivo. Proceso: 10492. Publicada: Si..... 1007

CASACION DISCRECIONAL / PARTE CIVIL

Quiso el legislador de manera expresa y en forma exclusiva, conceder el derecho impugnatorio en comentario (casación discrecional) al Procurador, su Delegado y el defensor, es decir, excluyó de él a la representación de la parte civil, dejando la posibilidad propia de ésta de disentir del fallo absolutorio al representante de la sociedad, el Ministerio Público, en los eventos en que éste interviene y considera objetable la decisión en tal sentido que pone término a las instancias del proceso.

La legitimidad de la personería del postulante constituye condición de procedibilidad de su pretensión y hace parte del ordenamiento jurídico procesal, que como se sabe, de orden público y de imperativa observancia para el juez, por antonomasia el llamado a respetarlo, como árbitro de las garantías constitucionales y legales en el debate sometido a su jurisdicción; no puede el funcionario, habilitar a su arbitrio a ninguno de los sujetos procesales para ejercitar derechos que la ley no le ha concedido, menos aún, cuando la preceptiva es clara y concreta en sus términos no dando margen a un proceso interpretativo que desborde su tenor gramatical. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velàndia. Casación Discrecional. Fecha: MAYO 22 DE 1995. Decisión: No concede el recurso. Procedencia: Juzgado 63 Penal del Circuito. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Díaz Zamora, Rafael Andrés. Delitos: Lesiones personales en accidente de tránsito. Proceso: 10460. Publicada: Si..... 1012

Págs.

RECURSO DE HECHO / CASACION DISCRECIONAL

El recurso de hecho es el mecanismo procesal diseñado para que el superior decida si los recursos de apelación o de casación denegados por el inferior, lo fueron conforme a derecho.
La excepcional vía impugnatoria prevista en la norma citada, (art. 218) cuya admisibilidad o rechazo corresponde discrecionalmente a la Sala de Casación Penal de la Corte, es extraña a este trámite del recurso de hecho. Requiere para su viabilidad, no sólo que el recurso haya sido interpuesto ante el correspondiente juez de 2a. instancia, dentro del término legal y por parte legitimada para ello (Procurador General o su Delegado, o por el defensor) sino que debe contener la clara indicación de los motivos que lo autorizan (desarrollo de la jurisprudencia o garantía de los derechos fundamentales). Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Recurso de Hecho. Fecha: MAYO 22 DE 1995. Decisión: Declara que estuvo bien negado el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Acción: Correa Pinto, Bernardo. Delitos: Corrupción de menores. Proceso: 10487. Publicada: Si..... 1015

NULIDAD / EJECUTORIA MATERIAL

La Sala ha venido sosteniendo que el auto admisorio de la demanda tiene ejecutoria material y, por tanto, sus irregularidades solo pueden subsanarse a través del mecanismo procesal de la nulidad.
De manera que si es incuestionable que las partes deben tener seguridad acerca de lo dispuesto en las providencias judiciales, no lo es menos que la legalidad de las decisiones en cuanto pronunciadas según la Ley es lo que les da certeza y seguridad y no meramente la circunstancia de su firmeza. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acción de Revisión. Fecha: MAYO 24 DE 1995. Decisión: Anular auto mediante el cual se admitió la demanda de revisión e inadmitirla. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Tavera Torres, Diego. Delitos: Homicidio. Proceso: 9927. Publicada: Si..... 1019

APELACION / ACCION DE REVISION

Siendo el fallo apelado (revisión) una decisión que resuelve el fondo del asunto debatido, podría, prima facie, considerarse como susceptible de ser recurrida en apelación.
Sin embargo, la cuestión es clarificada de manera manifiesta por el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, al señalar que la providencia que decide la acción de revisión queda ejecutoriada el día que sea suscrita por la autoridad judicial competente, con lo cual se despeja toda duda relativa a la impugnabilidad de tal determina-

Págs.

ción, y se constituye en una excepción a la regla general que respecto de los recursos ordinarios rige la materia.
Con ello quiso el legislador que la acción de revisión fuera de única instancia, vedándole todo conocimiento del asunto al superior funcional. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Acción de Revisión -Apelación-. Fecha: MAYO 24 DE 1995. Decisión: Se abstiene de revisar. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Acción: Zabala, Alvaro Enrique. Delitos: Homicidio. Proceso: 10465. Publicada: Si..... 1022

CASACION DISCRECIONAL / LESIONES PERSONALES / PROHIBICION DEL EJERCICIO DE PROFESION U OFICIO

La discrecionalidad que la ley otorga a la Sala Penal no llega hasta el extremo de que pueda dar vía libre a la tramitación del recurso extraordinario para revivir un debate probatorio ya superado tratándose de la modalidad de casación excepcional solo procede si se considera necesaria para desarrollar la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.
La Ley no exige que en las lesiones personales la prohibición del ejercicio de la profesión sea por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad (art. 340 C. P.). Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación Discrecional. Fecha: MAYO 25 DE 1995. Decisión: Inadmite el recurso de casación excepcional. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Chocontá. Acción: Peña Prieto, Saúl. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 10431. Publicada: Si..... 1025

TERMINO / CASACION

Nada se opone a que el defensor de varios procesados presente una sola demanda de casación a nombre de todos ellos cuando los motivos de impugnación son comunes. Pero si el actor opta por esta alternativa, debe tener en cuenta que los traslados se corren separadamente para cada procesado, puesto que son personales, y que la demanda, para que sea oportuna respecto de todos ellos, debe ser presentada dentro del término del primer traslado, no después de su vencimiento, porque para entonces habrá precluido para el primero la oportunidad de sustentar el recurso, y así sucesivamente, según el momento de presentación del escrito. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Auto Casación. Fecha: MAYO 31 DE 1995. Decisión: Declara desierto y declara ajustada otra. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Medardo, Héctor, Moreno Castillo, Nelson Evencio, Moreno Castillo, Luis Enrique. Delitos: Tentativa de homicidio, homicidio. Proceso: 10413. Publicada: Si..... 1031

Págs.

CASACION /

Al no cumplirse el requisito de punibilidad requerido por la norma para la aceptación del recurso, no podía el Tribunal admitirlo. Ni siquiera podía hacerlo, pues la conexidad que habilita la impugnación en relación con delitos que tienen pena inferior a la exigida, está referida a conductas imputadas al procesado, de manera alguna a infracciones por las cuales no se le juzga. Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Auto Casación. Fecha: MAYO 31 DE 1995. Decisión: Declara nula la admisión del recurso y declara ajustada otra demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Acción: Rosero Bermúdez, Héctor Fabio, Tapasco González, Francisco Ferney. Delitos: Homicidio agravado, Falsa denuncia, encubrimiento. Proceso: 10365. Publicada: Si..... 1034

PENA / LESIONES PERSONALES CULPOSAS / CASACION / CASACION DISCRECIONAL

1. La pena privativa de la libertad que contempla el artículo 336 del Código Penal reúne los requisitos del quantum punitivo que establece la ley adjetiva para la procedencia del recurso extraordinario de casación. Sin embargo, en el asunto bajo examen y conforme a lo reglado en el artículo 340 del estatuto anteriormente citado, a la pena privativa de la libertad que regula el primer precepto se le deben hacer las respectivas deducciones penológicas por tratarse de lesiones culposas, cuya disminución oscilará entre las cuatro quintas a las tres cuartas partes, lo que genera que cuando se trate de conductas ilícitas culposas que hayan ocasionado la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, la pena privativa de la libertad se fijará entre el mínimo y el máximo de 24 a 30 meses de prisión.

El quantum punitivo de la infracción no se ajusta a lo exigido por la norma procesal para esos efectos, es decir, que el delito tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años.

2. Jurisprudencialmente se han establecido requisitos generales y específicos que se deben reunir para que la Corte pueda decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional. Sobre los requisitos generales se ha dicho que esta impugnación especialísima procede contra sentencia de segunda instancia, ataque que ha de intentarse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación del fallo por cualesquiera de los sujetos legitimados para ello, como el Procurador General de la Nación, su Delegado o el defensor del sentenciado.

Y como exigencias específicas se ha establecido que el impugnante debe fundamentar con claridad las razones que lo llevan a acudir a esta vía especialísima; el de indicar la necesidad del pronunciamien-

Págs.

to de la Sala cuando el recurso tenga la finalidad de fijar el alcance de una norma o la interpretación de doctrinas contrapuestas, en cuyo caso solo procederá cuando exista vacíos jurisprudenciales. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Recurso de Hecho. Fecha MAYO 31 DE 1995. Decisión: Deniega el recurso de casación y no admite el recurso de casación excepcional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Castro Manrique, Luis Enrique. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 10538. Publicada: Si..... 1037

APERTURA DE INVESTIGACION

El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal señala los requisitos de toda denuncia que se formule ante la autoridad, entre los cuales se destaca la relación detallada de los hechos que conozca el denunciante.
A su turno, el artículo 319 ibídem establece los presupuestos de la investigación previa y la finalidad de la misma, en tanto que el artículo 327 señala los eventos en que procede decisión inhibitoria.
Aunque en nuestra legislación procesal penal no existe norma que señale de manera concreta en qué casos debe iniciarse proceso penal, la confrontación de las distintas hipótesis de decisión aludidas permite sostener que ello procede ante prueba indicativa de la probable existencia de un hecho punible y la identificación o determinación de alguno de sus autores o partícipes.
La anterior conclusión supone, entonces, que el objeto de averiguación esté determinado o pueda llegar a estarlo, y que revista, así sea con carácter de simple probabilidad, contornos de ilicitud. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Unica instancia. Fecha: JUNIO 1º DE 1995. Decisión: Se abstiene de iniciar investigación sumarial. Precedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Elias Nader, Jorge Ramón. Proceso 10387. Publicada: Si..... 1043

DERECHO DE DEFENSA / DEFENSA TECNICA

Es evidente que la constitucionalización del derecho a la defensa técnica para la etapa del sumario está llamada a producir efectos concretos sobre los procesos tramitados en vigencia de la nueva Carta y, como secuela de ellos, su ausencia vicia el procedimiento en materia grave hasta el punto de generar uno de los motivos de nulidad recogidos por el numeral 3 del art. 304 del C. P. P.
El carácter dual de la defensa en el proceso penal, su desenvolvimiento en defensa técnica y material, surge, como lo señalan varios autores, del hecho de que por regla general (excepción hecha de algunas muy precisas actuaciones como los recursos extraordinarios) el derecho de postulación se ejerce de manera simultánea por el abogado defensor

Págs.

y por su asistido y de que la idoneidad y el consejo profesionales que supone dicha asistencia constituyen presupuestos para el ejercicio de la mayor parte de actuaciones que encarnan el derecho a ser oído y a contradecir, a pedir y a discutir sobre los hechos y sobre el derecho aplicable.
La protección, así concebida, no constituye un vano formalismo sino una garantía llena de sentido y es por ello que la Carta actual, a diferencia del impreciso mandato de la anterior, exige que una y otra coexistan durante todo el procedimiento, es decir, durante la investigación y el juicio. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 1° DE 1995. Decisión: Casa y concede libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Mur Galindo, José Leonel. Delitos: Homicidio imperfecto, homicidio agravado. Proceso: 9025. Publicada: Si. Aclaración de voto: Doctores. Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez 1046

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional que cita esta providencia no podían ser más contundentes y limitativos: Ni aún en la diligencia de la indagatoria se podrá encargar ahora la representación del imputado a una persona honorable, a falta de abogado titulado o de un avanzado estudiante de derecho, y si ese es el alcance que con autoridad le da el órgano competente para interpretar la Carta a la enunciada garantía, ninguna otra interpretación, por esmerada y bien intencionada que ella sea, podrá intentar el juez por encumbrada que sea su jerarquía para habilitar el inmediato acceso del imputado a la justicia.
La Corte Constitucional se ha pronunciado, y frente a su criterio no es a la doctrina no a la jurisprudencia sino a otros estamentos del Estado a quiénes corresponde salvar tan protuberante escollo, quedando en manos del Gobierno Nacional, de la Defensoría Pública, de la Fiscalía y del Congreso, y desde luego asumiendo su responsabilidad política, la provisión inmediata y eficaz de los medios que garanticen la operancia de la administración de justicia en materia penal en el más extenso ámbito del territorio nacional. Aclaración de voto: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 1° DE 1995. Poceso: 9025. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar 1062

Págs.

DEFENSA TECNICA
(Aclaración de Voto)

Es claro que la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela No. su -044/95 hizo un anticipo sobre la inconstitucionalidad del artículo 148 del C. de P. P. en cuanto autoriza el nombramiento de un ciudadano como defensor pese a tratarse de un iletrado.
Esta decisión va a crear una situación verdaderamente caótica en la justicia y hubiera sido deseable que la Sala alertara a los funcionarios encargados de buscarle una solución al problema, puesto que hoy en día la defensoría pública no está implementada en todo el territorio nacional y en la mayoría de las regiones del país la defensa de oficio es un imposible por ausencia de abogados titulados. Aclaración de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 1° DE 1995. Proceso: 9025. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar..... 1066

DEFENSA TECNICA
(Salvamento de Voto)

Otra vez se plantea en Sala el asunto -harto crucial- de la nulidad por ausencia de defensa técnica en la etapa sumarial amén de un hipotético juicio de Inconstitucionalidad del artículo 108 del C. de P.P. y una vez más tengo, que manifestar mi desentimiento radical y respetuoso frente a esa mentalidad. Y como tengo definida hace mucho rato mi posición personal sobre este asunto no tengo opción o escogimiento distinto a exponer mi criterio discrepante contra la razón colectiva de la Sala. En estos temas como en otros muchos me siento iconoclasta. A veces incurro en la mala costumbre de rebellón cuando los argumentos ajenos no me convencen, ni me persuaden, ni me catequizan. Lo que hallo muy natural y hasta obvio, siempre, y ahora más que nunca. Reitero, pues, lo escrito por mí en otras ocasiones, mudando lo que se debe mudar... Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 1° DE 1995. Proceso: 9025. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar..... 1068

ERROR DE HECHO

De manera reiterada la Corte ha dicho que se incurre en error de hecho cuando las pruebas se ignoran o suponen (falso juicio de existencia), o cuando se desfigura su contenido objetivo (falso juicio de identidad).
La sentencia de segunda instancia tiene carácter definitivo, en cuanto contra ella ya no procede ningún recurso ordinario, y además está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, de manera

Págs.

que el debate propio de las instancias ya ha terminado, y la única forma de atacarla es por la vía extraordinaria que ofrece la casación, en donde solo son demandables errores in iudicando o improcedendo, no simples pareceres o formas diferentes de valorar las pruebas, ya que en definitiva la apreciación que haga el fallador respetando las reglas de la sana crítica es la que prima. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 1° DE 1995. Decisión: No Casa. Procedimiento: Tribunal. Ciudad: Nacional. Acción: Moreno Bermudez, Eduardo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 8775. Publicada: Si..... 1074

RECURSO DE HECHO / TERMINO

Cuando el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal regula el trámite del recurso de hecho, permite deducir que al recibido de las copias se le corra traslado por tres días al procesado para que entre a sustentarlo con la expresión de los fundamentos que le sirven de soporte.
Vencido el plazo se resolverá de plano, pero si el recurso no fuere sustentado en tiempo, la opción única que queda es desecharlo. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Recurso de hecho. Fecha: JUNIO 2 DE 1995. Decisión: Desecha el recurso de Hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Acción: Marín Orozco, Rubiela. Delitos: Peculado por apropiación, falsedad documental. Proceso: 10545. Publicada: Si..... 1085

SEGUNDA INSTANCIA

La segunda instancia es una etapa procesal que permite al juez de segundo grado revisar el fallo del a quo y, en esa actividad, puede corregir los yerros de las anteriores etapas procesales y realizar la respectiva valoración probatoria en la cual puede apartarse total o parcialmente del fallo que es material del recurso de alzada. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 6 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Charris Sanjuanero, Jorge Alfonso. Delitos: Estafa. Proceso: 9080. Publicada: Si..... 1089

LIBERTAD PROVISIONAL

Ha dicho reiteradamente esta Sala que en el trámite del recurso de casación, solo puede atender peticiones de libertad provisional por la causal antes mencionada (numeral 2o. del artículo 55 de la Ley 81 de 1993) o por pena cumplida, más no tiene competencia para ordenar la liberación definitiva del procesado, aún en el segundo caso, pues

Págs.

aquella se haya radicada en el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al tenor del artículo 510 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación -Libertad-. Fecha: JUNIO 7 DE 1995. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Ramírez Dusán, Guillermo León. Delitos: Concusión. Proceso: 9909. Publicada: Si..... 1099

PRUEBA

El proceso penal admite libertad probatoria inclusive en los aspectos relacionados con el estado civil de las personas. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Fecha: JUNIO 8 DE 1995. Decisión: Declara la extinción de la acción por muerte. Acción: Cárdenas Vargas, Rodolfo. Proceso: 8956. Publicada: Sí..... 1102

LIBERTAD PROVISIONAL / COLISION DE COMPETENCIA

La libertad provisional solo puede tener operancia mientras no se haya resuelto de manera definitiva la situación jurídica del procesado, que es precisamente lo que se hace mediante el fallo que pone fin al proceso.
2.- Conviene clarificar que a pesar de lo dispuesto en el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, si es factible que se presenten conflictos de competencia aún después de culminada la etapa de juzgamiento, pues puede ocurrir que dos o más funcionarios se disputen la competencia para conocer de todo aquellos aspectos relacionados con la ejecución de una determinada pena, o se nieguen a conocer de ellos. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto colisión de competencias. Fecha: JUNIO 8 DE 1995. Decisión: Declara que no existe en rigor jurídico colisión de competencias. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Bolaños Torres, Orlando. Proceso: 10254. Publicada: Si..... 1104

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / EMBRIAGUEZ

Es verdad que el licor, al igual que cualquiera otra sustancia tóxica, causa diversos efectos en quiénes lo ingieren, efectos que dependen no sólo de la naturaleza y cantidad de la sustancia ingerida, sino también de la constitución sico-física del sujeto. Esto explica por qué hay personas que con pequeñas dosis de alcohol se embriagan, mientras que otras para llegar a tal estado que requieren de cantidades mucho mayores.
También es cierto que la embriaguez se ha previsto como circunstancia específica de agravación de los delitos de homicidio (art. 330.1) y lesiones personales (art. 341) debido a los efectos nocivos que esta

Págs.

produce en la actividad sicomotora del ebrio, los cuales incrementan la posibilidad de causación del resultado dañoso. La claridad a este respecto de las dos normas citadas, permite establecer que la agravante no consiste en la embriaguez abstractamente considerada, sino en la circunstancia de que al momento de cometer el hecho, el autor del mismo se encuentre "bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica". Obvio es que si la embriaguez no tuvo ninguna relación causal con el homicidio o las leciones personales, ella no puede tenerse en cuenta para nada, tal como sucedería si un puente, que no amenaza ruina y en relación con el cual no existe ninguna señal o advertencia de peligro, se desploma mientras pasa por él un vehículo conducido por un ebrio, y a consecuencia de ello resultan muertos o heridos algunos de los pasajeros. No cabe duda que en este caso la embriaguez no influyó en forma alguna en el derrumbamiento del puente, que de todas maneras se habría ido al suelo aunque el conductor fuera sobrio.
Es cierto, igualmente, que un dictamen pericial, en principio, es la mejor prueba que puede presentarse en relación con el estado de embriaguez en que pueda encontrarse una persona, pero de ello no puede concluirse que esta sea la única forma de establecer dicho aspecto, pues ante la libertad probatoria consagrada en el artículo 253 del C. de P. P., es claro que el juzgador puede acudir a todos los medios de convicción obrantes en el proceso. Magistrado ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 8 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Acción: Orjuela Mantaña, Héctor Enrique. Delitos: Lesiones personales culposas, homicidio culposo. Proceso: 9090. Publicada: Si..... 1108

ACCION DE REVISION / NULIDAD

La acción de revisión, su finalidad, es la de remediar un yerro judicial como excepción al principio, de la cosa juzgada; mientras que el instituto de la nulidad opera cuando el juzgador comete un error in procedendo que compromete la validez del juzgamiento al socavar la estructura del proceso por violación de algunas garantías judiciales que contempla la preceptiva constitucional o legal cuya solicitud de declaratoria y trámite se surten en la etapa procesal pertinente dentro del proceso penal y en el recurso extraordinario de casación. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Acción de Revisión -Reposición- Fecha: JUNIO 12 DE 1995. Decisión: No repone. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Acción: Sierra Rojas, Juan Alberto. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 10384. Publicada: Si..... 1125

Págs.

CASACION / DESISTIMIENTO

Obedeciendo el mandato del artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, el pedimento de desistimiento del recurso extraordinario de casación, resulta por extemporáneo inacogible, pues una vez ingresa un determinado asunto o despacho para decisión, se hace imposible interferir por la sola voluntad del recurrente la solución que en derecho corresponda. Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación. Fecha: JUNIO 13 DE 1995. Decisión: Inadmite el desistimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Armenia. Acción: Rosales Vallejo, Luis Humberto. Proceso: 9190. Publicada: Si..... 1131

RESPONSABILIDAD PENAL / ORDEN DE SUPERIOR / DOCUMENTO PUBLICO

El artículo 91 de la Carta Política hace referencia a lo que se ha denominado responsabilidad constitucional y se refiere a aquellos actos de cualquier autoridad que vulneren la Constitución en detrimento de alguna persona al cercenarle un derecho fundamental, lo que hace responsable tanto penal, civil, administrativa y disciplinariamente, sin que pueda alegar en su favor que recibió mandato superior e incluso legal.

La anterior preceptiva constitucional tiene su razón de ser dentro del esquema jurídico del Estado Social de Derecho, que pretende dirigir su cumplimiento dentro de los límites coherentes y racionales que lo orientan.

La estructura burocrática del Estado gira en torno al principio de jerarquización de su órgano en los que uno, por su propia naturaleza, expiden mandatos y otros se encargan de ejecutarlos, quedando por ello el personal sometido a un orden jerárquico determinado por la facultad de mandar y el deber de obediencia.

Esta estructura jerárquica reclama, entonces, el establecimiento de formalidades y rigorismos que deben tener las ordenes expedidas para que adquieran un carácter vinculante, del cual se desprenda la posibilidad de determinar responsabilidades penales y disciplinarias, ante su desobedecimiento o incorrecta ejecución.

Pero cuando el contenido de una orden se manifiestamente contrario a derecho, el funcionario público debe abstenerse de cumplirla, so pena de que al realizar la actuación contenida en el mandato se deriven consecuencias punibles, caso en el cual, responderá al igual que su superior.

Por su parte, la orden como justificante, cuya previsión legal se encuentra en el artículo 29 numeral 2o. del Código Penal, contiene en si misma unos requisitos que obligan examinar si el mandato es legítimo.

De lo anterior se desprende que, en uno y otro caso, la orden debe ser legítima; que aún cuando se emita con las formalidades legales,

Págs.

si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demandan un Estado de Derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodeen el hecho al momento de su ejecución.

Admitir que se pueda actuar contrario a derecho cuando lo que se infringe es una norma de carácter legal y no Constitucional, atenta no sólo contra el ordenamiento jurídico, sino contra el respeto a las garantías fundamentales de los asociados quienes, ante tal supuesto, se verían avocados a soportar las consecuencias de actos ilícitos pero "justificados" cuando ellos no conculquen disposiciones de rango constitucional.

Un documento público suscrito por funcionario oficial en su alcance probatorio hace fe de su otorgamiento, fecha y contenido, con respecto a la existencia, modificación o extinción de intereses jurídicos que con el mismo se busca acreditar. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: JUNIO 13 DE 1995. Decisión: Revoca sentencia absolutoria y condena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Acción: Suárez Daza, Alvaro Rafael, Ruiz Romo, Jairo José. Delitos: Falsedad material de particular en documento público. Proceso: 9785. Publicada: Si..... 1134

DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA

Plurales son las disposiciones que en la ley de procedimiento advierten la necesidad de que el imputado, aún antes de su vinculación formal, sea enterado sobre la razón que lo ha llevado a comparecer a la justicia. Así, por caso, cuando se libra una orden de captura es necesario que en ella se indique su motivo (art. 387 C. de P. P.), para que al momento de concretarse pueda saber el aprehendido la causa que la justifica; en concordancia con esta disposición la norma precedente (art. 377) impone el deber de enterar de forma inmediata al retenido, antes incluso de su derecho de entrevistarse con un defensor, de enterar a sus allegados su localización o conocer de la opción de dar una versión preliminar, e incluso su derecho a no ser incomunicado, el de saber "sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó.

Citado a indagatoria, constituye también deber inexcusable del funcionario que la recibe el de interrogar al imputado, luego de sus generales de ley, "en relación con los hechos que originan su vinculación", obligación que no consiste en señalarle por su denominación jurídica las infracciones que se le atribuyen, sino en solicitarle explicaciones sobre los "hechos" que le involucran o la conducta en que se compromete, sobre la cual recaerá esa valoración jurídica provisional e inmediata que irá a realizar el instructor al definir mediante autos su situación frente al proceso.

Págs.

Y es que lo anterior no podría ser de otra manera, pues cuando el indagado es lego en asuntos de derecho, sus posibilidades defensivas y de explicarse podrían perfectamente restringirse con solo proponerle que explique su conducta en relación con un delito que se le enuncia por el epígrafe del título, capítulo o artículo del código, si quien debe responder ignora en qué consiste o cuales son los elementos que lo integran, sobre los cuales tendrá que darse la ocasión de rendir explicaciones con la amplitud que indica el artículo 362 ibídem.
Pero cuando se le pregunta a un letrado o a una persona experta en materias penales y procesales, tampoco podría exigirse que las preguntas se excedan o tengan que aproximarse poco menos que a un debate jurídico pormenorizado, porque lo esencial en cada caso será brindar al indagado la oportunidad de conocer cual es el ámbito de la imputación y sobre él mismo rendir las explicaciones que a bien tenga. Magistrado ponente: Dr. Juan manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: JUNIO 14 DE 1995. Decisión: Deniega nulidad. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Peñas Guerra, José Ascanio. Delitos: Prolongación ilícita de la libertad. Proceso: 10224. Publicada: Si..... 1160

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / CONTRAVENCION

La inconsonancia se presenta en forma diáfana, al desbordar la sentencia el pliego de cargos y condenar al procesado adicionando una circunstancia de agravación modificadora de la punibilidad que no le fue imputada en forma clara y específica en la resolución de acusación.
Al ser derogado el procedimiento sobre contravenciones especiales previsto en el Decreto 522 de 1971, por la Ley 23 de 1991, los jueces perdieron la competencia para conocer de dichas faltas, como quiera que no hay disposición que así lo establezca, y por el contrario el Decreto 800 de 1991 consagra la concurrencia de delitos y contravenciones como motivo de rompimiento de la unidad procesal (Sentencia de casación de Sep. 9/93. M. P. Drs. Saavedra y torres Nov. 16/94 M. P. Dr. Calvete Mar. 2/95 M. P. Dr. Torres)
Es evidente que al adicionar cargos en el fallo el juez no está dictando una resolución de acusación, sino una sentencia incongruente con dicha resolución.
La sentencia no se vuelve resolución de acusación por el hecho de que alli se condene por cargos no previstos en la providencia enjuiciatoria, sigue siendo sentencia, aunque eso si inconsonante, y esta irregularidad se demanda en casación al amparo de la causal segunda.
Ahora, lo anterior no excluye la posibilidad de que cuando la incongruencia afecta el derecho a la defensa, en el sentido de que sorprende al acusado con un cargo no imputado ni debatido, ese error se demanda por la causal tercera. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete

Págs.

Rangel. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 14 DE 1995. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Acción: Patiño Bolaños, Jorge Aleixo. Delitos: Lesiones personales, homicidio agravado. Proceso: 8423. Publicada: Si. Salvamento parcial de Voto: Doctores. Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla..... 1168

DELITOS CONEXOS / CONTRAVENCION / COMPETENCIA (Salvamento Parcial de Voto)

El Código de Procedimiento Penal señalo que de los hechos punibles conexos cometidos a diversas competencias conocerá el funcionario de mayor jerarquía (art. 89) y que el Código Penal establece que son hechos punibles los delitos y las contravenciones. Salvamento parcial de Voto: Doctores: Carlos Eduardo Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 14 DE 1995. Proceso: 8423. Publicada: Si. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel..... 1193

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

Si se desconoce que un sujeto anda armado y sometido a requisa nada se le encuentra en su poder, pues obvio resulta que ningún delito podrá imputársele ante la total ausencia de prueba sobre el porte ilegal de armas. Pero cuando el porte del arma -o de cualquier sustancia prohibida- está plenamente demostrado, la simple circunstancia de que el sujeto logre deshacerse de ella y por tanto, al ser requisado no se encuentre en su poder el elemento prohibido que inmediatamente antes del registro llevaba consigo, es un aspecto que en nada incide en la adecuación típica de esta conducta.

De conformidad con el decreto 2535 de 1993, "Cada una de las armas de fuego existentes en el territorio nacional en manos de los particulares, debe tener un (1) permiso para tenencia o para porte" (art. 20), lo que en otros términos significa que en Colombia es prohibido portar armas de fuego (sólo se exceptúan de esta prohibición las armas largas de pólvora negra, incluídas las escopetas de fisto (-art. 25-), ya sean éstas de defensa personal o de uso privativo de la Fuerza Pública, si no se posee el permiso correspondiente. Y la violación a esta prohibición constituye delito.

Ahora bien. Cuando el arma que se porta es de uso exclusivo de la Fuerza Pública, la pena para el delito de porte ilegal, por esta única consideración, es mucho más severa, y como quiera que dentro de las armas de fuego sólo son consideradas como de uso exclusivo de la Fuerza Pública las que reúnan determinadas características (art. 8 ibídem), es obvio que para responsabilizar a una persona de este específico ilícito de porte ilegal de armas de guerra o de uso privativo

Págs.

de la Fuerza Pública, es indispensable establecer si el arma ilegalmente portada reúne estas condiciones especiales.
Más cuando se trata del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal o de uso civil como las denomina el decreto que se ha venido citando, como quiera que esta clase de armas no requiere de ninguna característica especial, basta con demostrar que el arma portada, incáutece o no, es de fuego y que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el art. 25 ya citado. Magistrado ponente: Dr. Fernando Arboleda, Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 14 DE 1995. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Acción: Tangarife Jiménez, Manuel Salvador. Delitos: Porte de armas de defensa personal, homicidio. Proceso: 9094. Publicada: Si..... 1196

LIBERTAD PROVISIONAL / COLISION DE COMPETENCIA

Una vez más ha de precisar la Corte que con motivos 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 sobre peticiones de 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 como lo establece la ley (en un término máximo de tres días -art. 55 de la ley 81 de 1993-), por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera de que el competente decida el incidente. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión -Libertad- Fecha: JUNIO 14 DE 1995. Decisión: Se abstiene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Acción: Castillo Perdomo, Salomón. Proceso: 10604. Publicada: Si..... 1212

REFORMATIO IN PEJUS

El artículo 31 de la Carta es una norma de derecho sustancial por lo que, dada esta especial naturaleza, una violación a su tenor es atacable por la vía de la causal primera de casación, cuerpo inicial, a lo que es lo mismo, como violación directa puesto que cualquier conflicto que sobre ella se presenta recae sobre su contenido sin que haya lugar a observaciones sobre el recaudo probatorio o los hechos materia de investigación.
Un planteamiento adecuado del problema se debe hacer citando como transgredido el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, precepto de índole sustancial reformado por el artículo 34 de la Ley 81

de 1993, encargado de recoger y desarrollar el artículo 31 de la Constitución Política.

La norma en referencia tiene como fin ponerle un límite al poder punitivo del Estado cuando el inconforme con la decisión únicamente es el condenado. Si él es, el único recurrente, sin ningún otro sujeto procesal ha demostrado su desacuerdo con el fallo de primer grado, no corresponde a la equidad que se le agrave su situación en la segunda instancia so pena de atropellar la disposición constitucional. Por ello, se prohibe al ad quem realizar variación o modificación alguna que lesione los intereses del inculpado apelante.

No existe ningún problema cuando se trata de un solo procesado. Tampoco cuando siendo un número plural, todos recurren el fallo del a quo por habérseles dictado sentencia condenatoria. Comoquiera que recibieron un perjuicio común, el Tribunal deberá examinar los aspectos impugnados. Cualquier otra situación que agrave sus intereses debe ser desechada pues de no confirmarse la sentencia del inferior su reforma solo puede hacerse en beneficio de los apelantes.

La dificultad se suscita cuando la decisión cuestionada ex mista donde algunos imputados son declarados responsables, mientras los restantes son favorecidos con la absolución. Si los condenados recurren y son absueltos se muestran conformes con la decisión, como es apenas llano entenderlo, pueden suceder entre otras posibilidades -aparte de la tarea que correspondería en torno al control de legalidad de las penas, por ejemplo- las siguientes:

a. Que se confirme la sentencia;

b. Que se revoque absolviendo a los condenados;

c. Que se reforme condenando a los absueltos.

En las dos primeras hipótesis no se presenta dificultad alguna pues los interesados de todos los procesados no se verían afectados. En el tercer supuesto -que es la materia del presente asunto- es claro que a los favorecidos con la sentencia de primera instancia, se les desmejoró su situación al dictarles el superior un fallo condenatorio. La pregunta que surge de inmediato es si éste podía tomar tal determinación sin violar el artículo 31 Superior?. Al respecto caben la siguientes precisiones:

Se advierte por la lectura del texto del artículo precitado, en su segundo inciso, que el superior no podrá agravar la pena cuando el condenado sea apelante único. Con una interpretación estrecha de su contenido podría pensarse que la norma se refiere solamente a los casos en que existe un solo condenado pues en la hipótesis de ser varios, la limitante no se impondría. Empero, una tal explicación contraria al espíritu del canon constitucional.

Demostración fehaciente de ello se dió con la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Penal que hizo posible el desarrollo legal del precepto. En su artículo 217 se precisó que en el evento de un fallo condenatorio no se podría agravar la pena impuesta "... salvo que el Fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuan-

Págs.

do tuviera interés, la hubiera recurrido". Con ello se especificaba que la prohibición constitucional se refería a los condenados, en general, sin importar su número, por lo que la restricción operaba solamente cuando cualquiera de las otras partes recurrieran de la sentencia condenatoria. Para evitar equívocos el legislador se preocupó por nombrarlas taxativamente, sin incluir a los procesados no recurrentes.
Así, e independientemente de si todos o algunos de ellos recurren a la decisión de primera instancia, a ninguno de éstos se le puede agravar su situación jurídica. Esto es inconcuso según las voces del mandato constitucional precitado. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia Casación discreciona. Fecha: JUNIO 14 DE 1995. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Juzgado 1º Penal del Circuito. Ciudad: Tunja. Acción: Soto Bulla, Carlos Emilio, Gambesica Rodríguez, María Leonor. Delitos: Injuria. Proceso: 8855. Publicada: Si..... 1215

LIBERTAD CONDICIONAL / COMPETENCIA

Es al funcionario judicial a quien corresponde por mandato legal el análisis de los requisitos previstos por la ley para el otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional o por esta vía la libertad provisional, siendo indispensable entre las exigencias de índole subjetivo el estudio concerniente a la personalidad, la cual involucra el comportamiento en todas las facetas del individuo que permitan inferir la procedencia de su retorno al núcleo social.
Es claro que en el trámite del recurso de casación susceptible la presentación de solicitudes de libertad provisional, sustentadas obviamente en las causales legales que resultan admisibles en esta sede, frente a las cuales la respuesta de la Corte deviene a través de un auto interlocutorio contra el cual solamente es posible el recurso de reposición, toda vez que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia y esta Corporación careces de superior jerárquico, pues, es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 de la Constitución Política).
De otra parte, el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal señala expresamente los recursos ordinarios que proceden contra las providencias proferidas dentro del proceso penal, ésto es, el de reposición, apelación y de hecho, de manera que lo relativo a estos medios de impugnación está regulado expresamente por el Decreto 2700 de 1991. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Auto Casación. Fecha: JUNIO 15 DE 1995. Decisión: Niega la prueba, rechaza el recurso de súplica. Acción: Aparicio Gómez, José Angel. Proceso: 9872. Publicada: Si..... 1226

Págs.

RECURSO / AUTO DE SUSTANCIACION

El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal dispone que de hallar la Corte ajustado el libelo a los requisitos de forma a que se refiere el artículo 225 ibídem, dispondrá tan solo el traslado al Procurador Delegado por el término de -20 días; para que emita concepto. Súmase a lo dicho, que el auto en cuestión no se encuentra enlistado en el artículo 186 del Estatuto rituario que refiere a "Las providencias que deben notificarse", lo que conlleva a ubicarlo dentro de la regla prevista en el inciso final de dicha norma, según la cual "... las providencias de sustanciación no enumeradas en el inciso anterior o no previstas de una manera especial, serán de cumplimiento inmediato y contra ellas no procede recurso alguno".
La naturaleza misma del auto de sustanciación descarta que al omitirse esa consuetudinaria labor de notificación se afecten las garantías debidas a los sujetos procesales que por el contrario permanezcan incólumes, tanto porque el traslado en mención es exclusivo para el Procurador Delegado en forma tal que no se afecten los intereses de los demás sujetos procesales, como porque al surtirlo a partir del día siguiente del auto que lo dispone, se materializan los principios de preclusión y celeridad que se imponen dentro del proceso penal como una expresión más del debido proceso. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto Casación-Reposición-. Fecha: JUNIO 16 DE 1995. Decisión: Se abstiene de decidir. Acción: Vélez Pardo, Rodrigo. Proceso: 10539. Publicada: Si..... 1230

SECUESTRO / FAVORECIMIENTO

El artículo 7o. de la Ley 40 de 1993, luego de la inexequibilidad de su inciso 2o. decretada en fallo de abril 28 de 1993 de la Corte Constitucional, sanciona a quien teniendo conocimiento de un delito de secuestro y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad, o sea a entorpecer la investigación correspondiente.
El artículo 8o. del susodicho estatuto se refiere a los casos -excluído el concurso- en que se oculte, ayude a ocultar o asegurar, o se utilice el producto de un delito de secuestro.
El evento del artículo 16 que incluye como sujeto activo a un servidor público, tiene como verbos rectores los de facilitar, promover o colaborar, referidos siempre al "pago de rescate por la liberación de una persona secuestrada". Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica instancia. Fecha: JUNIO 16 DE 1995. Decisión: Se inhibe de iniciar investigación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Rojas Cuesta, Angel Humberto. Proceso: 10359. Publicada: Si..... 1233

Págs.

IMPEDIMENTO / HABER SIDO APODERADO

Es evidente que nuestra legislación procesal contempla como causal impedida para conocer de una determinada actuación, el hecho de que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Revisión -Impedimento-. Fecha: JUNIO 20 DE 1995. Decisión: Acepta el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Acción: Castillo Desalvador, Pedro. Delitos: Homicidio. Proceso: 9252. Publicada: Si..... 1238

REPOSICION

Los puntos nuevos se refieren exclusivamente a las nuevas determinaciones tomadas por el juez en la parte resolutiva de la providencia que define un recurso de reposición, no a la motivación que se aduzca para responderlo. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: JUNIO 21 DE 1995. Decisión: Se abstiene de resolver. Acción: Valencia Bravo, Ricardo, Romero, Agustín, Ricaurte Barreto, Ovidio. Niño Mendoza, Orlando. Proceso: 10305. Publicada: Si..... 1241

DEMANDA DE CASACION

La demanda, como su nombre lo indica, no es una simple petición que se formula ante el juez en ejercicio de una acción, sino la impugnación extraordinaria de la sentencia con la que se ha puesto fin al proceso en las instancias.

Ello indica que sujeta a un determinado rigorismo formal sistematizado en el artículo 225 del C. de P. P., donde se exige debe formularse de manera comprensible, explicando los fundamentos jurídicos y fácticos de la causal o causales que se aducen en procura de la revocación del fallo acusado, indicando y demostrando los errores que hubiera podido cometer el sentenciador en la evaluación de la prueba, si la objeción se centra en este aspecto, y las implicaciones jurídicas de tales errores en la decisión que se cuestiona.

No basta, para que la demanda se tenga por completa e inteligible, con enlistar unos errores de apreciación del material probatorio, sin demostrarlos y sin probar así mismo que de no haberse cometido tal error el fallo se habría producido en otro sentido o con distintos alcances, pues si el discurso a ello se limita, queda reducido a un catálogo de afirmaciones carentes de sustentación, que no puede la Corte completar para hacerle surtir las silenciadas consecuencias jurídicas que pudo haber considerado en su mente el demandante.

De la misma manera, cuando se trata de irregularidades sustanciales cometidas en el trámite del proceso, violadoras de alguna de la ga-

Págs.

rantías fundamentales consagradas en el artículo 29 de la C. N., ellas deben indicarse y precisarse, siendo además imperativo demostrar la incidencia que tuvieron respecto de esas garantías. De no redactarse el escrito con atención a estos mínimos presupuestos de una demanda técnico-jurídica, como es la de casación, en donde lo que se exige es un juicio en derecho a una decisión judicial amparada por la doble presunción de acierto y de legalidad, tendrá que calificarse tal escrito como demanda incompleta, imprecisa e inepta para los fines propuestos con la consecuente decisión de rechazo. Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha JUNIO 21 DE 1995. Decisión: Rechaza in límine. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. No Acción: Castañeda Ospina, Aníbal, Castañeda Ospina, Alvaro. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 10304. Publicada: Si..... 1243

RECURSO DE HECHO / CASACION

Estuvo bien que la anotación "apelo" puesta por el procesado en el momento de la notificación de la sentencia de segunda instancia fuera entendida como el propósito de recurrir en casación.
Pero lo que no es aceptable, es que el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio mediante el cual se declaró desierto el recurso de casación por falta de presentación de la demanda, se convierta por voluntad del Magistrado Ponente en recurso de hecho. La razón es elemental. Contra esa providencia no procede el recurso de hecho.
De acuerdo con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de hecho procede "contra la providencia que deniegue el de casación".
El auto por medio del cual se declara desierto el recurso de casación queda ejecutoriado el día en que sea suscrito por la Sala, en virtud de lo dispuesto en el artículo 197 del estatuto procedimental. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Recurso de Hecho. Fecha: JUNIO 21 DE 1995. Decisión: Anula lo actuado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Acción: Montoya Agudelo, Jorge. Delitos: Homicidio. Proceso: 10549. Publicada: Si..... 1249

PREVARICATO / AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO / CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA / INDEMNIZACION

Yerra el Tribunal a-quo cuando sustrae al Agente del Ministerio Público como sujeto activo del delito en examen, pues prevarica tanto el Juez o Magistrado, como cualquier empleado oficial que traiciona la función pública que se le ha encomendado al emitir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. El empleado oficial que

Págs.

así obra, sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, en favorecimiento o perjuicio de otro o por simple arbitrariedad. Y así como dentro del término de "resolución" como medio para atentar contra la administración pública quiso el legislador incluir las sentencias y los actos y en general todo acto escrito que se genere en uso de las funciones públicas y que tiendan a la decisión de un punto, del mismo modo dentro de la aceptación de "dictamen" se incorporan los conceptos que es la denominación que adquieren los actos a través de los cuales se hace conocer la voz del Ministerio Público como sobresaliente auxiliar de la Administración de Justicia en la consecución de sus fines.

No en vano se ha considerado que, materialmente, el Ministerio Público cumple la misma función que el Juez, pues la persecución penal lo mismo que el fallo y las faces que lo anteceden, son funciones jurídicas que competen a órganos del Estado: los dos son funcionarios públicos designados y organizados con propias funciones para administrar justicia, que se resumen en la labor de averiguar la verdad histórica y materializar la ley sustantiva, para cuyos fines se han expedido las normas de procedimiento penal. Tan sólo desde el ángulo puramente formal tienen dividido su rol, pues mientras que los dictámenes y conceptos tienen connotación de requerir, los del otro tienen carácter decisorio

En consecuencia, tiénese que el Agente del Ministerio Público es poseedor de la investidura calificada que la ley prevé en la estructura del prevaricato, al cual adecúa su conducta cuando, en ejercicio de sus funciones, emite opinión, dictamen o concepto contrariando marcadamente la ley.

2.- Esta Sala mayoritariamente ha sostenido que la deducción de la circunstancia genérica de agravación del numeral 11 del artículo 66 del C.P. no afecta el 'non bis idem', porque no es predicable de todo funcionario público por el solo hecho de serlo, evento en el cual evidentemente se afectaría tal principio, sino de aquellos que por jerarquía o representación social merecen especial admiración y respeto de los demás asociados.

3.- No siempre el delito produce un daño material o moral reparable a través de la acción indemnizatoria, pues del mismo texto del artículo 106 y 107 ibídem se desprende como requisito "sine qua non" de la indemnización que el daño se haya "ocasionado", sólo que si no es posible su evaluación pecuniaria el juez podrá, dice la norma, fijar una indemnizaión prudencialmente. En el mismo sentido, el artículo 180 del C. de P.P. prevé la indemnización "si a ello hubiere lugar". Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: JUNIO 21 DE 1995. Decisión: Revoca y condena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad. Pereira. Procesado: Durango Gómez, Ovidio. Delitos: Prevaricato. Proceso: 9537. Publicada: Si. Salvamento parcial de Voto: Doctores. Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Valencia Martínez, Juan Manuel Torres Fresneda, Julio Rozo Rozo -Conjuez... 1253

Págs.

CONCURSO
(Salvamento parcial de voto)

Cuanto si se dá o no un concurso de infracciones del delito tipo de prevaricato delanteramente manifiesto que acompaño a la sentencia de casación cuando responde negativamente el interrogante. Ante la existencia de una unidad típica de acción presidida por un solo acto de voluntad no es dable predicar una pluralidad de hechos punibles. He entendido siempre que si diversas actuaciones aparecen abrazadas por un factor final y pertenecen a un mismo tipo de injusto, débese hablar de una unidad de acción. Salvamento parcial de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez..... 1266

SALVAMENTO DE VOTO

Por considerar que la sentencia de condena dictada contra el Doctor Ovidio Durango Gómez ha debido serlo por el concurso homogéneo de prevaricatos que le fuera imputado en la resolución de acusación, respetuosamente nos apartamos de la decisión mayoritaria en cuanto estima que el comportamiento juzgado corresponde a una única manifestación delictiva.
El raciocinio en que esta decisión se fundamenta, consistente en que la segunda intervención del Doctor Durango Gómez apuntaba a la obtención del mismo "resultado típico material" (?), al cual propendía la primera, con los mismos argumentos, solo que dirigidos al superior funcional del Juez que le negó su pedimento inicial, por lo que "su comportamiento externo, tenía dirección, subjetiva y objetiva, a la misma causación", a juicio nuestro solo toma en cuenta el control de los factores causales.
Sin que podamos discutir la validez que el aspecto apuntado tiene en la constitución del injusto -su relevancia ha sido puestade presente por las iniciales formulaciones de la tradición finalista en Derecho Penal- ello, como también se ha hecho ver en los desarrollos ulteriores alcanzados por el tema, no es suficiente...
Salvamento de Voto: Doctores Juan Fernando Torres Fresneda, Fernando E. Arboleda Ripoll..... 1268

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS /
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA
(Salvamento parcial de voto)

Mi respetuoso disenso versa sobre dos pasos de la sentencia: el relativo con la deducción de la circunstancia genérica de agravación punitiva (Nal 11, Art. 66 C. de los delitos y de las penas: Posición distinguida del delincuente", Agente del Ministerio Público); y, lo expuesto en una de las consideraciones del fallo, en relación con la imposición de la obligación de indemnizar los perjuicios causados con el hecho punible, "pues no siempre el delito produce un daño material o moral reparable a través de la acción indemnizatoria"...
Salvamento parcial de Voto: Julio E. Rozo Rozo - Conjuez..... 1270

Págs.

REPOSICION / CIERRE DE INVESTIGACION

Cuando la ley faculta a los sujetos procesales para interponer recurso de reposición contra el auto que cierra la investigación, es porque precave que en el curso de la investigación puede presentarse circunstancias que, de no ser corregidas oportunamente, eventualmente impedirían que se calificara el proceso en cualquiera de las formas previstas en la misma ley procesal penal.
Por eso, la circunstancia de que se eche de menos una prueba para aclarar algún aspecto que se debate, no es impeditiva para que en mérito probatorio puede ser calificado, puesto que lo único que condiciona el cierre de la investigación es que el procesado haya sido legalmente vinculado y su situación jurídica resuelta, a términos del artículo 438 del C. de P.P. Magistrado ponente: Dídimo Páez Velandia. Unica Instancia -Reposición-. Fecha. JUNIO 22 DE 1995. Decisión: No repone. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Mora Acosta Julio. Proceso: 8903. Publicada: Si..... 1275

AUDIENCIA PUBLICA

La audiencia pública constituye un sólo acto procesal, así se realice en sucesivas etapas. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 27 DE 1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Acción: Aldana Otero, Carmen Mercedes. Delitos: Estafa. Proceso: 8792. Publicada: Si..... 1278

FRANQUICIA PREPARATORIA

Para el otorgamiento del beneficio de la libertad preparatoria, según lo preceptúa el inciso 5o. del artículo 148 ibídem, "La autorización... la hará el Consejo de Disciplina mediante resolución motivada, la cual se enviará al Director del INPEC para su aprobación", es decir, que tampoco puede el juez del conocimiento entrar a autorizar la concesión del beneficio aludido.
Finalmente, la franquicia preparatoria, requiere igualmente resolución motivada del Consejo de Disciplina y la aprobación del INPEC, desde luego en los eventos y bajo las condiciones previstos en el artículo 149 de la Ley 65 de 1993. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Recurso de Hecho. Fecha: JUNIO 28 DE 1995. Decisión: Rechaza por improcedente el recurso de hecho. Acción: Aparicio Gómez, José Angel. Proceso: 9872. Publicada: Si..... 1286

PRETERINTENCION / JUEZ

Los elementos de esta particular forma de la culpabilidad (preterintención) son los siguientes:

Págs.

a) intención de realizar un hecho punible;
b) producción de un resultado típico más grave, no previsto por el agente;
c) Homogeneidad de los bienes jurídicos; y
d) relación de causalidad.
2.- El juez está incurso en un sistema probatorio donde existe la libertad probatoria, porque a pesar de que en el artículo 248 se enumeran algunos medios de convicción, en la misma norma se abre la posibilidad de que se puedan practicar medios de convicción diversos a los allí enumerados.
Libertad de prueba que significa igualmente que el juez no tiene que probar determinados hechos con pruebas específicas, sino que por el contrario puede ser demostrado por una pluralidad de elementos de juicio y es así por ejemplo que la violencia sobre las cosas, una cerradura, puede ser probada por la inspección judicial, o por testigos presenciales del acto violento, o por testigos que posteriormente a los hechos hubieran podido evidenciar los efectos de la violencia, o por prueba documental, fotografías, filmes, grabaciones sonoras etc.; esa misma libertad de prueba lleva al juez en un momento determinado a estimar que el elemento de juicio con que cuenta es suficiente y por tanto considera la innecesariedad de practicar nuevos medios probatorios o porque los que le son solicitados los considera inconducentes o impertinentes y finalmente, el juez no tiene tarifa probatoria y por tanto valora los medios de convicción con un criterio racional donde con fundamento en la normatividad constitucional y legal, acudiendo a las reglas de la experiencia, las estima para darle valor o negárselo. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 28 DE 1995. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Acción: Puertas, Fredy de Jesús. Delitos: Lesiones personales, hurto calificado y agravado. Homicio agravado. Proceso: 9367. Publicada: Si..... 1290

CIERRE DE INVESTIGACION / DEBIDO PROCESO / CALIFICACION / REDENCION DE PENA / CONFESION

No siendo el derecho una ciencia EXACTA como las matemáticas, se pueden exponer interpretaciones varias sobre las normas aplicables o sobre los medios de convicción y que cuando se presentan cambios de los funcionarios en un determinado despacho, como es apenas obvio quien llega al mismo, no queda comprometido con los criterios sostenidos por su antecesor; e incluso aunque se tratara del mismo funcionario que realiza las dos calificaciones es perfectamente posible que en la segunda ocasión advierta hechos y circunstancias no vislumbradas en la primera oportunidad que lo lleven a cambiar el criterio expresado en el calificatorio inicial, sin que por ello se pueda

Págs.

afirmar que se vulnera el debido proceso. Lo contrario sería concluir que si se incurrió en un yerro en la primera ocasión, el funcionario estaba en la obligación de persistir en él, lo que evidentemente no es razonable ni lógico.
2.- Este tipo de estímulos punitivos (rebaja por confesión) están consagrados por el legislador para aquellas personas que facilitan con sus confesiones la acción de la justicia y aceleran la tramitación de los procesos, pero es bien cierto que quien confiesa calificadamente no hace un aporte de aquellos previstos por el legislador para que se pudiera hacer acreedor a las rebajas punitivas previstas.
Debe precisarse que así fuere confesión calificada, si se trata de un medio de convicción determinante para la demanda de la responsabilidad, será posible la concesión de la rebaja, pues así se ha venido recomendando por la jurisprudencia de esta Corporación.
La finalidad de esta aminorante punitiva es inducir a los responsables de hechos delictivos a que confiesen y en tales circunstancias la terminación de los procesos pueda ser mucho más rápida y de tal manera poder los funcionarios dedicar su actividad a otros procesos de sus congestionados despachos; pero es claro que quien confiesa calificadamente no está prestando la colaboración que se requiere para hacerse merecedor a la rebaja, porque los funcionarios judiciales dentro del principio de la investigación integral no solo tendrán que dedicarse a aclarar los hechos sucedidos, sino que deberán realizar todos los esfuerzos para demostrar la veracidad o no de la versión exculpativa. Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Sentencia Casación. Fecha: JUNIO 28 DE 1995. Decisión: No Casa. Procedencia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Acción: Sotelo, Niño Vicente. Delitos: Homicidio. Proceso: 8960. Publicada: Si..... 1300

INDICE
ALFABETICO

INDICE ALFABETICO DE SENTENCIAS PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1995

A

TEMA	Págs.
ABUSO DE FRANQUICIA POSTAL	184
ACCESO CARNAL	721
ACCION CIVIL	411, 147
ACCION CIVIL (Salvamento Parcial de Voto)	290
ACCION DE REVISION	402, 699, 726, 841, 904, 1022, 1125
ACREEDOR	602
AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO	1253
ANTECEDENTES	430, 838
APELACION	1007, 1022
APERTURA DE INVESTIGACION	1043
AUDIENCIA PUBLICA	1278
AUTO DE SUSTANCIACION	1230

C

CALIFICACION DEL SUMARIO	527, 949, 1300
CALUMNIA	219, 516

TEMA	Págs.
CALUMNIA (Aclaración de Voto)	227
CAMBIO DE RADICACION	24, 462, 98, 570
CAPTURA	545
CAREO	983
CAREO (Aclaración de Voto)	1005
CAREO (Salvamento de Voto)	1000
CASACION	294, 902, 1031, 1034, 1037, 1131, 1249
CASACION DISCRECIONAL	519, 1012, 1015, 1025, 1037
CAUSAL DE JUSTIFICACION	436
CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS	415
CIERRE DE INVESTIGACION	1275, 1300
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA	591, 1108
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA (Salvamento Parcial de Voto)	1270
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA	871, 1253, 591
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (Salvamento Parcial de Voto)	600, 784, 884, 1270, 316
COAUTOR	578
COLISION DE COMPETENCIA	28, 230, 244, 318, 439, 446, 450, 465, 527, 695, 785, 862, 947, 1007, 1104, 1212
COLISION DE COMPETENCIA (Salvamento de Voto)	329
CAMBIO DE RADICACION	562, 570
COMISION	265
COMPETENCIA	79, 123, 397, 614, 682, 1193, 1226
COMPETENCIA (Salvamento de Voto)	202

TEMA Págs.

COMPLICIDAD 159

CONCURSO (Salvamento Parcial de Voto) 1266

CONCUSION 591

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 500

CONDENADO 918

CONEXOS 556

CONFESION 72, 1300

CONTRAVENCION 1168

CONTRAVENCION (Salvamento Parcial de Voto) 1193

COPARTICIPACION 578

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 79, 90, 123, 576, 785

D

DEBIDO PROCESO 265, 532, 614, 1160, 1300

DEFENSA TECNICA 810, 1046

DEFENSA TECNICA (Aclaración de Voto) 827, 828, 835, 1062, 1066

DEFENSA TECNICA (Salvamento de Voto) 829, 976, 1068

DELITOS 556

DELITO POLITICO 357, 606

DELITOS CONEXOS 1193

DELITOS CONEXOS (Salvamento Parcial de Voto) 1193

DEMANDA DE CASACION 9, 15, 43, 72, 86, 102, 147, 257, 411, 911, 921, 1243

DERECHO DE DEFENSA 332, 532, 810, 965, 983, 1046, 1160

DESISTIMIENTO 294, 1131

DETENCION ARBITRARIA (Salvamento de Voto) 858

DOBLE INCRIMINACION (Salvamento de Voto) 179

TEMA Págs.

DOCUMENTO PUBLICO 1134

DOLO 845

DOLO (Salvamento de Voto) 809

E

EJECUTORIA MATERIAL 1019

EMBRIAGUEZ 1108

EMPLEADO OFICIAL 545, 591, 743,

ENRIQUECIMIENTO ILICITO 236

ERROR DE HECHO 43, 1074

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION 633, 731

ESTAFA 159

EXPLOSIVOS 862

EXTINCION DE LA ACCION 357, 170, 867

EXTRADICION 83, 169, 250, 262, 481, 664, 788

EXTRADICION (Salvamento de Voto) 179, 183

F

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO 747

FALSO JUICIO DE CONVICCION (Aclaración de Voto) 143

FAVORABILIDAD 164, 738

FAVORECIMIENTO 1233

FISCAL 465

FISCAL GENERAL DE LA NACION 188, 682

FISCAL GENERAL DE LA NACION (Salvamento de Voto) 196, 202, 694

TEMA Págs.

FISCALIA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Salvamento de Voto) 196

FLAGRANCIA 545

FRANQUICIA PREPARATORIA 1286

FRAUDE PROCESAL 426, 556

H

HABER SIDO APODERADO 1238

HOMICIDIO 937

HOMICIDIO TERRORISTA 397

I

IMPEDIMENTO 93, 450, 473, 602, 695, 1238

IMPUTABILIDAD 39, 453

IN DUBIO PRO REO 125, 9, 871, 885

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 921, 1168

INDEMNIZACION 470, 1253

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Salvamento Parcial de Voto) 1270

INDICIO 125, 670

INDULTO 606

INJURIA 219, 516

INJURIA (Aclaración de Voto) 227

J

JUEZ 465, 1290

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS 576, 918

TEMA Págs.

JUEZ REGIONAL 318, 397

JUSTICIA PENAL MILITAR 947

L

LEGITIMA DEFENSA 102, 110

LESIONES PERSONALES 332, 1025

LESIONES PERSONALES CULPOSAS 1037

LIBERTAD CONDICIONAL 430, 838, 1226

LIBERTAD PROVISIONAL 39, 436, 450, 576, 838, 1099, 1104, 1212

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO 210

MINISTERIO PUBLICO 481

N

NOTIFICACION 257, 296

NULIDAD 265, 332, 508, 578, 614, 633, 731, 1019, 1125

O

ORDEN DE SUPERIOR 1134

P

PARTE CIVIL 265, 411, 1012

PECULADO 633

TEMA Págs.

PECULADO (Salvamento de Voto) ... 898, 901

PECULADO POR APROPIACION ... 743, 885

PENA ... 633, 704, 1037

PERITO ... 937

POLICIA JUDICIAL ... 670

POLICIA JUDICIAL (Salvamento de Voto) ... 679

PORTE ILEGAL DE ARMAS ... 379

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL ... 439, 28

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES ... 1196

PRECLUSION DE LA INVESTIGACION ... 949

PRESCRIPCION ... 159, 345, 704, 743

PRETERINTENCION ... 1290

PREVARICATO ... 296, 1253

PREVARICATO (Salvamento de Voto) ... 809

PREVARICATO POR ACCION ... 792

PROHIBICION DEL EJERCICIO DE PROFESION U OFICIO ... 1025

PROLONGACION ILICITA DE LA LIBERTAD ... 845

PRUEBA ... 250, 1102

PRUEBA (Aclaración de Voto) ... 1005

PRUEBA (Salvamento de Voto) ... 679, 1000

PRUEBA NUEVA ... 726

R

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS ... 53, 532

RECURSO ... 1230

RECURSO DE CASACION ... 33, 64, 426,

RECURSO DE CASACION (Salvamento de Voto) ... 38, 429

TEMA Págs.

RECURSO DE HECHO 86, 902, 1015, 1085, 1249

RECUSACION 450, 695

REDENCION DE PENA 1300

REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO 123

REFORMATIO IN PEJUS 72, 1215

REPARACION DEL DAÑO 867

REPOSICION 68, 664, 1241, 1275

RESOLUCION DE ACUSACION 15, 527, 949

RESPONSABILIDAD PENAL 1134

REVISION 257

S

SANA CRITICA 871, 937

SANA CRITICA (Aclaración de Voto) 143

SECUESTRO 1233

SEGUNDA INSTANCIA 1089

SENTENCIA 90, 210

SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA 318

SUSPENSION DE LA PENA 39

T

TERMINO 1031, 1085

TERMINO (Salvamento de Voto) 626

TERRORISMO 230, 862

TESTIMONIO 364

TEMA Págs.

TIPICIDAD 236

TIPO PENAL 519

TUTELA 508

U

UNIDAD PROCESAL 633

USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS 519

V

VIGENCIA DE LA LEY 556

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 125

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 9, 125, 871

La Biblioteca Jurídica Diké
realizó la edición de la Gaceta Judicial Penal,
1°. Semestre de 1995 y terminó su impresión
el 5 de enero de 1996.