REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLII

SEGUNDA PARTE

SALA PENAL

BOGOTA, D. E. - TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA - 1980

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

SALA PLENA

Doctor Alejandro Córdoba Medina, *Presidente*
Doctor José María Esguerra Samper, *Vice-presidente*
Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Aurelio Camacho Rueda, *Presidente*
Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Aurelio Camacho Rueda
Ernesto Escallón Vargas
Ricardo Uribe Holguín
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Humberto Murcia Ballén
Alfonso Peláez Ocampo
Alberto Ospina Botero

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Julio Salgado Vásquez, *Presidente*
Doctor Evencio Posada, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario Di Filippo
Humberto Barrera Domínguez
Pedro Elías Serrano Abadía
Jesús Bernal Pinzón
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Luis Enrique Romero Soto
Julio Salgado Vásquez
José María Velasco Guerrero

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor José Eduardo Gnecco C., *Presidente*
Doctor Vicente Mejía Osorio, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Jerónimo Argáez Castello
Jorge Gaviria Salazar
Hernando Rojas Otálora
José Eduardo Gnecco C.
Alejandro Córdoba Medina
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture
Juan Hernández Sáenz

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Guillermo González Charry, *Presidente*
Doctor Luis F. Serrano, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de la Vega
Guillermo González Charry
Luis Sarmiento Buitrago
Eustorgio Sarria

RELATORES: Doctores:

Héctor Roa Gómez, Sala Civil
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal
Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral
María Teresa G. de Angel, Sala Constitucional

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL: DR. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR LABORAL: DR. MANUEL ANTONIO VANEGAS MENDOZA
RELATOR PENAL: DR. HERNAN PRIETO RINCON
RELATOR CONSTITUCIONAL: DRA. MARIA TERESA GARCES DE ANGEL

TOMO CLII — Bogotá — Colombia — Enero a Diciembre de 1976 Número 2393

SALA DE CASACION PENAL

NULIDAD

La Corte no puede, de su propio motivo, revisar los escritos en procura de las pruebas no señaladas por el recurrente y que tampoco se ofrecen a su consideración con caracteres ostensibles

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., enero veintitrés, de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 2.

Vistos

Se encuentra impugnada en casación la sentencia originaria del Tribunal Superior de Cúcuta por medio de la cual JOSE ANTONIO PEREZ ROSALES fue absuelto por el delito de homicidio en CELINA MENDOZA DE PEREZ y ANA BENILDA PEREZ DE MENDOZA, confirmando así, en todas sus partes, la que profirió el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad con base en los hechos que se puntualizan a continuación.

Hechos

Según versión del sindicado Pérez Rosales después de pasar la noche en compañía de su esposa y sus dos hijos, el primero

de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, hacia las siete de la mañana se dirigió a casa de su suegra con el propósito de conseguir un lazo para amarrar una burra, siguiendo hasta el poblado de la Victoria.

Mientras esto sucedía un pescador halló a las ocho y media de la mañana, el cadáver de la niña flotando en las aguas de la quebrada "La Sanjuana" en ligero estado de descomposición.

Más tarde hacia las once de la mañana el sindicado Pérez Rosales regresó a su casa encontrándola sola, en desorden y con varias manchas de sangre que iban desde la alcoba hasta el patio notándose que alguien había arrastrado el cuerpo de la víctima. Informado Antonio Pérez, hermano de la occisa, procedió con su cuñado a buscarla y llegado a un punto donde no había trocha o camino Antonio Pérez manifestó: "aquí para abajo va el trilladero", diciendo que no tenía corazón para bajar hasta donde estaba el cadáver, el cual fue hallado en la orilla de la quebrada, presentando tres heridas de arma corto-punzante en la cabeza, hematomas en el brazo derecho y la región glútea del mismo lado, con el vestido sangrado y arrollado hasta la cintura, el cuerpo lleno de moscas, hormigas y gusanos y la sangre completamente seca. Además se hallaron junto al cadáver varios elementos de propiedad de Pérez Rosales tales como un pantalón ensangrentado, una baticola y un pretal también con manchas de sangre sin que pudiera explicar tal hallazgo.

La demanda

Impugnó la sentencia el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cúcuta con invocación de la causal cuarta prescrita por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad, y señaló como violadas las formas propias del juicio, garantía constitucional instituida en el artículo 26 de la Carta Política.

Se afirma que cuando el Tribunal Superior de Cúcuta hizo pronunciamientos en el auto de proceder dijo que:

La graduación del reproche jurídico calificando los delitos como asesinato no ofrece ningún reparo pues la premeditación se infiere de las circunstancias y modalidades con que se realizaron, la futilidad de los motivos o la carencia de ellos.

Sin embargo de lo cual, el juez de la causa interrogó al iure sobre la responsabilidad del procesado en cuestionarios que se redactaron con omisión del inciso segundo del artículo 363 del Código Penal, "para determinar el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder y con especificación de las circunstancias que los constituyan, aunque sin darle denominación jurídica". Esta omisión de la causal segunda anotada hizo incurrir al Tribunal sentenciador en nulidad sustancial, habiendo imposibilitado "al poder público para ejercer la acción sancionadora en forma correcta", y haciendo nugatorios derechos fundamentales de la sociedad.

Avanzando en su exposición dice el Ministerio Público, representado por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cúcuta, que él así lo hizo patente al Juzgado Cuarto Superior de aquella ciudad, porque estimó que si el Tribunal sobreentendía la premeditación, el juez estaba obligado a redactar los cuestionarios incluyendo en ellos esa circunstancia específica de agravación de la responsabilidad, en previsión, así mismo, de la obligada consonancia que debe darse entre el auto de llamamiento a juicio, el veredicto y la sentencia. Y no habiendo hecho así el juzgado en cuestión, surgía para el Tribunal, en su hora, la obligación de hacer declaratoria de nulidad para que se invalidara la actuación y se convocara nuevo jurado.

Se agrega que el Tribunal profirió la sentencia haciendo una simple referencia en su parte motiva, pero confirmando la providencia del inferior en todas sus partes, o sea sin reforma de ninguna clase y sin advertir la nulidad que él ahora reclama a favor del recurso que se estudia.

Oportunamente se corrió traslado a la Procuraduría General de la Nación y el Procurador Primero Delegado en lo Penal manifestó que no hacía uso de las atribuciones conferidas por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal porque no compartía los argumentos del fiscal recurrente.

Se considera

1. Los trámites seguidos por los jueces de las instancias son los que establecen las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal para esta clase de juicios que se adelantan con la intervención del jurado.

2. Si la violación de las formas propias del juicio señalada por el actor consiste en que los cuestionarios sometidos al Tribunal popular fueron redactados con omisión de la causal de agravación de responsabilidad contenida en el inciso segundo del artículo 363 del Código Penal e insinuada en la disgresión que al revisar el auto de proceder hiciera el Tribunal sentenciador, entonces el recurrente ha debido puntualizar en la demanda de casación, en forma inequívoca, los hechos y las pruebas sobre las cuales encontraran soporte sus preocupaciones en orden a obtener la declaración de nulidad por él pretendida.

3. La Sala considera que son insuficientes los razonamientos que sobre el particular formula el Ministerio Público para fundamentar la censura a la sentencia. Pues no basta la simple insinuación del Tribunal Superior sobre la alevosía con que supuestamente pudo llevarse a cabo el pretendido homicidio por el cual fue absuelto el procesado tanto por el juez del conocimiento como por el Tribunal que insinuó la circunstancia agravadora de la responsabilidad. Era menester la demostración expresa por el censor, de que la circunstancia de agravación expresada por el Tribunal, existió realmente, jurídicamente demostrada, en forma incuestionable, y que a lo largo del proceso adquirió fuerza y relevancia inobjetables. No ha sido esta la posición observada por la impugnación, y la Corte no puede, de su propio motivo, revisar los escritos en procura de las pruebas no señaladas por el recurrente y que tampoco se ofrecen a su consideración con caracteres ostensibles, de la sola lectura de la demanda, en cuyo caso sí podría atender las súplicas de la misma, siempre y cuando el actor hubiese puesto en entredicho la validez de la sentencia misma y no, como parece desprenderse de sus alegaciones, la simple omisión de una circunstancia agravadora de la responsabilidad apenas insinuada por el Tribunal sentenciador que absolvió al procesado, cuando, en su respectiva oportunidad, revisó el auto de proceder dictado por el Juez Cuarto Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

El cargo no prospera.

Son estas breves razones suficientes para que, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia recurrida del origen y fecha de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. TECNICA DE LA DEMANDA

Causal 1ª, numerales 1º y 2º. Objeto del recurso de casación

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero cinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Federico Estrada Vélez).

Aprobado: Acta Nº 4 de 5 de febrero/76.

Vistos

Agotados los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de PABLO EMILIO ZAPATA RODRIGUEZ contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de febrero de 1975, confirmatoria, con algunas modificaciones (otorgamiento de la condena condicional) de la proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, por la cual condenó al mencionado Zapata a la pena principal de veinte meses de prisión y a las accesorias del caso, como responsable del delito de estafa, en el grado de tentativa y en perjuicio de Carlos Eduardo Márquez Avellaneda.

Hechos y actuación procesal

Las circunstancias que originaron el proceso fueron narradas así por el Tribunal Superior (fls. 188 y ss., Cuaderno I):

"Los señores Carlos Eduardo Márquez Avellaneda y Pablo Emilio Zapata Rodríguez, comerciantes de oficio, estrechamente unidos por vínculos de amistad, por vínculos propios de sus intereses comunes de negociantes y en general de muy diversa índole, acostumbraban a realizar entrambos multitud de operaciones comerciales, con los resultados habituales en dicha clase de relaciones.

"En estas circunstancias, dentro de los numerosos negocios realizados entre los dos amigos anteriores, Carlos Eduardo Márquez resultó debiéndole a Zapata Rodríguez la suma de trescientos sesenta mil pesos m/cte. ($ 360.000.00). Para garantizar esta deuda, Zapata le exigió a Márquez, dos series de 'instrumentos negociables'; de una parte cinco 'letras de cambio' por el monto de dicha suma y, además dos 'cheques', cada uno por la suma de ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.00). estos dos últimos girados en forma postdatada, tenían para su cobro el día 30 del mes de septiembre de 1969.

"Dos meses después de vencida esta última fecha, el día 28 del mes de noviembre de 1969, y como quiera que los 'cheques' no fueron pagados por 'insuficiencia de fondos', Zapata Rodríguez, utilizando únicamente las 'letras de cambio' inició un juicio ejecutivo contra su antiguo socio, dentro del cual entre otras cosas obtuvo que le fueran embargadas a Márquez unas 'acciones' por un monto superior a la deuda ya señalada.

"Pero no obstante lo anterior, el día 3 del mes de julio del año siguiente de 1971 (se aclara 1970), Zapata inició un proceso penal contra Márquez por 'falsedad, estafa y otros delitos', presentando al efecto 'cheques' por la suma de ciento veinte mil pesos y, ya andando el proceso respectivo, presentó otros cheques girados por el mismo Márquez, entre ellos los dos citados cheques por $ 360.000.00 pesos al lado de lo cual solicitó la detención provisional del mismo Márquez.

"Ante esa situación que implicaba obviamente, el empleo de instrumentos que tendían a respaldar la misma obligación, en relación con dos acciones completamente distintas, Márquez resolvió denunciar cri-

minalmente a Zapata por el delito de estafa".

Iniciada y perfeccionada la investigación, se calificó el mérito del sumario mediante auto de llamamiento a juicio, que fue confirmado por el Tribunal. Posteriormente se acumuló a este proceso el que en otro despacho judicial se había iniciado en virtud de denuncia de Márquez, por abuso de confianza y otras defraudaciones (Usura), en el que, como es lógico, ya se había dictado auto de procesamiento, también confirmado por el Tribunal. Tramitada la causa, en la sentencia se absolvió a Zapata por el abuso de confianza, y se le condenó por la estafa en la forma y modalidad ya narrada en esta providencia.

Contra la sentencia interpusieron recurso de casación el defensor del imputado, como se dijo, y el apoderado de la parte civil, pero la Sala declaró inadmisible la impugnación de este último.

La demanda de casación

El actor agrega a su libelo varios documentos que no figuran en el expediente, "a título de simple referencia", pero que "tienen un gran valor moral"; relata extensamente los hechos que dieron origen al proceso, y plantea la censura a la sentencia en el marco de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ubicándola en el apartado segundo, o sea con fundamento en la violación indirecta de la ley sustancial.

Al desarrollar el ataque sostiene que la sentencia, "por errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas fundamentales del proceso, aplicó indebidamente los artículos 408 y 16 del Código Penal..., y los artículos 215, 217 y 310 del Código de Procedimiento Penal, en el orden procesal".

Luego, bajo el título "INFRACCION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL PENAL" discurre extensamente para puntualizar los motivos de la violación. Sostiene que "no hay en el expediente la menor prueba que confirme la aseveración del Tribunal", y que el señor Márquez voluntariamente decidió entregar a Zapata los cheques y las letras de que da cuenta el proceso, sin que existiera presión alguna del imputado. Copia algunos párrafos de la sentencia combatida, y expresa que "es evidente declarar... que tanto las letras como los cheques, se referían a una misma deuda y no a dos distintas. Pero no es cierto que los cheques se giraran para respaldar las cuatro letras", pues se expidieron "con carácter subsidiario en caso de que las letras no fueran pagadas al vencimiento del plazo". Afirma que "el Tribunal incurrió en error de hecho al no comparar la carta de pignoración... con la certificación que acabamos de transcribir", por lo que el Tribunal incurrió en error de hecho "al no darles a esos dos documentos su verdadero alcance jurídico". Dice que no es cierto que en juicios distintos se estuviera cobrando la misma deuda, pues sólo después de que el imputado (su apoderado) se dio cuenta de que a través del proceso ejecutivo no era posible "reembolsarse de las sumas prestadas a Márquez", inició por medio de abogado el proceso penal, "no para cobrar crédito alguno, como dije en otra parte, sino con un propósito distinto". Por ello "el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación que hace de la denuncia elevada por el doctor Luna Serrano...". Concluye esta parte de su escrito el actor preguntándose si Zapata Rodríguez "se valió de un artificio o de un engaño, al iniciar dos demandas, la una de carácter civil para el cobro de las letras, y la otra de carácter penal con base en los cheques girados en descubierto", para contestar negativamente, porque no es posible que el ejercicio de un derecho pueda constituir artificio o engaño, y porque, además, esas acciones no se ejercitaron clandestinamente, sino con la intervención de Márquez.

En el Capítulo II, bajo el título "INDEBIDA APLICACION DE LA LEY PENAL SUSTANCIAL", el impugnador expresa que la denuncia contra Márquez se presentó el 3 de julio de 1970, y en ellas no se habló siquiera de los dos cheques cuestionados, sino de otros, y sólo en un tercer memorial, presentado por conducto del apoderado de la parte civil, David Luna Serrano, "presentó los dos cheques mencionados". Pero "en ninguno de esos tres memoriales se habló para nada del pago que debía hacer Márquez a Zapata de acuerdo con esos dos cheques", lo que indica que no se trataba de buscar la efectividad de esos instrumentos, pues si esa hubiera sido la pretensión "el Juzgado Penal se habría declarado incompetente para conocer de una demanda de carácter ci-

vil", sino que la presentación de los dos cheques tenía por objeto "la investigación de delitos y la sanción por ellos, caso de comprobarse su comisión", lo que se hizo cuando ya la investigación estaba en marcha. De todo lo anterior concluye el censor que "El Tribunal violó el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal cuando afirma que: resulta obvio que el profesional (Luna Serrano) obró por mandato de Zapata pero haciéndole saber a éste el origen de estos instrumentos", y agrega que "el Tribunal incurrió en error de hecho en el estudio de la inspección ocular practicada en el Juzgado Noveno Penal Municipal, al no tener en cuenta cuál fue el origen de la investigación, la finalidad que se tuvo al presentar los cheques, y especialmente de la presentación de los dos últimos cheques en cuestión... Y por consecuencia de ese error de hecho incurrió en indebida aplicación del artículo 408 del Código Penal". También incurrió en error de hecho "al no tener en cuenta la declaración que hace el señor Zapata en su indagatoria y en la cual explica suficientemente el motivo que tuvo para iniciar primero el juicio civil y después el juicio penal", y en la interpretación de las dos demandas establecidas por Zapata Rodríguez contra Márquez Avellaneda, la una en un proceso ejecutivo, y la otra por violación del Decreto 1135 de 1970, lo que llevó al fallador a violar el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal. Yerra igualmente el fallador cuando sostiene la tesis de la doble garantía para una misma obligación, y cuando estructura el delito sobre la circunstancia de que se instauraron dos acciones para hacer efectiva una sola obligación, pues no se tuvo en cuenta que "quien actuaba judicialmente era su apoderado el doctor Luna Serrano". Así desconoció varias inspecciones judiciales y quebrantó "de una manera directa" el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal y el 25 del Decreto 196 de 1971. Repite luego que el Tribunal "incurrió en evidente error de hecho al darle a la denuncia presentada por el doctor Luna Serrano un alcance que no tiene", pues su finalidad no era obtener el pago de los dos cheques, sino la de buscar la sanción para "quien comete la infracción de expedir cheques sin provisión de fondos...".

Finalmente, en un largo capítulo, bajo el rubro "CUESTION JURIDICA", la demanda hace consideraciones de diversa índole sobre la naturaleza del delito de estafa, sus elementos, etc., para llegar a la conclusión de que no existen los caracteres que lo tipifican y estructuran.

El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de minucioso análisis, rechaza la mayoría de los motivos de censura planteados por el demandante, pero afirma que "no puede darse por demostrado que con la acción penal, se pretendiera un doble cobro de la obligación, dada la existencia del juicio; lo anterior por cuanto si bien es cierto que se encontraba en curso éste, no se había obtenido el pago y se presentaron además de los documentos o cheques relacionados con la denuncia, otros varios, por superior valor, también insolutos; y porque aunque se logró el embargo de las acciones referidas, los otros bienes perseguidos del deudor y procesado, no pudieron ser objeto de medidas ejecutivas, por estar embargados con anterioridad".

Y más adelante:

"Lo anterior conduce a concluir, que no se demostró se intentara un doble cobro; y además debe tenerse en cuenta lo alegado por el demandante sobre el artificio y elementos del delito de estafa, en relación con la errada apreciación de las pruebas".

Finalmente, solicita se case la sentencia, porque "...hubo errada interpretación de la denuncia y demás pruebas mencionadas, al considerar probado a través de las mismas, que con la presentación de aquélla se pretendía obtener por el acreedor y procesado Zapata el doble pago de la obligación existente en su favor y a cargo de Márquez y garantizada mediante las dos series de documentos ya referidos, con la obtención del correspondiente provecho ilícito en su favor, si bien debe admitirse que ambas vías se dirigían a la finalidad expresada, esto es, el ejecutivo mediante el embargo de bienes y la denuncia mediante la presión sobre el deudor, a la cancelación de la obligación en una u otra forma".

La parte civil

El representante de la parte civil estudia extensamente la demanda de casación, para

llegar a la conclusión de que es inepta y no se ciñe a las reglas legales sobre la materia, y que, además, su contenido no encuentra respaldo en el proceso. Solicita, en consecuencia, que se deseche el recurso.

Consideraciones

I. Sobre la naturaleza, alcances y requisitos técnicos del recurso de casación, dijo la Corte en sentencia de 3 de marzo de 1975, lo siguiente, que es pertinente al caso sub examine:

"La casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto el quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces perturbaría hondamente el orden social y pondría en peligro la estabilidad de las instituciones. Busca también unificar la jurisprudencia nacional, creando las condiciones necesarias para la evolución de la doctrina jurídica y para la seguridad de los intereses en conflicto, cuya solución se procura ante la jurisdicción. Y, finalmente, corregir los injustos gravámenes recaídos sobre las partes por virtud de resoluciones judiciales. Es éste, precisamente el estímulo al interés particular, para que la casación sea viable. Pero su finalidad fundamental es de eminente carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado. El recurso extraordinario de casación es un juicio técnico-jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando), sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo), y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirvieron de sustentación para dictar la sentencia acusada. De ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo.

"La Corte, como tribunal de casación, tiene, pues, una competencia funcional claramente restringida, en cuanto la ley prohibe (Art. 581 del C. de P. P.) 'tomar en cuenta causales de casación distintas de aquéllas que hayan sido expresamente alegadas por las partes', a la vez que rodea la pretensión del demandante de una serie de requisitos técnico-formales (artículo 576 ibidem), cuya pretermisión acarrea inexorablemente la declaratoria de ineptitud de la demanda. Significa lo anterior que en esta institución del Derecho Procesal como en ninguna otra, la competencia de la Corte está clara y totalmente limitada por las vertientes que trace la parte actora con nitidez y precisión. Si los cargos que sustentan un ataque contra la sentencia no se formulan dentro del ámbito preciso señalado en la ley, si no se especifican los errores que conducen al quebrantamiento de las normas jurídicas sustanciales, o no se demuestran debidamente, carece de potestad para pronunciar sentencia de mérito sobre otros puntos diversos, así aparezcan claros en la sentencia o en la tramitación procesal. Sólo puede entonces, resolver el petitum de la demanda, sin que pueda hacerlo extra o ultrapetita.

"No sucede así en las instancias. El proceso se desarrolla, desde la apertura de la investigación hasta la sentencia de segunda instancia, en forma progresiva e ininterrumpida, por medio de una serie de actos procesales debidamente regulados por la ley, en su forma, en su ejecución y en sus efectos. Y se desenvuelve oficiosamente, con dinámica propia, sin que se requiera el impulso de las personas que intervienen en el proceso, con la característica sustancial de que es el juez quien tiene la capacidad de disposición, mientras las partes, por vía general, carecen de ella. La competencia del juez es, entonces, plena, sin limitación distinta a la que le imponen las normas procesales.

"Significa lo anterior que mientras en las instancias el juez tiene amplia potestad para apreciar las pruebas dentro de la regulación establecida por la ley para su aducción y evaluación, la Corte carece de facultades para reabrir el debate probatorio que ya ha sido agotado. Sólo cuando aparece que el juzgador de instancia ha incurrido en errores garrafales, protuberantes, en la apreciación de los elementos probatorios, en forma tal que por ello mismo la sentencia quebrante ostensiblemente y sin lugar a dudas el orden legal, es procedente el examen por la Corte del problema fáctico, limitado sin embargo a los específicos casos de error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba, debidamente delimitados y demostrados en la demanda. No basta pues, no

podría bastar, la sola circunstancia del antagonismo entre diversos criterios en torno al valor que deba otorgarse o negarse a una o varias pruebas, para que pueda invocarse la causal primera de casación, aspecto segundo, (Art. 580 del C. de P. P.). Ni el criterio subjetivo en torno al mismo aspecto legitima la casación de la sentencia, en cuanto es de la esencia del proceso que, dentro del marco señalado por la ley para cada medio probatorio, las diversas personas que intervienen en él tengan distintas posiciones intelectuales, diversos criterios para estimar su valor de convicción. Precisamente, para garantizar la seriedad del juzgamiento, la certeza en los pronunciamientos judiciales y la seguridad jurídica de las pretensiones particulares, se ha instituido el sistema de la doble instancia, con jueces ad quem generalmente colegiados".

II. Resulta de lo anterior que no es legítimo, ni aún "a simple título de referencia" acompañar a la demanda de casación medios de prueba, pues, como ya se explicó, el recurso extraordinario tiende a verificar la legalidad de la sentencia acusada, y no puede convertirse en un nuevo debate probatorio, con claro quebrantamiento de las normas legales que regulan la aducción de las pruebas y garantizan su controversia en el proceso.

III. La causal de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 581 del Código de Procedimiento Penal ofrece dos modalidades antagónicas entre sí, con régimen legal específico y excluyente para cada una de ellas. La violación directa de la ley sustancial se presenta como consecuencia inmediata de la interpretación de las normas, sin referencia alguna al problema probatorio. En la infracción directa la realidad fáctica contenida en el proceso no permite controversia alguna, pero el sentenciador yerra en la aplicación del derecho al hecho que se ha demostrado plenamente, y se manifiesta como no aplicación de la norma legal adecuada al caso, o como interpretación errónea de la misma, en el sentido de atribuirle un alcance o unas consecuencias que no tiene o no produce, o como aplicación indebida, cuando en virtud de un error en la selección del precepto, se llega a una situación en que la imputación no guarda correspondencia con el tipo legal.

En cambio, el segundo cuerpo de la causal regula la violación indirecta y mediata de la ley sustancial, como consecuencia de errores de derecho o de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas, lo que conduce a una errada aplicación de las normas. Como el error de hecho se vincula a la apreciación de un medio probatorio inexistente en el proceso, o a la pretermisión u olvido de uno que sí existe, y el de derecho se refiere al quebrantamiento de las normas legales que regulan la aducción de las pruebas, o de las que señalan su alcance, resulta claro que no pueden invocarse simultáneamente porque se viola el principio de contradicción. De ahí que la demanda deba ser especialmente cuidadosa en el planteamiento de los cargos y en su fundamentación lógica y jurídica, señalando específicamente el tipo de error (de hecho o de derecho) en que motiva la censura, los razonamientos en que la apoya, las normas legales concretamente lesionadas y su trascendencia en el fallo acusado.

Sobre este particular la Corte ha mantenido una doctrina reiterada, para establecer las diferencias existentes entre las diversas clases de errores dentro de esta causal. Por su precisión y claridad conviene transcribir algunos apartes de la sentencia de 21 de agosto de 1975, así:

"El recurrente no dice cuál es el valor probatorio que el legislador otorga a la prueba practicada por peritos. No podía decirlo. El legislador no asigna a dicha prueba valor específico, cuyo mérito abandona al racional convencimiento del juzgador.

"El no haber otorgado el sentenciador pleno valor probatorio al documento escrito, autenticado ante notario, y posteriormente atestado por él, no sería error de hecho. Pues el no darle a una determinada prueba los alcances que el legislador le reconoce, o en otorgárselos más allá de sus precisiones legales consiste precisamente el error de derecho. En este caso debe el actor señalar las normas reguladoras de la prueba, violadas por el sentenciador, que le sirvieron de medio para infringir indirectamente disposiciones de carácter sustancial.

"Y quizás no sobre recordar que el error de hecho es la omisión por el sentenciador de una prueba ostensible en el proceso, cuya consideración oportuna la habría mostrado preponderante en la sentencia favorablemente a las pretensiones del recurrente. O

la suposición de un hecho o prueba, a ojos vistas, ausente del proceso, cuya evaluación injustificada por el fallador se traduce en un imperio inequívoco en las decisiones del fallo.

"En el error de derecho el juez aprecia la prueba aportada al proceso, pero le concede un valor superior o inferior al que le ha sido asignado legalmente. O considera una prueba allegada al proceso con violación de las normas reguladoras de su asunción. Pero la prueba existe y por algún modo es mal apreciada por el fallador.

"En el error de hecho, el sentenciador aprecia y otorga valor dominante a una prueba materialmente inexistente, o pone fin al proceso, equivocadamente con omisión inexcusable de una prueba bien producida, de inobjetable valor imperativo".

IV. La demanda es confusa, y no permite determinar con la claridad y precisión exigidas por la ley, el motivo y los fundamentos de la censura. Sábese, empero, que se ataca la sentencia en el ámbito de la causal primera, por haberse aplicado indebidamente los artículos 498 y 16 del Estatuto penal, y los artículos 215, 217 y 310 del Código de Procedimiento Penal, "por errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas fundamentales del proceso". Resulta claro que este planteamiento ha debido formularse como violación directa de la ley, vale decir, en el marco del cuerpo primero de la causal invocada, pues tal como se introdujo adolece notoriamente de técnica. De otra parte, en este punto de la demanda, a pesar de que se aducen plurales e indeterminados errores de hecho en la valoración probatoria, no se determinan específicamente cuáles de los medios de convicción existentes en el proceso fueron indebidamente apreciados, ni se expresa en forma alguna el concepto de la violación. La Corte no puede, sin quebrantar la ley, adentrarse en la búsqueda de "las pruebas fundamentales del proceso" que se dicen indebidamente interpretadas. Esta labor corresponde, por modo imperativo y por expreso mandato legal, al recurrente. Y si no lo hizo, la censura, por sustracción de materia, no podrá estudiarse ni prosperar.

De otra parte, en abierto antagonismo con la reiterada doctrina de la Sala sobre el particular, el censor ataca la sentencia, tanto en la parte de la demanda que trata bajo el título INFRACCION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. PENAL, como en el que denomina INDEBIDA APLICACION DE LA LEY PENAL SUSTANCIAL, apoyado en hipotéticos yerros de hecho referidos a que el sentenciador no dio a algunos documentos "su verdadero alcance jurídico", o a una errada apreciación de "la denuncia elevada por el doctor Luna Serrano", o en el estudio "de la inspección ocular practicada en el Juzgado Noveno Penal Municipal, al no tener en cuenta cuál fue el origen de la investigación, la finalidad que se tuvo al presentar los cheques...", o al no tener en cuenta "la declaración que hace el señor Zapata en su indagatoria", o en "la interpretación de las dos demandas establecidas por Zapata Rodríguez contra Márquez Avellaneda", pues en todos estos casos se trataría de errores de derecho y no de hecho, tal como se precisó anteriormente. Pero además, tampoco señala el recurrente las normas legales que regulan la aducción de las pruebas que en su sentir fueron indebidamente apreciadas, ni las que les asignan determinado valor de convicción, por donde se observa con claridad que la Corte no puede suplir esos protuberantes vacíos, para asumir el papel de tribunal de instancia y revivir así el debate jurídico y probatorio que concluyó con la sentencia. Tampoco es trascendente la afirmación de que el Tribunal incurrió en error de hecho al no tener en cuenta que quien actuaba en dos procesos (uno civil y otro penal) era el doctor Luna Serrano y no el señor Zapata Rodríguez, pues resulta evidente que tal situación no fue desconocida, ni la podía desconocer el fallador, ni tampoco tiene relación de causalidad con la sentencia.

Además el fallador otorgó a las diversas inspecciones judiciales el valor exacto que la ley asigna a este medio probatorio. Y en lo que se relaciona con las denuncias, indagatorias y las demandas instauradas contra Márquez Avellaneda, la ley no atribuye a tales elementos un determinado valor de convicción, por lo que resulta imposible, por aspecto diverso a las normas que regulan su aducción al proceso, el error de derecho.

Finalmente, conviene advertir que la sentencia se basa sustancialmente en la cir-

cunstancia de que para garantizar el pago de una deuda por valor de $ 360.000.00, Márquez firmó a Zapata Rodríguez letras de cambio por igual valor y varios cheques por idéntica suma. Y que estando en marcha un proceso ejecutivo instaurado con base en las letras, y dentro de él sometidos a medidas cautelares efectivas, bienes por valor superior al crédito, se estableció proceso penal con base en los cheques, guardando sospechoso silencio sobre las circunstancias anotadas.

Por ello dice el Tribunal, con meridiana claridad:

"El fraude, el timo, en la actividad del señor Zapata Rodríguez ante la justicia ordinaria y por consiguiente, en la estructuración del delito de estafa, en la modalidad de tentativa, se predica en este caso, por la exigencia de dos garantías para respaldar una misma deuda; por la formulación de dos juicios ante funcionarios de distinta rama, con el evidente propósito de perseguir el cobro simultáneo de la misma acreencia y, sobre todo por el diciente y comprometedor silencio dentro del proceso penal, de la existencia del juicio civil, del embargo de las acciones en él decretadas y obtenidas y del origen y destino de los dos cheques tantas veces nombrados, a pesar de que fueron múltiples las oportunidades que tuvo para ilustrar al funcionario instructor y al del conocimiento sobre tan importantes acontecimientos, que habrían despejado la confusa y difícil situación en que se encontraba el denunciado Márquez y, por sobre todo, habrían demostrado, por sí solos, la recta intención que presidía los actos del acreedor, cual era, valgan sus propias palabras, obtener el pago de la deuda una sola vez, bien en el juicio civil, con las letras, ora en el proceso penal con los cheques, porque no hay ninguna incertidumbre de que el señor Zapata pretendía por ese medio coercitivo, por la intimidación a la cárcel, el pago de los cheques. Por eso, sencillamente, los presentó al Banco, sabiéndolos 'chimbos', para obtener su protesto y satisfecho ese requisito sine qua non de su reclamo por la vía penal, los entregó a su apoderado para que los hiciera valer en el proceso que ciertamente ya se había iniciado con otros instrumentos negociables, sin que por ello fueran ajenos a la tramitación del negocio y a la suerte del mismo, los que posteriormente llegaron a él". (fls. 73 y ss. C. de apelación de la sentencia, Tribunal).

Aunque lo expuesto es más que suficiente para desechar la demanda, importa relievar que el sentenciador no excedió las previsiones legales en la apreciación de las pruebas, ni omitió determinantemente alguna de ellas, ni tampoco supuso su existencia en forma contraria a la realidad procesal.

La Corte no examinará la cuestión jurídica de fondo, vale decir la adecuación típica de los hechos probados en el proceso con las normas incriminadoras que aplicó el Tribunal, porque, como ya se dijo, los términos mismos de la demanda, alejados por completo de la censura con base en la violación directa de la ley sustancial, no se lo permiten, y porque tampoco aparece ostensible y manifiesto el quebrantamiento de garantías fundamentales del debido proceso que determinen la nulidad de la actuación.

Los anteriores son los argumentos en que la Sala encuentra fundamento para apartarse del concepto de su Colaborador Fiscal, y para no casar la sentencia impugnada.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 21 de febrero de 1975 por medio de la cual se condenó a Pablo Emilio Zapata Rodríguez por el delito de estafa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V. Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Lo contradictorio, ha dicho la Corte, es lo que se niega a sí mismo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero diez de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta N° 5.

Vistos

En sentencia de cuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco, el Tribunal Superior de Medellín confirmó el fallo dictado por el Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad mediante el cual condenó a Luis Eduardo Uribe Londoño a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable de la muerte de Gildardo Antonio Uribe Montoya, fallo contra el cual interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor del procesado doctor Néstor Castro C.

Agotado el trámite propio del recurso, procede la Corte a decidir.

Antecedentes

Los hechos que originaron el proceso los resume así el Procurador Tercero Delegado en lo Penal en concepto rendido sobre este proceso:

"El día 13 de agosto de mil novecientos sesenta y dos, alrededor de la una y media de la tarde, cuando Gildardo Antonio Uribe Montoya se encontraba en una de las mesas de juego instaladas en el barrio 'Sedeco' del Municipio de Itagüí con ocasión de festividades de la parroquia, Luis Eduardo Uribe Londoño —quien tenía enemistad grave con el anterior, pues en compañía de otros lo había atacado y causado grave lesión— se aproximó a Uribe Montoya y en forma sorpresiva lo hirió con cuchillo, ocasionándole herida que produjo su muerte el mismo día".

En providencia de 25 de mayo de 1974, el Juzgado Octavo Superior, con sede en Medellín, llamó a responder en juicio criminal por los trámites en que interviene el jurado, al procesado Uribe Londoño por el delito de homicidio voluntario.

Cumplidas las formalidades del juicio, al Tribunal Popular le fue propuesto el siguiente cuestionario:

"El acusado Luis Eduardo Uribe Londoño es responsable de haber ocasionado, con propósito de matar, la muerte a Gildardo Antonio Uribe Montoya, mediante una lesión causada con arma corto-punzante (cuchillo) a consecuencia natural y directa de la cual se operó el fallecimiento, según hechos ocurridos aproximadamente a la una y media de la tarde del trece de agosto de mil novecientos setenta y dos en sitio cercano a la parroquia del 'Divino Redentor' del barrio 'Sedeco' del municipio de Itagüí?

El Jurado respondió: "Sí es responsable en estado de ira por desavenencias personales no provocada grave e injustamente".

Las instancias, en sus fallos respectivos, acogieron el veredicto unánime de los jurados y de esta forma se dictaron las sentencias de primero y segundo grado, habiéndose formulado demanda de casación contra el fallo de segundo grado el cual se dio trámite de rigor.

La demanda de casación

La acusación al fallo recurrido, presentada por el apoderado del sindicado, se propone con fundamento en las causales que el artículo 580 del Código de Procedimiento

Penal contempla en sus ordinales tercero y segundo, en su orden.

Causal tercera

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

Expresa el recurrente al fundamentar el cargo contra la sentencia que "el fallo acogió un veredicto contradictorio, porque dicha respuesta del jurado de conciencia... es contraria, no sólo a los hechos que del expediente mismo se desprenden, sino en sí mismo".

Considera el censor, que dadas las relaciones de viva enemistad existentes entre el homicida y el occiso, le creó a aquél "un estado de prevención tal que no es otro que la CONVICCION DE QUE IBA A SER ULTIMADO". Que la presencia de Uribe Montoya en el lugar donde más tarde fue muerto, sin justificación ninguna ya que allí, en Itagüí, no tenía ocupación conocida, "llevó á estimar a Uribe Londoño, que —necesariamente— tenía que quitarse al menos de encima, a causa de su reacción, a semejante sujeto, y por ello optó por darle una puñalada" y que, "ante la necesidad de defender su integridad personal, constantemente amenazada, y ante la necesidad personal, de despojarse de tan grave TEMOR, estimo yo que JUSTIFICO la acción el señor Uribe Londoño, y, por tal razón... había obrado el sindicado en legítima defensa subjetiva".

Que, subsidiariamente planteó al jurado la hipótesis de la ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación en la conducta de su patrocinado, y en atención a que el jurado "despojó de ella la injusta provocación... de allí que sea contradictorio ese veredicto".

Examina luego los fundamentos probatorios de la sentencia del Tribunal a través del análisis de alguna de las pruebas tomadas en cuenta para la confirmación de la sentencia, para concluir, en que "la contraevidencia del veredicto... resalta, y por ello la interpretación y valor que el Honorable Tribunal da a la prueba, lo llevó a no considerar ese veredicto contradictorio".

Causal segunda

Haberse dictado la sentencia en desacuerdo con el veredicto.

Sostiene el recurrente, que el veredicto es "incierto, dudoso y un poco difícil de entender... realmente, si se acepta la ira, ella se desprende de las injustas y graves provocaciones que Gildardo Uribe le hacía a Uribe Londoño... no estimo, pues que el jurado quiso decir simple ira, sino una ira proveniente de cuestiones graves y por ello aun cuando el jurado escribió en la respuesta que no fue provocada grave e injustamente, cabría entender esa explicación en el jurado de suyo poco técnico en sus respuestas, que no la hubo la provocación grave e injusta, sino que se había provocado antes de ese crucial momento de la lesión", de esta suerte, "el fallo no está acorde con el veredicto y por ello, es pertinente revocar la sentencia del Honorable Tribunal recurrida y en su lugar atender a la disminución notoria de la penal (sic) tal como lo ordena el artículo 28 del Código Penal".

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de un jurídico examen de las causales alegadas, solicita se deseche el recurso y se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

Consideraciones de la Corte

Como muy oportunamente lo recuerda el señor Procurador, la Jurisprudencia de la Corte ha insistido con relativa frecuencia en el sentido de afirmar que sólo es posible calificar de contradictorio un veredicto cuando éste pugna con el principio de contradicción, vale decir, cuando sus términos impliquen afirmación y negación de la misma cosa simultáneamente y por el mismo aspecto.

Lo contradictorio, ha dicho la Corte, es lo que se niega así mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea contradictorio, es necesario que en su enunciado, en su composición fraseológica, exponga dos pensamientos, que por diversos y contrapuestos su contenido sea igualmente imposible de descifrar, porque si se acepta uno, el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del jurado (Casación

de 18 de noviembre de 1947, G. J. Tomo LXIV, pág. 162).

De esta suerte resultan propias las consideraciones del Procurador cuando escribe que "examinado el veredicto del jurado en el presente caso, no resulta en forma alguna tal oposición o contradicción en sus términos, pues declara la responsabilidad del procesado y si bien se refiere a ira por desavenencias personales, niega que ésta fuera provocada grave e injustamente, sin que por tanto exista la circunstancia atenuante contemplada por la ley, habiéndose declarado por tanto por el jurado la existencia de homicidio simplemente voluntario, de acuerdo con el cargo formulado en el auto de proceder y como lo consideraron fundadamente los falladores de primero y segundo grado".

No existe contradicción en la respuesta dada por el jurado, además, por la simple razón de que el reconocimiento del estado de ira no es término ni situación que se oponga a su origen. Es decir, que si el Tribunal Popular aceptó el estado de ira en la conducta del procesado pero le negó el origen de la grave e injusta provocación, en esa respuesta no se dan los términos de la contradicción sino simplemente la negativa del jurado en el reconocimiento de una modalidad específica en la comisión del homicidio sometido a su decisión.

Sobre este tópico especial tiene dicha la jurisprudencia que "cuando el jurado afirma que el homicida cometió el delito en un momento de ira e intenso dolor síquico simplemente, callando la condición, cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna: y así como el juez puede, si la juzga probada, aplicar esa circunstancia (como de menor peligrosidad), puede también en caso contrario desecharla, sin que el acto arbitral implique violación de la ley penal: pero si el Tribunal interpreta el veredicto en el sentido de que los estados emocionales fueron causados por grave e injusta provocación sin el expreso reconocimiento del jurado, ese Tribunal habría dictado sentencia sobre una calificación de los hechos distinta a la del jurado, esto es, en desacuerdo con el veredicto, creando así una nueva causal de casación y una consiguiente inestabilidad procesal contraria a los fines fundamentales del proceso" (Sent. 10 de marzo de 1947, LXII, 764).

Por consiguiente, el cargo no prospera.

Cargo segundo

Las consideraciones hechas sobre el cargo primero de la demanda deben complementarse en forma lógica con las obligadas a formular en este segundo. Si como se anotó, no puede afirmarse la existencia de una contradicción en el veredicto emitido por el jurado, menos podrá sostenerse este segundo cargo para aceptar que la sentencia no está acorde con el veredicto. Si el jurado no accedió a considerar la existencia de la grave e injusta provocación como causa del estado de ira en que obró el procesado, y el fallo se dictó sobre esta consideración especialísima, no es factible alegar discrepancias de ningún orden.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

En consideración a las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Tercera y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero, José Antonio León Rey, Conjuez.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL

Valor probatorio del testimonio del ofendido, del acusado y de los terceros. La declaración del imputado, cuando constituye confesión, está expresamente regulada por la ley en cuanto su valor (Art. 264 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero doce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Federico Estrada Vélez).

Aprobado: Acta Nº 6 de 12 de febrero/76.

Vistos

Por resolución fechada el 15 de mayo del pasado año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja revocó la sentencia absolutoria del Juzgado Penal del Circuito de Guateque (Boyacá), en el proceso que se adelanta contra LUIS ANTONIO PIÑEROS, y en su lugar lo condenó a la pena principal de treinta y dos meses de prisión y a las accesorias del caso, como responsable del delito de violencia carnal. Impugnada esta decisión por el defensor del condenado, y tramitado legalmente el asunto, procede la Corte a resolver sobre el recurso.

Hechos y actuación procesal

El 8 de junio de 1969, en el sitio San Luis de Gaceno la joven María Carmenza Pores, estudiante de 14 años de edad, dio a luz una criatura que nació muerta o murió pocos instantes después del parto. Hechas algunas averiguaciones, manifestó la Pores que quien la embarazó fue su padre natural Luis Antonio Piñeros, único varón con quien había tenido relaciones sexuales.

Inició la investigación el Juez Promiscuo Municipal de Almeida el 23 de junio de 1969. Al calificar el mérito del sumario, por auto de 12 de febrero de 1970, el Juzgado Penal del Circuito de Guateque llamó a responder en juicio al sindicado, por los delitos de incesto y violencia carnal, providencia esta que fue revocada por el Tribunal, para que se perfeccionara la investigación. Al calificar nuevamente el sumario, el juzgado sobreseyó temporalmente, pero el Tribunal, por auto de 18 de octubre de 1974, revocó el sobreseimiento, enjuició al imputado por violencia carnal, y decretó la prescripción de la acción penal por el delito de incesto. Tramitada la causa, el juzgado absolvió a Piñeros pero el Tribunal, al revisar la sentencia por vía de consulta, dictó fallo condenatorio, tal como se anotó atrás.

La demanda

El actor relata los hechos que originaron el proceso, enuncia las pruebas que sustentan la sentencia condenatoria la cual ataca con base en el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "por haber incurrido el *ad quem* en error de derecho por vía indirecta", con violación de la ley "sustantiva al aplicar los artículos 37 en su numeral 4º, 316 y 317 del Código Penal". Concreta la censura en cinco cargos, así:

1º El fallador dio a la denuncia de María del Carmen Pores valor de plena prueba en relación con el cuerpo del delito, o sea que "dio a esta prueba un valor que la ley no le ha atribuido, violando en esta forma los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal". Sostiene que la de-

nuncia "no tiene en nuestro derecho procedimental el valor de plena prueba por sí sola..."; además, la denunciante incurrió en numerosas contradicciones, pues señala épocas diversas para la realización del primer acceso carnal con su padre. Agrega que si las relaciones sexuales se hubieran cumplido en enero o febrero de 1969, como lo dice la ofendida, el nacimiento de la criatura en junio siguiente sería prematuro, y está demostrado que "presentaba un desarrollo normal y de tiempo completo...". La versión acusatoria no tiene respaldo "en ninguno de los elementos de juicio allegados al informativo".

2º La sentencia apreció erróneamente las declaraciones de Visitación Daza de Algarra y María Trinidad Villamil de Ruiz, porque desconoció el valor probatorio de la primera cuando narró el arrepentimiento de la denunciante, y restó importancia a la segunda, que describe la astucia de la ofendida para ocultar su embarazo, por lo que violó el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal.

Para fundamentar el cargo afirma el actor que Visitación Daza, por solicitud del sindicado, visitó a la denunciante, quien le expresó que "Dígale a mi padre, que yo que culpa, que la culpa la tienen son mis hermanos que le levantaron esa calumnia por haber estado yo con mi padre...". El Tribunal, sin explicación alguna, "hizo caso omiso de la culpabilidad y el valor probatorio que ofrecía" el dicho de la testigo. Igualmente, el sentenciador "se equivocó notoriamente al restarle importancia y valor probatorio al testimonio de María Trinidad Villamil", quien relata la forma habilidosa cómo María Carmenza trató de ocultar el embarazo y el parto, y cómo negó conocer al sujeto con quien sostuvo relaciones sexuales.

3º Violó también el sentenciador el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal pues "omitió erróneamente el fallo la declaración de Bernabé Pores Huertas, tío legítimo de la denunciante", quien evidenció el interés económico de los hermanos de María Carmenza para acusar a su padre. Transcribe el demandante apartes de la declaración de Bernabé Pores, en los que afirma que fueron Carlos Julio, Pastora y Elvira Pores, hermanos de la denunciante, quienes la indujeron para que inculpara a su padre, "con el fin de sacarle plata, y para mí, yo creo que el hombre no debe nada", y sostiene que si el Tribunal hubiera apreciado esa prueba "teniendo en cuenta las reglas establecidas sobre la crítica del testimonio no habría incurrido jamás en el error de derecho que lo llevó en el caso sub judice a pronunciar el fallo condenatorio que nos ocupa".

4º Incurrió en error el sentenciador al estimar equivocadamente la indagatoria del sindicado, en la que explica lo que estaba en su conocimiento, niega enfáticamente la imputación, reconoce a María Carmenza como su hija natural, motivo por el cual la cuidaba y respetaba. También en esa diligencia el imputado sindica a sus demás hijos ya mencionados de haber estimulado a María Carmenza para que lo acusara falsamente, y advierte que le conoció varios amigos en Chivor, cuyos nombres menciona. Termina el censor este punto tratando de aclarar los motivos por los cuales el sindicado no pudo explicar satisfactoriamente el hecho de obligar a su hija a dormir en su misma habitación, a pesar de existir otra disponible.

5º En el último cargo sostiene el impugnador que el Tribunal violó los artículos 316 y 317 del Código Penal, "al apreciar unas pruebas y desestimar otras", pues así se le dio al fallo "un sentido y un valor que no tiene realmente". Después de enunciar la disparidad existente entre los diversos funcionarios (judiciales y del Ministerio Público) que conocieron de este asunto sobre la apreciación de las pruebas, afirma que "como puede verse, la prueba no era suficiente siquiera para pronunciar el auto de proceder proferido por el Honorable Tribunal Superior de Tunja, puesto que en la primera oportunidad que tuvo el superior de conocer del proceso revocó el llamamiento a juicio del a quo para sobreseer temporalmente, y sin que en esta segunda etapa probatoria se hubiese practicado prueba alguna de fundamento, al corresponderle el conocimiento a un ponente distinto dio un vuelco a las mismas pruebas y les impartió mayor valor del que la ley les ha atribuido, dando por resultado el auto de proceder a que hice mención anteriormente".

Termina la demanda con la solicitud de que se "case la sentencia y se confirme en

todas sus partes el fallo absolutorio del Juzgado Penal del Circuito de Guateque".

El Ministerio Público

Extensa y acertadamente el Procurador Primero Delegado en lo Penal analiza los cargos de la demanda, para concluir con la petición de que no se case la sentencia. En su oportunidad, la Sala volverá sobre los argumentos del colaborador fiscal.

Consideraciones

Primer cargo

El valor abstracto de la prueba testifical se funda en la milenaria experiencia humana conforme a lo cual el hombre dice ordinariamente la verdad. Su fe concreta, en cada caso, se basa en plurales criterios axiológicos y humanos. La excepción a la regla general depende de si el testigo puede decir la verdad, y en este caso, si no quiere expresarla. Lo primero, porque el testimonio consiste básicamente en una relación judicial de hechos y circunstancias percibidos por cualesquiera de los órganos de los sentidos, y si uno de ellos no existe, o si está debilitado o disminuido en su capacidad de funcionamiento, la declaración correspondiente no puede tener valor alguno, o será, según el caso, sospechosa, es decir, que para evaluar su contenido, el juez deberá servirse de un profundo examen sobre la materia, relacionando sus diversos aspectos, y refiriéndola a los demás elementos probatorios aducidos al proceso, sin que la sola sospecha pueda descalificar apriorísticamente su capacidad de convicción. De igual manera, el interés personal en el proceso, la simpatía hacia unos y la animadversión hacia otros, el vínculo de sangre y de los afectos, las pasiones en fin, son factores complejos que tornan sospechosa la prueba testifical, pero que no la eliminan como tal.

La prueba testifical se divide en testimonio del ofendido, del acusado y de terceros. Sólo la declaración del imputado, cuando constituye confesión, está expresamente regulada por la ley en cuanto a su valor (Art. 264 del C. de P. Penal). Tanto la de terceros como la del ofendido se rigen por los criterios consignados en el artículo 236 del Estatuto Procesal. Esta norma señala una orientación que el juez debe seguir, y que le otorga una amplia discrecionalidad científica para determinar en cada caso concreto, el valor del testimonio. Quiere decir lo anterior que la declaración del ofendido no puede descartarse como prueba, y debe analizarse en su contexto y en su conexión con los demás medios de prueba existentes en el proceso. De ese examen podrá llegarse a la conclusión, en muchos casos, eliminando los factores negativos, de que esa prueba es apta no sólo para señalar al autor del ilícito, sino también para demostrar su responsabilidad penal. Lo contrario sería un criterio anticientífico, en contraste con la psicología y con las reglas de la experiencia. Y constituiría un poderoso estímulo para fomentar la impunidad de los delitos cometidos en el ámbito familiar, o de los que, por su propia ejecución clandestina, se consuman fuera de la presencia de testigos diversos a los propios protagonistas del hecho.

Reitera, pues, la Sala la doctrina contenida en la sentencia de febrero 1º de 1971, que en su integridad transcribe el Procurador, y que deja sin valor alguno este cargo, pues Carmenza Pores es tenaz y persistente en la relación de las circunstancias del ilícito, y no ofrece vicios morales ni faltas en su personalidad que puedan servir para restar mérito a su exposición.

Segundo cargo

Dentro del amplio arbitrio que para apreciar la prueba otorga al juez el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, el falladador negó a la declaración de Visitación Daza capacidad para infirmar la acusación. Expresamente el Tribunal se refirió a esta prueba para descartarla como demostrativa de la inocencia del sindicado. De otra parte, la ley no señala específica y concretamente un determinado alcance a la prueba testifical, por lo que su apreciación por el juzgador en forma diversa a como lo quiere alguna de las partes, pero con sujeción a las reglas de la crítica del testimonio, no puede constituir error de derecho.

En lo que concierne a la declaración de María Trinidad Villamil, razón tiene el Procurador cuando afirma que "ninguna trascendencia jurídica tiene con capacidad para destruir la imputación hecha al condenado, pues que únicamente se refiere la declaran-

de a criticar a la denunciante por haber ocultado su embarazo, circunstancia ajena al hecho de la violencia carnal incriminada al procesado, aunque ambas situaciones puedan estar vinculadas de causa a efecto, mas sin poderse sostener que para la incriminación del delito investigado, vale decir la violencia carnal, sea necesaria la comprobación del embarazo, visto ello desde el campo fríamente legal. Así, la crítica del censor en cuanto a que el ad quem no valoró bien este testimonio no puede recibirse como razón suficiente para destruir el fallo recurrido".

Tercer cargo

La "omisión o falta de apreciación del testimonio de Bernabé Pores Huertas", de ser cierta, debió plantearse como error de hecho manifiesto y demostrarse debidamente, pues el error de derecho consiste en que el sentenciador otorga a una prueba un valor que no tiene, o no le da el que la ley le asigna, o comete algún yerro en la interpretación de las normas legales reguladoras de su aducción. No puede, pues, la Corte convertirse en tribunal de instancia para suplir las deficiencias de la demanda, y para corregir oficiosamente las fallas técnicas de la impugnación.

Cuarto cargo

Ya se dijo en otra parte de esta providencia que la versión del sindicado dentro del proceso es prueba testifical, y que la ley le asigna un específico valor sólo cuando constituye confesión, según el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal. En todos los demás casos su evaluación debe regirse por los criterios generales que disciplinan la materia, no sin advertir que se trata de una exposición sin juramento, lo que desde luego tiene importancia para su examen. La anterior circunstancia, unida al indiscutible interés en el resultado del proceso, lo mismo que a los hechos indiciarios consignados en el expediente y que no logró explicar racionalmente, hacen que la indagatoria del sindicado no pueda primar sobre la versión de la ofendida, corroborada —ella sí— por los varios indicios graves, tal como el de la obligación impuesta por el padre a la hija de dormir en la misma habitación, existiendo otras, hecho indiciario éste de evidente magnitud. No se advierte, ni se demostró, error alguno en la valoración de la indagatoria de Piñeros.

Quinto cargo

El Procurador destruye la censura por este motivo cuando afirma que "la disparidad de criterios con que los funcionarios de instancia definieron la responsabilidad e inocencia del procesado, no puede constituir censura alguna a la sentencia, toda vez que es apenas natural que dentro de la interpretación de los ordenamientos legales, como también en los juicios valorativos de la prueba, surjan discrepancias, motivo este que es el fundamental para la existencia de las instancias en los procesos".

En efecto, el principio de las dos instancias tiende a garantizar en la mejor forma posible la certeza jurídica de las resoluciones judiciales, pues se presume que el ad quem, juez de superior categoría y de más vasta experiencia, colegiado en muchas oportunidades, corrige los yerros del ad quo, y por ello las decisiones de los últimos no pueden contraponerse a las de los primeros. De otra parte, por mandato legal los conceptos emitidos por los representantes del Ministerio Público tienen sólo una misión ilustrativa, que no obliga a los jueces en cuyos despachos colaboran. ¿De dónde, entonces, surge la tesis de que tiene la razón quien concentúa —función eminente de parte, si de partes puede hablarse en nuestro proceso—, y no quien en ejercicio de la jurisdicción declara el derecho?

Finalmente, la censura se elaboró equivocadamente, pues este cargo aparece más bien como un planteamiento conclusivo, que resume los varios motivos de crítica contra la sentencia que ya se habían expuesto, por lo que, desestimados aquéllos, es fuerza que éste no pueda prosperar.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja el 15 de mayo de 1975, a la cual se refiere esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

EXCARCELACION

Debe entenderse cuando el sentenciado pide aplicación de la Ley 32 de 1971 sobre rebaja de pena por trabajos y estudio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero diecinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 7, febrero 19/76.

Vistos

GUSTAVO CURREA MUÑOZ, por sentencia de 3 de junio de 1975 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue condenado a la pena de 30 meses de prisión, por el delito de hurto. El proceso se encuentra actualmente en esta Corporación para decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto contra aquella providencia. A estas alturas de la tramitación, el apoderado del sentenciado solicita en su favor la libertad condicional teniendo en cuenta la reducción de la pena por trabajos efectuados en el penal, la conducta ejemplar y el que se tienen cumplidos los descuentos correspondientes a la libertad condicional.

Se considera

Corrido el traslado de rigor al Ministerio Público, éste opina que la Sala "no puede ocuparse de la petición formulada ....., porque tanto la libertad condicional como las rebajas de la Ley 32 de 1971 sólo las concede el juez de primera instancia (Artículos 696 y ss. del Código de Procedimiento Penal y 8º del Decreto 1923 de 1973)".

Genéricamente el colaborador fiscal tiene razón. Pero en el caso concreto que ahora ocupa a la Sala, la petición formulada ha de entenderse como el reclamo del derecho a excarcelación caucionada por medio de la libertad provisional, de que trata el Capítulo III del Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Penal. El artículo 453 del estatuto nombrado, dispone: "Casos de la libertad provisional. Salvo los casos previstos en disposiciones especiales, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia si hubiera lugar a ella: ..

. ".....

"6º Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, habida consideración a la calificación que debería dársele.

"Se considera que ha cumplido la pena el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

"La excarcelación a que se refiere este numeral, será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista"....

Ahora bien: De acuerdo con el artículo 85 del Código Penal, la libertad condicional podrá concederse "al condenado a las penas de prisión o arresto no menores de dos años, que haya cumplido las dos terceras partes de la condena....., siempre que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, sus antecedentes de todo orden, permitan al juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligro-

se para la sociedad, y que no volverá a delinquir".

Consta en el expediente que Gustavo Currea Muñoz es hombre de buena conducta, no aparece como reincidente, sus antecedentes no permiten calificarlo como peligroso y, su conducta en el respectivo establecimiento carcelario ha sido calificada de ejemplar por su Consejo Disciplinario. Y, en cuanto hace relación al lapso que tiene de detención, se encuentra privado de su libertad por razón del ilícito por el cual se le condenó, desde el 20 de junio de 1974, es decir, que para el día 20 de los corrientes mes y año, o sea dentro de dos días, cumple las dos terceras partes de su condena la cual fue, se repite, de 30 meses de prisión.

En estas condiciones, es procedente conceder al sentenciado Gustavo Currea Muñoz, a partir del día 21 de los corrientes el beneficio de excarcelación, previa la caución de buena conducta para que no incurra en nuevas infracciones penales, para que se abstenga de concurrir a sitios en donde se venden bebidas alcohólicas y a casas de juego. Cuantía de la caución, que se señala de índole prendaria, será la de cien pesos y, el periodo de prueba, de dos años.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONCEDE a GUSTAVO CURREA MUÑOZ sindicado del delito de hurto en bienes de Reinhard Kling Bauer, el beneficio de libertad provisional, del cual podrá empezar a gozar a partir del día 21 de los corrientes mes y año, previo el otorgamiento de caución prendaria de buena conducta, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de este auto.

Por la Secretaría de la Corporación se extenderá la respectiva diligencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALTA DE FIRMA DEL SECRETARIO EN UNA DILIGENCIA

La falta de firma del secretario no es motivo de nulidad, por ser una simple "cuestión de constancia" empleando una expresión de Guaso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero veintiséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 9 de 25 de febrero/76.

Vistos

Procede la Corte a definir el recurso de casación interpuesto por ROQUE HERNANDEZ MORENO, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cinco, y por medio de la cual le impusieron quince (15) años de presidio, así como las accesorias de rigor, por el delito de "asesinato" en la persona de Carlos Julio Guerrero Hernández (fls. 14 y ss., c. 3).

Hechos y actuación procesal

De los primeros se dijo en el auto de proceder:

"Entre Carlos Julio Guerrero Hernández e Isaías Hernández Ortega, residentes en los alrededores del caserío 'El Mohán', jurisdicción del municipio de Suratá, surgieron diferencias motivadas por los daños que ganados del primero, causaron en sementeras del segundo y el hurto de dos cabezas de ganado menor (oveja y cabra), que Hernández atribuía a Guerrero, hecho que fue puesto en conocimiento del Inspector de Policía del lugar y del Alcalde de Suratá, funcionario que adelantó el respectivo sumario, en virtud de la denuncia formulada por Ricarda Hernández, hija de Isaías. y quien se decía propietaria de la oveja extraviada.

"Pese a estos antecedentes de enemistad, aparentemente las dos familias continuaron manteniendo relaciones, hasta el punto que en la víspera de los trágicos hechos, Roque Hernández Moreno, hijo de Isaías y Carlos Julio Guerrero, estuvieron en la finca 'Mesa Rica', llevando legumbres para sus respectivas casas.

"En las últimas horas de la tarde del dos de mayo pasado, Carlos Julio Guerrero y su hija Margarita, de 11 años de edad, regresaban de la finca 'El Recreo' con dirección a su casa, la niña a caballo y el hombre a pie. Al llegar al sitio denominado Campo Alegre, en un sector limítrofe entre las fincas de las mencionadas familias, se oyeron varias detonaciones de arma de fuego, cuyos proyectiles hicieron impacto en Carlos Julio, quien al sentirse herido, corrió apresuradamente y montó en la bestia en donde iba su hija, tratando inútilmente de ponerse a salvo del sorpresivo ataque, pues más adelante fue alcanzado por el agresor, quien desde el matorral continuó disparando, causándole la muerte. Entre tanto la menor huyó a informar lo ocurrido a su madre, Carmen Rosa Hernández de Guerrero".

El suceso le fue comunicado al Juez Promiscuo Municipal de Suratá, por el Comandante de la Sub-estación de Policía de esta localidad, quien a su vez fue informado por el Inspector de Policía del Corregimiento de Turbay, funcionario este a quien se diri-

gió al aislado Inspector de Policía del Corregimiento del Mohán, solicitándole la transmisión de esta noticia. A este último, en condiciones muy precarias, le correspondió la diligencia de levantamiento del cadáver, en asocio de los ocasionales peritos Luis Enrique Ortega y Crisanto Arias.

Luego actuó, brevísimamente, el Juzgado Promiscuo Municipal de Suratá, y continuó la investigación el Juez Primero de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Bucaramanga, el cual, en auto de 22 de mayo de 1974, decretó la detención preventiva, sin beneficio excarcelatorio, de ROQUE HERNANDEZ MORENO.

El Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, en proveído de 20 de agosto de 1974, oportunamente revisado por el susodicho Tribunal y confirmado en todas sus partes, enjuició a ROQUE HERNANDEZ MORENO, para responder del delito de asesinato en Carlos Julio Guerrero Hernández. Allí se sobreseyó definitivamente, por el mismo cargo, en favor de Isaías Hernández Ortega y Juan Hernández Moreno..

La cuestión única propuesta al jurado y su respuesta acordada por unanimidad, se redactaron así:

"...El acusado ROQUE HERNANDEZ MORENO..., es responsable de haberle ocasionado la muerte a CARLOS GUERRERO HERNANDEZ, mediante las heridas con arma de fuego que dan cuenta los peritos que examinaron el cadáver (fl. 2), hecho cometido entre cinco y seis de la tarde del dos de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, en el sitio denominado Campo Alegre, corregimiento del 'Mohán', de la comprensión municipal de Suratá, obrando el acusado en la ejecución de tal hecho con el propósito de matar y poniendo o sorprendiendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad (alevosía)?" "SI ES RESPONSABLE".

El juzgado de la referencia, en sentencia de 10 de abril de 1975, encontró plenamente procedente la veredicción pronunciada y con base en ella impuso a ROQUE HERNANDEZ MORENO, quince (15) años de presidio y sus accesorias. El fallo, como se indicó en un principio, fue acogido en su integridad por el Tribunal, decisión que ahora es objeto de impugnación ante la Corte.

La demanda

El doctor Humberto Méndez Peñaranda recibió poder especial para recurrir en casación. Invoca a este fin, la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues no se observaron en el proceso adelantado a HERNANDEZ MORENO, las formas propias del juicio, especialmente las previstas en los artículos 159, 215 y 216 del citado estatuto.

Explicando su censura, expone:

"...El hecho que constituye la causal de nulidad invocada consiste en que el acta de levantamiento del cadáver no fue firmada por el Secretario de la Inspección de Policía de 'El Mohán', así fue incorporada a los autos y estimada como tal a lo largo del proceso.

"Para cada acto del proceso, tanto de la etapa del sumario como en el juicio, la ley procedimental señala la forma propia de este acto e igualmente se manda que los actos o diligencias del proceso deberán firmarse por los funcionarios y personas que hayan intervenido: juez, funcionario, peritos y testigos y secretario. Todo acto que no lleve las firmas de los funcionarios o de las personas que en él han intervenido carece de valor legal, pues no puede tenérsele como existente. La certeza de los actos judiciales parten pues de su evidencia, de su realidad, y de que no pueda ponerse en duda su existencia. Una declaración que no lleve la firma del juez que la recibió no puede tenerse como cierta, como legalmente existente.

"Una indagatoria en donde falte la firma del sindicado o la del secretario no puede reputarse existente ni tiene valor legal. Igualmente un acta de levantamiento del cadáver que no lleve la firma del secretario, carece de valor, es inexistente, y esa falta de valor incide en causal de nulidad, pues esa acta inexistente, se le ha tomado a lo largo del proceso para acreditar el cuerpo del delito, y por ende para detener al sindicado, para encausarlo, para formular el cuestionario al jurado y finalmente para condenarlo. El artículo 159 del Código de Procedimiento Penal dice: 'de toda diligencia que se practique se extenderá la correspondiente acta, que se irá escribiendo a medida que se vaya practicando y que será

firmada por el juez o funcionario y su secretario y las demás personas que intervengan. Si alguna de ellas no supiere, no quisiere o no pudiere firmar, se hará constar esta circunstancia y firmará a nombre suyo otra persona...'.

"Contiene este precepto una norma sustancial y definitiva, pues para la validez de las diligencias es indispensable que el acta que las recoja sea FIRMADA POR TODOS LOS FUNCIONARIOS Y PERSONAS QUE HAYAN INTERVENIDO. Esta norma es más sustancial y definitiva en tratándose de la incorporación legal al proceso de la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella, conforme lo estatuye el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

"Esta acta que obra al folio 2, que como puede observarse simplemente aparece sin la firma del secretario, carece de valor legal, y por tanto no podía tenerse en consideración para dar por establecida el delito, tal como se expresó en el auto de detención (fl. 42) en el llamamiento a juicio (fl. 74) en la sentencia de primera instancia (fl. 51 cuaderno Nº 2) y la condena en segundo grado (fl. 16 cuaderno Nº 3).

La irregularidad anotada está pregonando claramente que esa prueba demostrativa del homicidio no quedó legalmente producida siendo por consiguiente jurídicamente inexistente al extremo de que por mandato del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal no puede ser tenida en cuenta para basar en ella una decisión condenatoria, menos con las características de agravación del caso presente en el que se consideró el proceder del sindicado como francamente alevoso, pues se dice que el victimario se emboscó con una carabina moderna, acometiendo a su víctima por dos veces y ocasionándole numerosas perforaciones, sin establecer las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se cometió el hecho, porque como se lee al folio 4 se echa de menos la prueba específica para determinar las causas de la muerte (autopsia) y la diligencia de levantamiento no existe...".

Respuesta de la Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se opone a la pretensión del censor y al efecto comenta:

"Según aparece de lo expuesto, la nulidad alegada con fundamento en la norma constitucional, por desconocimiento de las formas propias del juicio, radica en que no se firmó por el Secretario del funcionario respectivo la diligencia de levantamiento del cadáver.

"Sin embargo, esta sola circunstancia no produce la invalidez de dicha diligencia, pues el Secretario o refrenda o da fe de la actuación o intervención del funcionario, a quien la ley atribuye directamente la facultad de cumplir el acto; por manera que por la omisión de la firma del Secretario, no se ocasiona la invalidez del mismo, si éste efectivamente se cumplió.

"Así lo ha interpretado la jurisprudencia; conviene citar al respecto la sentencia de casación de 13 de noviembre de 1971. Expresó la Honorable Corte en dicha providencia:

'Si la firma del juez o de magistrados es requisito de la esencia, por ser la forma indispensable de legalizar los documentos públicos, especie a la cual pertenecen las actas de diligencias y providencias judiciales, y la consecuencia de la falta de aquélla puede ser la inexistencia del acto o la nulidad del mismo, según los casos y como antes se precisó, no acontece lo mismo con la ausencia de la firma del Secretario, que es requisito meramente formal o accidental, pues el Secretario no tiene el poder decisorio emergente de la competencia, que es exclusivo del juez o tribunal y cuya firma en el acto en que ejerce su actividad es suficiente para darle fuerza al instrumento. Sobre este punto observa el profesor Devis Echandía lo que pasa a transcribirse:

"'Tampoco es necesaria la firma del Secretario para la validez de la sentencia o cualquiera otra providencia que lleve las firmas del juez o de los magistrados que deben concurrir a su votación, porque no se trata de un requisito sustancial. Por tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquéllos, no puede constituir una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible, como tal, de producir nulidad; representa apenas un requisito de la autenticación o de forma respecto del acto

jurisdiccional ejercido por el juez y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consientan, o dejan alguno contra él; a la manera como pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que, sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación. En este sentido se ha pronunciado la Corte colombiana' (Ob. cit. pág. 699).

'Si la carencia de la firma del Secretario no afecta la validez de una sentencia, que es el acto jurisdiccional por excelencia, ya que en ella se declara el derecho, con mayor razón no puede ser nula por tal irregularidad el acta de una diligencia judicial de menor categoría. Y si la falta de firma del secretario no es motivo de nulidad, por ser una simple 'cuestión de constancia', empleando una expresión de Guaso, resulta claro, por lógica rigurosa, que no tiene trascendencia la omisión de un acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderado, defensor, jurado, perito, etc.), pues no hay razón justificativa para estimar dichas firmas como presupuesto o condición de la esencia del documento, y así lo sostuvo esta Sala de la Corte en fallo de 2 de septiembre de 1971, y que aquí se reafirma'.

"(Casación de Carlos Julio y Jairo Andrés Martínez López, noviembre 13 de 1971, G. J. T. números 2346 a 2351, págs. 481 y siguientes; en igual sentido sentencia Casación de enero 30 de 1952, G.J.T. LXXI, números 2110/1, páginas 54 y siguientes).

"De conformidad con lo dicho, se trata en el presente caso de una irregularidad que no puede afectar el acta referida de levantamiento del cadáver, y por tanto, no tiene las consecuencias anotadas por el demandante: dicha diligencia por otra parte se cumplió realmente, como aparece de las declaraciones de los peritos que actuaron en la misma (fls. 19 y 23 vto.) y obra el acta respectiva.

"Por demás, aunque se aceptara la invalidez dicha, no obstante la falta de la autopsia, con otras pruebas aparece acreditado el homicidio sin que por tanto se observe la ausencia de prueba que pretende aducir como consecuencia el demandante, en relación con la irregularidad dicha".

Consideraciones de la Corte

El aspecto que destaca el impugnador aparece debidamente avaluado por el Ministerio Público. La doctrina que éste cita, de la cual puede decirse que está elevada a disposición legal (artículo 358, inciso primero, del C. de Procedimiento Civil), define de modo concluyente la cuestión. Considerando el punto de modo más amplio y generalizado debe decirse que la forma procedimental no se consagra en utilidad y efecto de sí misma, sino que tiene una más trascendente finalidad, o sea, instrumentalizar una garantía de autenticidad. Esa serie de requisitos que la ley dispone y exige, buscan asegurar la veracidad y realidad de los actos procesales. Pero no puede admitirse que conseguidos estos resultados por medios igualmente aptos se siga echando de menos la "forma" para restarle validez a una actuación. Equivaldría a subordinar las facultades de funcionarios superiores, que por sí tienen un poder de imposición, a secundarias actividades de empleados de más reducida jerarquía: o, sacrificar la necesaria realización de una diligencia, como el oportuno levantamiento de un cadáver, a la espera de contar con la asistencia de personas omitibles o sustituibles. En casos tales, la formalidad adquiere una característica accidental, sin que ello impida la posterior controversia sobre la diligencia así realizada, para cuestionar percepciones corolarios.

La diligencia criticada por el recurrente, no fue en momento alguno del proceso, desconocida en su contenido y efecto por los intervinientes en el mismo. Tuvieron prolongada ocasión de conocerla y apreciarla y dejaron que la misma alcanzara todos sus esenciales resultados. Asintieron plenamente a su manifiesto valor.

Pero es más. La necropsia y lo que se denomina levantamiento del cadáver, tienen una vital importancia en esta clase de averiguaciones. Con ellas suelen establecer la realidad y modalidades de una muerte y fijar el nexo causal entre ésta y los actos de agresión tomados como delictuosos, se demuestra su trascendencia. Pues bien, la doctrina reiterada de la Corte enseña que estas

actuaciones tienen un valor preferente pero no excluyente, o sea, que representan una incuestionable eficacia y mérito pero no tanto como para ser únicas y eliminar otros elementos de convicción que puedan establecer idénticas consecuencias.

A este respecto valga la siguiente cita: "...Si en un determinado caso ha podido practicarse, y en efecto se practica en forma completa, el reconocimiento del cadáver y su disección anatómica, es muy claro que para comprobar el cuerpo del delito, una diligencia así llevada a cabo, tenga valor fundamental. Pero no quiere decir esto que por otros medios es imposible llegar a la convicción judicial de que el homicidio fue perpetrado, bien sea ello por declaraciones de testigos o por medio de indicios necesarios o vehementes. Estas pruebas, de carácter supletorio, si se quiere, tienen importancia especial cuando por cualquiera causa no han podido ser reconocidas por facultativos las huellas, rastros o señales del hecho, bien porque el cadáver haya desaparecido del todo o se le haya hecho desaparecer, o porque la avanzada descomposición del mismo impida la precisión completa en el dictamen.

"El objeto fundamental de toda investigación es el esclarecimiento de la verdad en orden a la comprobación de sus factores objetivos y subjetivos: los primeros, en cuanto determinan la materialidad del hecho y sus causas generadoras, y los segundos, en cuanto hacen relación a la imputabilidad y responsabilidad de sus autores o copartícipes, y para llegar a esta conclusión, es indudable que todos los elementos probatorios determinados por el legislador son aptos para conseguir las finalidades de la ley. Sólo en los casos en que la ley dé primacía absoluta a una prueba con exclusión de otra, bien sea como elemento de convicción para dictar el correspondiente fallo, o bien como medio para comprobar el cuerpo del delito; pero como en el caso sub judice, no existe una prueba especial y excluyente para la determinación del elemento material, es necesario aceptar que todas las pruebas son pertinentes para tal fin" (G. J. Tomo LXVII, pág. 253. 1950).

Las condiciones geográficas en que se presentó la muerte de Carlos Julio Guerrero Hernández y la deficiencia de los servicios médicos-legales, impidieron algo más fundamental que la firma del secretario del Inspector Municipal del Corregimiento del Mohán, vale decir, la verificación de la necropsia. Sin embargo, tal como surge de la transcripción anotada, esta diligencia no imposibilita tomar criterio seguro sobre la sanidad de Guerrero Hernández, antes del ataque, y el deceso sobrevenido como consecuencia de esa calificada agresión. A este efecto obran las manifestaciones de Luis E. Ortega B. y Crisanto Arias, ya en la diligencia de levantamiento del cadáver, en donde actuaron como peritos, ya en las declaraciones fedatarias de folios 19, 23 vuelto y 24; las versiones de Margarita Guerrero Hernández, quien acompañaba a su padre al momento del aleve y mortal ataque, folios 8 vuelto y 9; Juan Hernández M. que recibió la confidencia de su hermano sobre estos hechos, folios 32 vuelto y 33; la indagatoria de ROQUE HERNANDEZ MORENO, folio 36; y, finalmente, el acta de defunción folios 17 vuelto, 60 y 61, y las manifestaciones juradas del Inspector del Mohán, señor Luis Alfredo Villamizar, folio 52.

El debido proceso se ha cumplido en forma cabal. El aspecto probatorio que el censor glosa, no afecta su eficacia. La observación no trasciende más allá de denunciar una simple irregularidad procesal que no tuvo consecuencias invalidantes y que, por el contrario, por el concurso de otros elementos de convicción y forma de actuación de las partes durante la tramitación del proceso, quedó subsanada en todo aquello que podía insinuar una inquietud probatoria.

La causal invocada no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la opinión del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de 27 de junio de 1975, ya indicada en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Constatada la existencia de una nulidad —como la falta de firmas del Presidente del Consejo Verbal de Guerra o el Asesor Jurídico— corresponde a la Sala declararla, en guarda de una de las garantías fundamentales que la Constitución establece en el artículo 26 cual es la del debido proceso cuyo objeto primordial es el de amparar el derecho de defensa gravemente lesionado cuando se omite la observancia de actos procesales básicos como la debida formulación del pliego de cargos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero veintiséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 6 de febrero 12 de 1976.

Vistos

Agotada la tramitación de ley, procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado LUIS EDUARDO MUÑOZ VELEZ contra la sentencia de 12 de julio de 1974 proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual, al reformar la de primera instancia dictada por la Presidencia del respectivo Consejo de Guerra Verbal —Comando del Departamento de Policía del Valle—, condenó al recurrente a la pena principal de doce años de presidio, en vez de los diez que le habían sido impuestos, a más de las accesorias de rigor, por el delito de homicidio en el particular Rafael Angel Osorio Rendón.

Hechos

En las dos sentencias a las cuales se ha hecho referencia ellos han sido presentados de la siguiente manera, que es la misma que trae el apoderado del procesado en su demanda:

"El día 11 de septiembre de 1972, se trasladaron los agentes citados y un informante, de la Estación de Policía de Ansermanuevo a la vereda de 'Potrerillo', con el propósito de capturar al señor RAFAEL ANGEL OSORIO RENDON, presuntamente sindicado por el delito de 'Abigeato', hecho este que se cumplió en la finca 'Yarumito' de propiedad del señor HELIODORO GALLEGO y administrada por el señor ALFREDO LONDOÑO LONDOÑO.

"De regreso con el capturado y en predios de la finca 'El Edén', se dijo inicialmente por los sindicados, que se había fugado, pero adelantadas algunas averiguaciones, se estableció que el Agente MUÑOZ VELEZ, le había causado lesiones que le produjeron la muerte al nombrado OSORIO RENDON, cuyo cadáver, días después, fue encontrado flotando sobre las aguas del río Cauca, a donde había sido lanzado desde el Puente Ana Caro. Su muerte ocurrió el día antes citado en las primeras horas de la tarde y el cadáver hallado en la mañana del 15 de septiembre del mismo año" (Cfr. fls. 220 ss., 257 y Cuaderno de la Corte fls. 15 ss.).

Actuación procesal

La Alcaldía de Ansermanuevo practicó las primeras diligencias. El Juez Penal Municipal de esa localidad dictó el auto cabeza

de proceso (fls. 3 vto. ss.). Luego, en atención a que aparecieron como sindicados miembros de la Policía Nacional (fl. 13), se envtaron al Comando de la Policía del Valle (fls. 13 vto. ss.). Avocado su conocimiento (fl. 16 vto.), el Juzgado 83 de Instrucción Penal Militar adelantó la investigación. Por Resolución número 00127 de 6 de octubre de 1973, el Comando del Departamento de Policía del Valle, como Juez de primera instancia, convocó "un Consejo de Guerra Verbal, para que por los trámites señalados en el Libro Cuarto, Título VI, Capítulo II del Código de Justicia Penal Militar, se juzgue a los Agentes de la Policía Nacional MUÑOZ VELEZ LUIS EDUARDO y MONTOYA CORRALES FROILAN ALVEIRO, por los delitos de Homicidio y Encubrimiento respectivamente, de que trata el Libro Segundo, Título VII, Capítulo II y Título VI, Capítulo VI del Estatuto Castrense, según hechos el día once (11) de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972), en comprensión municipal de Ansermanuevo", designó Presidente, Vocales, Asesor Jurídico y Secretario y señaló día y hora para la celebración del respectivo acto (fls. 183 ss.).

A los folios 188 y siguientes aparecen los cuestionarios que fueron sometidos a la consideración de los Vocales para que decidieran acerca de la responsabilidad de los procesados Agentes de la Policía Nacional Luis Eduardo Muñoz Vélez y Froilán Alveiro Montoya Corrales, el primero por el delito de homicidio en Rafael Angel Osorio Rendón y el segundo por el de encubrimiento de ese mismo homicidio. El referente a Muñoz Vélez, quien fue el recurrente en casación, está concebido en los siguientes términos: "EL ACUSADO, AGENTE DE LA POLICIA NACIONAL LUIS EDUARDO MUÑOZ VELEZ, ES RESPONSABLE, SI O NO, DE HABER DISPARADO SU ARMA DE DOTACION OFICIAL (CARABINA) CON LA INTENCION DE MATAR, CONTRA EL PARTICULAR RAFAEL ANGEL OSORIO RENDON, OCASIONANDOLE LESIONES EN DIFERENTES PARTES DEL CUERPO, QUE LE PRODUJERON LA MUERTE POR LESION CEREBRAL, HECHO QUE TUVO LUGAR EN LAS PRIMERAS HORAS DE LA TARDE DEL DIA ONCE (11) DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS (1972), EN ZONA RURAL DEL MUNICIPIO DE ANSERMANUEVO, DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, Y CUANDO EL ACUSADO SE ENCONTRABA EN ACTOS PROPIOS DEL SERVICIO?" (fls. 188 ss.). La veredicción fue condenatoria para Muñoz Vélez por mayoría (fls. 188 ss.) y absolutoria, por unanimidad, para Montoya Corrales (fls. 194 ss.).

Cabe destacar que ninguno de los cuestionarios sometidos a la consideración individual de cada uno de los vocales, lleva firma distinta a la del propio vocal (fls. 188 ss., 193 ss.).

Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia a las cuales se ha hecho referencia anteriormente, habiéndose interpuesto contra la última el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación: haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, el censor formula dos cargos, lo que presenta como a continuación se indica:

Primero

Lo enuncia así: "considero que de acuerdo con el artículo 441, numeral 6º del Código de Justicia Penal Militar, hay nulidad en este proceso, por 'NO HABERSE ELABORADO EL CUESTIONARIO O CUESTIONARIOS EN LA FORMA ESTABLECIDA POR ESTE CODIGO' ".

Para argumentarlo, luego de exponer cuáles son, en su criterio, los alcances de las nulidades y de transcribir el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, dice que el cuestionario "está viciado de nulidad por cuanto a los señores Vocales se les formuló en el sentido de que respondieran, si el acusado Agente de la Policía Nacional LUIS EDUARDO MUÑOZ VELEZ, es responsable? SI o NO, de haber disparado su arma de dotación oficial (carabina) contra el particular Rafael Osorio etc.. Esta mala redacción del cuestionario aludido, ha producido una confusión a los señores Vocales que lo respondieron, ya que en realidad de verdad no se sabe si ellos, los que contestaron afirmativamente, lo hicieron para responder en el sentido de que el acusado era

responsable de haber disparado su arma de dotación oficial, pero no en el sentido de haber causado la muerte a Rafael Angel Osorio, porque una cosa es la acción de disparar sin intención de matar, como en efecto lo ha sostenido el acusado LUIS EDUARDO MUÑOZ VELEZ, y otra de que de un disparo involuntario, haya resultado muerta una persona". Luego el cuestionario fue mal formulado porque "comienza preguntando por la responsabilidad del procesado por el hecho de 'haber disparado su arma de dotación oficial' hecho este que no conlleva responsabilidad penal, dejando de lado el hecho, que sí la lleva cual es el haber causado la muerte, es decir, que la pregunta ha debido ser si el procesado 'es responsable SI o NO de haber dado muerte' y no procurar establecer la responsabilidad en forma indirecta indicando el medio empleado para el mismo efecto". "De manera que esta mala redacción, del cuestionario formulado para el acusado LUIS EDUARDO MUÑOZ VELEZ, es causal de nulidad de acuerdo con el numeral 6º, del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, ya que se han violado las normas establecidas para formular el cuestionario en el artículo 559 ibidem, y en desarrollo de lo previsto en el artículo 194 sobre responsabilidad cuando se causa la muerte de otra persona con intención de matar, como lo dice dicho Código".

Se contesta el cargo

El delito de homicidio lo contempla el Código de Justicia Penal Militar en su artículo 194 de la siguiente manera: "El militar que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cause la muerte de otra persona, con intención de matar, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio".

Y, el 559 del mismo estatuto sienta las siguientes bases:

"El cuestionario se formulará así:

"El acusado N. N., es responsable, SI o NO, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)".

Bueno es recordar los términos en que está estampado el cuestionario referente al sentenciado recurrente:

"EL ACUSADO, AGENTE DE LA POLICIA NACIONAL LUIS EDUARDO MUÑOZ VELEZ, ES RESPONSABLE, SI o NO, DE HABER DISPARADO SU ARMA DE DOTACION OFICIAL (CARABINA) CON LA INTENCION DE MATAR, CONTRA EL PARTICULAR RAFAEL ANGEL OSORIO RENDON, OCASIONANDOLE LESIONES EN DIFERENTES PARTES DEL CUERPO, QUE LE PRODUJERON LA MUERTE POR LESION CEREBRAL, HECHO QUE TUVO LUGAR EN LAS PRIMERAS HORAS DE LA TARDE DEL DIA ONCE (11) DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS (1972), EN ZONA RURAL DEL MUNICIPIO DE ANSERMANUEVO, DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, Y CUANDO EL ACUSADO SE ENCONTRABA EN ACTOS PROPIOS DEL SERVICIO?" (fl. 188).

No encuentra la Sala que el anterior cuestionario sometido a la consideración de los vocales esté redactado en tal forma que, por una parte peque contra las prescripciones de los artículos 559 y 194 del Código de Justicia Penal Militar, en cuanto el primero señala la manera como debe redactarse y, el segundo, los elementos específicos propios del delito de homicidio de que trata allí y que, por otra, haya podido producir tal grado de confusión en la mente de los mismos señores Vocales, que éstos no hubieren podido entender qué era lo que se les preguntaba, es decir, si porque se fuera responsable, sí o no, simplemente de hacer un disparo; o, de haber causado la muerte, con intención de matar, de una persona en concreto.

En el cuestionario no se pregunta aisladamente si el Agente Muñoz es responsable, sí o no, de haber disparado un arma de dotación oficial. No. Sino que concretamente se interroga si ese disparo se hizo "con la intención de matar"; es decir, de causar la muerte a otra persona, en este caso, al particular Osorio Rendón, y además, también se contempla con el mismo, el que, a consecuencia de ese disparar de su arma, con intención de causar la muerte, ésta se produjo por las lesiones que con aquellos disparos le fueron ocasionadas a la víctima en diferentes partes del cuerpo.

De manera que si se cumplieron las prescripciones ordenadas por el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar para la redacción del cuestionario y, no faltó ninguno de los elementos que como tipificadores del delito de homicidio trae el 194 de la misma obra.

Además, como lo apunta el señor Procurador Delegado para la Policía Nacional, quien representa al Ministerio Público en esta instancia, "para despejar cualquier duda al respecto, nos remitimos a lo que podemos llamar la historia fidedigna de la claridad del cuestionario, consultando el acta de la sesión del Consejo de Guerra; en ella no solamente aparece que fue leído el cuestionario y transcrito, sino que el defensor, también el Agente del Ministerio Público, debatieron ampliamente lo relativo a la intencionalidad de la conducta del procesado. A lo largo de la intervención de uno y otro se observa cómo se debatió lo relativo a la intención, y, al folio 215 del expediente, 15 del acta de la sesión del Consejo de Guerra, vemos cómo el señor defensor afirma: '... y estoy de acuerdo con el concepto emitido por el señor Auditor Principal de Guerra porque allí manifiesta y se califica la clase de delito que es simplemente homicidio'. Así tenemos que los señores vocales fueron ampliamente informados de que el aspecto más importante del debate y sobre el cual debían pronunciarse no era otro distinto que el relativo a la intencionalidad de la conducta de Osorio Rendón". (Cuaderno de la Corte, fl. 31).

Lo dicho es suficiente para concluir que este cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo

Dice que la sentencia recurrida ha violado el artículo 26 de la Constitución, que a continuación transcribe, porque, luego de algunas consideraciones de índole probatoria, concluye que, al reformar la sentencia de primera instancia para elevar la pena a doce años de presidio, en vez de los diez que primeramente le fueron impuestos, "se apresuró sin fundamento legal ninguno a hacer una reforma in pejus, de la sentencia de primera instancia, aumentando la pena en dos años más de presidio, y naturalmente VIOLANDO TODA LA DOCTRINA REITERADAMENTE ESTABLECIDA, por la Honorable Corte Suprema de Justicia, de las garantías constitucionales previstas en el artículo 26 de la Carta Magna". Luego el Tribunal no aplicó la ley permisiva o favorable al procesado, sino la reformatio in pejus, debiéndose tener en cuenta que la ley que la consagró: 17 de 12 de marzo de 1975, es posterior al hecho juzgado.

Se contesta el cargo

Con exacta precisión lo contesta el Ministerio Público en los siguientes términos que la Sala comparte:

"Es a todas luces evidente que para dosificar la pena el juez de derecho está obligado a interpretar la prueba. De manera que cuando la pena impuesta está en desacuerdo con la resultante de la apreciación de las pruebas que demuestran las circunstancias de menor y mayor peligrosidad, se está ante la violación de la ley sustancial proveniente de apreciación errónea de la prueba y en tal caso no hay lugar a invocar una nulidad, simplemente se acude a la causal primera del artículo 580, demostrando si se incurrió en error de hecho o de derecho que aparezca manifiesto en los autos.

"En este caso carece de técnica el planteamiento de la demanda ya que, se repite, se pretende una nulidad sobre la base de un motivo no contemplado en la ley ni en la Constitución.

"Y en cuanto al pretendido desconocimiento de la ley más favorable porque se produjo la 'reformatio in pejus' debe recordarse aquí que en todo caso esta clase de sentencias son con arreglo al Código Penal Militar consultables, y, por consiguiente, no existe limitación alguna para el ad quem, menos aun cuando se trata de dosificar la sanción" (Cuaderno de la Corte fls. 32 ss.).

En consecuencia, este cargo tampoco puede prosperar.

No obstante lo que se deja expresado en los apartes anteriores, la Sala habrá de casar la sentencia materia del recurso, por las consideraciones que se exponen a continuación:

1. En varias oportunidades la Corte ha declarado que son nulos y carecen de existencia los cuestionarios sometidos a los vocales en los Consejos de Guerra Verbales cuando no tienen la firma de quien preside éstos,

Así lo ha dicho la Sala en sentencias de 19 y 23 de junio del año pasado, entre otras, en la primera de las cuales se expresó que cuando el cuestionario se pasa a los vocales sin la firma del Presidente del Consejo "se trata de un simple escrito, sin carácter documental por cuanto no expresa, ni de su texto aparece, el autor. O sea que carece de uno de los requisitos fundamentales para que se le considere documento, cual es el de señalar por sí mismo la persona de quien procede".

Agregaba la Sala que la actuación consistente en formular las preguntas a los vocales debe llevar la firma del Presidente del Consejo de Guerra Verbal por cuanto constituye, dentro de un acto complejo como es la audiencia, una diligencia autónoma que se incorpora, en un documento público independiente, es a saber, el cuestionario, motivo por el cual éste debe llenar todos los requisitos de un escrito documental de esa especie, en primer término la firma de quien lo emite como autor.

A lo dicho en ese entonces debe agregarse la siguiente consideración igualmente importante:

Dentro del procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales que se puedan convocar, según establece el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar "exista o no investigación previa" uno de los actos fundamentales es el de la formulación de los cuestionarios ya que es en ese momento cuando se hacen a los sindicados los cargos de que éstos tendrán que defenderse.

Así lo indica claramente el artículo 576 del ordenamiento citado al decir:

"Artículo 576. Terminada la etapa investigativa, el Presidente del Consejo con la colaboración del Asesor Jurídico, formulará, por escrito, y entregará a cada uno de los vocales, el cuestionario o cuestionarios que se someten a su decisión.

"El cuestionario o cuestionarios se redactarán en la forma indicada en los artículos 563 y 566 de este Código.

"Cuando se proceda por varios delitos o cuando son varios los sindicados el Presidente hará preguntas separadas para cada delito".

Confirma lo dicho el contenido del artículo 577 del ordenamiento en cita que permite, en el mismo momento procesal indicado, formular cuestionarios por delitos no indicados en la Resolución de Convocatoria pero que, al terminar la etapa investigativa, resultaren demostrados y que aparecieren como conexos con los mencionados en dicha Resolución.

Lo que significa que no es ésta la que, en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, equivale al auto de proceder sino que tal función la tienen los cuestionarios.

Allí es donde, como expresa el artículo 553 del Código de Justicia Penal Militar, citado por el artículo 576 ibidem, se debe determinar el hecho materia de la causa, especificando los elementos que lo constituyen y las circunstancias en que se cometió aunque sin darle denominación jurídica.

Esos cuestionarios constituyen el pliego de cargos que se hace al acusado y de ahí que deban reunir requisitos especiales que, en el procedimiento ordinario, son materia de minuciosa reglamentación tanto en lo sustancial como en lo formal (Arts. 481 y siguientes del Código de Procedimiento Penal).

Esencial a su naturaleza es, sin lugar a duda, la calidad de acto acusatorio de carácter jurisdiccional, esto es, actuación propia del juez que expresa, en la forma prescrita por el Código de Justicia Penal Militar, la decisión del Estado de acusar a un individuo, así como también la descripción clara y concreta de los cargos que le hace.

Se trata, en consecuencia, de un verdadero acto jurisdiccional de indudable importancia dentro del proceso pero cuya reglamentación formal ofrece en el Código que se acaba de mencionar vacíos que deben ser llenados acudiendo ya a las disposiciones de otros Códigos o bien a los principios generales que gobiernan los procedimientos.

Y es indudable que entre estos últimos está el de que la formulación del pliego de cargos se lleve a cabo con el lleno de los requisitos que garanticen su autenticidad, entre ellos la firma del juez.

No habría razón para considerar que si en el procedimiento ordinario, tanto civil como militar, este acto debe llenar todas las formalidades de un auto, en el Consejo de Guerra Verbal pueda hacerse mediante un simple papel, sin firma, esto es, sin que revista siquiera carácter documental,

Y no es dable aceptar que el acto que recoge las respuestas de los vocales y hace el escrutinio de ellas (Art. 581 ibidem) supla la falta de firma del cuestionario en razón de que allí se acostumbra que la pregunta formulada a los vocales vaya firmada por el Presidente del Consejo pues ésta es una actuación posterior, de carácter distinto, ya que, como se deja dicho, tiene por objeto contar los votos, examinar su sentido y constatar si ha habido unanimidad o mayoría de los mismos respecto a la pregunta que se les ha hecho.

Este acto, posterior a la formulación del cuestionario, no puede convalidar los vicios de éste.

Ni menos pueden tener esa consecuencia las firmas que se ponen al pie del acta de la audiencia, ya que ese documento contiene un relato de lo ocurrido en ella y no garantiza sino la veracidad de que lo que se dice fue lo sucedido pero no certifica, ni tal cosa puede pretenderse, la autenticidad de los documentos en ella presentados o la legalidad de las actuaciones que tuvieron lugar.

2. Constatada la existencia de la nulidad mencionada, corresponde a la Sala declararla en guarda de una de las garantías fundamentales que la Constitución establece en el artículo 26 cual es la del debido proceso cuyo objeto primordial es el de amparar el derecho de defensa gravemente lesionado cuando se omite la observancia de actos procesales básicos al juzgamiento de una persona como la debida formulación del pliego de cargos.

"Débese recordar entonces, ha dicho la Sala en otra oportunidad, que el recurso extraordinario de casación ha sido instituido para preservar el contenido de la ley y darle alcance y sentido ajustados al derecho objetivo, al través de la unificación de la jurisprudencia, y también para desagraviar a las partes de los perjuicios que les hubiere irrogado la sentencia.

"Si tales son los objetivos del recurso extraordinario de casación y entre ellos cobra significación especial la guarda de la ley, en sí misma considerada, independientemente del interés que en los resultados del recurso acusan las partes, el derecho de defensa inmolcito en las garantías fundamentales que, en su conjunto, preserva el artículo 26 de la Carta Política, no obliga al recurrente a demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por él personalmente, ni la magnitud de sus consecuencias, puesto que el derecho se viola sustancialmente cuando se quebrantan las formas propias del juicio. La Constitución las prescribe y preserva como garantías fundamentales de los derechos ciudadanos cuyo perjuicio cierto consiste, sin más, en la violación de aquéllas. El debido proceso es derecho público y sus garantías son del mismo carácter.

"Su violación agravia el orden público instituido y entraña vicio de nulidad subsanable solamente por la reposición del proceso con la observancia plena de sus formalidades legítimas" (Sentencia de 26 de noviembre de 1975. Proceso contra Alberto Mendoza Bermúdez y otros).

Ahora bien, como el Consejo de Guerra Verbal es un acto jurídico completo, que comienza por su convocatoria y termina con la sentencia (Arts. 586 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar), la nulidad que vicia uno de sus elementos, se extiende a todos los demás.

En consecuencia en el presente caso dicha nulidad debe abarcar desde la Resolución que convoca el Consejo de Guerra Verbal y abarcar toda la actuación posterior.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia motivo del presente recurso extraordinario y ORDENA reponer el procedimiento a partir, inclusive, de la Resolución por medio de la cual se convocó Consejo de Guerra Verbal, en adelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo (Con salvamento de voto); *Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez* (Con salvamento de voto); *Alvaro Luna Gómez* (Con salvamento de voto); Luis Enrique Romero Soto, *José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez

Del Pronunciamiento anterior me aparta el punto apreciado como motivo de invalidación. La ausencia de firma del Presidente del Consejo de Guerra, de su Asesor Jurídico y Secretario, en los cuestionarios utilizados por los vocales, no constituye a éstos en simples escritos, meros papeles, a los cuales, por ignorarse de quien proceden, hay que restarles autenticidad y mérito probatorio.

La tesis generaliza más de lo permitido y aconsejable, al punto que se olvidan las características del sistema procesal propio que regula esta actividad jurídico-militar y los principios reguladores del instituto de la nulidad.

1. La providencia, en el aparte que me ocupa, destaca la importancia de los cuestionarios, pues consignan ellos los cargos sobre los cuales debe versar el debate y constituyen, ni más ni menos, lo que el auto de proceder representa en el procedimiento ordinario (Artículos 567, 576 y 577 del C. de J. P. M.).

No se trata de discutir esta trascendencia, pues debe tenerse por acto acusatorio de carácter jurisdiccional, tan fundamental que sobre él se apoya la respectiva sentencia. Acepto esta calificación, la misma que no he controvertido. Lo que viene al caso es definir si el Código de Justicia Penal Militar contempla la exigencia que la Sala echa de menos, si es la copia de cada cuestionario la que debe contener tales firmas, si lo preseguido con este supuesto requisito (autenticidad, seguridad de existencia y conocimiento por parte de vocales, fiscal, acusado y defensor) se obtuvo por otros medios igualmente válidos y eficaces. El punto de discrepancia no se marca sobre la esencialidad de los cuestionarios, que por descontada se da, sino sobre los aspectos últimamente enunciados. Del valor que se den a los mismos resulta la procedencia o no de la declaración de nulidad. Lo que no conviene, porque la cuestión rebasa el asunto y desfigura el punto central de la argumentación, es subordinar la nulidad a la trascendencia de la pieza procesal, haciéndose abstracción de otros temas de importancia decisiva.

2. Claro que el Código de Justicia Penal Militar, exige, como todo ordenamiento procesal, la garantía de autenticidad de los actos procesales. Pero de esto a decir que lo tiene que hacer en determinada forma y que no puede valerse de regulación propia, o, que los principios generales del derecho concebidos para evitar excesos invalidantes, no resultan aplicables, es asunto bien diferente que no puede aceptarse pacíficamente.

Veamos, entonces, cómo el Código de Justicia Penal Militar, no impone la obligación que señala la Sala y cómo lo dispuesto por este estatuto se refiere a la diligencia de escrutinio, momento en el cual no sólo se verifica el número de votos, su sentido, la unanimidad o simple mayoría de la opinión emitida, sino también y éste es aspecto decisivo, la intangibilidad de la forma del cuestionario o cuestionarios propuestos y su identidad con los firmados por los vocales.

El artículo 568, se refiere a la integración del Consejo de Guerra: Presidente, tres vocales, fiscal, asesor jurídico y secretario. El 441, causal 6ª, eleva a nulidad "no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código". El

576 menciona los artículos 559 y 560, indicativos de la forma como se redactan y el modo de respuesta a ellos. El 580, establece la obligación de su lectura y su agregación, en copia, al proceso. El 581, señala cómo deliberan los vocales, la entrega de sus respuestas y el escrutinio de sus votos por el Presidente y su Asesor Jurídico". "Terminado éste, se reanuda la SESION PLENA y el Presidente, EN PRESENCIA DE LOS PROCESADOS y de pies todos los presentes, LEERA LOS CUESTIONARIOS, LAS RESPUESTAS DE LOS VOCALES Y EL RESULTADO DEL ESCRUTINIO, que será el Veredicto del Consejo" (mayúsculas fuera de texto).

El 563, dispone que "los vocales deben FIRMAR sus respuestas con indicación de su grado y a medida que las terminen deben entregarlas al Presidente. Cuando estén todas en poder de éste, se procede al escrutinio y el RESULTADO se consigna en una COPIA DE LOS CUESTIONARIOS CON LAS FIRMAS DEL PRESIDENTE, ASESOR Y SECRETARIO" (Subraya y mayúsculas fuera de texto).

Nótese como el Código de Justicia Penal Militar sólo exige las firmas de los vocales, con indicación de su grado a responder el cuestionario, y, la del Presidente, Asesor y Secretario, al momento de efectuarse el escrutinio, el cual debe realizarse "en una copia de los cuestionarios". Mal puede imponerse, bajo sanción de nulidad, que sobre una norma específica como la indicada se haga prevalecer un dispositivo general, esto es, que como acto acusatorio de carácter jurisdiccional debe llevar la firma de quien lo emite.

Y no es que el citado estatuto, se repite, prescinda de estas guardas y protecciones. Lo que sucede es que las señala para un determinado momento procesal, vale decir, cuando se trata del escrutinio, oportunidad en la cual se integra toda la actuación, ya que después de transcribirse el texto del cuestionario (en original o en copia) se anota el resultado de la opinión emitida por los vocales.

Pero la finalidad asegurativa, que procura la autenticidad de los actos procesales y salvaguarda los derechos de las partes, no es menos en el proceso castrense que en el ordinario, aun omitida la firma que censura la Sala. Obsérvese cómo a los jurados de conciencia no se les exige individualización de su criterio, obligación que sí se impone a los vocales del Consejo de Guerra; como a aquéllos, al final de la audiencia, se les lee el correspondiente cuestionario y a continuación se inserta su opinión unánime o mayoritaria, al paso que en el trámite castrense se da previa lectura de los cuestionarios, se agregan en copia y, finalmente, vuelven a leerse los cuestionarios, las respuestas y el resultado del escrutinio, firmándose todo ello por el Presidente, Secretario y Asesor Jurídico, interviniente éste que no figura en los juicios comunes.

3. Se afirma en la providencia que la diligencia de escrutinio no puede tener valor convalidante, pues la actuación ulterior nada agrega a la situación viciosa ya producida.

Ya se ha visto que la obligación legal de las firmas aparece para los vocales al producir su opinión y para el Presidente, Asesor y Secretario, cuando se verifica el escrutinio. Ahora bien, si la trascendencia del cuestionario y la coetaneidad de su emisión con su firma se destacan como garantías de autenticidad y control de sorpresivos cambios para las partes que intervienen en el Consejo de Guerra, cómo puede negarse la procuración de este fin, si múltiples sistemas de seguridad concurren a establecer esa veracidad, esa conservación de fidelidad del cuestionario y esa fijación de su procedencia?

Al quedar copia del cuestionario o de los cuestionarios y estar firmados éstos por los vocales e insertarse en el escrutinio su texto y el resultado de las respuestas, se está precisando nítida y categóricamente qué se preguntó a los vocales y sobre qué respondieron éstos.

Es más, si al Presidente, Asesor Jurídico y Secretario, se les reconoce un poder fedatario cuando firman los cuestionarios pasados a los vocales, por qué se les niega este atributo y logro al momento de realizar el escrutinio y encabezar el mismo con el texto de los cuestionarios propuestos?. Acaso no están dando fe, máxima fe de la identidad de estos textos, su permanencia e incolumidad desde que se redactan, leen públicamente y se entregan a los vocales hasta que se

cuentan sus votos y se conforma el veredicto definitivo?

4. Pero en este orden de seguridades el Acta de Consejo de Guerra agrega una más, insoslayable en su eficacia. La providencia anota que "...ni menos pueden tener esa consecuencia (convalidación de vicios) las firmas que se ponen al pie del acta de la audiencia, ya que ese documento contiene un relato de lo ocurrido en ella y no garantiza sino la veracidad de que lo que se dice fue lo sucedido pero no certifica, ni tal cosa puede pretenderse, la autenticidad de los documentos en ella presentados o la legalidad de las actuaciones que tuvieron lugar...".

Repárese cómo a folios 202 y 203 se transcriben los cuestionarios formulados a los vocales. Esta inserción tiene un innegable valor que la Sala desestima. Es verdad que el Acta de Audiencia no impone la autenticidad de los documentos presentados durante su celebración, pues mal puede determinar su origen, la legitimidad de su causa y la conservación de su primigenia elaboración, pero nadie puede negar que la existencia del mismo y sus características quedan perennizadas en ese documento público que es dicha acta. Y si esto se dice de documentos extraños, qué no decir de los actos procesales (como un cuestionario) producidos por los órganos de la administración de justicia! El acta en este último sentido, establece la veracidad y autenticidad de la actuación oficial, al caso, de la forma y contenido del cuestionario propuesto y su respuesta. Más acrece su mérito cuando tal diligencia aparece firmada por todos los intervinientes en el juicio. Para destacar su importancia basta imaginar la inserción de un cuestionario y su respuesta que después desaparece, quedando tan solo el Acta de Audiencia que da fe de su realidad y significación. O, este otro no menos diciente, la fundamental disparidad de nombres y conductas entre los cuestionarios agregados con la firma de todos y el vertido al Acta de Audiencia.

5. No entiendo la incuestionable aceptación que se hace de la firma del Presidente del Consejo, cuando aparece en el cuestionario pasado a los vocales, y, el absoluto rechazo de su rúbrica, acompañada del Asesor y Secretario, al reproducir en la diligencia de escrutinio el texto de ese acto acusatorio, sobre el cual se interrogó a los vocales. Nada dicen, en orden a seguridad, fe, y autenticidad, esas firmas que demuestran que esos fueron los cuestionarios propuestos y esas las contestaciones obtenidas? Ni tampoco el Acta de Audiencia, con la firma de todos éstos y las de los demás participantes en ella, que incorpora íntegralmente tales cuestionarios y sus respuestas? Si en todo este proceso no hay una segura apreciación sobre la identidad de los cuestionarios y una evidente autenticidad de los mismos, queda difícil admitir argumentos en contrario. De todo esto fluye fácil y límpidamente, una demostración inobjetable de autenticidad de veracidad, de exactitud. Y esto es lo que quisieron y lograron los ejecutores de este procedimiento, quienes creyeron y entendieron que acataban plenamente lo ordenado por el Código de Justicia Penal Militar.

6. La mayoría de la Sala, según su buen juicio, señala lo que para ella es acertada interpretación de las normas del citado estatuto. Pero la actuación cumplida en el Consejo de Guerra sub examine se amolda esencialmente a lo dispuesto por tal Código. Que en la decisión de la Corte se destaquen mejores garantías de autenticidad, no equivale a que no la tenga la actuación sucedida en la forma analizada. Son dos interpretaciones que, en el fondo y a la postre, devienen en un efecto de certidumbre, veracidad y autenticidad.

No debe olvidarse que como consecuencia del principio de conservación (conviene preservar la eficacia y validez de los actos) la duda sobre la configuración de un vicio procesal no se resuelve en contra del acto sino en favor suyo, máxime cuando el debido proceso no se ha quebrantado y sí conseguido.

En síntesis

La interpretación que sirve de fundamento a la anulación del proceso, traduce tanta severidad y rigor que consigue apartarse de los principios que informan este instituto y de la realidad jurídica a que obedece esta parte del procedimiento militar.

a) La importancia del cuestionario es asunto indiscutible e indiscutido. Sólo so-

bre lo trascendente y esencial puede operar la nulidad. En lo demás resulta aspecto inocuo, secundario y accidental que no abriría paso a una irregularidad. Lo que se controvierte es el incumplimiento de una forma o requisito sustancial, esto es, si la falta de firma del Presidente del Consejo (y también de su Asesor Jurídico y Secretario) tiene esta caracterización.

He procurado destacar la observancia, por parte de los sujetos principales de la relación jurídica procesal, de las normas del Código de Justicia Penal Militar, en este controvertido punto. No hay asomo de indebido proceso. Este se cumplió adecuada y eficazmente y nadie, por este motivo, señala una deslealtad o desventaja hacia las partes. Los cuestionarios fueron conocidos por los que participaron en el Consejo de Guerra y es manifiesta su autenticidad. Se sabe quién los propuso y en qué términos los redactó, los mismos que llegaron a los vocales y fueron respondidos por éstos, verificándose luego el escrutinio de rigor y obteniéndose un claro veredicto que apoyó la respectiva sentencia. Al menos la actividad procesal reseñada tuvo y tiene todos los visos de interpretación aceptable de las disposiciones pertinentes del Código de Justicia Penal Militar. Mal puede, en caso de duda o controversia sobre la específica forma de un acto procesal, que por lo demás no causa perjuicio alguno a las partes, edificarse una grave invalidación. La doctrina de la nulidad tiene este punto como verdad reconocida;

b) Pero supóngase que no hubo conformidad con la ley en esa actuación inicial (emisión del cuestionario o cuestionarios). No cabe dubitación en cuanto a que el vicio fue convalidado por su inserción en el Acta del Consejo y por su transcripción en la diligencia de escrutinio, actuaciones que están debidamente rubricadas. Todavía era factible obrar en este sentido y conseguir esta purificación procesal porque se estaba en ámbito propio, cual era la audiencia, considerada por la jurisprudencia como acto complejo. Basta a este respecto advertir que la parte resolutiva declara nulo el procedimiento desde la resolución de convocatoria del consejo, inclusive;

c) Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y conservación, que gobiernan el instituto de la nulidad y constituyen reales condiciones para su admisión y procedencia, resultan gravemente comprometidos. Ni siquiera puede acudirse a las llamadas nulidades implícitas o virtuales, porque la irregularidad en comento, oportunamente subsanada, no puede tener el alcance de quebrantar o violar las bases esenciales del debido proceso. Por parte alguna advierto mengua, confusión o azar en las garantías y derechos de las partes actuantes en el Consejo de Guerra.

Juzgo exagerada la concepción de la mayoría de la Sala, a tal extremo que no deja de reflejar un propósito de concebir la nulidad por la nulidad, la nulidad en exclusivo interés de la ley, como si las formas procesales constituyesen un fin en sí mismas. Se ha olvidado, a mi modo de ver que el proceso no es una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades, que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar perjuicios efectivos, muy distintos de los imaginarios y conjeturales que surgen siempre que una decisión de justicia resulta adversa;

d) Cuando los autores abordan el tema relacionado con el principio de conservación, para conseguir no sólo un proceso con solución justa sino de efecto positivo y fecundo, no dejan de mencionar este caso: la falta de firma del juez al pie del acta levantada con motivo de una audiencia no presupone que ésta haya tenido lugar sin su intervención, si el actuario da fe de haberla presidido ese magistrado con asistencia de las partes y éstas suscriben el documento. Mutatis mutandis debe decirse que los factores proyectados simultánea y posteriormente sobre estos cuestionarios, demuestran no su inautenticidad sino todo lo contrario: que los emitió el Presidente del Consejo, con la colaboración del Asesor Jurídico, fueron conocidos por las partes y no se mudó su texto durante todo el debate. El Acta de Audiencia y la diligencia de escrutinio consiguen este efecto.

Trátase de verdaderos escritos documentales, muy ajenos a la calificación de simples papeles.

Con el respeto y acatamiento que me merece la opinión opuesta y la dignidad de mis ilustres compañeros de Sala, dejó expuestas las razones de mi disentimiento.

Fecha ut supra.

Gustavo Gómez Velásquez.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Magistrados doctores Alvaro Luna Gómez y Mario Alario Di Filippo

Con toda consideración hacia la mayoría de los compañeros de Sala nos permitimos salvar el voto con relación a la sentencia anterior, por las razones que expondremos a continuación y que nos llevan a concluir que el recurso extraordinario propuesto contra la respectiva sentencia debe ser desechado.

Primero: Para rechazar su prosperidad, acogemos en su integridad la refutación que de los cargos se hace en la sentencia de cuya conclusión nos separamos.

Segundo: Mas no podemos aceptar, como se sostiene en ella, que la Corte, en sede de casación, pueda decretar, ex officci, nulidad alguna con fundamento en el artículo 26 de la Carta, habida consideración de los 212 y 213 del Código de Procedimiento Penal.

Ya en ocasión anterior y ante un punto semejante, habíamos expuesto los siguientes razonamientos los cuales, en nuestro sentir, conservan plena vigencia:

"No debe olvidarse que una cosa es el proceso penal con sus etapas de sumario y juicio, dentro del cual se busca establecer la inocencia o responsabilidad de un sindicado y, otra, el recurso extraordinario de casación, dentro del cual, lo que se pone en tela de juicio no es aquella inocencia o responsabilidad, sino el mérito mismo de la sentencia. Es, en realidad, un juicio distinto al primero, que se sigue con relación a ésta. Cosa diferente es el que ella sirva, por ejemplo, para unificar la jurisprudencia. Este juicio que se sigue contra el fallo por medio del recurso extraordinario de casación, tiene su ámbito propio, su reglamentación propia, su propio procedimiento, al cual es imperativo sujetarse, tanto más cuanto que hay claridad meridiana en su ordenamiento. Entonces el juzgador, al igual que las partes recurrentes, están en la obligación de someterse a él, sin que puedan invocarse analogías que no han sido previstas por la ley.

"Dentro de las normas generales del procedimiento penal, es decir, en la etapa en que se cuestiona la inocencia o irresponsabilidad de un sindicado, se encuentran los artículos 212 y 213 que disponen:

"Artículo 212. Oportunidad para decretarlas. En cualquier estado del proceso en que el juez advierta que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga el proceso para que se subsane el defecto, salvo que se trate de falta de querella o ilegitimidad en el querellante.

"Artículo 213. Oportunidad para alegarlas. Salvo disposición legal en contrario, las causales de nulidad establecidas en los artículos 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación".

"Esta última regla es de una claridad manifiesta, la cual, si es posible, aparece más rutilante en su parte final: 'Pero dictada sentencia de segunda instancia, no se podrá ALEGAR sino en el recurso de casación'.

"Luego, de acuerdo con este precepto para que, una vez dictada sentencia de segunda instancia pueda decretarse en casación una nulidad, es indispensable que ella sea ALEGADA, es decir, que el recurrente exponga las razones de hecho y de derecho sobre las cuales fundamenta su pretensión, según el sentido natural del vocablo 'ale-

gar'. Siendo conveniente observar que como en el pasaje anterior se hace mención expresa de su presentación en el recurso de casación, al fijarse por el legislador, dentro del procedimiento propio del recurso extraordinario de que se viene tratando, cuáles son los requisitos que debe llenar la correspondiente demanda, se hace mención expresa de los siguientes: presentación de los hechos, invocación de la causal o causales que se estiman pertinentes, argumentación clara y precisa de los fundamentos que las sustentan y cita de las normas sustanciales que se consideren infringidas (C.P.P., Art. 576). De manera que existe armonía entre la parte final de la regla 213 del Estatuto Procesal Penal que hace referencia a la ALEGACION de la causal de nulidad en casación y, entre las normas propias de este recurso extraordinario.

"De otra parte, la ley limita la competencia de la Corte en casación al prohibir que ésta tome en cuenta 'causales de casación distintas de aquéllas que hayan sido EXPRESAMENTE ALEGADAS POR LAS PARTES'. Es decir, que en el juicio que se sigue contra una sentencia en desarrollo de recurso extraordinario, la competencia, por este aspecto, no es absoluta sino limitada a las causales expresamente invocadas y ALEGADAS por las partes.

"De ahí que con relación a las nulidades, pueda afirmarse: en dos normas distintas pero siempre referenciadas de manera expresa al recurso de casación, se exige que aquéllas sean ALEGADAS por los recurrentes (C.P.P., Arts. 213 y 576) so pena de no poder ser tenidas en cuenta (id. Art. 576).

"Cobra mayor fuerza el argumento anterior, al tener en consideración lo siguiente: Si el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal pud'era dársele el alcance que se le asigna en la sentencia de la cual disentimos, es decir, que la Corte, en sede de casación puede decretar de oficio cualquier nul'dad con sólo advertirla, aun cuando no le haya sido propuesta ni alegada, entonces sobraría el aparte final de la norma siguiente (213), así como también la cuarta de las causales de impugnación: haberse dictado la sentencia 'en un juicio viciado de nulidad' (id. 580, núm. 4). Y, de otra parte, también sobraría la perentoria exigencia de que tales causales de nulidad, dentro del trámite propio del recurso extraordinario de casación, tuvieran que ser expresamente invocadas y alegadas (id. Arts. 576 y 213).

"De todo lo cual se llega a la conclusión de que la Corte, en sede de casación, no puede entrar a conocer ni a decidir de oficio motivos de nulidad que no le han sido expresa y concretamente alegados".

Viniendo al caso en estudio se tiene:

En la demanda se atacó la sentencia al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formulándose dos cargos: el primero, porque el demandante consideró que "de acuerdo con el artículo 441, numeral 6º del Código de Justicia Penal Militar, hay nulidad en este proceso, por "NO HABERSE ELABORADO EL CUESTIONARIO O CUESTIONARIOS EN LA FORMA ESTABLECIDA POR ESTE CODIGO"; y, el segundo, porque sin fundamento ninguno se hizo en la sentencia de segunda instancia una **reformatio in pejus** de la de primera.

El actor no invocó en ninguna parte de su demanda, como fundamento de la nulidad, el que se hubiera incurrido en los cuestionarios en la omisión que apunta la sentencia.

Por tanto, en atención a lo expuesto, no puede aceptarse el que la Corte, en sede de casación, de manera oficiosa venga a desarrollar una causal de nulidad sobre un motivo que no solamente no fue expresamente invocado y demostrado, sino que, ni siquiera le fue insinuado.

Las anteriores son las razones de nuestra discrepancia con la providencia respecto de la cual salvamos el voto.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo.

VEREDICTO

Veredicto inexistente: No se sabe cuál ha sido la respuesta del jurado, pues por su incomprensión resulta imposible su interpretación global o fragmentaria, o aparece incompleta, vr. gr. "sí mató", etc.— **Veredicto contradictorio**: Sus términos aisladamente, pueden entenderse, pero al unificarlos y al afrontar su significación conjunta, resulta inconciliables y excluyentes. — **Veredicto contraevidente**: Valorable en su texto, contenido y alcance, no encuentra apoyo en lo que el juzgador está obligado a tomar como verdad procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero veintiséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 8 de 25 de febrero de 1976.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en sentencia de veintiocho (28) de febrero del año próximo pasado, absolvió a PEDRO PABLO SOTO MALDONADO, a quien se había llamado ante jurado para responder del delito de "homicidio", simplemente intencional, en Luis Hernando Gutiérrez (fls. 12 y ss. c. Nº 6).

Hechos

Se dijo de éstos en el auto de proceder:

"...En las primeras horas de la noche de la fecha antes indicada (3 de noviembre de 1973) se encontraban los tres miembros de la Defensa Civil, Nelson Vides Beleño, José del Rosario Cacua y Pedro Pablo Soto Maldonado, patrullando en el barrio 'Pueblo Nuevo' de esta ciudad (Cúcuta) y al llegar a la avenida 17 encontraron a Luis Hernando Gutiérrez a quien Soto Maldonado y Vides Beleño conocían como persona de malos antecedentes, en vista de lo cual lo requirieron para que los acompañara; sin oponer resistencia, Gutiérrez se dejó conducir hasta la distancia de unos ciento cincuenta y seis metros donde, según los anteriores declarantes, les hizo resistencia a mano armada por lo cual Soto Maldonado le hizo un disparo que le causó la muerte en el acto..." (fl. 163 c. Nº 1).

Actuación procesal

La investigación de este presunto homicidio, la asumió el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Cúcuta, quien en auto de 14 de noviembre de 1973, profirió auto de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, contra PEDRO PABLO SOTO MALDONADO (fls. 45 y ss. c. Nº 1).

Perfeccionada la averiguación, el Ministerio Público expuso la tesis de llamar a juicio a SOTO MALDONADO, por la comisión de un delito de "homicidio", simplemente intencional y ajeno a toda diminuente. Su petición fue escuchada y el Juzgado Tercero Superior, en auto de 20 de marzo de 1974, residenció en juicio criminal a SOTO MALDONADO (fls. 158 y ss. c. Nº 1).

Recurrido en apelación, el Fiscal 2º del Tribunal estuvo conforme con la providencia impugnada. Esta Corporación, en auto de 7 de junio de 1974, confirmó integral-

mente este proveído (fls. 189 y ss. y 197 y ss.).

La cuestión propuesta al jurado y su inicial respuesta, rezan así:

"...El procesado PEDRO PABLO SOTO MALDONADO, es responsable conforme el auto de proceder, de haber dado muerte a LUIS HERNANDO GUTIERREZ quien falleció a consecuencia de la herida que le causó con arma de fuego (revólver), descrita en la relación de autopsia médico-legal que figura en el expediente, hecho acaecido el día tres (3) de noviembre de mil novecientos setenta y tres en el barrio Pueblo Nuevo de esta ciudad y en la ejecución de ese hecho el acusado procedió voluntariamente con el propósito de matar?..".

"SI ES RESPONSABLE EN DEFENSA Y NO TALVEZ CON EL PROPOSITO DE MATAR" (fl. 260 c. Nº 1).

Se exigió mayor claridad en el veredicto, y, el jurado dijo:

"SI ES RESPONSABLE EN DEFENSA Y NO CON EL PROPOSITO DE MATAR" (fls. 260 infine).

El juzgado, en sentencia de 30 de noviembre de 1974, no obstante reconocer "...cierta dificultad sobre el criterio del Jurado...", terminó por observar que el veredicto consagraba la justificación de la defensa legítima y absolvió al procesado (fls. 274 y ss. c. Nº 1).

El Tribunal, como se dejó anotado, encontró procedente esta determinación y la confirmó integralmente.

Razones del a quo

El Juzgador de la primera instancia, anota que "...para llegar a una solución justa no debemos detenernos en contemplar las simples contradicciones gramaticales que tal veredicción entraña, ya que en tales casos se debe buscar el verdadero sentido de la veredicción, el pensamiento del jurado al emitir las respuestas. A tal fin nos coadyuvará, sin lugar a dudas, la consulta de las alegaciones de las partes en la audiencia... el planteamiento del señor Defensor tuvo eco en la conciencia del jurado ya que éste reconoció que el procesado actuó en defensa... el jurado no está obligado a utilizar términos legales precisos y sus respuestas pueden estar complementadas con explicaciones que tiendan a modificar lo que se les pregunta... la Corte ha sostenido reiteradamente la indivisibilidad del veredicto...".

El Tribunal, a su turno, señala que "... para interpretar el veredicto deben tenerse en cuenta el auto de proceder, las alegaciones de las partes y las pruebas...". Para refutar las alegaciones de la parte civil indica que no es dable conducir el veredicto al reconocimiento de un homicidio preterintencional, "...porque a través de los autos, en ninguna ocasión, ni por ninguna de las partes se esbozó esta tesis..."; que no puede declararse contravidente porque las pruebas de cargo y de descargo destacan atendible equilibrio; y, finalmente, la respuesta del jurado no es contradictoria porque hoy en día predomina el sistema de valorar con amplitud las expresiones en ellos empleadas, tanto que cuando se afirma el concepto de responsabilidad lo que quiere expresarse es la imputación o autoría material.

La demanda

Dos causales invoca el censor.

De la tercera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio"), comenta:

"...Este veredicto está formado por varias proposiciones ligadas, como paso a demostrarlo. La primera de 'SI ES RESPONSABLE'. Que indica claramente que Pedro Pablo Soto Maldonado, es responsable de homicidio voluntario que ejecutó en Luis Fernando Gutiérrez. La segunda cuando expresa 'EN DEFENSA', lo cual indica simplemente que ejecutó el homicidio en defensa, pero de esa segunda respuesta no se puede colegir, que esa supuesta defensa SEA LEGITIMA, por cuanto el Jurado Popular no agregó esa frase esencial de legítima. Lo anterior, es así por cuanto el señor Defensor del procesado doctor L. ARTURO MELO DIAZ alegó con admirable persistencia la tesis de la legítima defensa. Explicó claramente los elementos esenciales de la legítima defensa y señaló cuáles eran sus elementos esenciales y sus consecuencias penales que tendrían las respuestas del jurado, de modo que si el jurado de conciencia no

calificó de legítima esa defensa, fue porque no consideró probadas tales condiciones.

"Es que como lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia:

"Si toda Defensa fuera legítima, bastaría simplemente que la legislación empleara el vocablo defensa, sin exigir, condición ninguna, pero ello no es así, porque todos los Códigos Penales para concurrencia de esa causal y para darle el valor de eximir de responsabilidad, demandan los elementos que la configuran, y cuando falta alguno de ellos, no puede tener el carácter de legítima". (G. J., T. LXXI, pág. 784, 1952).

"Y tan cierto es lo anterior Honorables Magistrados, que tanto el a quo, como el ad quem, el primero al calificar el mérito del sumario y llamar a juicio al procesado SOTO MALDONADO, y el segundo al confirmar el auto vocatorio a juicio, consideraron que la supuesta legítima defensa alegada por el mentado procesado, estaba desvirtuada, por numerosas pruebas, máxime que el provocador lo fue el citado SOTO MALDONADO, quien con sus compañeros de defensa civil, sin motivo alguno, provocó a LUIS HERNANDO GUTIERREZ, al requisarlo y llevarlo en calidad de capturado, retenido o conducido, en forma arbitraria.

"Y la tercera proposición, cuando dice o agrega el jurado de conciencia: '... Y NO CON EL PROPOSITO DE MATAR', está ratificando la responsabilidad de PEDRO PABLO SOTO MALDONADO, en el homicidio que ejecutó en LUIS HERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, está completando la primera parte del veredicto, cuando dijo: 'SI ES RESPONSABLE', máxime que la parte que dijo 'EN DEFENSA', como ya dijimos no tiene ninguna relevancia o consecuencia penal, por cuanto no se agregó la palabra, legítima.

"Por manera, que estamos ante un veredicto contradictorio, por cuanto en la primera parte se afirma 'SI ES RESPONSABLE', lo cual indica que sí es responsable del homicidio en LUIS HERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, y absolutorio cuando afirma el Jurí 'Y NO CON EL PROPOSITO DE MATAR', por cuanto se desintegraría el delito de Homicidio por falta de dolo, siendo que en su primera parte afirmó la plena responsabilidad.

"Se está en presencia, pues, de un fallo de conciencia en que las varias proposiciones de que consta, son contradictorias, se destruyen mutuamente y, por lo mismo, no existe ningún veredicto en qué fundar la decisión absolutoria...".

De la segunda parte del numeral segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("Cuando la sentencia... esté en desacuerdo con el veredicto del jurado"), anota:

"...jurídicamente estimo que el Jurí al manifestar, siendo que primeramente reconoció la plena responsabilidad del procesado, la frase '...Y NO CON EL PROPOSITO DE MATAR' lo que hizo fue agregar una frase explicativa que no cambió en nada su concepto o criterio en conciencia —la del Jurí— en cuanto a la responsabilidad, sino que quiso y condenó fue por un homicidio preterintencional, al eliminar de la actividad del procesado SOTO MALDONADO, el propósito de matar o Animus necandi.

"Y tan cierto es lo anterior, que en la mente y conciencia del Jurí, nunca tuvo intención de absolver o no responsabilizar a Soto Maldonado del homicidio en GUTIERREZ GUTIERREZ, que no calificó esa supuesta 'DEFENSA' de 'LEGITIMA'.

"Es que considero, que en esta causa existe desacuerdo entre el veredicto y la sentencia absolutoria acusada, ya que la decisión del jurado no entraña necesariamente una absolución del reo Soto Maldonado, como lo hizo el juez del conocimiento y el Tribunal Superior de Cúcuta.

"Es que Soto Maldonado, interpretándose jurídicamente el veredicto emitido por el Jurí, debe ser condenado por el homicidio que define y sanciona el artículo 365 del Código Penal, es decir, por homicidio preterintencional si es que jurídicamente se interpreta el veredicto, aplicando la tesis sostenida invariablemente por esa Honorable Corte Suprema de Justicia en varios fallos de casación, y de acuerdo con la cual el veredicto, que se dicte en una causa, con relación a un homicidio, y que acepta la responsabilidad del acusado, pero que niega el propósito o intención de matar, no implica necesariamente la absolución del procesado, por cuanto precisamente la responsabilidad se predica de la persona a quien se imputa el hecho.

"En mi concepto, aunque el jurado no manifestó expresamente cuál había sido la verdadera intención con que obró el acusado PEDRO PABLO SOTO MALDONADO, al causar la muerte a LUIS HERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, se deduce fácilmente de todo el acervo probatorio y la interpretación del veredicto, como condenatorio por homicidio preterintencional, no se opone a los términos expresos del veredicto, ya que éste siempre tuvo intención de causar lesión por lo menos al occiso, y por ellos le hizo a su cuerpo varios disparos con un potente revólver.

"En el auto de proceder, se llamó a Soto Maldonado a juicio por homicidio voluntario con base en las numerosas pruebas, que indican y demuestran que él disparó sobre la humanidad de GUTIERREZ GUTIERREZ y que le localizó un disparo en parte vital de su cuerpo. Así como que la causa determinante de esa muerte, fue la lesión causada tal como lo revela la diligencia de autopsia.

"Se estableció en dicho auto procesatorio, que recibió la confirmación del Tribunal Superior de Cúcuta, que Soto Maldonado, fue el único autor, y por lo tanto, el responsable del homicidio en LUIS HERNANDO GUTIERREZ GUTIERREZ, debido a la lesión que dolosamente le causó a éste, siendo de advertir que ni siquiera el defensor negó esa autoría en la diligencia de audiencia...".

Concepto de la procuraduría

Refiriéndose a la primera causal de censura, indica:

"...Aunque conforme a la jurisprudencia, un veredicto en los términos expresados, no implica absolución y significa que el homicidio no es intencional pero puede tener cabida dentro de otra de las figuras contempladas por la ley (Sentencia de 8 de julio de 1955 en proceso contra Julio David Giraldo, G. J. T. LXXX Nº 2.155, pág. 781; Septiembre 22/55, casación de Joaquín Emilio Pedierna, G. J. T. LXXXI, pág. 292 Nº 2.157/8; octubre 27/56, G. J. T. LXXXIII pág. 524 y 19 de noviembre de 1956, T. citado, pág. 995), en el presente caso debe concluirse que el jurado si bien aceptó que el procesado era autor del hecho, negó su responsabilidad y lo absolvió, por cuanto expresó que había obrado en defensa; por lo cual no aparece la contradicción, como tampoco según lo que se expresa seguidamente.

"Cuando se presenta duda en cuanto a la respuesta del jurado, debe recurrirse para su interpretación, según la jurisprudencia, en primer término al acta de la audiencia y alegaciones de las partes en la misma, al auto de proceder, como también al proceso y a las pruebas obtenidas, si bien sin que pueda el fallador desplazar al jurado y completar su pensamiento, sino para dar a su respuesta el alcance debido, ya que no es posible exigirle se pronuncie en términos técnicos o jurídicos y con entera precisión, lo cual se ha expresado también en varios fallos de la Honorable Corte.

"En el caso examinado, en la audiencia se pidió por el Ministerio Público el reconocimiento o afirmación de homicidio voluntario, en los términos del auto de proceder; la parte civil, solicitó también la condenación del procesado, habiendo realizado tanto el señor Fiscal como el apoderado de la parte civil, un cuidadoso examen de la prueba; y la defensa por su parte, pidió su absolución por legítima defensa y por existir duda en cuanto a la responsabilidad, pues aunque se descartaran las declaraciones de los acompañantes de Soto Maldonado, el testigo citado por quienes pedían se declarara su responsabilidad, había incurrido en contradicciones y subsistía aquélla.

"Se considera que en vista de tales alegaciones, debía concluirse que el veredicto, como lo entendieron el juez y el Tribunal era absolutorio; porque aunque afirmó que el procesado realizó el hecho como se dijo, negó la intención de matar; y además se agregó que había obrado en defensa y si bien ésta no se calificó de legítima, como lo anota el recurrente, debe tenerse en cuenta dicha expresión en cuanto demuestra que el jurado no quiso afirmar la responsabilidad o condenar al procesado por este hecho, pues de otra manera, no se habría referido a la mencionada circunstancia, objeto central de sus alegaciones, tanto por parte del fiscal y la parte civil para desconocerla, como por el defensor para pedir su reconocimiento. Por demás, las pruebas no conducen a descartar tal decisión, la cual por tanto no

puede entenderse contradictoria. Debe recordarse además, que el jurado no está obligado a emplear expresiones técnicas y por lo tanto se hace necesario interpretar su respuesta para determinar su sentido.

"No se observa, conforme a lo dicho la contradicción que afirma el demandante; se advierte por otra parte, que la contradicción debe resultar clara, en cuanto se deduzca de los términos de la respuesta que se oponen y excluyen entre sí, lo cual no ocurre en este caso...".

Y de la segunda causal, dice:

"...como quedó dicho, se debatió en la audiencia la existencia de legítima defensa, negada por el Fiscal y la parte civil y solicitado su reconocimiento por el defensor; el jurado se manifestó en la forma dicha y al consignar que el procesado actuó 'en defensa' impide atribuirle otra forma de homicidio, descontado el homicidio intencional al negar el propósito de matar, pues equivale a absolver, como ya se ha repetido.

"La demanda por otra parte, al formular los cargos expresados, implicaría afirmaciones encontradas, porque según la afirmación de ser el veredicto contradictorio, conduciría a su negación, es decir, que no existiría por ser opuestos o excluyentes sus términos; pero que se interpretó erradamente por el fallador con la consecuencia indicada, lo cual se opone a lo anterior.

"Debe insistirse en que no puede estimarse que la expresión 'en defensa' contenida en el veredicto, carezca de incidencia o relevancia, como expresa el recurrente: se considera que la respuesta debe ser interpretada en forma que se le reconozca sentido y efecto a todo su contenido; y en este punto, vistas las alegaciones hechas en la audiencia y las pruebas, debe admitirse que envuelve la absolución, aunque no se dijera que se trataba de legítima defensa.

"La sentencia citada por el recurrente (4 de mayo de 1963, casación de Segundo Ducuara Moreno, G. J., T. CII, Nº 2267, pág. 240) en la cual se reitera la jurisprudencia contenida en fallos anteriores y ya citados en este concepto, no resulta aplicable al presente caso, porque en el proceso referido se alegó por la defensa y se examinó en la audiencia la existencia del homicidio preterintencional y en este caso, de la legítima defensa; es decir, que se trata de hechos totalmente diferentes y sin que por tanto pueda asimilarse la situación objeto de dicho fallo a la que es materia de este proceso...".

Consideraciones de la Corte

La intervención del jurado en el proceso penal, propicia definiciones que se apartan de un exigible propósito de justicia o impiden su debida aplicación. Tal vez contribuye a esto su origen y composición (artículo 530 del C. de P. P.) o la índole y disciplina de sus funciones (artículo 560 ibídem).

Es así como a veces desconoce una realidad probatoria o su justa apreciación; o redacta sus respuestas en términos inconciliables y excluyentes; o de modo ininteligible, incompleto o condicionado, al punto que no se sabe ni puede saberse el criterio adoptado. En todos estos casos hay un sensible alejamiento de la justicia y del compromiso impuesto por la ley, para el cual dispone adecuados correctivos el estatuto procedimental. Este triple fenómeno corresponde a lo que se denomina veredicto contraevidente, veredicto contradictorio y veredicto inexistente, modalidades estas dos últimas que recoge el artículo 580, causal 3ª del C. de P. P.

El concepto de veredicto contradictorio y contraevidente

La noción de uno y otro aparece nítida en la doctrina. Conviene repetir estos preceptos que, a lo largo de la jurisprudencia, mantienen unidad y diafanidad.

"... lo contradictorio es lo que se niega a sí mismo. Es la presentación de dos términos, uno negativo y otro positivo que se anulan. Para que el veredicto sea contradictorio, es necesario que en su enunciado, en su composición fraseológica, exponga dos pensamientos que por diversos y contrapuestos su contenido sea igualmente imposible de descifrar, porque si se acepta uno el otro que lo niega debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del jurado.

"No importa que uno de los pensamientos expresados por el tribunal de conciencia esté de acuerdo con los hechos probados. Si a continuación, dentro del mismo vere-

dicto, se expresa otro pensamiento que por su simple enunciación contradice, niega, anula lo manifestado en el anterior término, entonces existirá un veredicto contradictorio y por natural consecuencia, inexistente; esto es, al expresar dos pensamientos que se contradicen, toda la decisión del tribunal de conciencia desaparece.

"En cambio, el veredicto contraevidente, o injusto, es el que enunciado en una forma coordinada, con pensamientos claros, lógicos, en los cuales se advierte una uniformidad de expresión, sin embargo, está en desacuerdo con los hechos probados en las instancias. Tal forma de decisión del jurado, aunque lógica, clara, uniforme, armónica, está viciada de injusticia al expresar una decisión contraria a la evidencia de los hechos. En otros términos: la contraevidencia dice relación a los hechos del proceso respecto de la definición del jurado; mientras que en la contradicción no existe esa relación con el proceso y ella se opera únicamente en los términos de lo que el jurado decide..." (G. J., T. LXIV, pág. 162. 1947).

"...Contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas y no es ni puede ser la discrepancia u oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o con cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia..." (G. J., T. LI, pág. 350. 1941).

"...Es contradictorio un veredicto en que se afirma cometido en homicidio con caracteres de asesinato y al mismo tiempo se dice que el procesado procedió en exceso de legítima defensa, porque tanto la legítima defensa como el exceso de ella (Artículo 25 y 27 del C. P.) excluyen la existencia del dolo, bien sea éste general o específica. En la primera, el acto se realiza en el ejercicio de un derecho que para su efectividad supone indispensablemente el uso de la fuerza; y en la segunda, aunque el acto presupone el ejercicio de un derecho legítimo, la defensa excede en la protección del mismo. Pero en ambos casos no puede hablarse de la concurrencia del dolo, pues de existir, el hecho generaría un delito común y no tendría cabida la legítima defensa, porque lo uno excluye lo otro. Si el delito intencional necesariamente lleva en sí la existencia del dolo, la noción que se contrapone al delito es el de la justificación del hecho; estos dos conceptos, delito y justificación no pueden coexistir respecto de un mismo acto. De manera que el veredicto que afirma a la vez dos factores es contradictorio, porque hay imposibilidad lógica y jurídica para conciliar estas dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra..." (Nº 647 Jurisprudencia Penal. Gómez Prada, 1946).

"...Si el veredicto del jurado es la base inmediata de la sentencia y si el tribunal popular es quien en definitiva califica los hechos y determina la responsabilidad, el juez de derecho en la sentencia debe ceñirse a los términos del veredicto, o si encuentra que éste es contrario a la evidencia de los hechos, así debe declararlo, pero en ningún caso puede completar o suplir el pensamiento del iuri para interpretar sus respuestas en sentido contrario a lo que ellos expresaron, porque desnaturalizaría la esencia del juicio en que interviene el jurado. Una interpretación caprichosa o distinta a aquélla que contiene el veredicto, por más fuertes que sean los argumentos para llegar a esa conclusión, no le es permitido al juez de derecho, por ser contraria a la ley y no estar autorizada por la misma..." (Nº 586. Jurisprudencia Penal. Gómez Prada. 1949).

"...Lo primero (contraevidencia) se predica de los hechos: lo segundo (contradictorio) de las palabras con que se califican los hechos..." (G. J., T. LXXVII, pág. 161. 1954).

"...Entre el veredicto contraevidente y el veredicto contradictorio hay diferencias sustanciales: el contradictorio surge cuando el jurado afirma simultáneamente dos hechos, uno positivo y otro negativo, que no pueden lógicamente coexistir, y el contraevidente, cuando afirma hechos que se oponen a la realidad del proceso, esto es, a la construcción probatoria..." (G. J., T. LXXII, pág. 280. 1952).

Breve referencia a la evolución de la doctrina

La buena tradición procesal recomienda, de acuerdo a las anteriores precisiones, que de ser cierto su significado, debe buscarse su coherencia y claridad en los términos de su redacción, en su propio y exclusivo texto, prescindiéndose en esta operación lógica y gramatical de otras confrontaciones y complementos. Obtenido su entendimiento y alcance, debe correlacionarse con las demostraciones probatorias existentes, el contenido del auto de proceder y los análisis efectuados en la audiencia pública, para establecer su adecuación o disconformidad.

Y lo que se dice del veredicto contradictorio, a este respecto, debe anotarse del veredicto inexistente.

Esta acertada y fecunda tendencia imperó aproximadamente hasta el año de 1955. De esta fecha en adelante la doctrina sobre el veredicto contradictorio acudió, para su fijación conceptual, a otras reglas, vale decir, a las aconsejadas y dispuestas para el veredicto contraevidente. Con esto, como se verá adelante, la autonomía del jurado de conciencia perdió validez, se confundieron situaciones y correctivos y se hizo azarosa la aceptación y efecto de sus respuestas.

Este final rumbo de la doctrina puede advertirse en las siguientes transcripciones y referencias:

El veredicto, así sea contradictorio, se desentraña en su sentido acudiendo primero al significado lógico de sus términos, luego a las exposiciones vertidas en la audiencia, y, por último confrontándolo con las pruebas del proceso.

"...para interpretar correctamente un veredicto, debe estarse, no a la respuesta en sí misma considerada, con prescindencia del proceso, sino a aquélla pero en armonía con las demostraciones del juicio..." (G. J., T. CVII, pág. 517, 1974).

Como auto de proceder, veredicto y sentencia forman un todo "...por tal razón se dice que el veredicto no puede estudiarse aisladamente, sino de acuerdo con las demostraciones procesales que el auto vocatorio consagró, y que la sentencia ha de estar de acuerdo con aquellas premisas. Sólo así será posible determinar exactamente qué fue lo que quiso decir el jurado, cuando su apreciación es errónea por oponerse a la evidencia procesal y cuándo el veredicto es contradictorio, pues obrando contra toda lógica, aquel cuerpo negó y afirmó al mismo tiempo la cuestión que fue sometida a su prudente arbitrio. La oscuridad del veredicto se dilucida con las realidades alegadas en la audiencia..." (G. J., T. CXIII y CXIV, pág. 410. 1955).

Como el jurado no está obligado a dar respuestas técnicas, bien puede aceptarse que confunda responsabilidad con imputabilidad física y que al responder afirmativamente esta parte de la cuestión se refiera únicamente a una autoría material, posibilitándose la eficacia de la justificante reconocida en la otra parte del veredicto.

Análisis de estas últimas razones

a) Cuando la dilucidación del veredicto tomado como contradictorio se hace depender de las pruebas existentes en el proceso y de lo alegado por las partes en la audiencia, se está insinuando una solución imposible y antitécnica.

En efecto, si el veredicto, precisamente, constituye la valoración del proceso, cómo puede buscarse su interpretación en lo interpretado? Flagrante tautología que, además, confunde el sistema de control que rige para el veredicto contradictorio y el contraevidente.

De otro lado resulta forzado acordar un determinado mérito a las pruebas del proceso, contrario al que recoge el auto de proceder, con el solo fin de aceptar un veredicto del cual se ignora su significado. Los elementos de convicción del sumario resultan inidóneos para servir este caprichoso propósito. El juzgador se engaña creyendo advertir claridad en un proceso que esperaba ser evaluado adecuadamente con el veredicto;

b) Cierto que el jurado no debe exigírsele rigor técnico, pues se trata de un juzgamiento en conciencia aplicado por personas de mediana capacidad intelectual y sin especialización forense. Pero la tesis plausible, exacta cuando se ordena a preservar la institución en su más puro contenido de acción y expresión, se desvirtúa lamentablemente si se la dirige a objeto contrario.

El jurado no tiene por qué acertar en enfoques jurídicos ni en fórmulas legales, pero sí tiene la obligación de ser claro, comprensible y traducir en sus respuestas esa regular preparación intelectual que le permita separar la responsabilidad de la no responsabilidad. Cuando se intenta, a pretexto de su falta de homogeneidad, técnica y cultura, entenderle lo ininteligible o salvarle sus manifiestas e inconciliables contradicciones, se está olvidando el buen sentido común y la claridad mental que deben inspirar y regir sus decisiones. Se llega, por este camino, a sustituir su voluntad por la del juez de derecho y se desvaloriza el carácter fundamental que tiene el veredicto, al punto que constituye un todo con auto de cargos y sentencia.

El legislador ha impuesto ese condicionamiento de claridad. No de rigor técnico, de academicismo, que constituye propósito bien diferente. Por eso se le pregunta sobre hechos, se le indica, como primera y preferible actitud, que responda "con un sí o un no", y se le recomienda que las adiciones permisibles se expresen "brevemente" (Artículos 533 y 535 del C. de P. P.), permitiéndose al juzgador de derecho, con el debido control de los intervinientes en la audiencia, que al recibir el veredicto y observar textos incompletos, inexplicables o contradictorios, requiera de inmediato su libre aclaración por parte del jurado. Esta regulación legal y de doctrina busca y garantiza una emisión nítida y segura de pensamiento, que, de quebrantarse, debe resolverse mediante la valorización de las propias expresiones utilizadas en el texto, sin acudir a otras sutilezas y variantes.

La autonomía y razón de ser del jurado aparece muy comprometida con la tesis que se glosa, esto es, la que pretende señalar que el veredicto inexistente o el contradictorio pueden esclarecerse o alcanzar sentido acudiendo al proceso o a las alegaciones de audiencia. Cuando el juez de derecho acude a este sistema para descifrar no una oscuridad sino una enervante contradicción o para volver comprensible lo ininteligible o diáfano lo impreciso o incierto, establece la secundariedad del iuri, pues poco parece interesarle lo que éste haya pensado o querido, bastando la decisión, en este sentido, del juez. Esta aparente economía procesal, que busca evitar nuevas convocatorias de jurado, resulta costosa y nociva, pues a la postre se ignora, omite y sustituye un organismo que tiene su fuero de actuación y se considera fundamental en esta forma de juzgamiento.

...

Conclusiones

Tómese de lo dicho que bien pueden diferenciarse veredicto inexistente, contradictorio y contraevidente. Veredicto inexistente: no se sabe cuál ha sido la respuesta del jurado, pues, por su incomprensión, resulta imposible su interpretación global o fragmentaria; o aparece incompleto (vr. gr. "sí mató"); o condicionado a factores que no se determinan en la propia veredicción ignorándose su entidad e influencia, en una especie de transferencia de las soluciones pedidas a hipótesis indefinidas e incognoscibles; o traduciendo circunstancias o situaciones no consideradas por la ley o insubsumibles en ésta; o, por excepción, acogiendo agudas formas de contradicción (ver casación de Juan Bautista Sánchez M. P. dr. Alvaro Luna Gómez. Junio 20/73).

Veredicto contradictorio: sus términos, aisladamente, pueden entenderse pero al unificarlos y afrontar su significación conjunta, resultan inconciliables y excluyentes.

Veredicto contraevidente: valorable en su texto, contenido y alcance, no encuentra apoyo en lo que el juzgador está obligado a tomar como verdad procesal.

El juez de derecho, al analizar un veredicto, debe comprometerse en la siguiente ordenada tarea: primero, advertir si la respuesta expresa un concepto (que el veredicto exista); luego, observar si es coherente, esto es, que sus términos, proposiciones o supuestos guarden armonía, no se contrapongan ni excluyan (que el veredicto no sea contradictorio); y, finalmente, deducir que esa opinión o apreciación no repugne ostensiblemente a la justicia de lo probado en el proceso, en particular a los resultados del debate de audiencia, momento culminante de la crítica probatoria (que el veredicto no sea contraevidente).

Resulta obvio que estas modalidades no se relacionan con la oscuridad o ambigüedad del veredicto. Aquí simplemente se da

una inicial dificultad para fijar el sentido y evitar dispares interpretaciones, la misma que no pasa de ser momentánea y se elimina mediante fácil raciocinio, ajeno a intrincadas cavilaciones o abstrusas operaciones jurídicas.

El veredicto censurado

Periódicamente se suscita controversia sobre un veredicto como el emitido en este proceso que contrapone responsabilidad y defensa, delito y no delito, sanción y no punibilidad. La doctrina no ha logrado conocer la discusión de si se trata o no de respuesta contradictoria. No ha sido suficiente vincular la primera parte ("si es responsable") al reconocimiento del hecho que se ha tomado como delictuoso, esto es, al aspecto meramente fáctico o material, que posibilita, por tanto, la introducción de una justificante, excusa o inculpabilidad (legítima defensa, estado de necesidad, fuerza mayor, caso fortuito, etc.).

El veredicto censurado por el recurrente, no tiene la índole contradictoria que de él afirma. A lo sumo aparenta inicial oscuridad, por combinar responsabilidad y legítima defensa. El Código de Procedimiento Penal no adjudica a los términos "responsabilidad, responder y responsable", un sentido uniforme y unívoco. Esto ha permitido, más a los jurados que son ajenos a una especializada formación intelectual y fallan en conciencia, interpretar los mismos en sentido diverso a obligación de asumir una pena o medida de seguridad. Se les tiene por llamado a afrontar un juicio sobre determinada conducta, presentación de su autor para que se defina la licitud de su comportamiento, o atribución general de un suceso. Esta falta de rigor técnico, aun en el propio legislador, permite considerar la expresión "sí es responsable", cuando concurre con otras valoraciones, como noción equívoca, de contenido muy extenso e indeterminado. Por el contrario, la mención de legítima defensa, aparece como concepto claro, inconfundible y cierto en sus alcances. Esta parte de la respuesta tiene un rotundo y estable valor justificante del hecho, que tiene que prevalecer. Sí, porque entre una idea vaga e inasible y otra de sentido exacto, predomina ésta, por no representar aquélla efecto neutralizante ni constituir atendible contraposición de opiniones, cuestión de interés en el veredicto contradictorio. Agréguese a esto un criterio de relativa favorabilidad, el cual, cuando se aplica con sindéresis, como en esta comentada hipótesis, ayuda notablemente a fijar el pensamiento del jurado y evitar que su labor resulte esfuerzo estéril y enervante de la administración de justicia.

La defensa (y la doctrina es uniforme, reiterada y pacífica en identificar este vocablo con las expresiones legítima defensa y defensa justa) pertenece a esta clase de enunciados. Entraña una nítida justificante que tiene este valor para doctos y profanos. Su inclusión equivale a reconocer que la conducta se ha realizado conforme a derecho, esto es la ausencia de delito.

Este es el concepto de valor que destaca el veredicto acusado y que impera sobre otras locuciones de mérito indefinido y hasta errátil, como lo es, en ocasiones, el vocablo responsabilidad para el jurado. Por eso el veredicto existe como tal y no se contradice en sus términos. La respuesta, a no dudarlo, traduce una absolución, reconocida cabalmente en la sentencia impugnada en casación.

No prospera la causal 3ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

A los fines de este extraordinario recurso, no es necesario entrar en el análisis de la otra razón invocada por el censor ("cuando la sentencia no está en consonancia... con el veredicto del jurado"), íntimamente vinculada a la analizada a espacio por la Sala. De bulto aparece la plena conformidad del fallo con la respuesta absolutoria emitida por el jurado de conciencia.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 28 de febrero de 1975, a que expresamente se refiere la parte motiva.

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

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

Violación directa — Violación indirecta, incisos 1º y 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Sus diferencias—. No hay nulidad por la falta de firma del Secretario en la diligencia de levantamiento del cadáver.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero veintisiete (27) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 9.

Vistos

Con fecha 13 de julio de 1975, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona dictó sentencia condenatoria que confirmó la del Juzgado Unico Superior de dicho Distrito Judicial que condenó a Rito Antonio Pabón Mantilla, "de condiciones personales y civiles registradas en autos, a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias del caso y por el delito de homicidio agravado en la persona de Luis Alfonso Camarón Silva".

Contra el fallo de segunda instancia interpuso el defensor del procesado recurso de casación, que se declaró admisible por auto de 6 de agosto de 1975. La demanda se declaró ajustada a las exigencias legales en decisión de 17 de octubre último y se oyó el concepto del Ministerio Público en el sentido de que debe desecharse el recurso extraordinario, con razones que serán aprovechadas ulteriormente en esta prelación.

Agotado el trámite legal, procede la resolución definitiva.

Los hechos

Los que dieron origen a este proceso se sintetizan, en el auto de vocación a juicio, así:

"...Se contraen las sumarias al hecho de sangre ocurrido en la Fracción Veredal de 'Las Mercedes', la Inspección Departamental de Policía 'La Esperanza', del Municipio de Cáchira, concretamente en la casa de campo de Circuncisión Pabón, del día 16 de agosto del año de 1968, a eso de las cinco o seis de la tarde. A esta hora aproximadamente llegaron a la cocina de dicha casa y con el propósito de tomar la última ración del día, los obreros Luis Alfonso Camarón Silva, Elías y Anselmo Jaimes, Eudes Arcinlegas, el menor Cristóbal Jiménez. Estando allí sentados, irrumpió de pronto Rito Antonio Pabón Mantilla, quien extrayendo una pistola disparó sobre el desapercibido Luis Alfonso Camarón Silva, sobre quien hizo impacto en la espalda. El atacado se paró, caminó algunos pasos y cayó sin vida a pocos metros de donde había recibido el disparo...".

Actuación procesal

En la audiencia pública se sometió a la consideración del jurado de conciencia el siguiente cuestionario:

"UNICA CUESTION. El acusado RITO PABON MANTILLA de anotaciones personales y civiles conocidas en los autos es responsable SI o NO, conforme se analiza en el auto de proceder, de haberle ocasionado la muerte a LUIS ALFONSO CAMARON SILVA, mediante las heridas descritas en la diligencia de autopsia médico-legal, visible al folio 10 del informativo, hecho que tuvo ocurrencia el día doce (12) de agosto del año de mil novecientos sesenta y ocho

(1968), en la Fracción de las 'MERCEDES', dentro de la jurisdicción Municipal de Cáchira, y en la ejecución de este hecho el procesado obró con el propósito de matar, con los agravantes específicos de la insidia y la asechanza?".

El Tribunal popular respondió afirmativamente por unanimidad.

Sobre la base de este veredicto condenatorio se dictó la sentencia que confirmó el juzgador de segundo grado con la suya de 13 de julio de 1975, contra la cual se ha recurrido en casación.

La demanda

El recurrente invoca las causales primera y cuarta de casación, "por ser la sentencia violatoria de la Ley sustancial por violación directa de la misma y aplicación indebida".

Respecto de la primera, plantea que "el fallo reclamado en casación viola de modo directo el artículo 363 del Código Penal y consecuencialmente los artículos 37, 38 y 39 del Código Penal. Lo primero porque en cuanto a la violación de la Ley sustancial, el juzgador de primera instancia al seleccionar la norma, de 'LA VOCATIO JUDICIUM', no obstante reconocer la existencia y validez de la norma apropiada al caso, yerra al interpretarlo. Porque le atribuye al precepto sustancial un sentido jurídico que no tiene, e incluso le asigna efectos o consecuencias que no causa, y que le son contrarios o extraños a su contenido. En efecto el juzgador de primera instancia y a la vez sentenciador produjo el llamamiento a juicio convencido de circunstancias específicas de agravación, no existentes y que por tal motivo aumentaron la pena".

Impugna el actor los razonamientos que hizo el calificador del sumario para estimar como asesinato el delito imputado, pues no halla la razón legal ni probatoria para deducir los agravantes de la insidia y las condiciones de indefensión o inferioridad, pues, en su concepto, "en este proceso la controversia de los dos caudales probatorios indican (sic) una recíproca riña sospechosamente tapujada por uno de los caudales de pruebas...", de lo cual infiere que se ha incurrido en violación "directa de la Ley sustancial por interpretación indebida del artículo 363, ordinal quinto referente a las circunstancias de indefensión o inferioridad".

Al mismo tiempo que la interpretación errónea de la ley plantea la aplicación indebida de la misma en la forma que sigue:

"Consecuencialmente con los anteriores planteamientos, considero honorable Magistrado que se cometió yerro en la selección de la norma toda vez que es presupuesto fundamental el recto entendimiento abstracto de la norma escogida. No hubo adecuación siquica pues los hechos procesalmente reconocidos no coinciden con los hechos condicionantes del precepto, y sin embargo, sus consecuencias jurídicas se atribuyen indebidamente al caso concreto. En efecto, el juez cometió el yerro al establecer la relación de semejanza entre lo que Hera (sic) un simple homicidio voluntario jurídicamente tipificado y cualificado, y trasuntar con el 'VOCATIO JUDICIUM' un homicidio agravado con las circunstancias del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal".

Respecto de la causal cuarta de casación, dice el actor: "...acuso la sentencia penada y demando su invalidez pues no cabe duda, como se verá luego, que ese fallo condenatorio de segunda instancia y que confirmó el de primera instancia se dictó en un juicio viciado de nulidad".

Sustenta el demandante que las formas propias del juicio se quebrantaron desde la iniciación del sumario, una vez que en la diligencia de levantamiento del cadáver se hizo aparecer a la secretaria de la Inspección de Policía que la practicó como asistiendo a ella, "sin que hubiera asistido tal como se constató en la etapa plenaria del proceso".

"Así las cosas, honorables Magistrados sobre esta pieza viciada de nulidad o si se quiere inexistente conforme a las normas del procedimiento penal se produjo un dictamen médico legal a control remoto a más de 200 kilómetros de distancia, sin que el médico legista hubiera ido a exhumar el cadáver, concepto que vo al tacharlo lo llamé dictamen médico-legal telepático en el que el doctor RAUL CASTRO REYES desde la ciudad de Convención ateniéndose a la pieza nula manifestó que la causa de la muerte había sido por hemorragia aguda.

"Estas dos piezas, nula la primera o in-

existente si se quiere y la segunda en idéntica forma viciada por sustentarse en una pieza falsa, fueron pruebas importantes que se tuvieron en cuenta en el auto de proceder para producir el llamamiento a juicio".

También se querella el actor, porque los escritos en que solicitó la nulidad "no fueron resueltos conforme lo ordena el Código de Procedimiento Penal que perentoriamente dice que se pueden interponer en cualquier instante del proceso y que se deben resolver de manera inmediata".

Finalmente, aduce el censor que se incurrió en la nulidad prevista en el ordinal 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por haberse iniciado la audiencia pasada la hora judicial, lo mismo que por no haberse hecho comparecer a la misma a algunos testigos, no embargante haberse elevado solicitud al respecto con anterioridad.

Concepto del Procurador

En extenso escrito el Procurador Primero Delegado en lo Penal estudia la demanda y concluye que debe rechazarse. La Sala aprovechará algunos aportes del Ministerio Público.

Se considera

Causal primera

Ha dicho la Corte repetidas veces que la violación directa de la ley se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega esta infracción en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente la selección de la norma hecha por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

La violación indirecta de la ley se tiene cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto, en el sentido de demostrar haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Trátase, por tanto, de una técnica precisa señalada por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso primero del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Quien alega esta violación no controvierte la prueba y muestra su conformidad, por lo mismo, con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo recurrido, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado ordinal. En esta infracción el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho, o de hecho que se muestre ostensible y notorio, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

Es grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —como se ha dicho— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su ámbito privativo, su propio campo de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin desconocer el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo y por un mismo respecto, como que es absurdo que se acepten y se nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, vale decir, sobre

una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios normativos de la casación.

En el caso sub judice, el demandante plantea la violación directa de la Ley sustancial por "interpretación indebida del artículo 363, ordinal quinto referente a las circunstancias de indefensión o inferioridad"; mas al propio tiempo impugna las premisas fácticas de la sentencia, pues, a su juicio, "en este proceso la controversia de los dos caudales probatorios indican (sic) una recíproca riña sospechosamente tapujada por uno de los caudales de pruebas...".

Tal mixtura de argumentaciones es equivalente a dejar desamparado el cargo por la ausencia de precisión en él, a la par que formulando violación de la Ley sustancial simultáneamente en sus modalidades de directa e indirecta, se rompe toda lógica y, aun más que todo, el principio de contradicción, ya que uno de los quebrantos de la ley, el directo, demanda de quien lo proclama previo reconocimiento de los hechos, y el otro, vale decir, el indirecto, la negación de los mismos.

Por otra parte —como observa el Procurador—, para el demandante no hay diferencia alguna entre violación directa de la Ley sustancial por aplicación indebida y violación también directa por interpretación errónea. La primera de las modalidades ocurre —como ya se dijo— cuando se aplica una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado; y la segunda cuando se da a la ley un alcance distinto del querido por ella.

Además no es exacta la afirmación del actor cuando asevera que el fallo impugnado violó de modo directo el artículo 37 del Código Penal, "al computar contra su patrocinado las circunstancias de mayor peligrosidad...": porque en la sentencia del a quo se lee que "en relación con el artículo 39 del Código Penal, la pena se aplicará el mínimo (sic), teniendo en cuenta que no obran sino circunstancias de menor peligrosidad, careciendo en absoluto de las de mayor peligrosidad...".

De lo expuesto fluye que la impugnación que se hace al través de la causal primera no puede prosperar.

Causal cuarta

Acoge la Corte plenamente, por hallarlas ceñidas a derecho y a la realidad procesal, las consideraciones del Procurador y por eso las transcribe a continuación:

"No encuentra este Despacho, en el supuesto caso de constituirse la falsedad documentaria, ninguna trascendencia jurídica en el proceso que pueda llegar a viciarlo de una nulidad constitucional, ni menos legal, toda vez que lo fundamental o esencial del acta, es decir, lo que en ella se narró en cuanto a lo observado por el funcionario de policía y los peritos sobre la posición en que se encontró el cadáver y los actos de violencia o lesiones que él denunciaba, no queda afectado de manera alguna por el hecho de que la secretaria no hubiese estado presente y que hubiese firmado el acta posteriormente. Aun en el caso de no haber firmado la secretaria tal diligencia ella continuaría produciendo toda la fuerza legal probatoria que le es propia, ya que, tal lo ha dicho la Honorable Corte, 'si la carencia de la firma del secretario no afecta la validez de una sentencia, que es el acto jurisdiccional por excelencia, ya que en ella se declara el derecho, con mayor razón no puede ser nula por tal irregularidad el acta de una diligencia judicial de menor categoría. Y si la falta de la firma del secretario no es motivo de nulidad por ser una simple 'cuestión de constancia', empleando una expresión de Guaso, resulta claro, por lógica rigurosa, que no tiene trascendencia la omisión en un acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderado, defensor, juvado, perito, etc.), pues no hay razón justificativa para estimar dichas firmas como presupuesto o condición de la esencia del documento, y así lo sostuvo esta Sala de la Corte en fallo de 7 de septiembre de 1971 y que aquí se reafirma' (Casación de Carlos Julio Martínez López y otro, noviembre 13 de 1971).

"Con respecto a la tacha que el señor demandante hace del dictamen médico-legal, de igual manera se rechaza por cuanto ningún vicio en él se encuentra capaz de engendrar una nulidad o negársele la fuerza demostrativa suya. El médico legista muy claramente dice en su dictamen del folio 10 que, con base en el acta del levantamien-

to del cadáver y 'lo aseverado por los testigos que en ella firman y teniendo en cuenta la calidad del arma, situación y carácter de las heridas descritas en el acta', concluye que la muerte la produjo 'anemia por hemorragia aguda por rotura posiblemente de músculo cardiaco'. Es perfectamente lógico que un médico versado en los conocimientos de su profesión, como hay que presumir que lo es quien firma el dictamen, ya que no se ha tachado su idoneidad, pueda sacar conclusiones ciertas sobre la causa directa de una muerte basándose en el acta de levantamiento del cadáver y en lo afirmado por los testigos o peritos intervinientes en tal diligencia. No hay falsedad alguna ya que no se dice en el dictamen que su signatario hubiera practicado personalmente necropsia al cadáver, sino que su concepto o conclusión emana de lo indicado en el acta del levantamiento del cadáver. Obviamente que lo lógico hubiera sido que hubiese practicado la necropsia, omisión que no deja de ser irregularidad, mas no nulidad alguna, como se reclama en la demanda".

En lo que toca a la queja sobre que la audiencia pública no se celebró en la hora señalada, cumple recordar que de tal ocurrencia no puede predicarse que ocasione la nulidad prevista en el ordinal cuarto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, cuando, como en el caso *sub examine*, al procesado y su defensor concurrieron al acto, y el segundo expuso ampliamente sus puntos de vista sin hacer reclamo alguno. "Ello supone apenas una manifiesta informalidad del juicio que en nada lesionó el derecho de defensa. Tampoco la nulidad supralegal del artículo 26 de la Constitución, ya que los intereses jurídicamente protegidos por las normas respectivas se cumplieron, no obstante el defecto anotado, de significación formal y accidental" (C. S. de J., sentencia de 15 de mayo de 1959, T. XC, pág. 739).

En consecuencia, esta impugnación tampoco prospera.

Surge de lo anterior que debe desecharse el recurso, de acuerdo con el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, y ordenarse que se devuelva el expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Rito Antonio Pabón Mantilla contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. FINALIDADES

Son dos los objetivos que se persiguen en este debate: primero, unificar la jurisprudencia, proveyendo el cumplimiento del derecho en pugna; y segundo, poner punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido. Estos dos objetivos concurren y se funden en uno solo, sin que puedan aislarse o escindirse, ni darle al uno mayor extensión que al otro, ya que donde se rompe la igualdad ante la ley, aunque únicamente se afecte el interés individual, se viola también el ordenamiento jurídico general y se pone en duda la correcta administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero veintisiete (27) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 9.

Vistos

Mediante sentencia de 27 de febrero de 1975, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la del Juzgado Tercero Superior de dicho Distrito dictada el 19 de diciembre de 1974, con la modificación de aumentar a veintitrés años de presidio la pena principal impuesta a José Dolores Morales González y ratificando las penas principales de diecinueve y dieciocho años de presidio impuestas, respectivamente, a Francisco Javier Castrillón Restrepo y Juan Luis Restrepo Serna, las sanciones accesorias correspondientes y la obligación de indemnizar los perjuicios causados, como responsables los dos primeros de homicidio y robo agravado y el último como responsable de homicidio agravado, conforme a hechos ocurridos en horas de la mañana del 24 de mayo de 1970 en el camino que conduce al predio "La Ilusión", corregimiento de "El Doce", jurisdicción del municipio de Cáceres (Antioquia), en el curso de los cuales se dio muerte a Julio Simón Correa Hernández y se cometió el robo en bienes de propiedad del interfecto, en su casa de habitación situada en el predio mencionado.

Contra dicha sentencia de segundo grado interpuso el procesado Juan Luis Restrepo Serna recurso de casación, que se declaró admisible por auto del 5 de junio de 1975. La demanda se declaró ajustada a las exigencias legales en decisión del veinticuatro de julio del mismo año y se oyó el concepto del Ministerio Público en el sentido de que debe desecharse el recurso extraordinario, con razones que se extractarán ulteriormente.

Agotado el trámite legal, procede la resolución definitiva.

Los hechos

Los que dieron origen a este proceso los relata el juzgador de segunda instancia, en la sentencia que es objeto del recurso, así:

"Juan Luis Restrepo Serna, radicado en el punto conocido como 'El Doce', corregimiento de Cáceres, tenía allí varias propiedades y negocios. Durante buen tiempo estuvo a su servicio, como mayordomo y vaquero, Julio Simón Correa Hernández, hasta que se llegó el momento de terminar esta

relación laboral. Restrepo Serna no efectuó una liquidación adecuada, por los tres años de trabajo, y prevalido de su mayor solvencia económica, de sus contactos con las autoridades y la serie de sombríos personajes que lo rodeaban y secundaban, impuso su voluntad.

"Esta vinculación de Correa Hernández le permitió conocer, a fondo, la clase de mala persona que era Restrepo Serna y cómo escamoteaba las legítimas utilidades de ganados dados en participación por personas que hacían fe en él. Fue así como una de ellas, Clara Rosa Pulgarín, a quien en cada nueva liquidación le resultaban menores los beneficios, pues siempre se invocaban desmejoras en sus ganados por acción de cuatreros o de enfermedades, fue enterada de la forma delictuosa como procedía su socio. Esta noticia se la dio, con todo detalle, el citado Correa Hernández. Le indicó los medios dolosos de que se valía su expatrón para hacerse a considerables ganancias que pertenecían a otros (vr. gr., el padre Ospina, del Seminario de Yarumal). En estas circunstancias, la Pulgarín formuló la correspondiente denuncia y Correa Hernández concurrió a esta investigación como declarante de excepción. Su actividad logró la recuperación de algunos semovientes, ocultados por Restrepo Serna, y si el éxito no fue más total ello se debió a las amenazas que de inmediato se hicieron valer y a la desidia de las autoridades encargadas de esclarecer estas punibles conductas.

"A partir de este momento Restrepo Serna se manifestó como el mortal enemigo de Correa Hernández. Vinieron las amenazas y tanto acrecieron éstas que éste empezó a prepararse para abandonar la región. Restrepo Serna, que ya había prestado a Morales González el servicio de fianza en una investigación penal contra éste motivada en el asalto a la hacienda 'La Primavera', estrechó más sus nexos con este sicario, pues no obstante sus malos antecedentes, afrontó Morales González la ejecución de unos trabajos en el camino de 'El Doce' a 'Barro Blanco', cuya remuneración la cubría el citado Restrepo Serna. Este aprovechó la delictuosa inclinación y extrema peligrosidad de Morales González y le propuso la eliminación de Correa Hernández, persona a la cual presentaba como un riesgo para todos, ya que no patrocinaba ni escondía fechorías ajenas. Ofreció apreciable remuneración ($ 4.000.00) para este cometido, agregándose la muerte de Clara Rosa Pulgarín, y logró también la intervención de Castrillón Restrepo. El 19 de mayo, horas de la tarde, estuvieron Morales y Castrillón Restrepo en el granero 'El Progreso', de propiedad de Restrepo, sito en 'El Doce', donde el primero fue informado de las costumbres madrugadoras de Correa y el camino que solía recorrer. Todo quedó convenido y dispuesto, al punto que Morales se llevó de allí un cartón, el mismo que después acondicionaría como careta para ocultar el rostro de Castrillón, ya que él era más desconocido en esos parajes.

"Morales González se fue a amanecer a casa de Francisco Javier Castrillón, en donde también paraba Oscar Pino Madrid, sujeto este con el cual, días antes, asaltó la hacienda 'La Luz', de donde se sustrajo una escopeta, utilizada después en la eliminación de Correa Hernández. Al amanecer llamó a Castrillón y juntos, cada uno portando arma de fuego de largo alcance y peinilla, fueron a esperar el paso de Correa. En el punto conocido como 'Buenaventura', en el camino real que va de la 'Ilusión' al 'Doce', se apostaron. Cuando aquél apareció, desprevenido y confiado, Morales le hizo un disparo y lo derribó de su cabalgadura. Luego cayeron y cada uno le dio de machetazos. Le requisaron, pero poco fue lo que le encontraron. De allí se alejaron hacia la casa del occiso. Maltrataron de palabra a la compañera de éste, María Dolores Delgado Diago, a quien le notiCiaron de la muerte violenta que acababan de causarle a Correa, a quien se referían como 'ese sapo hijueputa'. A Alberto Echavarría lo ofendieron gravemente y le avisaron de la fatal represalia que tomarían contra él si llegaba a informar de su presencia. Luego, tras de reventar el candado que aseguraba una puerta de las piezas de la casa, se apoderaron de dos escopetas (una en buenas condiciones y otra en regular estado), una linterna de mano y un estilógrafo Parker. La testigo reconoció a Morales González".

Actuación procesal

Perfeccionada la investigación de estos hechos, se clausuró y calificó por el Juzgado

14 Superior con sede en Yarumal (Antioquia), con vocación a juicio para Morales González y Castrillón Restrepo por homicidio agravado en virtud de las circunstancias de haberse cometido para consumar otro delito y de la indefensión del sujeto pasivo (numerales 3º y 5º del artículo 363 del C. P.) y por robo agravado (numerales 1º y 3º del artículo 404 ibídem), y con sobreseimiento temporal en favor de Restrepo Serna, de Pablo Emilio Rodríguez Ruiz y de Oscar de Jesús Pino Madrid, quienes también fueron vinculados al proceso.

Apelada esta providencia por el Fiscal y el apoderado de la parte civil, el Tribunal confirmó el llamamiento a juicio, pero con la modificación aditiva de que los encausados procedieron en las circunstancias previstas en los numerales 2º, 3º, 5º y 9º del artículo 363 del Código Penal, con excepción de la última en cuanto a Castrillón Restrepo; revocó el sobreseimiento temporal en favor de Restrepo Serna y, en su lugar, lo llamó a juicio por homicidio agravado en virtud de las circunstancias anotadas, por ser de su conocimiento y con arreglo a los artículos 21 y 22 del Código Penal; y revocó el sobreseimiento temporal en favor de Pablo Emilio Rodríguez Ruiz y Oscar de Jesús Pino Madrid y, en su lugar, decretó sobreseimiento definitivo respecto de los mismos, por no haber intervenido en los hechos.

Practicadas algunas otras pruebas, se solicitó por la Fiscalía y se decretó por el juzgado la nulidad de la actuación a partir del auto de clausura de la investigación. Cerrada ésta y calificada de nuevo mediante auto que fue recurrido por el apoderado de la parte civil, el Tribunal invalidó el auto que decretó la nulidad desde el proveído de cierre de las instructivas y declaró válida toda la actuación anterior a dicho auto, dejando así en firme la primera calificación confirmada por la mencionada Corporación, por ser improcedentes la segunda calificación y la nulidad decretada.

Cambiada la radicación del negocio por la gobernación del departamento, pasó al Juzgado Tercero Superior de Medellín, en el cual se continuó el trámite. En la audiencia pública el jurado de conciencia afirmó la responsabilidad de los procesados. Denegada la solicitud de nulidad propuesta por Castrillón Restrepo por deficiencia en su defensa y confirmada esta decisión por el Tribunal, se profirió la sentencia de primera instancia, que fue aprobada, con las modificaciones ya puntualizadas, por la referida entidad mediante el fallo objeto del recurso de casación.

La demanda de casación

En escrito que se declaró ajustado en su forma externa a las exigencias de la ley, el apoderado especial del condenado Juan Luis Restrepo Serna ataca la sentencia de segundo grado invocando la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que consagra como motivo de procedencia del recurso de casación en materia penal el que el fallo se haya dictado en un juicio viciado de nulidad. Con base en esta causal, el demandante formula tres cargos contra la sentencia del **ad quem**, a saber:

Primer cargo

Nulidad constitucional o supralegal por inobservancia de "la plenitud de las formas propias del juicio" y del "juzgamiento sin dilaciones", porque el procesado Restrepo Serna no fue interrogado en la indagatoria sobre todas las circunstancias agravantes que se dedujeron en su contra. Así se violó el artículo 26 de la Carta en una de las garantías en él consagradas.

Aduce el recurrente que, conforme al literal a) del numeral tercero del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, y al numeral cuarto del artículo 7º de la Convención Americana de Derechos, incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 16 de 1972, "todo aquél a quien se sindique como autor de una infracción de la ley penal tiene garantizada como mínimo información sin demora y en FORMA DETALLADA... de los hechos que se le imputan...". Y es especialmente en la indagatoria "donde el sindicado puede, frente a juez o funcionario competente, explicar su conducta, negar o confesar y disculp-

parse en todo o parte y solicitar pruebas para la comprobación de sus dichos...". "...La indagatoria es, pues, un medio de defensa. El primero y principal con que cuenta la persona sindicada de la comisión de una infracción de la ley penal..." y se encuentra precisamente reglamentada (artículos 381 a 403 del C. de P. P.) y debe versar "SOBRE LOS HECHOS ESPECIFICOS QUE CONSTITUYEN EL OBJETO DEL PROCESO", que no sólo sobre lo genérico, "según lo ha averiguado la Honorable Corte Suprema de Justicia al interpretar el artículo 387 (antes 350) del Código de Procedimiento Penal", y es indispensable para calificar el mérito del sumario, "salvo el caso de que no fuere posible encontrar al procesado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 401 (antes 365 del C. de P. Penal), interpretado a contrario sensu".

De acuerdo con lo anterior, "si al procesado recurrente Juan Luis Restrepo Serna apenas se le indagó por si había ofrecido dinero a José Dolores Morales González para ultimar a Julio Simón Correa Hernández y a Clara Rosa Pulgarín, según lo ponen en evidencia sus declaraciones glosadas a folios 67 a 70, 180 a 181 vuelto, 181 vuelto a 184, 226 vuelto y 728 a 729 del expediente; y no obstante en el llamamiento a juicio como autor intelectual del homicidio de Correa Hernández se le dedujeron además de la circunstancia 8ª (sic) calificadora prevista por el artículo 363 del Código Penal sus otras 2ª, 3ª y 5ª, en relación con lo dispuesto en los artículos 21 y 22 de la misma obra, sobre cuyos presupuestos fácticos de aplicación nada, absolùtamente nada, se le preguntó tal y como se sigue de la lectura de sus indagatorias señaladas en antes y que repito, tienen que versar sobre los hechos específicos, detallados, como son los de las circunstancias calificadoras y los presupuestos de su comunicabilidad que lo mismo que las genéricas constituyen el objeto del proceso; resulta clara la violación de las disposiciones precitadas y la nulidad de rango supralegal alegada ya que se violaron las formas que ellas consagran en favor del procesado que en su plenitud las tiene garantizadas por la parte final del artículo 26 constitucional, violación trascendente a la invalidación del fallo recurrido".

Segundo cargo

Nulidad de rango también constitucional por quebranto del artículo 26 de la Carta, en cuanto este precepto contempla como garantía la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, por que en el auto de proceder "ni siquiera se señalaron, mucho menos se valoraron de acuerdo con las normas de disciplina probatoria y principios científicos que informan la crítica probatoria, los medios de convicción que en el proceso pudieran dar por establecidas las circunstancias calificadoras del homicidio en asesinato que se imputó al procesado recurrente. Ni tampoco los que traigan el conocimiento de que Restrepo Serna sabía desde antes de los hechos o en concurrencia con ellos las modalidades y circunstancias de su ejecución material para que, como nefario, pudieran comunicársele en base a los artículos 21 y 22 del Código Penal.

"Con tal actuación, pues, se violaron derechamente los numerales 2º y 3º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal (antes 431) y de paso la garantía constitucional contenida en el artículo 26 de la Carta, según la cual en el juicio penal han de observarse la plenitud de sus formas, de modo trascendente a la casación del fallo impugnado".

En efecto, anota el recurrente que, según el citado artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, el auto de vocación a juicio en su parte motiva debe contener "el análisis de las pruebas en que se funde la imputación al procesado" (numeral 2º) y "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen" (numeral 3º); esto es, que el juez ha de precisar y valorar las pruebas del delito y de sus circunstancias modificadoras, y conceptúa que así debe ser, porque en materia penal lo genérico "no da licencia para presumir lo menos, lo específico, tanto más cuanto incide desfavorablemente en la pena". Transcribe a continuación apartes del proveído enjuiciatorio relativos a las circunstancias agravantes deducidas a los procesados; anota que se trata de "meros juicios de valor", sin indicación de las pruebas, y observa que de la transcripción aparece que ni se señalaron ni

evaluaron las pruebas que demostraran las circunstancias calificadoras, ni surge el conocimiento que de las mismas tuviera el procesado recurrente o el modo como ocurrió el hecho, para que aquéllas pudieran comunicársele, de conformidad con lo previsto por los artículos 21 y 22 del Código Penal.

Tercer cargo

"El literal c) del numeral 3º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas aprobado por el Congreso mediante la Ley 74 de 1968 consagra en favor de todo sindicado la garantía de que al menos se le juzgue sin dilaciones indebidas.

"Y el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal prescribe que vencido el término del artículo 472, el juez calificará el mérito del sumario por medio de auto de proceder o sobreseimiento, que deberá dictar dentro de los quince días siguientes.

"A Juan Luis Restrepo Serna no sólo se le vinculó al proceso por la muerte de Julio Simón Correa, sino también por haberle propuesto a José Dolores Morales González que matara a la señora Clara Rosa Pulgarín y sobre el hecho delictivo se le indagó conforme se lee a folios 181, 182 y 183, fine, del expediente. Es más: en la síntesis de los hechos que se hace en la providencia que lo llamó a juicio, está escrito que le prometió dinero para que la eliminara (fl. 480). Pero la calificación del sumario versó únicamente sobre los hechos constitutivos del homicidio. Dejó de lado los que tipifican la figura descrita por el artículo 211 del Código Penal. Es decir, que fue apenas parcial y por ello incompleta.

"De esta suerte se conculcó la garantía mínima del procesado recurrente a ser juzgado sin dilaciones indebidas y se desconoció su derecho a la calificación de la totalidad de los hechos por los que, en su indagatoria, fue vinculado al sumario, bien con un sobreseimiento definitivo, ya con llamamiento a juicio y se violaron no sólo las disposiciones citadas al principio sino también el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues se desconoce la garantizada observancia de la plenitud de las formas propias del juicio a que se refiere en su parte final cuando al procesado no se le resuelve en la calificación del mérito de lo investigado sobre todos los cargos por los que se le indagó y, por ende, vinculó al proceso.

"Y así, también por este aspecto, el proceso adolece de nulidad de rango supralegal y la sentencia objeto del recurso debe invalidarse por haberse proferido en él".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en extenso y razonado concepto, solicita que se deseche la demanda en estudio y se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

En esta prelación se aprovecharán algunos apartes del Ministerio Público.

Consideraciones de la Corte

La Corte responderá los cargos en el mismos aportes del Ministerio Público.

Primer cargo

Como observa el Agente del Ministerio Público, en la diligencia de indagatoria (fls. 67 y siguientes) se interrogó prolijamente al procesado Restrepo Serna acerca del hecho y los cargos que contra él resultaban, conforme a las probanzas recaudadas, y se le interrogó asimismo sobre los autores y cómplices del delito de homicidio investigado. Ulteriormente se amplió dicha indagatoria y se le preguntó concretamente sobre la manera como ocurrió el hecho y sus modalidades y sobre las informaciones que dio y promesas que hizo a Morales González, diligencia esta que se llevó a cabo una vez realizada la captura de este sindicado y oído que fue en declaración de inquirir, en la cual éste confesó la autoría del hecho e hizo cargos directos y concretos a Restrepo Serna (fls. 172 y 180), los que sustentó sin excitaciones. En la misma forma procedió Morales González en el careo con el procesado recurrente (fl. 181 vto.).

"De todas estas diligencias y actuaciones —expresa con acierto el Procurador—, se desprende sin lugar a duda alguna que el procesado referido tuvo suficiente información y conocimiento oportuno sobre los cargos formulados en su contra y las circuns-

tancias agravantes correspondientes; y si bien no se le interrogó concretamente sobre premeditación, indefensión y demás, sí se le preguntó sobre los hechos precisos en los cuales se fundaban estas circunstancias, como fue el acuerdo con Morales González, la asechanza por parte de éste a la víctima, la indefensión del occiso y demás referidas; por manera que no puede afirmarse que el procesado citado desconociera dichos agravantes y que éstos no pudieran tenerse en cuenta en su contra, por haber ordenado y convenido la muerte de Julio Simón Correa, cargos formulados en su contra; dicha acusación se infiere también del auto de detención, en el cual se citaron las pruebas pertinentes demostrativas de los hechos que podían fundar tales acusaciones, esto en relación con la norma invocada por el recurrente y para demostrar que no fue desconocida.

"De lo dicho se concluye que el procesado tuvo conocimiento en el tiempo debido de los cargos existentes en su contra, en forma suficiente, sin que tuviera limitación en forma alguna para su defensa, por defecto en este punto, ni tampoco se incurriera en violación de las formas propias del juicio como resultado del quebrantamiento de tales normas.

"No se demuestra por tanto la violación de las normas invocadas, ni consecuentemente la nulidad en que se incurriera".

De lo anterior se concluye que el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

Estima la Sala que la respuesta que a este cargo da el Procurador es eminentemente ajustada a derecho y a la realidad procesal y por eso la transcribe in integrum a continuación:

"En el auto de proceder se hizo extensa referencia a la prueba recaudada en el proceso, para deducir los cargos en contra de los procesados y concretamente en cuanto a Restrepo Serna al ofrecer pago o promesa de dinero a Morales González para que éste diera muerte a Correa Hernández, con quien tenía enemistad a raíz de hechos que se acreditaron suficientemente; si con base en estas pruebas se consideró por el Tribunal, al resolver el recurso de apelación contra el auto que sobreseyó temporalmente a favor de Restrepo Serna, que existía base suficiente para llamarlo a juicio por el delito referido con las agravantes deducidas, no puede decirse que no se mencionaran las pruebas que fundaran la imputación al procesado, ni se indicaran las circunstancias agravantes en que se cometió el hecho, las cuales resultaban de lo expresado; y el Tribunal atribuyó a tales elementos probatorios valor suficiente para afirmar las circunstancias aludidas.

"Al respecto basta tener en cuenta lo anotado al contestar el cargo anterior, pues el procesado Morales González, quien obró por la promesa remuneratoria de Restrepo Serna, hizo a éste los cargos concretos; si de los mismos se desprende que actuó por la promesa dicha, y también con la de comprar arma que pertenecía a la víctima de la cual debían apoderarse los autores del hecho y con advertencia del lugar por el cual transitaría Correa Hernández y la hora aproximada, el Tribunal dio a esta prueba y al conjunto probatorio valor suficiente, no puede afirmarse que no indicara ni apreciara las pruebas, ni que las circunstancias no fueran conocidas por el procesado citado.

"Las anteriores anotaciones se hacen para concluir que sí se cumplieron los requisitos contemplados por la norma pertinente, citada por el recurrente; pues en cuanto a la prueba misma de las referidas circunstancias, no es punto que pueda impugnarse a través de esta causal, sino de la primera por violación indirecta de la ley, la cual no tiene cabida en juicio con jurado, según la conocida y reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte.

"Se concluye, por tanto, que el Tribunal hizo referencia y valoró la prueba existente en relación con el hecho y sus circunstancias, sin que por tanto la acusación tenga fundamento".

En conclusión, este cargo tampoco prospera.

Tercer cargo

"El carácter extraordinario y por eso mismo restringido de la casación no le quita la doble finalidad que persigue todo recurso, cual es, concurrentemente con la defensa de la ley, la reparación del agravio de que se cree víctima una de las partes intervinientes en el proceso. Buscar en este momento especialísimo el interés exclusivo

de la ley, es pretender que la casación se convierta en una acción pública, desnaturalizando la progresiva misión históricamente conformada, como examen de los fundamentos del fallo propuesto por quien demuestra que la decisión entraña un tratamiento injusto. El recurso existe y funciona como garantía del respeto a la norma pero también como discernimiento del derecho particular negado, y de ese doble soporte surge el de unificar la interpretación por vía de jurisprudencia. Son dos cuestiones inseparables, que pueden aislarse y aun contraponerse en el ámbito conceptual, mas no en el de las declaraciones lógicas a que se contrae toda sentencia. Son, si se prefiere, dos facetas del mismo objeto, dos partes de una misma estructura o, empleando otros términos, los dos requisitos necesarios de una común existencia ...

"Regresando al abolido finalismo del recurso, el artículo 365 del actual Código de Procedimiento Civil, aplicable a las materias criminales por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal hoy vigente, incorporó, bajo el título de fines de la casación, esta norma 'El recurso de casación tiene por fin principal uniformar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además, procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida'.

"Son, pues, dos los objetivos que se persiguen en este debate: primero, uniformar la jurisprudencia, proveyendo al cumplimiento del derecho en pugna; y segundo, poner punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido. Estos dos objetivos concurren y se fundan en uno solo, sin que puedan aislarse o escindirse, ni darle al uno mayor extensión que al otro, ya que donde se rompe la igualdad ante la ley, aunque únicamente se afecte el interés individual, se viola también el ordenamiento jurídico general y se pone en duda la correcta administración de justicia.

"Si alguien, en lo civil o en lo penal, impulsado por el ánimo de defender el imperio general de la ley, se presenta en casación dejando de lado la reparación de las lesiones sufridas en el fallo, más aún, tratando de obtener, con el pretexto de las satisfacciones públicas o sociales, consecuencias más gravosas, desconoce la índole del recurso, recorta su finalidad y se sitúa al margen de los dos presupuestos imperativos señalados por la ley. En tales condiciones faltando una de las cuestiones esenciales del debate provocado, éste no puede seguir con el estudio de la impugnación, cualquiera que fuere la índole de los cargos y los argumentos en que se apoye. Si la pretensión no se dirige a reparar el agravio, sino más bien a aumentar sus proporciones, es ilegítima por lo mismo que persigue obtener una nueva determinación dañosa.

"Y si es el defensor del procesado, como recurrente en casación, quien formula tales planteamientos, la demanda que concreta los cargos no sólo no puede ser estudiada, sino que ese defensor ha violado sus deberes, aunque piense que remotamente, al reponerse el procedimiento por la declaratoria de una nulidad, va a obtener la reparación que deja de proponerle a la Corte; máxime cuando la defensa de manera ostensible, reiterada y enérgica, acepta la prueba examinada en las instancias como fundamento de la condenación.

"El defensor tiene líneas intraspasables, más allá de las cuales comienza el campo de la deslealtad para quien se encomienda a su pericia en el derecho y en la ley. Si no dirige su saber y experiencia a la consecución de situaciones más favorables para su defendido, aunque se escude en la defensa de un interés público, incumple su misión, porque la parcializa. El abogado colabora en el perfeccionamiento del orden jurídico y en la realización de una recta administración de justicia, como dice el artículo primero del Decreto 196 de 1971, pero tiene esta otra misión principal, según el artículo segundo del mismo estatuto: 'asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas', tratando de 'defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares'.

"Así como la casación trata de satisfacer dos exigencias inseparables, según lo expuesto, la defensa en el proceso debe inspirarse en dos principios indisolublemente unidos: el equilibrio entre los reclamos sociales y las garantías de la persona humana..." (Casación Penal, 22 de octubre de 1971, G. J., T. CXXXIX, págs. 383 y 384).

En el caso sub judice, la demanda, en lo que respecta a este cargo, carece de uno de los requisitos sustanciales descritos en el artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, pues no solamente no procura mejorar las condiciones de la condena impuesta al procesado Restrepo Serna, sino que, por lo contrario, tiende a empeorarlas. En efecto, dice el demandante que a Restrepo Serna no sólo se le vinculó al proceso por la muerte de Julio Simón Correa, sino también "por haberle propuesto a José Dolores Morales González que matara a la señora Clara Rosa Pulgarín y sobre el hecho se le indagó conforme se lee a folios 181, 182, y 183, fine... Pero la calificación del sumario versó únicamente sobre los hechos constitutivos del homicidio. Dejó de lado los que tipifican la figura descrita por el artículo 211 del Código Penal. Es decir, que fue apenas parcial y por ello incompleta...". Todo lo cual significa que se ha desnaturalizado el recurso de casación y que la Corte no tiene fundamento para estudiar este cargo formulado al fallo.

Así procede a declararlo.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Luis Restrepo Serna contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín a que se refiere la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Fonseca Infante, Conjuez; *Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO Y FALSEDAD

Participación de un tercero en los delitos. Bien puede presentarse que quien no tiene calidad de funcionario, su ayuda necesaria o no en el delito lo sitúa como cómplice.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo cinco (5) de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Aprobado: Acta Nº 11 de 1976.

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de treinta y uno de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, por la cual impuso al recurrente JESUS ANTONIO ESCOBAR SALAMANCA y a Luis Arnul Carvajal Urresta y Guillermo Salazar Escobar, la pena principal de seis años de presidio, como responsables de falsedad en documentos y peculado.

Hechos y trámite del proceso

En las instancias se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Enrique Villegas García, en calidad de Tesorero del municipio de Cali, formuló denuncio con carácter averiguatorio el día veinticinco de septiembre de 1972..." y manifestó que... "el día 22 del mes citado recibió a eso de las once de la mañana una llamada del gerente del Banco del Comercio —Sucursal de la Carrera 15—, quien le informó sobre el hecho de que aparecieran consignados veintisiete cheques girados por la Pagaduría del Municipio, consignados en la cuenta corriente Nº 2820100-2, abierta por la señora Yolanda Rojas Montoya, en la que tenía firma autorizada el señor Jesús Antonio Escobar Salamanca, quien había sido pagador del Municipio y se encontraba en la actualidad detenido por el delito de peculado. Que al solicitarle la confirmación de tales cheques por no haber llegado la autorización que se acostumbraba enviar por escrito al Banco, de inmediato le ordenó el no pago de esos cheques y se dirigió al Banco donde confrontó las firmas de endoso y estableció que eran idénticas a las que tenía registradas Jesús Antonio Escobar Salamanca. Que de inmediato procedió a hacer las averiguaciones pertinentes y estableció que los beneficiarios de esos cheques eran personas que habían entrado a gozar de vacaciones en la primera quincena de septiembre, que no habían laborado las horas extras que originaron la expedición del cheque y tampoco habían sido recibidos por sus beneficiarios, ni éstos endosaron los cheques materia de investigación. Que fue interrogado el pagador Guillermo León Salazar, respecto a la entrega de estos cheques y manifestó no tener conocimiento, e igual respuesta se obtuvo cuando se le preguntó sobre el giro de algunos cheques a favor de empleados jubilados, argumentando que de su escritorio se le extraviaban, no obstante tener éste con llave y una caja fuerte".

Adelantada la averiguación y llamados a juicio los procesados ya aludidos, esta determinación fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, al igual que el fallo condenatorio de primer grado, proferido por el Juzgado 6º Superior de Cali.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Dos causales de casación invoca el demandante, a saber:

a) Causal cuarta

"Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Y aduce los siguientes cargos:

1º Que no se cumplieron las formas propias del juicio, pues el auto de proceder proferido en este negocio no reúne las exigencias del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, teniéndose, así, una violación de las garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Dice que se le "imputó a su mandante el delito de peculado en el grado de cómplice no necesario, modalidad criminal que no se acomoda a las exigencias del artículo 150 del Código Penal, en concordancia con el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal que señala los elementos constitutivos del delito para que haya cuerpo del mismo, los que deberán estar señalados en la respectiva disposición penal".

Agrega que "existiendo una imposibilidad física para que el procesado hubiera cooperado en la ejecución de los delitos de peculado y falsedad en los términos del artículo 20 del Código Penal, sólo podría aceptarse en el peor de los casos ser agente de un delito de encubrimiento gobernado por el artículo 200 del Código Penal...", en atención a que los cheques "materia de la infracción se pretendieron consignar en una cuenta corriente que el señor Escobar Salamanca estaba autorizado para manejar".

2º Se incurrió en el caso de nulidad que indica el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, numeral quinto, pues se cayó en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues el cargo que ha debido hacerse al recurrente ha debido ser el de encubrimiento, según las voces del artículo 200 del Código Penal, y no el de cómplice en los delitos de peculado y falsedad en documentos, pues su comportamiento se acomoda más a aquella infracción.

3º Que "en el auto de proceder se le dedujo al procesado el cargo de cómplice no necesario de los delitos de falsedad y peculado. Y esta calificación resulta errada, en razón de que el delito de falsedad documental absorve al delito de peculado, motivo por el cual el delito de peculado no tiene respaldo probatorio alguno".

Agrega que es equivocada la imputación de falsedad en documentos públicos, pues los cheques no lo son y ha debido estarse al tipo de falsedad en documentos privados, gobernada por el artículo 241 del mismo Código.

b) Causal primera

"Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca manifiesto en los autos".

Y a través de este motivo de impugnación, presenta el actor los siguientes cargos:

1º Que "el fallo impugnado quebrantó la Ley penal sustancial al caer en error de derecho en la apreciación de las pruebas, que lo llevó a aplicar indebidamente los artículos 20 y 21 del Código Penal y 3º del Decreto 1858 de 1951...", violación indirecta, que el actor concreta, así, según anota el Procurador 1º Delegado en lo Penal:

"a') La circunstancia de haber estado el procesado Escobar Salamanca privado de la libertad 'por la época de la comisión de los delitos de peculado y falsedad', lo que le impedía desempeñarse como coautor o cómplice en su realización;

"b') El procesado desvirtuó en su indagatoria 'los cargos formulados en su contra', cuando afirma 'que los 27 cheques materia del proceso, los había negociado con el señor Gonzalo Giraldo';

"c') Sobre la existencia física de Gonzalo Giraldo 'da fe' el señor Registrador del Estado Civil de Bogotá 'cuando afirma que existen en el país tres personas con ese mismo nombre y que son titulares de las respectivas cédulas de ciudadanía...', de

las cuales se suministran los números, por lo cual se debió tomar la indagatoria 'como indivisible de conformidad con el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal';

"d') Estando debidamente demostrado que los cheques fueron 'bloqueados' cuando iban a ser consignados en la cuenta que manejaba el procesado Escobar Salamanca, y no habiendo sido pagados por el Banco girado 'se desconoció el mérito de esa prueba y se tomó como plena prueba los delitos de peculado y falsedad en instrumentos públicos la meta (sic) tentativa de tratar de hacer efectivos dichos cheques'.

2º Que "el sentenciador de segundo grado incurrió en evidente error de derecho al dosificar la pena impuesta al procesado, motivo por el cual se violaron en forma indirecta los artículos 231 del Código Penal, en concordancia con el artículo 20 de la obra ibídem y el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951".

Dice el Ministerio Público, al ocuparse de la presentación de este cargo, que el actor "repite lo ya expuesto como argumentación demostrativa de cargos anteriores, o sea, que por tratarse de cheques, se debió haber aplicado el artículo 241 del Código Penal ya que no el 231 ibídem. No siendo aplicable este último y al haberlo hecho el **ad quem** 'incurrió en evidente error de derecho y violó en forma directa la Ley sustancial por indebida aplicación del artículo 231 del Código Penal' ".

También anota el Procurador Delegado que asevera el actor haberse violado "en forma directa los artículos 32 y 33 del Código Penal, 'en razón de que no teniendo existencia jurídica el delito de peculado, por la absorción por parte de delito de falsedad documental, al ser tenidas en cuenta tales normas por el Honorable Tribunal para el aumento de la pena impuesta, se violaron por evidente error de derecho tales normas sustanciales'. Y, que se queja el actor de haberse aplicado indebidamente el artículo 20 del Estatuto Punitivo..., pues Escobar Salamanca estaba en imposibilidad física de prestar colaboración en los delitos imputados, en razón de la privación de la libertad en que se encontraba".

Luego de una exhaustiva crítica a los cargos presentados por el demandante, el Procurador 1º Delegado en lo Penal pide que se DESECHE el recurso de casación, pues no prospera ninguna de las causales aducidas.

A las consideraciones del Ministerio Público y a los razonamientos del demandante pasa a referirse la Corte.

Considera la Corte

Encuentra fundada la conclusión a que ha llegado el Procurador 1º Delegado en lo Penal, pues evidentemente los cargos que propone el actor contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali no resultan acreditados y, por consiguiente, el recurso de casación debe ser desechado.

En efecto:

II

Causal cuarta

Primer cargo

No encuentran apoyo serio las observaciones que hace el actor y de las cuales deduce la invalidez del auto de proceder, en cuanto llama a juicio al recurrente, como cómplice (Art. 20 del C. Penal), por los delitos de peculado y falsedad en documentos.

No se trata, entonces, de que el juzgador, en las instancias, hubiese incurrido en yerro en cuanto a la denominación jurídica de las infracciones de que trata el auto de proceder referido, lo cual aleja el cargo de la causal de nulidad de que trata el numeral 5 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, la providencia en cuestión, en cuanto a las exigencias probatorias que precisa la ley requisitos sustanciales (Art. 481 C. de P. P.) y las condiciones formales que debe reunir (Art. 483, ibídem), no ofrece reparo alguno, pues el demandante, en ningún momento, ha acreditado que no se contara con el recaudo probatorio mínimo para llamar a juicio a su mandante. Y, por tanto, no cabe deducir infracción alguna a las formas fundamentales del juicio, para que se predique, en este caso, infracción al precepto de la Carta que cita el actor.

Este cargo, por consiguiente, no cuenta con demostración.

En el mencionado auto de proceder se anotan los elementos de juicio de los cuales el juzgador de segundo grado desprende la participación de ESCOBAR SALAMANCA en los delitos de peculado y falsedad en documentos, limitándose el demandante a señalar que su representado no podía colaborar en tales ilícitos, por hallarse detenido, con lo cual no desvirtúa el recaudo probatorio tenido en consideración en las instancias; y, tampoco, es cierto que por no tener el recurrente la calidad de funcionario público no pueda coparticipar en el delito de peculado, pues bien puede prestarse, por quien no tiene esa calidad de funcionario, esa ayuda necesaria o no necesaria para que se cometa dicha infracción punible.

Por ello observa el Ministerio Público lo que pasa a transcribirse:

"Mal hubiera estado que, no obstante los dos factores de ciudadano particular y de recluso de la Cárcel de Villanueva para la época de la ejecución de los delitos, se le hubiera reconocido calidad de AUTOR, toda vez que su conducta, limitada por estas circunstancias, no alcanzaba a dar forma a los tipos de peculado y falsedad por estar mermada para la condición específica del sujeto calificado y en la imposibilidad física para actuar. Mas la colaboración que él prestó, pudiera incluirse en las postrimerías del proceso formativo de los delitos, no estaba obstaculizada o impedida por los dos hechos anotados. Su aporte de conducta no se necesitaba para que los autores directos o autónomos de los delitos pudieran dar forma al peculado y a la falsedad, mas, al adherir como lo hizo mediante su cooperación en el grado secundario señalado por el ad quem, lo llevaba irremediablemente a vincularse causalmente a la delincuencia, es decir, que el comportamiento de los agentes de los delitos, quienes demostraron que eran sujetos calificados o capaces para dar forma a tales figuras típicas, recibieron auxilio por parte de Escobar Salamanca".

Cabe, según lo anotado, rechazarse el cargo.

Segundo cargo

También debe tenerse como no comprobado este cargo, pues se trata de las mismas consideraciones aducidas por el actor, pero relacionadas concretamente al evento de nulidad que trae el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal: "error relativo a la denominación jurídica de la infracción...".

Con toda razón, pues, observa el Procurador 1º Delegado en lo Penal que para esta tacha, en cuanto a su rechazo, son valederos los mismos motivos que se toman en cuenta para refutar el cargo anterior.

Cabe agregar, sí, que es absolutamente ajeno al caso de nulidad de que trata el referido numeral el grado de responsabilidad que se atribuye al encausado en el auto de proceder, pues, como se dejó transcrito, el motivo indicado es el relacionado con el yerro en la calificación jurídica de la infracción, la cual no ataca el demandante.

Debe, pues, rechazarse esta segunda tacha.

Tercer cargo

Es obvio, como señala el Ministerio Público, que no tiene validez jurídica alguna la supuesta absorción del delito de peculado en el de falsedad en documentos.

Las condiciones tipificadoras del peculado y de la falsedad documentaria (instrumentos negociables) en este caso son totalmente independientes y distintos los intereses jurídicos que en uno y otro caso se amparan. No puede, por consiguiente, darse la supuesta absorción del peculado por el delito de falsedad documentaria.

De ahí que anote el Procurador Delegado que con este cargo "plantea el actor un novísimo y extraño fenómeno jurídico de absorción, mediante el cual el delito de peculado quedó subsumido dentro del de la falsedad, sin profundizar en la demostración de su aserto, que bien pudiera calificarse de absurdo, por cuanto ambos delitos, además de estar identificados bajo la autonomía propia de cada uno de ellos, son unidos por el nexo del concurso material, ajustándose, además, a la figura del delito continuado...".

Este cargo, por tanto, no tiene fundamento y debe ser rechazado.

III

Causal primera

Comparte la Corte la conclusión a que llega su Colaborador Fiscal al ocuparse de los dos cargos que presenta el demandante a través de este nuevo motivo de casación.

Dice el Ministerio Público:

"Impertinente mixtura se hace de presupuestos pertenecientes al quebranto directo de la Ley penal sustancial, con aquéllos de funcionalidad únicamente cuando de violación indirecta al ordenamiento legal sustancial se trata. Afirmar que hubo aplicación indebida de la Ley sustancial, es escoger la primera de las modalidades de violación, mientras que aseverar que ésta fue acusada 'por error de derecho en la estimación de pruebas legalmente producidas' es indicativo de que el actor cuestiona el segundo quebranto de la ley. Frente a estas dos modalidades violatorias del ordenamiento legal sustancial, la Honorable Corte ha sido generosa en sus permanentes y doctos pronunciamientos jurisprudenciales, llegando casi al cansancio en la repetición de lo que es la una y la otra violación a la Ley penal sustancial, de las vertientes individuales y diferentes que a cada una de ellas conducen, de las ubicaciones intelectuales, antagónicas entre sí, en que ha de colocarse quien selecciona cualquiera de ellos, siendo la conclusión central de que por cuanto son excluyentes entre sí en su arquitectura y contenido ideológico, no pueden plantearse simultáneamente...".

Y agrega que para la Procuraduría Delegada "es imposible saber a ciencia cierta de qué manera se produjo la violación de la Ley penal sustancial que se predica en la demanda, pues que en ambos, la directa y la indirecta, están planteadas, y la escogencia de la que pudo tener ocurrencia en el fallo recurrido no es dable hacerse ni por el Ministerio Público, ni por la Honorable Corte, por cuanto los vacíos de la demanda no pueden ser llenados o suplidos..." ni por aquél y tampoco por ésta.

Ciertamente, en diferentes oportunidades se ha ocupado la Corte de precisar las exigencias que requiere la impugnación a través del motivo primero de casación. En la más reciente providencia (Casación de Rito Antonio Pabón Mantilla, de 27 de febrero del corriente año, Magistrado ponente, Mario Alario Di Filippo) se dice, por caso, lo que pasa a transcribirse:

"Ha dicho la Corte repetidas veces que la violación directa de la ley se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente, que alega esta infracción en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente la selección de la norma hecha por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

"La violación indirecta de la ley se tiene cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto, en el sentido de demostrar haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Trátase, por tanto, de una técnica precisa señalada por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

"A la violación directa de la Ley sustancial se refiere el inciso primero del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal; quien alega esta violación no controvierte la prueba y muestra su conformidad, por lo mismo, con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo recurrido; esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

"A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado ordinal. En esta infracción el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho, o de hecho que se mues-

tre ostensible o notorio en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó, de no haber mediado esa clase de error.

"Es grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues, como se ha dicho, cada una de las dos formas de transgresión de la ley, la directa y la indirecta, tienen su peculiar fundamentación, su ámbito privativo, su propio campo de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin desconocer el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo y por un mismo respecto, como que es absurdo que se acepten y se nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión, y como no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, vale decir, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios normativos de la casación..."

Y esta sujeción a los principios antes reseñados no aparece en el tratamiento que el actor hace de los dos cargos que presenta a través del motivo primero de casación, como que propone, por un mismo aspecto, la violación directa y la indirecta de la Ley sustancial, lo cual resulta inadmisible.

Los cargos, en consecuencia, carecen de comprobación.

No prosperan las causales de casación aducidas y debe, por tanto, desecharse el recurso, como lo pide el Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

(Fdo.) Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

AUTO CABEZA DE PROCESO

Sin haberse dictado auto cabeza de proceso, no se puede dictar la providencia que ordena la cesación de todo procedimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo cinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 11 de 4 de marzo 1976

Vistos

Consulta el Tribunal Superior Militar la providencia fechada el veintitrés de diciembre del año próximo pasado, mediante la cual declaró que la acción penal no puede proseguirse, por encontrarse prescrita, y dispuso la cesación de todo procedimiento contra ANTONIO JOSÉ AVELLANEDA PULIDO, Juez 33 de Instrucción Penal Militar, para la época de los hechos, como presunto autor de un delito de peculado.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Armadas conceptúa que debe impartírsele confirmación a "la decisión del Tribunal Militar donde declara la cesación de todo procedimiento seguido contra el doctor Antonio José Avellaneda Pulido, por prescripción de la acción penal".

Antecedentes

1. Agustín Eduardo Rocha, el 9 de marzo de 1970, formuló ante el Comandante de la Sexta Brigada denuncia contra el Juez 33 de Instrucción Penal Militar porque en octubre de 1967 había decomisado un revólver de propiedad del denunciante, por ordenación tomada dentro del proceso seguido contra Rocha y otros por un delito de homicidio, y dicha arma no la entregó el investigador al funcionario del conocimiento, que lo era el Juez Superior de Chaparral.

El denunciante afirma que se trataba de un revólver marca "Rubí Extra" color negro, de seis tiros, calibre 22, numero 514825, el cual "estaba amparado por un salvoconducto provisional expedido por el Comando del Batallón Caicedo Nº 17".

2. El Tribunal Superior Militar, a quien le está atribuido el conocimiento en primera instancia de los procesos militares contra los jueces de Instrucción Penal Militar, conforme lo dispone el artículo 324 del Código de Justicia Penal Militar, dictó con fecha 18 de mayo de 1970 la siguiente providencia: "Avócase el conocimiento de la presente investigación y para que adelante las averiguaciones tendientes a establecer la realidad del hecho denunciado, comisiónese, con amplias facultades, al señor Juez 1º de Instrucción Penal Militar" (folio 4).

3. El comisionado adelantó alguna actividad investigativa para averiguar si el revólver había sido decomisado por el Juez 33 de Instrucción Penal Militar, doctor Antonio José Avellaneda, y si éste lo había entregado al Juez Superior de Chaparral junto con los autos referentes a un proceso por homicidio contra Agustín Rocha Olaya y otros.

4. El Juez Primero de Instrucción Penal Militar providenció el 25 de octubre de 1973, para disponer lo siguiente: "PRIMERO. Abstenerse de iniciar investigación penal por los hechos denunciados por Agustín Rocha Olaya en contra del Juez 33 Penal

Militar doctor Antonio José Avellaneda, hechos ocurridos el 6 de octubre de 1967, porque la acción está prescrita". "SEGUNDO. En caso de no ser apelada esta providencia, ordenar que lo actuado se archive en la Secretaría del Honorable Tribunal Superior Militar" (folios 60 y 61).

5. Al resolver la consulta mencionada, el Tribunal Superior Militar revocó el auto inhibitorio proferido por el Juez Primero de Instrucción Penal Militar, fundándose en que tal determinación le correspondía tomarla al funcionario del conocimiento, que lo es el propio Tribunal Superior Militar, según lo expresa el ordinal 1º del artículo 324 del Código de Justicia Penal Militar, y no a un juez comisionado, ordenando, además, "que una vez ejecutoriada esta decisión el proceso vuelva al Despacho para que continúe la tramitación a que haya lugar" (folios 83 y 84).

6. Ningún trámite distinto al ordenamiento de que se corriera traslado al Ministerio Público, para que conceptuara sobre la cesación del procedimiento, se le dio al proceso. En efecto, el Fiscal Colaborador emitió concepto sobre la viabilidad de la aplicación del artículo 417 del Código de Justicia Penal Militar, y el Tribunal Superior Militar, por proveído del 23 de diciembre de 1975, declaró que la acción no puede proseguirse por encontrarse prescrita, y dispuso "el cese de todo procedimiento contra José Antonio Avellaneda Pulido, Juez 33 de Instrucción Penal Militar para la época de los hechos, a quien se le imputó la comisión del delito de peculado en este proceso" (folios 89, 93).

Se considera:

El artículo 501 del Código de Procedimiento Penal Militar manda que el funcionario de instrucción, cuando se entere de la comisión de un hecho delictuoso, debe asumir la investigación dictando un auto cabeza de proceso en que ordene por lo menos las diligencias iniciales. Como tal norma no determina cuáles sean esas diligencias, se hace indispensable recurrir al artículo 564 del citado Código, en donde se hace una enumeración de las principales de ellas. Pero como las disposiciones del Código de Procedimiento Penal son aplicables a los procesos penales militares, por disponerlo así el artículo 293 del Código Militar, el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal sirve de guía para determinar el contenido del auto cabeza del proceso, que no es otro que el descubrimiento de los hechos, de sus autores o partícipes, de la personalidad de los mismos, de los motivos determinantes y de la naturaleza y cuantía de los perjuicios.

Cuando el Tribunal Superior Militar dictó la providencia del 18 de mayo de 1970, por medio de la cual avocó el conocimiento de la investigación y comisionó al Juez 1º de Instrucción Militar para que adelantara las averiguaciones tendientes a establecer la realidad del hecho denunciado, no dictó propiamente un auto cabeza de proceso, por cuanto allí no se refirió a todos los extremos que tal acto procesal debe contener, sino que dispuso hacer averiguaciones sobre la existencia del hecho denunciado, sin que hubiera ordenado la apertura del proceso. Tan es así, que cuando el Juez Primero de Instrucción Penal Militar dictó auto inhibitorio el 25 de octubre de 1972 (fls. 60 y 61), el Tribunal Superior Militar revocó tal ordenamiento, por estimar que esa clase de determinaciones le corresponde proferirla al juez del conocimiento, y no a un simple comisionado como lo era el mencionado instructor. De donde se deduce la conclusión de que todavía no se ha dictado auto cabeza de proceso.

El artículo 417 del Código de Justicia Penal Militar se aplica a los procesos que estén en curso, vale decir, a aquéllos en que se ha proferido un auto cabeza de proceso y se han practicado pruebas suficientes para demostrar cualquiera de las hipótesis allí contempladas, tales como qué el hecho no ha existido, o qué el procesado no lo ha cometido, o qué la ley no lo considera como infracción penal, o qué la acción penal no podía iniciarse o proseguirse.

En el caso en estudio se tiene que no habiéndose proferido el auto cabeza de proceso, sino una providencia mediante la cual se ordenó hacer averiguaciones preliminares sobre la existencia del hecho denunciado, el instituto procesal contemplado por el artículo 417 antes mencionado no es de aplicación porque la cesación del proceso implica la existencia del mismo. La Sala ca-

recería de competencia para pronunciarse sobre la cesación de un proceso que no ha comenzado a existir, precisamente porque el juez del conocimiento, que lo es el Tribunal Superior Militar, no ha proferido auto cabeza de proceso. Por tal motivo, se revocará la providencia consultada para que el Tribunal Superior Militar determine si debe proferir un auto inhibitorio o uno cabeza de proceso.

En mérito de las consideraciones que se dejan hechas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

REVOCAR la providencia consultada mediante la cual el Tribunal Superior Militar declaró la cesación del procedimiento penal seguido contra Antonio José Avellaneda Pulido por un delito de peculado para que, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, adopte la decisión que considere legal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

ERROR DE HECHO

Debe ser tan claro y grave que vicie de manera fundamental las conclusiones de la sentencia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo cinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 11 de marzo 4 de 1976.

Vistos

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha 24 de abril de 1975 por medio de la cual confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, el 23 de agosto de 1974 en la que se condenó al sacerdote DIOGENES BORNACELLY GUZMAN a la pena principal de dos (2) años de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, otorgándosele, además, el beneficio de la condena condicional por un período de prueba de dos (2) años, todo ello como responsable por los delitos de RAPTO y CORRUPCION DE MENORES de que aparece como ofendida Nicolasa Comás Quintero, según conductas que tuvieron lugar en el mes de julio de 1972 en la mencionada ciudad, interpuso el procesado y le fue concedido, recurso extraordinario de casación, que, admitido por esta Sala, se tramitó conforme al rito que señala la ley, agotado el cual se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

A virtud de denuncia presentada por Víctor Comás Algarín padre de la menor mencionada, se inició el presente proceso, cuya etapa sumarial fue cerrada por auto de 20 de noviembre de 1973 proferido por el Juzgado Segundo Superior de Barranquilla al cual le correspondió conocer, por competencia, del asunto.

Ese mismo juzgado calificó el mérito del sumario por auto de 21 de diciembre del año mencionado por medio del cual se abrió causa criminal contra el presbítero Diógenes Bornacelly Guzmán por el delito de corrupción de menores en la persona de Nicolasa Comás Quintero.

De esta providencia apeló el apoderado del sindicado y el Tribunal, por la suya de 4 de mayo de 1974 la confirmó adicionando el llamamiento a juicio en el sentido de abrir también causa criminal por el delito de rapto, cometido en concurso material con el de corrupción de menores.

Adelantada la causa se pronunció, con fecha 23 de agosto de 1973, sentencia por medio de la cual se condenó al procesado a la pena de dos (2) años de prisión como responsable por los delitos mencionados, a las sanciones accesorias y a la indemnización de perjuicios, suspendiéndose la ejecución de las penas por un período de prueba de dos años.

El defensor del procesado apeló de la sentencia y el Tribunal, como ya se deja dicho, la confirmó en su totalidad, con el salvamento de voto de uno de los magistrados quien, desde cuando se confirmó el auto de proceder, había discrepado de los otros integrantes de la Sala en cuanto al llamamiento a juicio por el delito de rapto, diferencia que mantuvo también respecto a la condenación por considerar que el Tribunal

no tenía competencia para modificar, en contra del apelante de aquella providencia, su situación procesal, esto es, estimando que se había violado la prohibición del "no reformatio in pejus".

Los hechos que sirvieron de fundamento a esas providencias fueron resumidos en la forma que se reproduce a continuación; por encontrarla plenamente ajustada a las pruebas, por el "ad quem":

"1. La niña Nicolasa Quintero, nacida el día 1º de agosto de 1958, fue recibida interna en el Amparo Infantil del 'Asilo de San Antonio' de esta ciudad, al cuidado de la comunidad religiosa de las Hermanas de los pobres y mantenida allí bajo la estricta vigilancia de éstas por varios meses, durante los cuales la joven observó una conducta ejemplar y salió siempre acompañada de su señora madre cuando podía abandonar el asilo.

"2. En el asilo, sin embargo, había algunas habitaciones destinadas a servir de morada a sacerdotes que por una y otra razón tuvieran que permanecer en la ciudad transitoria o permanentemente, facilidad de que había hecho uso el sacerdote Diógenes Bornacelly Guzmán, instalándose allí de manera permanente, aunque por razones que no fueron precisadas procesalmente.

"3. El padre Bornacelly, pese a sus votos de castidad sacerdotales, no había podido vencer sus vigorosos impulsos amorosos y a poco de residir en el asilo ya se había prendado de una de las internas, la joven Blanca Modesta Vargas Niebles, cuya compañía frecuentaba, a quien obsequiaba apasionados versos y a quien, cuando se hallaba transitoriamente ausente del asilo, enviaba misivas y cartas en las que, además, no se cuidada de ocultar su injustificable intimidad.

"4. Excepto estas relaciones amorosas y alguno que otro requiebro del sacerdote hacia otra de las internas, sin mayores consecuencias, la actividad cotidiana discurría normalmente en el asilo distribuida entre los oficios religiosos, el estudio y el trabajo de las internas.

"5. Para las vacaciones de quince días que se iniciaron el 16 de julio de 1973, sin embargo, la madre de la interna Nicolasa Comás Quintero, contra lo que hasta entonces había acostumbrado, autorizó la salida de su hija, sola, durante las tardes de esos días.

"6. En uno de aquellos días el sacerdote Bornacelly llevó a la niña Nicolasa en un automóvil del servicio público a casa de una hermana de ésta situada en el barrio El Hipódromo, donde permaneció con ellas algún tiempo con quienes almorzó y de donde salió acompañando de nuevo a la menor.

"7. Para esa época, igualmente, la conducta hasta entonces intachable de la niña Nicolasa cambio de manera tan radical, (al extremo de desnudarse ante sus compañeras de dormitorio, abrazarse y acostarse con éstas, intentar herir a una de ellas y dar, en fin, muestras varias de evidente descomposición moral), que la Directora del Amparo se vio obligada a someterla al examen del médico del asilo, quien le formuló algunos tranquilizantes y ansiolíticos para calmarla, que en efecto la hicieron recuperar en parte su perdido equilibrio emocional.

"8. Como resultado de este tratamiento la joven comunicó a su madre y luego a la Directora del Amparo que durante sus vacaciones el sacerdote Bornacelly había estado saliendo con ella a cine y a discotecas y que la había conducido, además, a un lugar de citas amorosas del centro de la ciudad, al Hotel Brasilia, donde la había accedido carnalmente, desflorándola.

"9. El 26 de julio, en efecto diez días después, de sus autorizadas salidas vespertinas, la joven Nicolasa Comás fue nuevamente examinada por el médico del asilo, esta vez en sus órganos sexuales y en presencia de la Directora del Amparo Infantil, comprobando que para entonces presentaba la membrana himenal recientemente desgarrada.

"10. Para esa época, entre el 18 y el 26 de julio de 1973, la niña Nicolasa Comás Quintero era mayor de catorce años y menor de dieciséis años".

Demanda de casación

Dos cargos formula el demandante contra la sentencia recurrida, a saber:

Primer cargo

En el marco de la causal primera, aparte segundo, acusa la sentencia por considerar-

la violatoria del artículo 352 del Código Penal, con la reforma introducida por el Decreto 522 de 1971 "por indebida aplicación, proveniente de la apreciación errónea de las pruebas que hacen relación a la corrupción de la menor Nicolasa Comás Quintero con evidente error de hecho o que aparece manifiesto en los autos...".

Sustenta esta censura diciendo, en síntesis que la menor Comás Quintero estaba ya corrompida como, según el recurrente, se desprende de las declaraciones de las hermanas del Asilo Celsa María de San José, Ana María de San José y Hermelinda de San José, cuyas expresiones reproduce en lo pertinente, la primera de las cuales dice que dicha menor fue despachada por tres veces del establecimiento en mención por las declaraciones sexuales que hacía a sus compañeras a quienes les decía, de acuerdo con la testigo, que estar con un hombre era bueno, luego de lo cual las conducía a un baño a indicarles ciertas acciones sexuales. La segunda declarante afirma que la señora que llevó a la menor Nicolasa al Asilo le dijo que lo hacía porque su marido la estaba persiguiendo. Y la tercera exponente dice que la menor estuvo primero en el Orfanato y que la directora de éste la entregó al Asilo porque andaba mucho detrás de los hombres, especialmente de los choferes. Agrega que la madre de Nicolasa le manifestó que dos hermanos de ésta la perseguían mucho.

De lo dicho concluye el recurrente que el fallador de segunda instancia debió, con base en esas declaraciones, revocar la sentencia del a quo para absolver al procesado "al menos con aplicación del principio 'in dubio pro reo'".

Segundo cargo

También con base en el mismo aparte (el segundo) de la causal primera, el demandante ataca la sentencia por cuanto dice que se dejó de apreciar la declaración del Arzobispo de Barranquilla ante el cual la menor Nicolasa Comás aseveró que el padre Bornacelly no la había violado.

Concepto de la procuraduría

Solicita el Procurador Tercero Delegado Penal que se deseche el recurso por considerar no probados los cargos que se formulan contra la sentencia.

Se basa para ello en que el Tribunal, luego de un detenido análisis de las pruebas, llegó a la conclusión de que lo dicho por la menor sobre los hechos ofrecía mayores motivos de credibilidad que el del procesado estando además corroboradas la aseveración de aquélla con la prueba sobre desfloración de la ofendida, los testimonios respecto a la época en que tal cosa tuvo lugar, el indicio grave sobre la oportunidad para delinquir, la coincidencia del dicho de la ofendida con los resultados que arrojó la diligencia de inspección judicial al sitio en que los hechos ocurrieron y la determinación de la fecha en que sucedieron éstos, en cuanto vino a confirmar el dicho de la menor Comás Quintero, conjunto de pruebas que desvirtúa el dicho de las religiosas sobre la posible corrupción de la menor con anterioridad a los hechos.

Esto por lo que hace al primer cargo. Respecto al segundo considera el Ministerio Público que pese a la autoridad del Arzobispo de Barranquilla, su declaración sólo se refiere a lo dicho por la menor en su presencia, afirmaciones que considera la Procuraduría no tenían valor suficiente para dejar sin efecto las demás pruebas en que se basó el Tribunal para considerar demostrada la infracción.

Consideraciones de la Corte

Por tratarse de dos cargos formulados al amparo no sólo de la misma causal de casación sino de idéntico apartado de la misma, a saber del segundo inciso del numeral primero artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la Sala habrá de examinarlos conjuntamente ya que ambos tienden a demostrar que hubo en la sentencia error de hecho manifiesto, en un caso por indebida apreciación de pruebas y en el otro por falta de apreciación de uno de los elementos de convicción.

Ocurre, empero, que en ninguno de los dos casos demostró el recurrente la existencia del error de hecho manifiesto, es decir, tan claro y grave que hubiera viciado, de manera fundamental las conclusiones de la sentencia, habiéndose limitado a presentar su propia interpretación de las pruebas.

De la lectura de aquélla aparece, por el contrario, que el Tribunal examinó detenidamente y comparó con cuidado las probanzas para llegar a concluir, primero, que no estaba la menor Comás Quintero corrompida antes de ser accedida carnalmente por el procesado y, segundo, que la manifestación de aquélla ante el Arzobispo de Barranquilla no podía desvirtuar la fuerza de convicción de los elementos de prueba demostrativos de que el procesado ejecutó con ella el acceso carnal en las circunstancias y condiciones puntualizadas en la sentencia.

Las apreciaciones del demandante carecen de fuerza suficiente para desvirtuar las del Tribunal y de ahí porque hayan de considerarse no demostrados los cargos que hace a la sentencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

La Corte en Sala Penal ha sostenido que carece de competencia para decidir acerca del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra una sentencia de índole disciplinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 11, marzo 4/76.

Vistos

La doctora IRMA RESTREPO TAPIAS solicita de esta Corporación REVISION de la sentencia de 24 de octubre de 1975, proferida por una Sala Disciplinaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio de la cual se la sancionó, en su carácter de Juez Penal Municipal de Barbosa, "con multa equivalente a DIEZ (10) DIAS DE SUELDO que devengaba en el mes de mayo del presente año", en su calidad ya dicha.

Se considera

Esta Sala de la Corte ha sostenido que carece de competencia para decidir acerca de recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra sentencias de índole disciplinaria. En efecto, estudiando este caso, expuso:

"Antes de resolver sobre el contenido y validez de la demanda de revisión de que se viene hablando, conviene estar seguros de que la Sala tiene competencia para decidir ese recurso extraordinario en materia disciplinaria, o si carece de ella, pues en esta materia de sus aptitudes todo ha de ser preciso, tasado, taxativo, y no proceden actuaciones por analogía si no existe norma que se las atribuya.

"Prescribe el artículo 584 del Código de Procedimiento, que en materia penal hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, en los casos siguientes:

"

"5º Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan indicios graves de su inocencia o irresponsabilidad".

De la transcripción anterior se deduce con claridad que el recurso extraordinario de revisión procede exclusivamente en materia penal.

La Sala está en el conocimiento de que la doctrina alude con reiteración a un derecho penal disciplinario cuyas sanciones pueden concurrir ocasionalmente con las sanciones de carácter estrictamente penal, pero que por ostentar condición disciplinaria, afectan a la persona solamente en razón del ejercicio de su profesión, o al funcionario por causa del ejercicio de su empleo.

En materia penal el Código contiene normas que describen con precisión los llamados delitos de responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios y los profesionales en la práctica de sus respectivas actividades, con causa en ellas o con ocasión de las mismas: son los delitos contra la administración pública y contra la ad-

ministración de justicia, y otros de relieve específico, que eventualmente pueden infringir los particulares, cuando prestan su concurso al empleado, con pleno conocimiento de los hechos y de su investidura.

"Tanto en materia penal como en materia disciplinaria cuenta, con mayor o menor amplitud, el debido proceso. En las segundas en el grado y proporción exigidos por la naturaleza de estas causas jurisdiccionales que tienen que ver directamente con la preceptiva y modos de ejercer la profesión y cumplir con las funciones del empleo, con la diligencia requerida por los mismos, cuyo menoscabo les resta eficacia y los demerita. Pero estas faltas no están instituidas como delitos, ni la amonestación, la multa, la suspensión en el ejercicio profesional, o la suspensión o destitución del empleo —todas ellas susceptibles de concurrir con las penas señaladas para los delitos rebasan esencialmente el marco disciplinario— cuyos correctivos, como se ha visto, obedecen a fines sustancialmente distintos de los correctivos penales, y de cuya naturaleza difieren específicamente.

"Algunos cifran esta diferencia fundamental entre delitos y sanciones disciplinarias en la mayor exactitud empleada por el legislador para describir los elementos o caracteres compositivos de los primeros, a los cuales ha de estarse con idéntica fidelidad por los jueces del proceso, y en la mayor discrecionalidad de que gozan cuando juzgan conductas disciplinarias, o en la mayor o menor amplitud de los respectivos procedimientos. Y si bien todo ello concurre a diferenciarlos, delitos y faltas disciplinarias divierten su naturaleza. Los delitos lesionan fundamentalmente los sentimientos éticos del pueblo y los derechos entrañados en ellos, en que consisten la paz y la seguridad de la Nación que el derecho penal preserva con marcado interés. Las faltas disciplinarias, en cambio, infringen también y ciertamente calificados sentimientos implícitos en el recto ejercicio de la profesión y en el fiel desempeño de las funciones públicas, cuyas normas rectoras prescriben sanciones que afligen a la persona del profesional, en dicha condición, y al empleado en la suya, salvo el caso en que penas y sanciones disciplinarias concurren, evento en el cual uno y otro son afectados igualmente en sus personas y aun en sus patrimonios.

"Finalmente se advierte que los estatutos disciplinarios patrios no prescriben recursos extraordinarios, y específicamente no el de Revisión, contra las sentencias que se dictan por el Tribunal Disciplinario en esta clase de procesos" (Auto de 5-VI/75).

Significa lo anterior que el recurso extraordinario propuesto no tiene viabilidad, ya que la Corte carece de competencia para desarrollarlo. Esta, que debe venirle expresamente de la ley, no le ha sido otorgada. Sirva para corroborar lo anterior el que, por ejemplo, tratándose de sanciones que sean fruto de procesos de índole policiva, el Código Nacional sobre esta materia, lo consagra de manera expresa cuando se trata de sanciones condenatorias proferidas dentro de esta clase de negocios (Art. 327). Mas el Estatuto de la Carrera Judicial (Decreto 250 de 1970), no lo contempla en ninguna de sus disposiciones.

Es suficiente lo expuesto para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE INHIBA de conocer del recurso extraordinario de revisión del cual se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO POR PARTE DE UN JUEZ

Facultad del Juez de ordenar el pago de una nómina

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 11 del 4 de marzo de 1976.

Vistos

Por auto de noviembre seis del año pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín llamó a responder en juicio criminal al doctor Humberto Rodríguez Acevedo, como autor responsable de los delitos de falsedad en documentos públicos y estafa, por hechos ejecutados durante su desempeño como Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado judicial del sindicado, la que habrá de resolverse mediante esta decisión.

La investigación se inició por comunicación enviada al Tribunal por el Recaudador de Impuestos Nacionales de Yolombó, en la cual hacía saber al Presidente de la Corporación que el doctor Rodríguez Acevedo había hecho figurar como empleada, al servicio del juzgado a la señorita Luz María Barrera Aguilar con quien mantenía relaciones amorosas el funcionario, y que, por tener conocimiento el señor Recaudador de que la mencionada señorita, por estar concurriendo a clases en uno de los colegios de la localidad, no había prestado sus servicios como empleada del juzgado, rechazó la nómina y pidió al juez la modificara para que se hiciera constar la realidad de la situación por él denunciada.

Luego de diversos incidentes con el juez ocasionados por el reclamo que formulara el Recaudador, se giró a favor de la señorita Beatriz Elena Toro, un cheque para pagar los servicios prestados por ella como empleada del juzgado habiéndose comprobado más tarde, que el dinero lo había recibido en definitiva, la novia del juez, Luz María Barrera Aguilar.

En el auto recurrido, y luego de un examen a fondo del material probatorio aportado a la investigación, dice el Tribunal en cuanto a la comisión del delito de falsedad documental imputada al juez Rodríguez Acevedo:

"En este proceso se tiene establecido que el doctor Humberto Rodríguez Acevedo en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó, abusando de sus funciones certificó hechos mentirosos en tres cuentas de cobro o nóminas que presentó para el pago de los servicios prestados por empleados del juzgado del cual él era el titular, y referentes al mes de febrero de 1974, pues afirmó que la señorita Luz María Barrera Aguilar había prestado servicios por todo el mes de febrero de ese año, lo cual no era verdad; posteriormente, y en relación con esta misma empleada y en otra nómina, que había trabajado por quince días, siendo también esa afirmación un hecho mentiroso. Finalmente certificó que Beatriz Elena Toro Mesa había laborado en ese juzgado, y en ese mismo mes y año citado, durante veinte días, resultando igualmente falso ese hecho.

"Además de la falsedad contenida en las nóminas y de las cuales se hizo amplia re-

lación en esta providencia, el juez Humberto Rodríguez Acevedo cometió falsedad en el acta de posesión de la empleada Beatriz Elena Toro Mesa, como se indicó en el acápite relativo a los hechos y a la prueba".

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal afirma que el doctor Rodríguez Acevedo deberá responder, entre otros, por el delito de falsedad documental (Art. 231 numeral 4º C. P.), en la modalidad de continuado.

En otro aparte de la providencia, se analiza la conducta del juez frente a la lesión patrimonial inferida y al consiguiente beneficio ilícito logrado con la falsificación de los documentos a que se hizo referencia. Afirma el Tribunal en esta parte, que se consumó, así mismo, un delito de estafa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 498 del Código Penal.

Después de exponer la teoría sobre los presupuestos teóricos de la estafa, y de la cita de autores nacionales, concluye el razonamiento así:

"Pues bien: estos presupuestos de la estafa se encuentran cabalmente reunidos en este proceso y son predicables, con bondad acriminatoria en el sindicado Rodríguez Acevedo. En efecto, el Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó empleando como ardid o medio engañoso documentos públicos falsos (la nómina del mes de febrero de 1974, en relación con Beatriz Elena Toro Mesa, y, el Acta de posesión de esta empleada), indujo en error al Recaudador de Impuestos Nacionales de ese municipio obteniendo de éste la persuación para que expidiera el cheque Nº 073751 a favor de esa empleada por la suma de $ 1.059.20 (fl. 48), obteniéndose así un provecho ilícito (ya que no trabajó los veinte días que mentirosamente certificaba el juez), y causándose consecuencialmente un perjuicio económico al Estado".

En la parte resolutiva del auto apelado, como ya se anotó, se dispone que el ex-juez deberá responder por los delitos de falsedad en documentos en concurso con el de estafa.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal en concepto que antecede, expresa que en este proceso se está en presencia de la nulidad a que se refiere el inciso 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, o sea la que se relaciona con calificación del hecho atribuido al procesado, por cuanto en sentir del Agente del Ministerio Público, no se trataría de un delito de estafa, sino de un peculado, por lo que solicita a la Corte, "declarar la nulidad del auto de proceder, por errónea denominación jurídica de la infracción cometida, a fin de que por el Tribunal de origen se vuelva a calificar el mérito del sumario".

Se considera

La decisión recurrida, en cuanto hace a la fundamentación relativa a la comisión del delito de falsedad documental, no merece ningún reparo. Efectivamente, y tal como lo reconoce el Ministerio Público, la prueba aportada al proceso, deja claramente establecido que el ex-juez, Rodríguez Acevedo, como titular del juzgado y en ejercicio de la función propia de su cargo, faltó a la verdad en cuanto al contenido de los datos que por ley le correspondía expresar en la elaboración de la nómina en relación con el tiempo laborado por los empleados subalternos adscritos a su despacho, y esta falsa atestación fue hecha en documentos públicos, de acuerdo con las razones que se exponen en la decisión recurrida. La prueba de la materialidad del ilícito atribuido al ex-funcionario y la que se relaciona con su responsabilidad es suficiente para respaldar jurídicamente la providencia apelada.

En cuanto a la posible estructuración de un delito de estafa, asiste plena razón al Procurador, en cuanto a que en el caso de autos, se está en presencia de un delito de peculado, y no a un ilícito meramente patrimonial.

A las razones aducidas por el Procurador, habrá que agregar en pro de la tesis de la estructuración de un delito de peculado, que en el caso **sub examine** se está en presencia de actividad ilícita atribuida no a un sujeto particular, sino a un funcionario público que la realizó en ejercicio de una función pública, y que, por lo demás, con ella se ocasionó un daño patrimonial al tesoro público. Estas simples consideraciones bastarían para descartar la hipótesis de la comisión de un mero delito de estafa para ubicar jurídicamente la imputación bajo el título del peculado.

Pero, además, no es exacta la afirmación

del Tribunal, según la cual, mediante la utilización de la nómina, que contenía afirmaciones falsas, se logró la inducción en error del Recaudador de Impuestos Nacionales y el posterior acto de disposición patrimonial (giro del cheque con lo cual se habría consumado la estafa), al producirse por una parte, el enriquecimiento ilícito del beneficiario del cheque y el daño consiguiente al patrimonio oficial. Si se examina con alguna atención la estructura del delito de estafa, se verá cómo la disposición de la cosa o del bien patrimonial de este tipo delictivo, por parte del agente, se consigue solamente al final del cumplimiento de los actos propios de la figura delictiva; utilización de artificios y engaños, inducción en error y, finalmente, acto de disposición patrimonial que conlleva el perjuicio económico para la parte lesionada y el beneficio ilícito para el autor del hecho.

En cambio, en la estructura del delito de peculado, la situación es diversa.

Para que la persona adscrita al servicio público pueda realizar cumplida y normalmente las funciones propias de su cargo, debe tener una cierta y determinada competencia que se traduce en precisas facultades y poderes de naturaleza jurídica que le habilitan para ejercer a cabalidad y dentro del ámbito de su competencia las funciones propias del cargo. Es por ello que la ley en cuanto a los presupuestos teóricos para la configuración del delito de peculado, hace referencia a los poderes inherentes a la facultad, por parte del funcionario, de recaudar, pagar, administrar o guardar. Entonces, si el funcionario público es titular de un cierto poder de disponibilidad sobre los bienes que, por razón de sus funciones debe administrar, guardar, etc., la conducta ilícita que realiza en relación con tales bienes, sobre los cuales se tienen esos poderes, no puede ser conducta de engaño, por ejemplo, sino de indebida utilización de las facultades de ley.

Para el caso de los dineros destinados al pago de los sueldos de los empleados al servicio del Estado, la ley otorga facultad al jefe de la oficina respectiva, para que sea él quien ordene dicho pago mediante la elaboración de la nómina correspondiente en la que deben hacerse constar diversas circunstancias relativas principalmente al tiempo laborado por los empleados. De lo anterior se tiene, sin mayores dificultades de interpretación que existe un grado de disponibilidad sobre dichos dineros, por parte del funcionario a quien se ha otorgado la facultad de ordenador, y que, por consiguiente, cuando la orden de pago o de disposición de esos dineros se hace por una vía que los distrae o los desvía de la finalidad pública a que están destinados, para enderezarla hacia una finalidad privada, el funcionario que de esta manera obra, incurre en delito de peculado.

El hecho de que la orden de pago esté contenida, como en el caso de autos, en un documento falso, no hace variar el título del delito por cuanto que, de todos modos, el funcionario está ejecutando a través de la orden de pago, un acto de disposición sobre los dineros públicos, situación que encaja perfectamente en la hipótesis del peculado y no en la de estafa. Porque además, si el funcionario expide la orden en ejercicio de la función pública, no se ve como el ejercicio de esa función pueda considerarse como medio artificioso que haga surgir una hipótesis de estafa.

En cuanto a la petición del Procurador en el sentido de que debe decretarse una nulidad por errada calificación del hecho delictuoso, debe considerarse en primer término que, por virtud de la apelación interpuesta contra el auto de vocación a juicio, éste no se halla en firme, y que, además, en el trámite de la apelación el superior que lo es en este caso la Sala Penal de la Corte, adquiere plena competencia sobre el proceso para revisar la totalidad del mismo y tomar las medidas que considere necesarias, sin limitación alguna. Entonces, lo lógico es que se revoque la providencia apelada para que se dicte el auto de vocación a juicio por los hechos ilícitos a los cuales corresponda la verdadera calificación jurídica.

El mérito de las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador resuelve CONFIRMAR el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de seis, de noviembre de 1975 por el cual se llamó a responder en juicio criminal al doctor Humberto Rodríguez Acevedo,

pero MODIFICANDOLO en el sentido de que el llamamiento a juicio se hace por los delitos de falsedad en documentos y peculado, que define y sanciona el Código Penal en su Libro II, Capítulo III, Título VI, y en el Libro II, Título II, Capítulo I, respectivamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico se tiene, que en todas las situaciones en que se cometa un delito que haya infringido daño a otro, se está obligado a su indemnización, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar (Art. 2341 C. C.). — Perjudicialidad civil. Cuándo impide un pronunciamiento dentro del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo once de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 12 de marzo 8 de 1976.

Vistos

Dentro del proceso penal que se adelanta contra el doctor Mariano J. Garrido, ex-Juez Tercero Civil del Circuito de Cartagena, por el delito de prevaricato, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial dictó el catorce de julio del año pasado un auto mediante el cual resolvió abstenerse de pronunciamiento a la petición formulada por el apoderado del sindicado, en el sentido de que se diera aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que en el proceso sometido al estudio del Tribunal se presentaba una hipótesis de prejudicialidad civil, que hacia imperiosa la necesidad del fallo en un proceso ejecutivo por cuanto que, en opinión del Tribunal, tal fallo incidiría, en forma definitiva en la decisión que se tomara dentro del proceso penal, todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal. Contra esta decisión interpuso recurso de apelación el Fiscal Primero del Tribunal.

La investigación penal para el examen de la conducta del ex-Juez del Circuito de Cartagena se inició por noticia que con fundamento en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal diera el Procurador General de la Nación al Tribunal en escrito de 25 de febrero de 1975 en el cual expuso entre otros, los siguientes hechos:

1º El día 13 de julio del año de 1972 se produjo un accidente de tránsito por parte del ingeniero Domingo Sampayo al servicio de la firma "Polymer S. A." en el cual resultó muerto el joven José Antonio Pérez y herido su compañero Jorge Grau;

2º El Juzgado Segundo Superior de Cartagena por sentencia de 8 de marzo de 1974, condenó al ingeniero Sampayo a una pena privativa de la libertad y "en abstracto, a pagar los perjuicios civiles causados con los ilícitos... habida cuenta de que los mismos no fueron avaluados por no ser pedidos por el Ministerio Público o por la parte civil y, no haber bienes del encausado, embargados o secuestrados (Art. 503 del C. P. P.)" (fls. 37-38). Esta sentencia condenatoria fue confirmada en todas sus partes por providencia de 8 de julio del mismo año, del Tribunal Superior de Cartagena (fl. 40);

3º Dentro del proceso penal referenciado, los padres del joven José Antonio Pérez, se constituyeron en parte civil por medio de apoderado, y en la correspondiente demanda se estimaron por el apoderado, los perjuicios materiales en la suma de $ 200.000.00 y los morales en cuantía de $ 2.000.00 (fl. 31). Luego, el 11 de octubre de 1974 el mismo apoderado de la parte civil presentó, en nombre de los padres de

la víctima, José Antonio Pérez Muñoz y Teresita Fernández de Pérez, demanda ante el Juez Segundo Superior a efecto de que se tramitara "el incidente de liquidación de perjuicios que corresponde a la condenación in genere del condenado, Domingo Sampayo Covo, dentro del proceso que por el delito de 'Homicidio Culposo' se adelantó en su juzgado..." (fl. 65). En esta oportunidad el demandante, con base en las tablas estadísticas elaboradas por las Compañías de Seguros, y habida consideración a los ingresos mensuales de la víctima, tasó los perjuicios materiales en la cantidad de $ 5.485.000.00. El incidente recibió el impulso procesal propio, de acuerdo con lo establecido en los artículos 26 y 308 del Código de Procedimiento Penal y Procesal Civil, respectivamente;

4º Estando en trámite el incidente, referido, el 10 de diciembre de 1974 el abogado Antonio de la Vega, con poder de los padres del joven Pérez Fernández, víctima del accidente, "promovió proceso ejecutivo singular contra la Compañía Polymer S. A. por $ 5.485.000.00, intereses legales de esta suma desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia de condena pronunciada contra Domingo Sampayo, las costas del juicio y sus honorarios" (fl. 2). El demandante tasó la cuantía de los perjuicios, con fundamento en la facultad contemplada en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil (juramento estimatorio);

5º Como título de recaudo, adujo el actor, "...un título ejecutivo compuesto, integrado principalmente por los siguientes documentos..." copias de: las sentencias condenatorias; la declaración de indagatoria del acusado; certificado del Instituto de los Seguros Sociales relativo a la afiliación de Domingo Sampayo como empleado de Polymer S. A.; el certificado de la Dirección de Transportes y Tránsito de Bolívar respecto al vehículo con el cual se causó la muerte de José Antonio Pérez; y las partidas de origen civil y eclesiástico tendientes a demostrar la personería del demandante";

6º El mismo día en que se presentó la demanda, se realizó un reparto extraordinario, habiendo correspondido al Juzgado Primero Civil del Circuito a cargo del doctor Mariano J. Garrido García la demanda de proceso ejecutivo. El juzgado, encontró que la demanda se ajustaba a los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 24, 27 y 28 del Código de Procedimiento Penal y, por ello, la admitió y libró mandamiento ejecutivo contra la compañía, por la suma señalada en la demanda, y decretó el embargo de bienes hasta por valor de $ 8.227.500.00.

Expresa el Procurador General, que en estos hechos se evidencia "la total ausencia de respaldo jurídico en las pretensiones del demandante en el proceso ejecutivo y la clara contrariedad a la ley por parte del juez Mariano J. Garrido, al decretar el mandamiento ejecutivo en contra de la compañía Polymer S. A.". Todo lo anterior si se tiene en cuenta que el apoderado de la parte civil había promovido, desde el 11 de octubre, el incidente de liquidación de perjuicios ante el Juzgado Segundo Superior. De consiguiente, el abogado De la Vega, con pleno conocimiento de esa situación, ya "que acompañó copia auténtica de las sentencias condenatorias, promovió acción ejecutiva el 10 de diciembre de 1974...", demanda que el Procurador califica como de "absolutamente ilegal porque la condena en abstracto se pronunció contra el responsable del homicidio... y no contra la mencionada compañía que no intervino en el proceso penal. En tamaño desatino jurídico no incurre un abogado de larga trayectoria profesional si no tiene la seguridad de que el funcionario judicial lo acepte, como ocurrió en el presente caso". (fls. 7-8).

Considera, finalmente, el jefe del Ministerio Público, que con esta conducta el exjuez Garrido pudo incurrir en el delito de prevaricato y solicita se le investigue.

Abierta la investigación por el Tribunal, el apoderado del sindicado solicitó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal "porque el hecho que se le imputa no es constitutivo de infracción penal" (fl. 112).

Luego de una serie de incidentes resultado de los impedimentos manifestados por los magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, se llegó finalmente, al pronunciamiento del auto de 14 de julio al cual se hizo referencia al comienzo de este escrito.

El auto del Tribunal

Para la decisión objeto del recurso, el Tribunal parte de la premisa de la existencia de una cuestión prejudicial de naturaleza civil, que siguiendo los ordenamientos del artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, obligan a la suspensión del proceso penal, en consideración, además, a que si bien el segundo cuerpo de tal disposición se refiere a la oportunidad "de calificación del sumario", por el parentezco jurídico existente entre las causales previstas en el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal para proferir sobreseimientos definitivos, y las del artículo 163 del mismo estatuto, la suspensión del proceso penal bien puede ocurrir también cuando se presenta una solicitud de cesación de procedimiento.

Y que, como quiera que en el presente caso se trata de examinar "la conducta... desarrollada por el sindicado Mariano J. Garrido García, en su condición de Juez Tercero Civil del Circuito de Cartagena dentro del proceso ejecutivo... de cuya legalidad o ilegalidad todavía se desconoce por no haberse fallado definitivamente dicho proceso civil, y como del prevaricato que es el hecho acriminado... sería antitécnico, que el Estado se pronunciara ahora, extendiendo la competencia penal... el asunto civil de fondo, que sin lugar a dudas constituye o constituiría según el aserto de la parte final del inciso 1º del artículo 18 del Código de Procedimiento Penal, elemento constitutivo de la tipicidad conocida como prevaricato, porque tratándose en este evento de una imputación por acción, ella se refiere necesariamente al acontecer dinámico del esquema procesal del juicio ejecutivo en donde se acusa al susodicho sindicado".

Además, se afirma en la providencia recurrida, que "El Tribunal, cualquiera que sea el caso y antes de pronunciarse sobre la solicitud pendiente, debe aguardar a las resultas del proceso ejecutivo y considerar entonces no sólo el sentido del fallo que se dicte, sino también y sobre todo la parte racional o considerativa de la decisión de la justicia civil. Sólo así podrá esta Sala decidir fundadamente sin exponer a pernicioso enfrentamiento conceptual con la rama civil de la justicia, si están ausentes los elementos del delito que se imputa al procesado, o si por el contrario se configura algún ilícito por el cual deba procederse" (fl. 156).

Con base en lo anterior, se dispone en el mismo auto la suspensión de la actuación, "por el lapso de un año a partir de la oportunidad para declarar la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, o de la calificación del sumario".

Concepto del Ministerio Público

Dentro del trámite del recurso de apelación se oyó el concepto del Ministerio Público, y así, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un juicioso estudio sobre el proceso plantea a la Corte varias alternativas sobre la decisión que debe tomar, relativas, una, a que se niegue la solicitud de cesación de procedimiento en favor del procesado; a que se revoque la suspensión del proceso penal en consideración a que se estaría en presencia no de una cuestión prejudicial de carácter civil, sino penal con la consecuencia de que se deberá suspender el proceso ejecutivo que se adelanta contra la compañía "Polymer S. A.", y, finalmente, que si se confirma el auto recurrido, se disponga sobre la continuación del proceso penal tomando una fecha determinada para su reiniciación.

Sostiene el Procurador que la solicitud relativa a la cesación de procedimiento es prematura, y carece, además, de razones jurídicas, lo primero, "porque del término de instrucción apenas si han transcurrido 16 días y porque las pruebas ordenadas en el auto cabeza de proceso no se han realizado en su totalidad", demostración que se cumple a cabalidad con el examen de las constancias consignadas en el proceso. En cuanto a la ausencia de fundamentos jurídicos en la petición de aplicar el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el Procurador se queja de que el apoderado del sindicado no se hubiera ocupado de aspectos tan importantes como los relativos a la estructura jurídica de los documentos presentados dentro del proceso civil y que el ex-juez Garrido consideró como suficientes para iniciar el proceso ejecutivo, con medidas preventivas, contra la compañía al servicio de la cual trabajaba el autor del accidente. Examina luego, y con el mayor cuidado, los alcances de las normas proce-

sales relativas al tratamiento de las cuestiones prejudiciales dentro del proceso penal y al procedimiento que debe seguirse en los casos en que se haya producido una condenación de perjuicios, como consecuencia de la comisión de un delito para concluir, que en el presente caso, se está en presencia de una cuestión prejudicial de carácter penal y no civil, que obligaría a la suspensión del proceso ejecutivo iniciado contra la compañía.

Para sustentar la tesis sobre la existencia de una prejudicialidad penal y no de naturaleza civil en el asunto de autos, el Procurador examina los alcances de la norma contenida en los artículos 12 y 17 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 103 ibídem y el 143 de la Carta en cuanto a la obligación del Ministerio Público de dar noticia de la existencia de hechos delictuosos. Por consiguiente en el caso sub examine, dice, está demostrado suficientemente que cuando se formuló la denuncia por parte del Procurador General de la Nación, estaba en trámite el proceso civil ejecutivo ordenado por el ex-juez Garrido García contra la firma Polymer S. A., por lo mismo se da el presupuesto esencial a que se refiere el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto "que el fallo que ha de dictarse en el proceso penal 'influye' decisivamente en la controversia civil", ya que en el proceso penal se hará un examén a fondo sobre la naturaleza del "título ejecutivo" y los actos procesales subsiguientes para confrontarlos con la norma penal que describe y sanciona el prevaricato, de donde, de concluirse la necesaria e íntima relación entre uno y otro proceso.

Niega la existencia de una prejudicialidad de naturaleza civil, al tenor de lo dispuesto en el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal por la consideración de que "la cuestión penal no surgió en el proceso civil porque para el 11 de diciembre de 1974 —fecha del auto de mandamiento ejecutivo— todavía no existía juicio", por cuanto "que la relación jurídico-procesal se estableció en enero de 1975, cuando se notificó a los representantes de Polymer S. A. la demanda ejecutiva, nombraron apoderados y éstos iniciaron la defensa de los intereses de la empresa. Pero el delito denunciado se consumó el 11 de diciembre de 1974 cuando se libró orden de pago por el juez Garrido. Aparece indiscutible que la conducta asumida por el funcionario acusado en la providencia acabada de citar, es elemento constitutivo de la infracción que actualmente se investiga".

Todo lo anterior habilita al Procurador para sostener que en el caso sub examine se está en presencia de una cuestión prejudicial de naturaleza penal y no civil, con las consecuencias previstas en la norma que las regula (Art. 17 C. P. P.). De otra parte dice, debe tomarse en consideración que mediante el auto recurrido "no (se) suspendió la calificación del sumario sino la investigación, contrariando de esta manera el artículo 18 del Estatuto Procesal Penal".

Consideraciones de la Corte

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico se tiene, que en todas las situaciones en que se cometa un delito que haya inferido daño a otro, se está obligado a su indemnización, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar (Art. 2341 C. C.). Esta norma del Código Civil, en cuanto a la obligación relativa a la indemnización del daño causado con el delito, es correlativa o concordante en su contenido, con la del artículo 92 del Código Penal que manda que en toda sentencia condenatoria "por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado", y con la del artículo 9º del Código de Procedimiento Penal en cuanto a que "toda infracción de la ley penal origina acción penal, y puede originar también acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción".

Cómo se ejerce el derecho para el logro de la indemnización de los perjuicios causados por el delito? De acuerdo con la ley, o dentro del proceso penal, constituyéndose en parte civil (Art. 24 C. P. P.), o fuera de él, en los casos de injuria y calumnia (Art. 25 C. P. P.). Hay que considerar así mismo, la hipótesis prevista en el inciso 2º del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal, según la cual, puede ocurrir que el perjudicado no se conforme con el monto de los perjuicios tasados en la sentencia de

condena (Art. 32 C. P.) o que no se hubiera constituido parte civil dentro del proceso penal, caso en el que puede recurrir ante el juez civil para buscar una nueva regulación de esa indemnización, sin que desde luego, se pueda pedir también el cumplimiento de la sentencia penal en cuanto a los perjuicios.

Ahora bien, puede suceder que el juez penal al dictar la sentencia condenatoria imponga al condenado la obligación de pagar los perjuicios, con tasación in concreto, ya que su monto se reguló dentro del proceso penal, caso en el cual el titular del derecho acudirá ante el juez civil, con la sentencia de condena, para obtener su pago (Art. 27 del C. P. P.). Pero, puede suceder, que la condena al pago de perjuicios, por no haberse podido regular su monto, se haga en forma genérica y entonces, deberá adelantarse un incidente de liquidación ante el mismo juez que dictó la sentencia penal de primera instancia y de acuerdo con los lineamientos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, según las voces del artículo 26 del Estatuto Procedimental Penal.

Hay que tener en cuenta, también, que de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal cuando exista condena penal, no puede ponerse en duda en el proceso civil la existencia del hecho y la responsabilidad del condenado.

Como puede apreciarse fácilmente, el actual Estatuto Procesal Penal hizo en esta materia, una reglamentación muy completa y llenó muchos vacíos que se advertían en el estatuto del 38.

En el caso de autos, se tiene, que según sentencia del Juez Segundo Superior de Cartagena, se condenó al ingeniero Domingo Sampayo Covo, a la obligación de sufrir la pena privativa de la libertad de ocho meses de prisión como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales causados en accidente de tránsito, y el pago en abstracto, de los perjuicios causados con la infracción. La sentencia del a quo fue confirmada por el Tribunal Superior. El apoderado de la parte civil, con fundamento en la sentencia de condena, propuso incidente de liquidación de perjuicios ante el juez superior y de acuerdo con lo que se dijo, dispone para estos casos el Código de Procedimiento Penal (Art. 26).

De suerte que, por este aspecto debe considerarse que los padres de la víctima, José Antonio Pérez Muñoz y su señora, Teresita Fernández de Pérez, así como su apoderado, no ignoraban, en forma alguna, la existencia de las normas de procedimiento a través de las cuales podían ejercer legalmente su derecho para que les fuera reconocidos los perjuicios causados con el accidente.

Sin embargo, estando en trámite dicho incidente, los mismos titulares de la acción de perjuicios, o sea los esposos Pérez Fernández, otorgaron poder al abogado Antonio de la Vega para que promoviera proceso ejecutivo, no ya contra la persona directamente responsable, a quien se había condenado en el proceso penal, y quien había figurado como sindicado, sino contra la empresa a la que prestaba sus servicios como ingeniero el señor Sampayo. Pero, como no era legalmente posible presentar un título que reuniera los requisitos que exige la ley (Art. 488 C. P. C.), para demandar ejecutivamente la obligación que se alegaba, fue necesario que el demandante lo complementara con una serie de documentos a través de los cuales, lo único que se evidencia es la inexistencia de aquellas condiciones esenciales relativas a la claridad y a la exigibilidad del título de recaudo ejecutivo al igual que a la calidad de deudor del demandado, que cuando constan en una sentencia de condena, deben tener fuerza ejecutiva de acuerdo con la ley.

Al ex-Juez Civil del Circuito de Cartagena se le imputa, fundamentalmente, la conducta consistente en haber accedido a tramitar un proceso ejecutivo con prescindencia absoluta de las normas que se han examinado. El abogado De la Vega, al presentar como título de recaudo ejecutivo las copias de las dos sentencias condenatorias, la del Juzgado y la del Tribunal, estaba advirtiendo en forma expresa al juez civil, que el monto de los perjuicios civiles, cuya indemnización se reclamaba por este medio sui generis, no estaba liquidado, y con la constancia relativa al trámite del incidente de liquidación ante el juzgado superior, ratificaba la existencia del conducto legal a través del cual únicamente podía hacerse dicha liquidación.

Entonces, la conducta ilícita que se

imputa al ex-juez, es precisamente la de haber actuado en la forma como lo hizo, con desconocimiento de las normas que le impedían atender una solicitud para que se adelantara un proceso ejecutivo, cuando los ordenamientos legales, que él no consideró, se lo impedían.

El Tribunal, como se ha visto, plantea la hipótesis de una cuestión prejudicial civil que impediría un pronunciamiento dentro del proceso penal hasta tanto se haya decidido, por sentencia definitiva, la situación que se debate en el proceso civil.

El difícil tema que toca con las llamadas cuestiones prejudiciales, hace relación a la circunstancia de que algunos delitos presuponen para su existencia, y por tanto, la violación de una relación jurídica no penal, o la existencia y también la violación de una particular condición jurídica en que se encuentre el sujeto activo del delito. Una tal violación entra a formar parte como elemento constitutivo o esencial en la economía del delito, de suerte tal que no se configuraría el ilícito penal, si no se ha comprobado la violación de aquella particular situación jurídica en el sujeto activo. Fenómeno que se explica fácilmente, si se consideran las necesarias relaciones existentes entre las diversas ramas de derecho como ocurre con el derecho penal y el civil o administrativo, por ejemplo.

Para relievar el carácter peculiar de los elementos jurídicos indicados, la doctrina, ha llegado al realizar el análisis del delito, a la clasificación de una categoría de requisitos cuya denominación es la de presupuestos del delito, los cuales se consideran como elementos jurídicos, preexistentes al delito y que envuelven una relación jurídica de derecho extra-penal o una condición jurídica del sujeto activo del ilícito. Y, por cuanto que el sindicado puede objetar la existencia o la validez de tales elementos jurídicos, surgen en el proceso cuestiones jurídicas, que pueden ser de derecho privado o de derecho público cuya resolución influye esencialmente en el proceso penal y por tanto constituyen el presupuesto lógico-jurídico de la decisión penal. La prejudicialidad implica pues, una relación sustancial entre materias jurídicamente homogéneas o heterogéneas, o si se quiere una relación de dependencia lógico-jurídica entre la cuestión prejudicial y la res iudicanda. Puede decirse así mismo, que a la prejudicialidad corresponde una precedencia lógica, jurídica y cronológica respecto al fallo final, y sólo se presentará cuando de la resolución de la cuestión prejudicial depende la existencia del delito.

En la mayor parte de los delitos que tienen como factor preponderante una relación familiar, por ejemplo, se presenta el fenómeno de los llamados presupuestos del hecho delictivo, antes que verdaderos elementos constitutivos del reato. Tales presupuestos se refieren fundamentalmente o al sujeto o al objeto del delito. Así, el matrimonio precedente en el delito de bigamia (Art. 358 C. P.); las relaciones de parentesco o de afinidad en el delito de incesto (Art. 357 C. P.); las mismas relaciones de parentesco en los delitos contra la asistencia familiar (Ley 75 de 1968); etc.

En el caso presente, como se anotó, la existencia o inexistencia del hecho ilícito atribuido al ex-juez del circuito que en uno u otro evento daría base para proseguir la investigación, o para clausurarla mediante la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal como lo ha solicitado el apoderado del sindicado, emerge directamente de la primitiva conducta asumida por el acusado, y no antes, ni después de este acto, por cuanto la conducta que se ha calificado de ilícita, coincide necesariamente con el modo como el ex-funcionario dio trámite a un proceso ejecutivo, con prescindencia de las normas legales de obligatorio cumplimiento, según los términos de la denuncia.

De modo que, no se da en el caso sub judice la situación de prejudicialidad civil de que habla el Tribunal por cuanto resulta extravagante sostener que la existencia o inexistencia del prevaricato dependa de que se lleve a término o no, un proceso ejecutivo contra quien no se podía intentar por no ser sujeto de la relación que originó la sanción de perjuicios, con un título que no se acomoda a las exigencias de la ley civil, etc., razón por la cual se dijo por el Procurador General de la Nación que debía investigarse penalmente esa conducta. Y si el Tribunal halló mérito para abrir investigación penal por el delito de prevaricato, sobre cuáles presupuestos, si no sobre és-

tos que se han relacionado montó su decisión?

En cuanto a que se trataría de una modalidad de prevaricato a través de una conducta activa, como lo sostiene el Tribunal para afirmar por ese camino la existencia de la cuestión prejudicial que obligaría a esperar los resultados del proceso ejecutivo civil, de aceptar dicha tesis, se estaría creando una especie de condición de ilicitud del hecho, por cuanto se hace depender tal ilicitud de un hecho futuro e incierto, que como es apenas lógico, se extraña al delito de prevaricato que es el que se investiga en este proceso, por decisión del Tribunal.

El artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, sustitutivo del 168 del Código Penal, define el delito de prevaricato, como la actividad comisiva u omisiva del funcionario público que "a sabiendas profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley", o que, "omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones", para reprimir dicha actividad dolosa con sanción de prisión hasta por cinco años en la hipótesis en que no se dé la circunstancia de agravación.

Al ex-juez Garrido García, se le imputa la conducta delictuosa consistente en haber realizado una actividad de prevaricato en la modalidad de comisiva, según reza la primera parte de la disposición referida. En el proceso se demostró plenamente tanto la calidad de funcionario público como el ejercicio de la función durante la ejecución de los hechos delictuosos atribuidos.

Se demostró así mismo, con las constancias relativas a la existencia y posterior tramitación del proceso ejecutivo ordenado en contra de la sociedad Polymer S. A., que dicho proceso se inició por orden clara, expresa y terminante emanada del Despacho del ex-juez Garrido García, en ejercicio de su actividad pública.

En su indagatoria (fls. 73 ss) el ex-funcionario sindicado hizo una exposición con cita de tratadistas de todas las épocas y de jurisprudencias de la Corte Suprema para demostrar que su conducta se ajustó plenamente a las exigencias legales, y que, por lo mismo, no se le puede imputar ninguna actividad ilícita. El Magistrado Instructor lo interrogó sobre diversos aspectos relativos a los alcances de las normas invocadas como sustento de sus decisiones, y el indagado, se repite, sostuvo la legalidad de sus disposiciones con argumentos jurisprudenciales y doctrinarios que en forma alguna, con las simples interpretaciones, que la contradicción que se evidencia entre el derecho conocido por el ex-funcionario y el declarado por él, no se elimina, en forma alguna justifican su actuación por cuanto muy personales, relativas a los alcances de las normas que arbitrariamente aplicó al disponer proceso ejecutivo contra la mencionada compañía.

El prevaricato es delito que se comete también cuando el funcionario público al aplicar la ley que él debe conocer, lo hace mediante interpretaciones acomodaticias que evidencian, más que ignorancia, mala fe en la actividad judicial.

Como quiera que en el auto materia del recurso de apelación el Tribunal dispuso la suspensión del proceso hasta por un año, con fundamento, como se anotó, en la existencia de una prejudicialidad de naturaleza civil, que no existe, habrá de revocarse dicha determinación y disponer en su lugar que prosiga el proceso para que se tomen las medidas procedentes, de acuerdo con las pruebas aportadas y la calificación legal del hecho atribuido a la conducta del sindicado.

De acuerdo con lo dicho, el delito que se imputa a la actividad del ex-juez Mariano de J. Garrido García es el de prevaricato sancionado en el Código Penal con pena de prisión, y por cuanto en su contra militan suficientes elementos probatorios que lo exhiben como autor responsable de tal ilicitud, se cumplen de este modo, a cabalidad, las exigencias del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal para dictar en su contra auto de detención, y así se procederá por la Corte.

De este delito trata el Código Penal en su Libro 2º, Título 3º Capítulo V, bajo la denominación genérica de "Delitos contra la administración pública" y como ya se dijo, está sancionado con pena de prisión.

Como en el proceso ejecutivo que dio origen a la investigación penal, se ha comprobado la intervención de apoderados en forma que bien ha podido quebrantar las normas del Decreto 196 de 1971 e incluso

tener incidencia determinante en la conducta dolosa que se advierte en el juez, la Corte promoverá para ante el Tribunal Superior de Cartagena la correspondiente acción de orden disciplinario, tal como lo dispone el artículo 70 del mencionado estatuto.

De otra parte, se hace imperioso solicitar al señor Procurador General de la Nación, inicie las acciones que considere necesarias respecto a los funcionarios —Magistrados de la Sala Penal— del Tribunal Superior de Cartagena, bajo cuya responsabilidad estuvo la tramitación de este proceso, por aparecer su conducta indicativa, cuando menos, de lenidad en la represión del delito que se investiga.

Como de acuerdo con oficio enviado por la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia este proceso fue radicado en el Distrito Judicial de Tunja, se dispondrá el envío del proceso al Tribunal Superior de dicha ciudad.

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

Resuelve:

1º) REVOCASE el auto materia de la alzada, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en cuanto dispuso la suspensión del proceso penal, y, en su lugar, ORDENASE proseguir la presente investigación penal iniciada por dicha corporación contra el doctor Mariano de J. Garrido como Juez 3º Civil del Circuito de Cartagena, tal como fue dispuesta en el respectivo auto cabeza de proceso.

2º) DECRETASE, en la cárcel del Distrito Judicial de Tunja, a donde fue cambiada la radicación de este proceso, LA DETENCION PREVENTIVA del sindicado, doctor MARIANO DE J. GARRIDO GARCIA, quien figura en autos como de 35 años de edad por la época de los hechos, natural de SINCE (SUCRE), vecino de Cartagena donde reside en la calle primera del barrio de La Concepción, número 31-65, hijo de Víctor Manuel Garrido Oliver y Carmela García de Garrido, de profesión Abogado y poseedor de la c.c. Nº 3.987.750, expedida en Sincé, como presunto agente responsable del delito de prevaricato de que da cuenta este proceso, cometido cuando ejercía las funciones de Juez 3º Civil del Circuito de Cartagena.

3º) Por ignorarlos en concreto, DECRETASE en abstracto el EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVOS de los bienes muebles e inmuebles que sean de propiedad del sindicado Mariano J. Garrido en cuantía que garantice el pago de los perjuicios, morales y materiales, causados con la infracción y hasta tanto la parte civil o el Ministerio Público los denunciaren en concreto.

4º) Por intermedio del F-2 de la Policía Nacional, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y la Jefatura de la Policía Judicial, solicítese la captura del sindicado Mariano de J. Garrido. Líbrense los oficios correspondientes, principalmente a estas mismas autoridades de la ciudad de Cartagena.

5º) COMPULSE la Secretaría copia de la pertinente de este proceso y remítala, debidamente autenticada, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, para que, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva, proceda a investigar las posibles faltas contra la ética profesional en que hayan incurrido los doctores ANTONIO DE LA VEGA y ALBERTO MARTINEZ MORALES, quienes actuaron como apoderados —principal y sustituto— respectivamente de la parte demandante dentro del proceso de ejecución de José Antonio Muñoz y Teresita Fernández de Pérez contra la Compañía Industrial y Comercial de Polymer S. A. que fuera radicado en el Juzgado 3º Civil del Circuito de dicha ciudad.

6º) SOLICITESE al señor Procurador General de la Nación investigar la conducta de los Magistrados del Tribunal de Cartagena que actuaron en el presente proceso hasta tanto se produjo el cambio de radicación, en orden a establecer la responsabilidad que les sea atribuible por los hechos a que se refiere la parte motiva de esta providencia. Para tal efecto, ORDENASE compulsar copia de lo conducente de este proceso y remitirla con oficio a dicho funcionario, para lo de su cargo.

7º) SOLICITESE, así mismo, al señor Procurador General de la Nación, una per-

manente y especial vigilancia, hasta su finalización, tanto de este proceso penal, radicado en el Distrito Judicial de Tunja, como del proceso de ejecución que cursa en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena a que se refiere el numeral 5º de esta providencia y del que a virtud de lo dispuesto anteriormente, se inicie por violación a las normas del Decreto 196 de 1971 contra los mencionados apoderados en el Tribunal Superior de Cartagena.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ERROR RELATIVO AL LUGAR EN QUE SE COMETIO LA INFRACCION

Oídas las voces de la Rectora de la Lengua Española, al decir lugar es lo mismo que paraje, ciudad, villa o aldea.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo once (11) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 13.

Vistos

Mediante fallo de 20 de junio de 1975 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, confirmando el del Juzgado Tercero Superior del nombrado Distrito de 5 de marzo del mismo año, condenó a Nicasio Olaya Penagos a la pena principal de dieciocho años de presidio, además de las accesorias correspondientes, "como autor responsable de los delitos de homicidio simplemente voluntario y homicidio imperfecto en el grado de frustrado agravado perpetrado en las personas de JOSE DEL CARMEN MORENO MORENO y EDGAR RIVEROS RODRIGUEZ, respectivamente", fallo contra el cual interpuso el procesado el recurso extraordinario de casación.

Agotado en la Corte el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Los hechos

Los narra, en la sentencia, el juzgador de primera instancia en los siguientes términos:

"El 21 de febrero de 1974 caminaban por predios de propiedad de JULIO MENDOZA, finca 'Cumucos', hacia la hacienda que poseía la señora ROSA ELENA VEGA, el encargado de esta fundación, JOSE DEL CARMEN MORENO MORENO y el niño EDGAR RIVEROS RODRIGUEZ, cuando, de improviso, al salir de una cañada por donde estaban pasando, éste oyó un disparo y vio que caía su compañero JOSE DEL CARMEN MORENO. Pretendió voltear la bestia en que iba caballero, empero no pudo y hubo de bajarse de ella para correr cuando tras él salió NICASIO OLAYA PENAGOS peinilla en mano: lo atacó con ella causándole siete (7) heridas en la cabeza, cuello, cara, hombro y dedos y pensando que le había dado muerte se alejó de allí. El menor apenas se hubo retirado su agresor, se incorporó, fuese a la casa donde a señas indicó lo acontecido, descansó allí hasta la mañana siguiente en que se levantó y emprendió viaje hacia la carretera más cercana, desangrándose y agotado, donde fue recogido por el Alcalde y Policía de San Carlos de Guaroa y enviado al hospital de Acacías y de allí al de Villavicencio donde se le salvó la vida".

Actuación procesal

Perfeccionada la investigación y decretada su clausura, se calificó el mérito del sumario en providencia de 5 de julio de 1974, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"PRIMERO. ABRIR CAUSA CRIMINAL, por la vía ordinaria en que interviene el Jurado de Conciencia, contra NICASIO OLAYA PENAGOS, hijo de Tomás Olaya y Saturnina Penagos, natural de San Antonio Fortalecillas (Huila), casado, agricultor, alfabeto, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.275.085 de Calarcá, por el delito de homicidio en la persona

de JOSE DEL CARMEN MORENO MORENO, mediante heridas ocasionadas con arma de fuego de carga múltiple (escopeta) que le causaron la muerte, según hechos consumados en la finca denominada 'Cumucos', vereda de Arenales, jurisdicción de Castilla La Nueva, (Meta), comprensión de este distrito Judicial a eso de las cuatro y media de la tarde del jueves veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

"SEGUNDO. ABRIR CAUSA CRIMINAL, por la vía ordinaria en que interviene el Jurado de Conciencia, contra NICASIO OLAYA PENAGOS, de las condiciones personales y civiles anotadas, por el delito de homicidio en la modalidad de frustrado, perpetrado en el menor EDGAR RIVEROS RODRIGUEZ, al agotar todos los actos necesarios para producirle la muerte, mediante heridas ocasionadas con arma de corte y peso (peinilla), sin que hubiera fallecido, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, según hechos verificados en la tarde del jueves veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y cuatro, a eso de las cuatro y media de la tarde en la finca denominada 'Cumucos', fracción de Arenales, jurisdicción del municipio de Castilla La Nueva (Meta), comprensión de este Distrito Judicial, en las circunstancias de modo de que trata la parte motiva de esta providencia...".

Ejecutoriado el auto de vocación a juicio, con la plenitud de las formalidades se rituó la causa, que culminó con las sentencias de instancia aludidas, dictadas con base en los veredictos de responsabilidad emitidos por mayoría por el tribunal popular.

La demanda de casación

Tras deficiente presentación de los hechos y el relato de la actuación procesal, la demanda invoca, como causal única de casación, la que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en su ordinal 4º, a cuyo amparo se formula al fallo recurrido el siguiente cargo:

"El expediente registra documentos de indiscutible mérito probatorio para fundar o fundamentar cómo los hechos de sangre objeto del presente juicio criminal no ocurrieron en el área ni jurisdicción advertida, y así, al desestimarse la verdad real, quiso incriminarse de no defensa justa la tipificación de los hechos proporcionados por el procesado al conservar la posesión de los ganados".

En la demanda se transcriben luego apartes de piezas procesales, así como algunos pasos de ciertos doctrinantes, para dar remate con el siguiente razonamiento:

"... esto establecido para reafirmar este cargo contra la sentencia condenatoria proferida por el Honorable Tribunal Superior de Villavicencio en contra del procesado recurrente, preciso la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con lo establecido por el artículo 26 de la Carta Fundamental. Estando sancionado tal error en cuanto al lugar en que se cometió el delito con nulidad absoluta del juicio criminal adelantado, porque vicia la relación procesal que sirviera al sentenciador para condenar".

El quid del cargo estriba, según el demandante, en que los hechos narrados en los autos no ocurrieron en la finca "Cumucos", de propiedad de Julio Mendoza, sino en un punto de la laguna llamada "Gramales", "más bien hacia la orilla del río Humadea".

Concepto del Ministerio Público

Representado en esta oportunidad por la Procuraduría Primera Delegada, opina que el recurso debe desecharse por las razones que se aprovecharán en lo sustancial de ellas, en la resolución del recurso.

La Corte considera

El actor aduce que los homicidios perfecto e imperfecto por los que fue condenado Nicasio Olaya Penagos, no tuvieron como escenario "ni el área ni jurisdicción advertidas", de lo cual "el expediente registra documentos de indiscutible mérito probatorio", sin que los presente y analice en la demanda. Como observa el Procurador, en el auto de enjuiciamiento se identificó el lugar de los acontecimientos delictuosos, los cuales se sucedieron, conforme a tal pieza, en la finca denominada "Cumucos", vereda de Arenales, jurisdicción de Castilla La Nueva. En el fallo de primera instancia se identifica el lugar de los hechos de ma-

nera igual a la del enjuiciamiento, y lo propio acaece en los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado de conciencia, con la advertencia de que dicho lugar o paraje fue indicado sin dubitación ni hesitación alguna por los peritos que intervinieron en el levantamiento del cadáver, "quienes son los primeros que identifican, por ser conocedores de la región, en forma completa, el lugar donde es encontrado el cadáver de José del Carmen Moreno Moreno".

"El que la finca en donde murió Moreno —expresa con acierto el Agente del Ministerio Público— no lleve el nombre de que se habla en las diligencias procesales, o que haya confusión con referencia a él, no tiene trascendencia jurídica alguna que se haya traducido en el fallo condenatorio, es decir, incidencia tal que haya cambiado totalmente la suerte del procesado o violado su derecho de defensa. Además, oídas las voces de la Rectora de la Lengua Española, al decirse lugar es lo mismo que paraje, ciudad, villa o aldea, se desquicia en su totalidad el cargo, puesto que ni el mismo demandante niega la vereda o paraje en donde estaba ubicada la finca en que se encontró el cadáver de Moreno, ni menos la jurisdicción del municipio de Castilla La Nueva que comprende el lugar de los hechos homicidas".

En verdad, la tacha que hace el demandante no es suficiente para invalidar la actuación, pues el pretenso error tocante al lugar en que el delito se consumó resultaría accidental frente al hecho cierto de haberse citado "la vereda de Arenales, jurisdicción de Castilla La Nueva" ("sobre el camino real que de San Carlos de Guaroa, parte oriental, conduce a San Martín"), donde realmente se cometió. Esto tendría relevancia si se hubieran presentado dudas, no respecto al nombre, sino con relación al paraje o sitio mismo y si éste o su identificación desempeñarán algún papel sustancial en el caso.

Confusamente plantea también el actor que hubo errónea apreciación de los hechos "porque (sic) corrió el Tribunal en cuanto a la imputación contra el mismo procesado", "desestimando la verdad real" e incriminando "de no defensa justa la tipificación de los hechos proporcionados por el procesado al conservar la posesión de los ganados".

Con lo cual parece aducir que hubo violación indirecta de la Ley sustancial por errónea apreciación de la prueba. Mas esta causal no es la prevista en el ordinal cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sino en el primero *ibidem*, inciso segundo, que fue el que debió invocar el demandante.

Por otra parte, la Corte ha expresado en su doctrina más reiterada que en los juicios en que el jurado interviene no procede proponer en casación un replanteamiento valorativo de la prueba referente a los elementos constitutivos del delito, o a los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, para fundar en tal examen, a través de errores fácticos o de derecho, una violación indirecta de la Ley sustancial, doctrina que se asienta sobre la autonomía del tribunal popular para apreciar los elementos probatorios conforme a su íntima convicción, y en la irrefragable razón de que un análisis de tal índole no tendría objeto distinto del de demostrar la contraevidencia de los hechos frente al veredicto, hipótesis que no ha sido consagrada como causal de casación, por tratarse de un tema cuyo estudio compete, por modo exclusivo, a las instancias.

En consecuencia, debe rechazarse la impugnación y aplicarse el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desestimando el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

El dictamen de los peritos deberá ser puesto en el conocimiento de las partes que intervienen en el proceso a efecto de que hágan valer sus derechos, especialmente los del procesado, y no solamente los que puedan surgir de la facultad de objeción por error grave, fuerza, dolo, cohecho, como lo expresa el artículo 487 del Código de Justicia Penal Militar, sino para que en relación con esa prueba se pueda solicitar ampliación, aclaración, etc., tal como lo dispone el artículo 486 ibídem.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 14 de marzo 18/76.

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto por el procesado ALVARO BEDOYA GUZMAN, contra la sentencia de once de abril de mil novecientos setenta y cinco, mediante la cual el Tribunal Superior Militar, al confirmar la de primera instancia, le impuso una pena de nueve años de presidio, más las accesorias correspondientes, por hallarlo responsable del delito de homicidio consumado en la persona del estudiante Luis Guillermo Valencia Ramírez.

Antecedentes

Esta Sala de la Corte mediante sentencia de diecinueve de octubre de mil novecientos setenta y dos dictada dentro de este mismo proceso, invalidó el fallo acusado del Tribunal Superior Militar y declaró nula la actuación por considerar que en el trámite del proceso se había lesionado el derecho de defensa del procesado, por quebrantamiento de normas procedimentales de obligatorio cumplimiento (fls. 47 ss).

En esa providencia, la Corte relacionó los hechos objeto de la investigación y la actuación procesal en los siguientes términos con cuyo resumen se tiene, que, "hacia las 7 y 30 de la mañana del 15 de diciembre de 1969 el Agente de la Policía Nacional, Alvaro Bedoya Guzmán prestaba servicio de vigilancia frente a la Registraduría del Estado Civil, en la ciudad de Cali, cuando apareció en bicicleta y transitando en contra-vía por la carrera 10ª... el estudiante Luis Guillermo Valencia Ramírez. Hízole detener la marcha por la infracción de tránsito el Agente Bedoya, quien a tiempo que lo amonestaba con palabras desobligantes, pretendió desinflarle las llantas. Como el muchacho se opusiera, recibió varios golpes a manos de Bedoya. Y al levantar Valencia Ramírez los brazos para protegerse, el Agente le hizo dos disparos de revólver, causándole la muerte".

Las diligencias investigativas las adelantó el Juzgado Quince Penal Municipal de Cali y luego envió el proceso al Departamento de Policía "Valle", en donde el Juez de Primera Instancia calificó el mérito del informativo mediante providencia en la que se dispuso abrir causa criminal contra el sindicado "para que por los trámites de un Consejo de Guerra Ordinario, se le juzgue por el delito de homicidio, agotado en

la persona del menor Luis Guillermo Valencia Ramírez". Celebrada la audiencia, los vocales emitieron veredicto de condena y con fundamento en él, se profirió la primera sentencia de 25 de agosto de 1970, la cual fue confirmada plenamente por el Tribunal Superior Militar.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en apoyo de la cual el demandante afirmó la existencia de graves irregularidades en el procedimiento con quebranto evidente de los derechos del procesado. Los argumentos centrales de su argumentación se relatan en el fallo de la Corte así: "En efecto —arguye el demandante— en la segunda instancia del proceso ni el reo ni su apoderado recibieron notificación personal del auto de 9 de noviembre de 1970... por medio del cual se dispuso que permaneciera el informativo en la Secretaría por el término de ejecutoria del referido auto, con el fin de que las partes pidiesen las pruebas que estimasen conducentes. También se pretermitió la notificación personal respecto a la providencia de 23 de noviembre del año citado, en que se ordenó fijar el asunto por el término legal para que las partes alegaran de conclusión" (fl. 49).

Por auto de 30 de noviembre de 1972 el Tribunal Superior Militar, en obedecimiento a lo ordenado por la Corte, repuso la actuación procesal de la segunda instancia, y allí el apoderado del sindicado elevó solicitud ante el Tribunal Superior Militar para que el procesado fuera enviado a examen de los médicos legistas de la ciudad de Cali con el fin de que "amplíen el concepto que ellos dieron para que digan cómo es cierto que el procesado, señor BEDOYA GUZMAN es ni más ni menos que un oligofrénico, con una capacidad mental, por ello mismo, no superior a la de un niño de siete años, incapaz desde luego de discernir y mucho menos ante la situación tan grave y comprometedora como la que se le presentó en el momento de los hechos" (fl. 66). Expresó el señor apoderado que su solicitud era procedente ya que ella implicaba una situación muy delicada sobre la cual debería demandarse a los vocales del Concejo de Guerra.

El Tribunal, por auto de 16 de febrero de 1973 ordenó la práctica de la prueba pedida y dispuso que se remitiera "el proceso a los señores médicos forenses de Cali para que amplíen el concepto emitido por ellos" conjuntamente con el procesado Bedoya Guzmán (fl. 77). Producido el dictamen de los forenses, se oyó el concepto del fiscal del Tribunal y se dictó la sentencia condenatoria que es objeto de censura.

Demanda y respuesta del Procurador

Se acusa la sentencia con fundamento en la causal cuarta y primera de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal así:

Causal cuarta

La sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad por cuanto no se observaron las formas propias del juicio, con lo cual se quebrantó el artículo 26 de la Carta.

En desarrollo de esta premisa el actor enumera los siguientes motivos de nulidad:

Primero. El dictamen de los legistas que examinaron al procesado Bedoya Guzmán (fl. 78) "no se puso en conocimiento de las partes... siendo así que lo más importante en la causa... era resolver bien y fielmente el problema de la sanidad mental del procesado en el momento del disparo fatal... por ello, hubo violación del artículo 26 de la Carta, al pretermitirse las formas propias del juicio y del artículo 486 del Código de Justicia Penal Militar", lo cual implica "una violación del derecho de defensa... si se tiene en cuenta que tanto el defensor como el procesado necesitaban urgentemente conocer el texto de la experticia para solicitar aclaración o ampliación u objeción o cualquiera otro de los aspectos que contempla la ley" cosa que no se logró, precisamente por la forma irregular como se tramitó el referido concepto médico.

Segundo. Dice el demandante, que tampoco "se inquirió a los vocales sobre el estado de grave anomalía psíquica con que obró el procesado en la mañana de los hechos", situación que se evidencia con la sola lectura de algunos de los apartes de la sentencia recurrida en los cuales se rechaza el dictamen médico por considerar que de

él no se desprende la afirmación del estado de grave anomalía psíquica obligatorio en los cuestionarios, por mandato del artículo 560 del Código de Justicia Penal Militar.

Concluye el actor solicitando a la Corte que en armonía con lo dispuesto en el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, se señale el estado en que debe quedar el proceso "y disponer el envío al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte.

Causal primera

Se formula el cargo al amparo del cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, según el demandante, el Tribunal erró en la apreciación del dictamen de los legistas, lo cual significó en la práctica, la aplicación de una sanción más grave de la que realmente correspondía si se hubiera tomado en cuenta el dictamen.

El Procurador Delegado para la Policía Nacional en concepto rendido dentro de este proceso, expresa, en relación con la primera de las causales invocadas que, evidentemente, si el Código de Justicia Penal Militar autoriza en la segunda instancia la práctica de pruebas, "es porque están llamadas a producir los efectos atinentes a su conducencia. En el caso del dictamen dado por los médicos legistas, es evidente que el Tribunal Superior Militar al disponer tal prueba entendió que era conducente, indispensable, para establecer las circunstancias en las que el procesado Bedoya Guzmán cometió el hecho por el cual fue juzgado. Así, pues, esa prueba por disposición de la ley está llamada a producir efectos legales dentro del proceso y, por ello mismo, su incorporación al expediente debió producirse con las formalidades propias consagradas al efecto".

Que, como ha quedado demostrado, la asunción de la prueba pericial se realizó en forma irregular, en cuanto fue ignorada por el apoderado del sindicado, con violación del mandato contenido en el artículo 488 del Código de Justicia Penal Militar, considera que en la hipótesis planteada "existe la nulidad invocada por el recurrente..." y así lo solicita a la Corte lo declare, aplicando al efecto, lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 583 del Estatuto Procesal Penal, y que, finalmente, por cuanto entiende que ha prosperado esta causal, el Ministerio Público se siente relevado de examinar el otro cargo propuesto contra la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Es incuestionable que uno de los derechos fundamentales del procesado es el que se relaciona con la legalidad del proceso mediante el cual el Estado ejerce su acción punitiva. Esta garantía, consagrada expresamente en el artículo 26 de la Constitución encuentra desarrollo en las normas de los códigos que consagran los ritos a que deben someterse los procesos penales. Así, en el artículo 297 del Código de Justicia Penal Militar se expresa con certeza, que nadie puede ser sancionado por hecho ilícito sino en virtud de sentencia dictada por autoridad competente "y con la plenitud de las formas propias de cada juicio", y entre las formalidades propias de los juicios criminales emerge como esencial aquélla que se relaciona con el principio de la contradicción o del contradictorio a través del cual el procesado o su representante ejercen el derecho de defensa que para que pueda ser efectivo obliga al juez o al funcionario a dar noticia de las decisiones que de acuerdo con la ley son de su obligación.

En el caso presente, se tiene, que por virtud de lo dispuesto en el artículo 486 del Código de Justicia Penal Militar, cuando quiera que en el proceso se ha practicado una prueba pericial, el dictamen de los peritos deberá ser puesto en conocimiento de las partes que intervienen en el proceso a efecto de que hagan valer sus derechos, especialmente los del procesado, y no solamente los que puedan surgir de la facultad de objeción por error grave, fuerza, dolo o cohecho como se expresa el artículo 487 ibídem, sino para que en relación con esa prueba se pueda solicitar ampliación, aclaración, etc., tal como lo dispone la primera de las normas citadas. De modo que, en primer término, no se trata de una gracia que pueda o no conceder el juez a las partes intervinientes en el proceso penal, sino de una perentoria obligación que lleva como consecuencia la invalidación de la actuación todas las veces que se haya inobservado.

Lo anterior cobra mayor significación si

se tiene en cuenta además, que en el caso sub examine se estaba en presencia de un dictamen pericial que tenía incidencia directa y trascendental ya que él se refería precisamente a las condiciones personales en que se hallaba el sujeto activo del hecho imputado, que, por referirse precisamente a la normalidad o anormalidad de su psiquismo, incidía en forma determinante sobre la naturaleza de la sanción imponible y sobre su duración.

Y no podía tampoco el Tribunal, sin desconocer las normas relativas a la legalidad del proceso, desconocer, el dictamen pericial de los forenses, y dictar una sentencia de condena que bien habría tenido un alcance diverso si el dictamen mencionado hubiera sido contradicho por quienes tenían derecho a hacerlo, actitud que implica igualmente violación de las normas relativas a la solemnidad del proceso.

Las consideraciones que preceden, llevan a la conclusión de que la causal cuarta estudiada prospera, y en consecuencia deberá darse aplicación al artículo 583 ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal. Esta conclusión hace inoperante el estudio de la causal primera propuesta por el recurrente.

Decisión

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador Delegado para la Policía Nacional y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo acusado del Tribunal Superior Militar y, en su lugar, DECLARA LA NULIDAD de lo actuado en este proceso a partir del auto de tres (3) de diciembre de mil novecientos setenta y tres (1973), inclusive, visible a folio 80, y DISPONE enviar el expediente al Despacho de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALTA DE FIRMAS DE ALGUNAS DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA AUDIENCIA PUBLICA

La omisión ostensible en el acta de la audiencia, de las firmas de dos personas de las varias que actuaron en ella, carece de relievancia jurídica, ya que ninguna de ellas era necesaria para dar fe sobre su contenido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 14.

Vistos

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de octubre de 1974, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja modificó la de primer grado dictada por el Juzgado Tercero Superior del nombrado Distrito el 12 de febrero del propio año, en el sentido de imponer a Adolfo Sánchez Castañeda la pena principal de diez años de presidio, las accesorias correspondientes y la obligación de indemnizar los perjuicios causados, como responsable de homicidio en Ismael Alvarado Mondragón y de lesiones personales en Pedro Antonio Bohórquez Alvarado, Joel Alvarado Roa y Víctor Sánchez Romero; y así mismo en el sentido de condenar a Víctor Manuel Sánchez Parra a la pena principal de diez años de presidio, a las accesorias condignas y a la indemnización de los perjuicios causados, como responsable de homicidio en la persona de Ismael Alvarado Mondragón y de lesiones personales en Pedro Vicente Alvarado Mondragón, Arquímedes Arévalo Zamora, Rosa Herminda Bohórquez de Arévalo y Víctor Sánchez Romero, y de absolverlo por el homicidio perpetrado en la persona de Luis Noé Wilches. Por la misma providencia se adoptaron otras decisiones que no es del caso puntualizar.

Hechos y actuación procesal

Trátase de dos procesos acumulados, al primero de los cuales dieron origen los hechos que narra el juzgado del conocimiento así:

Hechos

"Nos cuenta el proceso que entre los señores Pedro Antonio Bohórquez Alvarado, Nemecio Alvarado Mondragón, Pedro Vicente Alvarado Mondragón, Ismael Alvarado Mondragón y el más allegado círculo de familiares de estas gentes, por una parte, y Adolfo Sánchez Castañeda, Juan Esteban Sánchez, Precelia Parra de Sánchez, Víctor y Odilio Sánchez y sus más allegados familiares por otra, existía una grave y soterrada enemistad por motivos que no se esclarecieron en el proceso, entre otra circunstancia, porque los protagonistas de uno y otro lado se han mostrado reacios a hacer explícitas las motivaciones de su distanciamiento. Así las cosas, sucedió que el día veinte de julio de mil novecientos sesenta y nueve y mientras todas estas gentes se hallaban reunidas en el caserío de Chivor se produjo entre ellas un grave en-

frentamiento que se desarrolló de la siguiente manera: A eso de las tres de la tarde se encontraba el señor Pedro Antonio Bohórquez Alvarado en compañía de algunas personas amigas suyas, entre las cuales se encontraban Luis Algarra, Pedro Algarra, Luis Monroy, allí, en forma pacífica se tomaban unas cervezas. Todo había transcurrido en calma hasta el momento en que a la tienda llegó el señor Adolfo Sánchez Castañeda, Odilio Sánchez, Miguel Sánchez, Esteban, Precelia Parra de Sánchez y otros. Existen en el proceso algunas indicaciones según las cuales, a pesar del viejo problema que entre estas gentes existía, el señor Pedro Antonio Bohórquez le ofreció cerveza a los recién llegados. Pero no obstante esta muestra de buena voluntad, la señora Precelia y sus hijos empezaron a lanzar frases descomedidas y desafiantes. De inmediato, procedieron a desafiar a Pedro Antonio Bohórquez Alvarado para que se saliera de la tienda. Este rechazó la invitación mientras alegaba que él no era bobo para irse a salir de la tienda, indicando con lo anterior que entendía perfectamente que en su contra se avecinaba un ataque violento. Entre tanto, el señor Adolfo Sánchez Castañeda quien se hallaba fuera de la cantina y que advirtiera la discusión, pugnaba por penetrar en el establecimiento pero fue rechazado entre otros por el propio dueño de la cantina, quien le interceptó el paso. Entre tanto doña Precelia y sus hijos habían logrado sacar de la tienda a Pedro Antonio Bohórquez Alvarado y Adolfo Sánchez Castañeda desués (sic) de vociferar, porque no lo dejaban entrar a la cantina y de lanzar insultos y desafíos se precipitaba a la lucha en la calle. En cuestión de segundos se formó una tremenda trifulca de desarrollo extremadamente complejo por lo rápido de la acción, por el cúmulo de personas que tomaron parte en la lucha. No obstante la complicación del caso, del proceso se deduce que tan pronto el señor Pedro Antonio Bohórquez Alvarado empezó a ser atacado a golpes y puñaladas por parte de los señores Sánchez, Odilio y Adolfo, los parientes y amigos de Pedro Antonio Bohórquez, señores Nemecio Alvarado Mondragón, Ismael Alvarado Mondragón, Pedro Vicente Alvarado, etc., se hicieron presentes en el lugar e iniciaron la acción con el ánimo de hacerle frente a la gravísima situación que se le había planteado. Así fue que, mientras la pelea se desplazaba desde la esquina de la llamada plaza nueva hacia la llamada plaza vieja o plaza principal, fueron quedando muertos Odilio Sánchez Parra e Ismael Alvarado Mondragón y heridas un cúmulo de personas. Tan pronto se inició la trifulca, don Pedro Antonio Bohórquez fue lesionado a puñal, no sin antes alcanzar a hacer unos disparos en actitud defensiva, disparos con los cuales, como todo lo indica, vino a lesionar a la señora Laura María Roa de Alvarado. Casi al mismo tiempo se arremetía en contra de Víctor Sánchez Romero a quien dejaron tendido en el suelo los Sánchez a consecuencia de muchos golpes de piedra y botella que le propinaron. En desarrollo de la trifulca Adolfo Sánchez, que se había armado con un hacha, arremetió en contra de Ismael Arévalo Mondragón, hombre inválido, que había llegado al lugar de los hechos al darse cuenta del problema. Adolfo Sánchez Castañeda le propinó tremendos golpes a este individuo que fue muerto con tanta crueldad que las gentes decían que le 'despedazaba como a un cerdo'. Pero no contentos con esto, el señor Víctor Manuel Sánchez Parra le colaboró en la acción homicida a Adolfo Sánchez Castañeda propinando tremenda puñalada al infortunado Ismael Alvarado Mondragón. Entre tanto el mismo Adolfo Sánchez Castañeda había sido lesionado a puñaladas y Nemecio Alvarado Mondragón se enfrentaba con Odillo Sánchez Parra, siendo este individuo muerto a consecuencia de una herida que con arma corto-punzante le propinó Joel Alvarado, que también ya había sido lesionado dentro de la trifulca, por obra de Adolfo Sánchez Castañeda. Por su parte Víctor Manuel Sánchez Parra desarrollando una actividad verdaderamente tremenda había lesionado a Pedro Vicente Alvarado Mondragón, a Arquímedes Arévalo Zamora, Rosa Herminda Bohórquez de Alvarado y Víctor Sánchez Romero. Miguel Adolfo Sánchez Parra había lesionado a Víctor Sánchez R. y a Joel Alvarado Roa. Y don Odilio Sánchez Parra había participado también activamente en la labor de atacar y lesionar gravemente a varias personas. Por otro lado, Pedro Vicente Alvarado Mondra-

gón había lesionado a Adolfo Sánchez Parra a cuchillo y a Precelia Sánchez P., Nemecio Alvarado había arremetido a Adolfo Sánchez Castañeda y a Tito Gabriel Sánchez Parra" (fls. 515 y ss., cuaderno 1º).

Abierta la investigación por el Juzgado Promiscuo Municipal de Almeida y realizadas varias diligencias, entre éstas las declaraciones de inquirir de los procesados, se dictó auto de detención preventiva. Remitido el proceso al juzgado competente y habiendo correspondido al Tercero Superior de Tunja, ordenó éste la práctica de diversas pruebas, las que efectuadas y resueltas las peticiones de varios sindicados relativas a su libertad, se clausuró la investigación y se calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio para Adolfo Sánchez Castañeda por homicidio simplemente voluntario en Ismael Alvarado Mondragón y por lesiones personales causadas a Pedro Antonio Bohórquez Alvarado, Joel Alvarado y Víctor Sánchez Romero; con vocación a juicio para Víctor Manuel Sánchez Parra como coautor del homicidio mencionado y por lesiones personales en Pedro Vicente Alvarado Mondragón, Arquímedes Arévalo Zamora, Rosa Herminda Bohórquez de Alvarado y Víctor Sánchez Romero, y se tomaron otras determinaciones que no viene al caso registrar.

En este estado del trámite, mediante auto de 6 de febrero de 1973 dictado por el Juzgado Tercero Superior de Tunja (fls. 624 y 625 del cuad. 1º), se dispuso la acumulación de los procesos, al segundo de los cuales dieron lugar los hechos que relaciona el Juzgado Primero Superior de Tunja en los siguientes términos:

"Entre los hermanos Víctor Manuel, Juan Esteban y Miguel Adolfo Sánchez; y los señores Carlos Daza y Pedro Arévalo, existían serias diferencias.

"El día veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y uno, en las horas de la tarde, se encontraron en la tienda de propiedad de la señora Marujа Umbacia vda. de López, situada en la vereda de 'San Roque', Inspección de Chivor del municipio de Almeida, entre otras personas, las que se acaban de mencionar. Entre Víctor Sánchez, Carlos Daza se cruzaron algunas palabras y luego Víctor disparó sobre Carlos Daza habiéndolo herido, éste pretendió sacar su revólver sin que hubiese alcanzado a hacer uso efectivo de él, fue entonces cuando los tres hermanos Sánchez, Víctor, Juan y Miguel empezaron a disparar al tiempo habiendo resultado herido amén de Eduardo Daza, Pedro Antonio Arévalo y muerto Luis Noé Wilches Acosta" (fls. 946 y ss., cuad. 1º).

En este proceso se inició la investigación por el Juzgado Promiscuo Municipal de Almeida y se continuó mediante la práctica de las pruebas pertinentes por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal. Perfeccionada en lo posible, se clausuró y se calificó con vocación a juicio, por la muerte de Luis Noé Wilches, para Víctor Manuel, Miguel Adolfo y Juan Esteban Sánchez Parra, en complicidad correlativa; para Víctor Manuel Sánchez Parra también por lesiones personales causadas a Carlos Daza y para Juan Esteban Sánchez Parra así mismo por lesiones en Pedro Antonio Arévalo.

Cumplidos los trámites y acumulados los procesos, se llevó a cabo la audiencia pública, en la cual el jurado, respecto de Adolfo Sánchez Castañeda y por la muerte de Ismael Alvarado Mondragón, respondió: "Sí es responsable, pero en riña imprevista e intenso dolor". Y la respuesta en relación con Víctor Manuel Sánchez fue: "Sí es responsable en estado de ira e intenso dolor".

En lo tocante a la muerte de Luis Noé Wilches, el tribunal popular, relativamente a Víctor Manuel Sánchez Parra, respondió: "No (es responsable) por falta de pruebas".

Para el procesado que se acaba de nombrar y para Adolfo Sánchez Castañeda y respecto de las lesiones, el jurado reconoció la responsabilidad en riña imprevista.

Con base en la veredicción, se profirió la sentencia de primer grado, modificada —como se ha dicho— por el Tribunal de Tunja mediante la sentencia que es objeto del recurso de casación interpuesto.

Las demandas de casación

El actor ha presentado dos demandas, una como apoderado de Adolfo Sánchez Castañeda y otra como apoderado de Víctor Manuel Sánchez Parra.

La Corte las estudiará en el orden en que han sido presentadas.

La demanda en nombre de Adolfo Sánchez Castañeda

Primer cargo

(Causal 4ª del Art. 580 del C. de P. P.).

"La sentencia aquí recurrida, del Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Tunja —dice el demandante—, debe ser casada, por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad, ésta de orden constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, por inobservancia de las formas propias del juicio, según la cual tampoco resulta adecuadamente comprobada la asistencia de personas obligadas a comparecer en el acto de la audiencia pública al menos durante la totalidad de unas sesiones así: FALTAN LAS FIRMAS DE LOS SEÑORES: Jurado, Germán Borda, Defensor, doctor Gustavo Granados Moreno, y Vocero, doctor Jaime Campos Jácome, sesión del 28 de noviembre de 1973...; así como las firmas de los defensores, doctores Jaime Ruiz Ojeda y Eduardo Rintá Alfonso, sesión del 30 de noviembre de 1973...".

Aduce el actor que tal omisión, "que directamente infringió lo previsto en los artículos 515 y 159, y concurrentes del Código de Procedimiento Penal, y que objetivamente puede verificarse en los autos, conlleva una fundamental pretermisión de las formas propias del juicio, que el artículo 26 de la Constitución Nacional consagra como primordial postulado atento al pleno de las garantías cívicas, y de la elemental defensa de los sindicados..." "... mediante la indicada omisión pudieron quedar sin opción del principal objetivo de su legítima defensa, los procesados, concretamente, y en acuerdo con lo arriba expuesto el señor Adolfo Sánchez Castañeda...".

Segundo cargo

(Causal 2ª del Art. 580 del C. de P. P.).

"La sentencia hoy recurrida en casación... debe casarse, por desacuerdo con el veredicto del jurado...

"...Dos elementos fundamentales superviven en el veredicto del jurado, con relación a la responsabilidad del hoy sentenciado Adolfo Sánchez Castañeda..., y ellos son la Riña Imprevista, y el Intenso Dolor...".

Transcribe el actor la parte pertinente de una sentencia de la Corte, de cuya enseñanza "es lógico concluir que, al reconocer, como lo hizo el jurado en este caso, la RIÑA IMPREVISTA como situación jurídica dentro de la cual obró Sánchez Castañeda, se está borrando, eliminando, mejor, el cariz de provocador que algunos apartes motivos de sus condenas, parecen endilgarle...

"Lo expuesto hasta ahora con relación a la RIÑA IMPREVISTA, debe tomarse en cuenta, con relación a mi representado, Adolfo Sánchez Castañeda, no sólo para el homicidio en Ismael Alvarado Mondragón, de que se le ha responsabilizado en esta causa, sino para los otros delitos de lesiones en Pedro A. Bohórquez A., Joel Alvarado Roa (a quien se le dedujo el homicidio en el hijo, de Sánchez Castañeda, Odilio Sánchez Parra, según el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia), y Víctor Sánchez Romero...".

Concerniente al "Intenso dolor", cita el actor lo expresado por el fiscal del Tribunal respecto de Víctor Manuel Sánchez Parra, para reconocer en su favor la atenuante del artículo 28 del Código Penal, pues el jurado lo declaró responsable de haber obrado "... en estado de ira e intenso dolor...", no embargante la falta de varios de sus elementos, porque actuó cuando ya se encontraban heridos varios de sus parientes, como apunta la fiscalía. Así mismo el demandante trae a cuento que el Tribunal, en el mismo fallo, en relación con la responsabilidad de Joel Alvarado, estima que, a despecho de la omisión del jurado en reconocer la grave e injusta provocación, ésta resultaba o se infería del desarrollo de los hechos, y se refiere a la consideración del mismo Tribunal de que la "... actualización del estado pasional contemplado en el artículo 28 del Código Penal, verificada por el jurado, no sustituyó la característica configurada en el artículo 384 del Código Penal, o sea, la riña imprevista...".

Conceptúa que tales alegaciones parecen obviamente aplicables a Adolfo Sánchez Castañeda, "... empezando por la inclusión de las características de la riña imprevista (que se tienen en cuenta en el fallo con adopción de un factor básico de 4 años de presidio por el homicidio) y del

intenso dolor, del artículo 29 del Código Penal, para cabalizar con la seria amplitud atrás enunciada la dosimetría penal correspondiente".

Considera así mismo que el Tribunal desconoce la atenuante prevista en el numeral primero del artículo 38 del Código Penal, aunque el procesado no registra antecedentes, y reconoce la del numeral 11 ibídem. Seguidamente anota que "... es de advertir que la frase 'e intenso dolor', estampada por el jurado, no alcanza a estructurar la modalidad del artículo 28, porque no se declararon todos sus elementos", todo lo cual comporta desarticulación entre los criterios expresados en el fallo respecto de otros procesados, en circunstancias análogas y "...configura más sensiblemente la incongruencia que el fallo que impugno guarda con el veredicto, y fundamenta el cargo...".

Expresa el demandante que el reconocimiento respecto de Adolfo Sánchez Castañeda de la circunstancia modificadora de la responsabilidad prevista en el artículo 23 del Código Penal, lo habría situado en condiciones más favorables, en virtud de las rebajas correspondientes, y lo mismo es dable predicar en lo tocante a las lesiones personales. No puede afirmarse que sea mayor el dolor del hermano que el del padre por la lesión de su familiar, y anota que "...en proporcional exageración puede hallarse también la sentencia recurrida, al aplicar a Adolfo el artículo 33 del Código Penal, y por razón del concurso, darle un último aumento de 3 años a la sanción básica, cuando la norma transcrita había apenas del mismo, como 'hasta' en otro tanto, o sean 4. Los 3, resulta (sic) demasiado...".

Demanda en nombre de Víctor Manuel Sánchez Parra

Primer cargo

(Causal 4ª del Art. 580 del C. de P. P.)

Es, en esencia, el mismo primer cargo que formula el actor en relación con el procesado Adolfo Sánchez Castañeda, y por eso sería tautológico reseñarlo respecto de Víctor Manuel Sánchez Parra.

Segundo cargo

(Causal 2ª del Art. 580 del C. de P. P.)

"La sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este asunto, debe casarse, por hallarse en desacuerdo con el veredicto del jurado.

"El veredicto múltiple del jurado con relación a mi representado, Víctor M. Sánchez Parra fue del tenor siguiente:

"Por homicidio en Ismael Alvarado Mondragón 'SI ES RESPONSABLE EN ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR'.

"Para todos los casos de lesiones personales: 'SI ES RESPONSABLE EN RIÑA IMPREVISTA'.

"Para el homicidio en Luis Noé Wilches: 'NO POR FALTA DE PRUEBAS'.

"La parte motiva de la sentencia recurrida acoge el punto de vista del Ministerio Público sobre aplicabilidad del artículo 28 del Código Penal en cuanto al homicidio en Ismael Alvarado Mondragón. No resulta aquí necesario, ni acaso adecuado, tratar del evento jurídico de un delito imposible (C. P. Art. 18), cuando parece en forma suficiente acreditado en autos que la puñalada atribuida a Víctor M. sobre quien fuera Ismael Alvarado Mondragón cayó sobre un difunto.

"Pero la lógica adopción de la modificante indicada (que no atenuante), resultó sólida, y proyecta vastos haces de luz en el tratamiento dosimétrico del problema sub judice, que no pueden eclipsarse ni eludirse. Porque en el caso del concurso de delitos, que como muy bien se sabe, y en reemplazo acertado del viejo criterio aritmético o de materialidad, conlleva la acumulación jurídica, y no material, de la pena, lo FUNDAMENTAL es la sanción establecida para el más grave (C. P. Art. 33). Es decir, para el homicidio, en el caso presente.

Paralelamente —continúa el actor— debe tenerse en cuenta la veredicción sobre riña imprevista en cuanto a las lesiones y así, de conformidad con lo expresado en la demanda anterior, "... la tacha de provocador que parece inspirar la dosimetría adoptada por la sentencia..." debe desecharse, según interpretación de la Honorable Corte.

Transcribe luego un aparte de una sentencia relativa a la graduación de la pena,

aparte según el cual, reducida la pena a 32 meses por razón del artículo 28 del Código Penal aumentada en un año por existir tres circunstancias de mayor peligrosidad y en tres años más por su gran peligrosidad, por tener antecedentes, da en total 6 años y 8 meses, 3 años y cuatro meses más por las lesiones en varias personas, para un total de diez años de presidio.

Cita fallos de la Honorable Corte en cuanto a la acumulación jurídica y no material de las sanciones; observa que al procesado "sólo hubieran podido atribuírsele, al ser penado, otros 32 meses de presidio..."; "tampoco podía tenerse en cuenta una condena de policía por falta de la expresa pluralidad de que habla el numeral segundo del artículo 37 del Código Penal...", para agravar la pena; y atañadero a la insensibilidad moral y crueldad en el homicidio de Ismael Alvarado, debe tenerse en cuenta que el veredicto le reconoció la ira e intenso dolor, de tal manera que la sentencia y el fiscal entendieron que equivalía a la circunstancia del artículo 28 del Código Penal, aparte del comentario del último de que el procesado entró a la riña cuando ya estaban heridos algunos familiares suyos.

Y concluye en cuanto al veredicto dicho que "... el énfasis lógico y jurídico de su alcance y de su formulación, su reconocido contenido conceptual y legal, reservan grave y profunda diferencia inequívoca con el tratamiento dosimétrico e interpretativo que el fallo que impugno adelanta, y consuma en su parte resolutiva".

Consideraciones de la Corte

Primera demanda

Primer cargo

Para dar cumplida y cabal respuesta a este cargo, conviene transcribir la parte pertinente de la sentencia proferida por esta Sala, en sede de casación, el 2 de septiembre de 1971. Dice así:

"Como lo anota el Procurador, el acta de audiencia debe ser firmada por todas las personas que en ella hubieren intervenido. Se omitieron las firmas del representante de la parte civil y del apoderado de Mejía Obando. La suscribieron el juez, su secretario, los jueces del pueblo, el agente del Ministerio Público y el defensor de Acosta Serna. Pero la omisión ostensible en el acta de audiencia, de las firmas de dos personas de las varias que actuaron en ella, carece de la relevancia jurídica pretendida por el demandante. Consta en el acta la intervención del representante de la parte civil y, en igual forma, la de quien hizo la defensa del procesado Mejía Obando. El acta recogió en detalle cuanto fue materia de la vista pública. Su contenido aparece abonado por el juez de la causa y por su secretario. Y el veredicto de los jueces del pueblo fue protestado con sus firmas, al pie de la respuesta unánime que dieron a cada uno de los cuestionarios. El recurrente no acusa la falsedad del acta, ni controvierte siquiera su exactitud. Apunta solamente la omisión de dos firmas, ninguna de las cuales era necesaria para dar fe sobre su contenido. Las partes que intervinieron en la diligencia, sindicados, Ministerio Público, parte civil, rubricaron el acta, y con ellas, el juez y el secretario, quienes dan fe de lo ocurrido en la audiencia de juzgamiento. Si la omisión de la firma de los defensores fuera de carácter insubsanable, reparable solamente por la vía de la nulidad, fácil sería para los defensores prevenir los resultados adversos de sus actuaciones, evadiendo la firma de la crónica secretarial o acta de audiencia, y por este sendero de fácil acceso a las nulidades, la validez de la audiencia pública quedaría deferida a la buena fe, ratificada numerosamente, de los abogados de la defensa. La omisión anotada no constituye inobservancia de las formalidades propias del juicio, no menoscaba los derechos de la defensa, ni pretermite las garantías debidas a los acusados. Y ninguno de quienes omitieron estampar sus firmas en el acta ha reclamado ahora ni con anterioridad sobre la omisión misma y menos aún sobre la autenticidad de lo que en ella consta..." (G. J., Tomo CXXXIX, Nos. 2346 a 2351, pág. 327).

Según el actor, en el acta correspondiente a la sesión de la audiencia pública del 28 de noviembre de 1973, faltan las firmas del jurado Germán Borda, del defensor, doctor Gustavo Granados Moreno y la del vocero doctor Jaime Campos Jácome, y las de los defensores, doctores Jaime Ruiz Ojeda y

Eduardo Rintá Alfonso en el acta que corresponde a la sesión del 30 del mes y año nombrados.

Mas en dichas actas consta la intervención de las partes y del jurado, cuyas firmas echa de menos el demandante. Además, éste no acusa su falsedad, ni siquiera controvierte su exactitud. Apunta solo la pretermisión de las firmas mencionadas, ninguna de las cuales era necesaria para dar fe de su contenido. Las actas recogen nimiamente cuanto fue materia de la vista pública, y las rubrican las demás partes que intervinieron en la diligencia, y con ellas, el juez y el secretario, quienes dan fe de lo ocurrido en la audiencia pública de juzgamiento. Así mismo es del caso puntualizar que ninguno de los que omitieron estampar sus firmas en el acta ha reclamado ahora ni con anterioridad sobre la omisión misma y menos todavía sobre la autenticidad de lo que en ella consta.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo

a) En relación con la muerte de Ismael Alvarado Mondragón y tocante al procesado Adolfo Sánchez Castañeda, el jurado respondió: "Sí es responsable pero en riña imprevista e intenso dolor".

Tal respuesta, que no ofrece confusión alguna, está afirmando la responsabilidad del acusado con respecto a la totalidad del cuadro criminoso propuesto con suma claridad en el cuestionario. En otros términos: la respuesta, así concebida, corresponde a una concreta y determinada situación jurídica, esto es, a la responsabilidad derivada de una cierta conducta delictuosa (homicidio), pero calificada por la atenuante de la riña imprevista.

Así lo entendió el fallo de primer grado, pues dice en la parte pertinente:

"La pena para ADOLFO SANCHEZ CASTAÑEDA por el delito de homicidio en la persona de ISMAEL ALVARADO MONDRAGON sería de diez (10) años por concurrir circunstancias de mayor peligrosidad, pero como fue cometido el delito en Riña Imprevista (Art. 384 del C. P.), se le disminuye una cuarta parte y daría en total la pena para el homicidio de SIETE AÑOS SEIS MESES DE PRESIDIO". (fl. 1136 del cuaderno 1º). Y también el ad quem, porque expresa: "Ese delito más grave es indudablemente el homicidio, haciendo la reducción en su máximo, que contempla el artículo 384 del Código Penal, en concordancia con el 362 de la misma obra, se obtiene como resultado un mínimo sancionatorio de cuatro años de presidio..." (fl. 64 del cuaderno del Tribunal).

A la simple adición en el veredicto de "e intenso dolor" no se puede asignar la categoría atenuante consagrada por el artículo 28 del Código Penal, pues no se debe olvidar que —como lo ha expuesto esta Sala en una de sus doctrinas más reiteradas— no es la cólera o el dolor lo que aminora el delito, sino la justa causa de esas intensas perturbaciones anímicas. Podrían multiplicarse las citas de las numerosas oportunidades en que la Corte ha sustentado, de manera uniforme en cuanto al contenido conceptual, el criterio de que el fenómeno jurídico previsto por el memorado artículo 28 se desintegra cuando el veredicto pretermite la gravedad y la injusticia, factores necesarios o indispensables para que la provocación constituya circunstancia modificadora de la responsabilidad. Empero basta recordar los pasos siguientes:

"Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, y el que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión sí está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del jurado". (Sentencia, 12 de febrero de 1948, LXIV, 169).

"Cuando el jurado afirma que el homicida cometió el delito en un momento de ira e intenso dolor síquico simplemente, callando la condición, cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna; y así como el juez puede, si la juzga probada, aplicar esa circunstancia (como de menor peligrosidad), puede también en caso contrario desecharla, sin que el acto arbitral implique violación de la norma penal; pero si el Tribunal interpreta el veredicto en el sentido de que los estados emocionales fueron causados por grave e injusta provocación sin el expreso reconocimien-

to del jurado, ese Tribunal habría dictado sentencia sobre una calificación de los hechos distinta de la del jurado, esto es, en desacuerdo con el veredicto, creando así una nueva causal de casación y una consiguiente inestabilidad procesal contraria a los fines fundamentales del proceso". (Sentencia de 10 de marzo de 1947, LXII, 784);

h) Por lo demás, el libelo contiene aseveraciones que encierran alusiones simultáneas a la violación directa (por indebida aplicación de los artículos 384 y 28 del Código Penal) y a la violación indirecta, por desconocimiento de la prueba acerca del estado de ánimo en que se encontraba el procesado y de la provocación que sufrió para suscitarse la riña.

Si los hechos "plenamente probados" tendientes a la admisión de la riña imprevista, fueron desconocidos en el fallo condenatorio, es claro que se trataría de una transgresión indirecta de normas sustanciales por equivocada apreciación de la prueba. Y en ese caso habría que indicar cuáles fueron los medios probatorios valorados indebidamente, de una parte, y de otra, que tales medios produjeron error de derecho o errores de hecho ostensibles y manifiestos en los autos. El libelo no puntualiza ninguna de las dos exigencias.

Finalmente, si el Tribunal hizo caso omiso del artículo 28 del Código Penal —como sugiere el recurrente—, existiría una violación directa cuya demostración igualmente escapa al libelo.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

Segunda demanda

Primer cargo

Siendo este cargo sustancialmente idéntico al primero de la primera demanda, huelga su refutación, que ya se hizo respecto de ésta. De suerte que en este paso se dan por reproducidas las razones aducidas para desechar la impugnación.

Segundo cargo

Para dar respuesta a este cargo, la Corte se permite transcribir a continuación lo pertinente del concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, representante del Ministerio Público en esta oportunidad, por hallar sus consideraciones rigurosamente ceñidas a derecho y a la realidad procesal:

"**En cuanto a Víctor Manuel Sánchez**, no se advierte el desacuerdo alegado entre el veredicto y la sentencia. Esta tuvo en cuenta la atenuante prevista por el artículo 28 del Código Penal, al examinar la actuación del procesado y no obstante resultar incompleto el veredicto, por la interpretación de sus términos, como quedó expresado; y partiendo de su reconocimiento, procedió a graduar la sanción en la forma anotada por el recurrente.

"El desacuerdo se refiere en este caso, según la demanda, a la incongruencia que considera existe entre el reconocimiento de la atenuación dicha y la sanción final decidida al procesado recurrente.

"Se observa, en consecuencia, que no se expresa se desatendieron los términos de la respuesta, en lo cual radicaría el desacuerdo en que funda la causal invocada; sino en la imposición de una pena que, dada dicha aminoración y la norma aplicada, resulta excesiva.

"En esta forma, la crítica expuesta no corresponde o tiene cabida dentro de la causal segunda de casación, sino que se refiere a error en la graduación de la sanción, al cual se habría llegado en la interpretación y aplicación de las normas sustanciales, en relación con la causal primera de casación; como cada una de éstas tiene su campo propio y deben ser invocadas con precisión suficiente sin que sea permitido a la Honorable Corte interpretar con tal amplitud la demanda, resulta claro que este aspecto no puede ser examinado, pues el cargo deriva hacia una causal distinta.

"Igual observación debe hacerse sobre lo alegado por el demandante en relación a las circunstancias de mayor peligrosidad, que considera no demostradas o existentes, pero con incidencia en la graduación de la pena.

"No obstante lo dicho, debe insistirse en que Víctor Manuel Sánchez fue declarado

responsable de homicidio en las circunstancias expresadas y de lesiones personales en cinco personas, entre éstas en Carlos Daza —en los hechos relacionados con el segundo proceso— si bien en riña imprevista y además se consideró de gran peligrosidad, lo cual se tuvo en cuenta por el Tribunal para fijar la sanción en la forma dicha".

Por tanto, este cargo tampoco prospera. De lo expuesto se concluye que debe desecharse el recurso, con arreglo a lo establecido en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, y ordenarse la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de octubre de 1974 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y a que se refiere de modo expreso la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Horacio Gómez Aristizábal, Conjuez; *Gustavo Gómez Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

En los juicios en que interviene el jurado, no es pertinente la alegación de la causal de que se ocupa el inciso 2º, ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y que se refiere a la violación de la Ley sustancial penal "por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D .E., marzo veinticinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 15

Vistos

En sentencia de julio once de mil novecientos setenta y cinco, el Tribunal Superior de Buga confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Superior de Tuluá mediante la cual condenó a Carlos Enrique Restrepo Osorio u Ospina Restrepo y a Mario Restrepo Ospina u Ospina Restrepo, a la pena principal de veinticuatro años de presidio, cada uno, y a las accesorias de rigor, "como autores responsables del delito de asesinato cometido en las personas de tres desconocidos", fallo contra el cual interpuso recurso extraordinario de casación el Fiscal Tercero del Tribunal.

Agotado el trámite propio del recurso, se procede a decidirlo.

Antecedentes

La investigación se inició por sucesos cuyo resumen se hace en la sentencia de primer grado así:

"Los hechos a que se contraen las presentes diligencias tuvieron ocurrencia el día 9 de mayo de 1968 en el sitio denominado 'La Balastrera', vereda de Samaria, Municipio de Caicedonia.

"El día anterior a la fecha arriba citada, los enjuiciados Carlos Enrique y Mario Restrepo Ospina u Ospina Restrepo, con algunos de sus compinches habían cometido sendos asesinatos en la región de La Melva y el 9 de mayo mencionado celebraban los criminales hechos libando licores en el punto nombrado 'La Balastrera' en donde había una fonda del mismo nombre que los delincuentes surtían frecuentemente y en donde se reunían para planear sus delitos y también para celebrarlos, una vez consumados aquéllos.

"Hallándose en esa fonda Carlos Enrique Restrepo Ospina u Ospina Restrepo, hijo de Emilia Ospina Suárez, de 22 años de edad por la época de su indagatoria, natural de Armenia (Quindío), soltero, ayudante de carros y su hermano Mario, de quien no se conocen más datos personales, festejando con sus socios en la delincuencia el crimen de La Melva, pasaron por allí varios y humildes trabajadores campesinos los cuales eran interrogados por los hermanos Carlos Enrique y Mario sobre su ideología política, qué trabajaban, en dónde lo hacían o hacia dónde se dirigían; si las respuestas que daban los campesinos no eran del agrado de los hermanos Restrepo Ospina u Ospina Restrepo, eran asesinados por éstos en forma cruel e inhumana, ya que antes de darles muerte, gozaban de los sufrimientos tanto morales como físicos que causaban a sus futuras víctimas, llegando hasta el extremo de ofrecerles a una

de ellas, antes de ser sacrificada, una cerveza.

"Después de asesinarlos, los despojaban de sus vestidos y demás haberes y los enterraban en sitios aledaños a la fonda que frecuentaban.

"Tal cosa ocurrió con tres campesinos, el día 9 de mayo de 1958, campesinos cuyos nombres se desconocen y que después de someterlos a torturas tanto mentales como físicas los mataban y cuyos restos de los cadáveres fueron hallados con los datos o informaciones que a las autoridades dieron Nora Vélez Restrepo, concubina de uno de los enjuciados y Darío Urrea Orozco a quien le correspondía enterrar los cadáveres de allí que lo apodaran 'El Enterrador' ".

La demanda de casación

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca como única causal la primera de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal a cuyo amparo formula cuatro cargos así:

Primer cargo

"Acuso la sentencia del Tribunal de Buga por haber errado de derecho en la apreciación de las pruebas de este proceso". Se refiere específicamente a las pruebas relacionadas con las diligencias de indagatoria, careos, testimonios, inspecciones judiciales, etc., para sostener que su traslado al proceso referido se hizo sin el lleno de las formalidades exigidas por la ley, con la consecuencia de que "la prueba carece de mérito demostrativo, y por ello si no puede atribuirse a los acusados la ejecución de los hechos delictuosos a que tales medios probatorios se refieren, tampoco puede concluirse la responsabilidad penal; y al hacerlo..., se violan por aplicación indebida los artículos 362 y 363 del Código Penal".

Segundo cargo

En subsidio del primero, expresa el recurrente, "acuso la sentencia... por haber errado de derecho en la apreciación de los testimonios" de varios de los deponentes en el proceso, por cuanto se atribuyó a unos "un contenido que no tienen" y dio a otros "un alcance que no le corresponde", con la que se violó en forma directa lo preceptuado en los artículos 263, 254 y 215 del Código de Procedimiento Penal, "e indirectamente los artículos 362 y 363 del Código Penal".

En desarrollo del cargo hace el demandante una crítica a las pruebas para concluir que son inapropiadas para fundamentar la sentencia de condena que censura.

Tercer cargo

También, en forma subsidiaria a los dos primeros, formula este cargo "por error de derecho" en la apreciación del valor probatorio de algunas pruebas (testimonios) error que conduce a la infracción indirecta de la norma contenida en el artículo 385 del Código Penal (complicidad correlativa).

Así mismo, formula críticas al contenido de las pruebas y a la forma como fueron apreciadas por el sentenciador de segundo grado.

Cuarto cargo

Se acusa la sentencia por "violar directamente por aplicación indebida los artículos 37 y 39 del Código Penal", por cuanto no se comprobaron los hechos sobre los cuales se basan las circunstancias de mayor peligrosidad que dieron base al Tribunal para aplicar sanciones de tanta gravedad.

Con fundamento a lo anterior, el recurrente solicita a la Corte "que por concepto de cualesquiera de los cargos, case la sentencia del Honorable Tribunal de Buga, dicte la que haya de sustituirla, o haga en ella las modificaciones que correspondan".

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar la demanda presentada por el Fiscal del Tribunal en atención a que "de los cuatro cargos, tres se refieren a errada apreciación de las pruebas de los hechos y circunstancias de los delitos y otro en cuanto a las circunstancias de peligrosidad (artículos 37 y 39 C. P.) con violación indirecta de la Ley sustancial; y en cuanto a los primeros, cabe anotar que de conformidad con jurisprudencia reiterada de la Honorable Corte

en relación con la inadmisibilidad de la causal primera por violación indirecta de la ley en los juicios con jurado, no cabría su alegación".

Consideraciones de la Corte

Evidentemente, y tal como lo recuerda el Procurador, la Corte ha sostenido en diversos fallos que en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la alegación de la causal de que se ocupa el inciso segundo ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y que se refiere a la violación de la ley sustancial penal "por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba". Y esto, en razón de que en tales juicios los jueces populares cuentan con plena libertad en la estimación de las pruebas, subordinada apenas así a su íntima convicción. Y además, porque de prosperar ese motivo de impugnación de la sentencia en tales juicios, la declaración de la Corte equivaldría a una declaratoria de contra-evidencia del veredicto con los hechos, cuestión esta que de acuerdo con nuestro ordenamiento legal es privativa de los jueces de derecho en las instancias.

En apoyo de la tesis relativa a la inoportunidad jurídica de la alegación de la causal primera de casación en los juicios en que interviene el jurado hay que tomar en cuenta que de acuerdo con lo establecido por el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, para el caso de que prosperara la causal primera, correspondería a la Sala Penal de la Corte, casar el fallo, y dictar el que deba reemplazarlo, lo cual es a todas luces injurídico por cuanto que con semejante proceder la Corte estaría violando las normas propias, y muy propias del proceso, ya que tendría que dictar la sentencia respectiva, con prescindencia absoluta del veredicto del jurado, lo cual, se repite, resulta ser una atrocidad jurídica.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Buga contra la sentencia de 11 de julio de mil novecientos setenta y cinco por la cual se condenó a Carlos Enrique Restrepo Osorio u Ospina Restrepo y a Mario Restrepo Ospina u Ospina Restrepo a la pena principal de veinticuatro años de presidio y a las accesorias de rigor por el delito de homicidio agravado cometido en las personas de tres desconocidos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEFENSA DEL PROCESADO

Por defensa eficaz no puede entenderse únicamente aquélla cuyos argumentos han sido acogidos por los falladores, sino también todo esfuerzo dialéctico encaminado a esa finalidad, aun cuando sea adversa la decisión de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo treinta de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 15 de 25 de marzo/76.

Vistos

Cumplido el trámite de rigor, se entra a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por AURELIO ANTONIO PINEDA FONSECA contra la sentencia de segundo grado proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 3 de junio de 1975, mediante la cual fue confirmada la de primera instancia dictada por el Juzgado Tercero Superior de la mencionada ciudad, fechada el 24 de agosto de 1974, que condenó al recurrente a la pena principal de treinta y dos meses de presidio, como responsable de un delito de falsedad en documentos, y a las accesorias pertinentes, lo mismo que al pago en abstracto de la indemnización por los perjuicios materiales y morales derivados del delito.

Hechos y actuación procesal

1. El 9 de noviembre de 1968 se celebró en el Municipio de Gigante (Huila) un contrato de permuta de dos vehículos automotores entre Pola Barrera viuda de Cruz y Luis Carlos Díaz Montealegre, quienes se identificaron con las cédulas de ciudadanía números 26497645 y 17027583, expedidas en Gigante y Bogotá, respectivamente. Pola Barrera vda. de Cruz se comprometió a transferirle a Luis Carlos Díaz la propiedad de una camioneta Pick-Up marca "Ford", modelo 1959, color rojo y blanco, de servicio particular, con capacidad de tres cuartos de tonelada, motor número F10C9E-29566 y placas número H-1486; Díaz quedó comprometido a transferirle a la viuda de Cruz la propiedad de un automóvil marca "Pontiac", modelo 1955, con placas número ES-7661 y le encimaría a doña Pola la suma de diez mil pesos moneda corriente, representada en una letra de cambio pagadera el 20 de diciembre de 1968. Además, Díaz pagaría la reparación del automóvil "Pontiac", conforme quedó estipulado en el documento visible a folio 119 del cuaderno principal.

2. El 11 de diciembre siguiente, Luis Carlos Díaz y Pola vda. de Cruz suscribieron un nuevo documento mediante el cual Díaz se comprometió a sufragar los gastos que demandara la reparación del automóvil Pontiac que había dado en permuta por la camioneta de Pola vda. de Cruz. En este nuevo documento se afirma que el Pontiac se encuentra matriculado en la Dirección de Transportes de Soacha (Cundinamarca), en donde reposa el manifiesto que ampara la importación de dicho automotor (folio 120 del cuaderno principal).

3. El 21 de diciembre de 1968, Héctor Cruz Barrera, hijo de Pola Barrera vda. de Cruz, formuló denuncia penal en la Inspección Permanente Central de Policía de Nei-

va contra Luis Carlos Díaz, por haber desaparecido éste sin que hubiera cumplido el compromiso de transferir la propiedad del automóvil, sin pagar los gastos de reparación de dicho automotor, ni de haber cancelado los diez mil pesos en que fue estimada la diferencia de precio de los dos vehículos permutados.

4. Pola Barrera vda. de Cruz cumplió su obligación de transferirle la propiedad de la camioneta a Luis Carlos Díaz, quien a renglón seguido se la vendió a Carlos Julio Jiménez Varón y éste a Manuel Gutiérrez Tello.

5. El automóvil Pontiac resultó matriculado en Soacha a nombre de Alberto Carbó Rincón y no de Luis Carlos Díaz Montealegre, pero con la irregularidad de que el número del motor estaba regrabado, de donde se extrae la convicción de su ilícita procedencia.

6. El 27 de octubre de 1969 fue capturado en Cali Aurelio Antonio Pineda Fonseca, con cédula de ciudadanía número 2'870.169, expedida en Bogotá, en los momentos en que conducía la camioneta que había recibido Luis Carlos Díaz, en permuta, de Pola Barrera vda. de Cruz, pero ya con nuevas placas, como lo son las distinguidas con el número V23875.

7. En su indagatoria, Luis Carlos Díaz Montealegre reconoció que se llama Aurelio Antonio Pineda Fonseca, quien confesó haber sido la misma persona que suscribió los documentos de permuta, pero con el nombre de su amigo, el señor Luis Carlos Díaz Montealegre, cuyo número de cédula hizo aparecer en tales documentos como si fuera el de Pineda Fonseca. Asimismo firmó con el nombre de Luis Carlos Díaz, y la cédula de éste, la solicitud de traspaso tanto del automóvil Pontiac a favor de Pola Barrera vda. de Cruz, como de la camioneta que obtuvo de ésta. El estudio grafológico llegó a la conclusión de que la huella dactilar puesta por el contratante Luis Carlos Díaz Montealegre en todos los documentos de que se ha hecho mención, resultó ser la de Aurelio Antonio Pineda Fonseca, quien aparece cedulado en Bogotá bajo el número 2'870.169.

8. El Juzgado Tercero Superior de Neiva, por providencia del 26 de marzo de 1973, calificó el mérito de la investigación con un auto de proceder contra Aurelio Antonio Pineda Fonseca, como autor de un delito de falsedad documental, y adoptó otras determinaciones que no es el caso de relacionar, por no estar vinculadas al recurso de casación que se decide (folios 92 a 124 del C. Nº 4).

9. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala de Decisión Penal, por providencia del 16 de abril de 1974, le impartió confirmación al auto de proceder (folios 10 a 19 del C. Nº 5).

10. Tramitado el juicio, el Juzgado Tercero Superior de Neiva dictó sentencia el 24 de agosto de 1974 por medio de la cual condenó a Aurelio Antonio Pineda Fonseca a la pena principal de treinta y dos meses de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos, y a las accesorias de pérdida de toda pensión, jubilación, sueldo de retiro de carácter oficial y de la patria potestad. Asimismo, también lo condenó, en abstracto, al pago de la indemnización por los perjuicios materiales y morales derivados del delito, en favor de quien se considere con derecho a reclamarla (folios 31 a 37 del C. Nº 5).

11. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala de Decisión Penal, profirió sentencia el 3 de junio de 1975 por medio de la cual confirmó la de primer grado (folios 13 a 23 del C. Nº 6).

La demanda de casación

Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el procesado Aurelio Antonio Pineda Fonseca contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala de Decisión Penal, su apoderado, el doctor Pablo Salah Villamizar, fundamentó la impugnación mediante demanda en la cual adujo las siguientes causales:

Nulidad del proceso

a) "La sentencia acusada fue dictada por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en un proceso viciado de nulidad", agregando que "la causal de casación que se invoca como principal motivo de la impugnación es la cuarta prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Fundamenta la impugnación en los siguientes cargos:

Primer cargo

"La sentencia condenatoria proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional por total ausencia de defensa del procesado en la etapa del sumario y el juicio" y como demostración de este cargo manifiesta que los abogados que representaron al procesado en el sumario y en la causa no llevaron a cabo una adecuada defensa, porque ni presentaron alegatos, ni solicitaron la práctica de pruebas, ni concurrieron a los actos procesales a que estaban obligados, habiéndose limitado a interponer algunos recursos. Este cargo lo funda el impugnante en la consideración de que no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, a que se refiere el artículo 26 de la Constitución Nacional, siendo una de tales formas la defensa formal o técnica, llevada a cabo por un profesional de derecho, de la cual no gozó el procesado, por ausencia total de actividad por parte de los profesionales que llevaron su representación, tanto en el sumario como en el juicio.

Segundo cargo

"El auto de proceder formulado por el juzgador de segunda instancia en este proceso no reúne las exigencias del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal por incorrecta formulación del cargo de falsedad en documentos privados". Sostiene el impugnante: "En el auto de proceder dictado por el Juez Tercero Superior de Neiva y confirmado por el Honorable Tribunal Superior, se le dedujo en contra del sindicado Pineda Fonseca la imputación penal de ser responsable del delito de falsedad documental en los términos del artículo 242 del Código Penal. Y esa formulación del cargo carece de respaldo procesal en razón de que se trata de un negocio civil que fue incumplido por parte de Pineda Fonseca.

Argumenta el impugnante que Pineda Fonseca incumplió las obligaciones provenientes de un contrato de permuta de dos automotores, incumplimiento que debe ser reglado por el Código Civil y no por las prescripciones del estatuto penal, y para demostrar tal aserto hace una presentación parcial de su actividad hasta conseguir que Pola Barrera vda. de Cruz le transfiriera la propiedad de una camioneta. Cita como aplicables los artículos 1602, 1618 y 1871 del Código Civil.

Considera que, en el peor de los casos, el procesado habría cometido el delito de estafa que describe el artículo 408 del Código Penal, porque el automóvil Pontiac se encontraba embargado en un proceso de ejecución similar que se le seguía a Pineda Fonseca, concluyendo que acusa "la sentencia dictada por el Honorable Tribunal Superior de Neiva que es objeto de la presente acusación ante la Honorable Corte, teniendo como basamento impugnatorio la nulidad supralegal en que incurrió el fallador ad quem en el auto calificatorio del proceso, en razón de que se le dedujo el delito de falsedad en documento privado, cuando en verdad, la situación jurídica del procesado ha debido gobernarse con sujeción a las previsiones contenidas en el artículo 1602 y ss. del Código Civil que trata de la interpretación de los contratos". Y agrega, como consideración final: "La nulidad que apareja un yerro interpretativo de tal naturaleza, constituye en casación falta de 'aplicación de la ley favorable' para resolver los intereses jurídicos del imputado, yerro que genera violación del artículo 26 de la Constitución Nacional".

Tercer cargo

Afirma el impugnante: "Acuso la sentencia dictada por el Honorable Tribunal Superior de Neiva por 'falta de observancia de las formas propias del juicio' previstos en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto que las pruebas decretadas por el señor Juez Superior no fueron practicadas".

Como demostración del cargo relaciona algunas providencias dictadas para ampliar la investigación por los Jueces Sexto Penal del Circuito y Tercero Superior de Neiva, las cuales se quedaron sin cumplir "por falta de interés de los mismos funcionarios que las decretaron" y resume sus argumentaciones así: "Este tercer cargo que me per-

mito formular a la sentencia recurrida al amparo de la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal tiene su fundamentación en el hecho suficientemente acreditado en el proceso, de que cuando se cerró la investigación, no se habían practicado las pruebas fundamentales las que habían sido decretadas por el juez del conocimiento, pruebas que eran indispensables para la determinación de la responsabilidad del procesado, pues con el aporte de estas pruebas, el procesado hubiera podido demostrar su inocencia o la condena se hubiera atemperado en grado sumo. Y la calificación que se le dio al proceso no guarda armonía con la plenitud de formas en el juzgamiento del procesado de que habla el artículo 26 de la Carta, en su previsión denominada falta de observancia de la plenitud de formas propias del proceso penal".

Violación indirecta de la Ley sustancial

b) "La sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva mediante la cual se condenó al procesado Marco Aurelio Pineda Fonseca, es violatoria de la Ley sustancial. El Honorable Tribunal sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas obrantes en el proceso, error que consistió en atribuirles un valor probatorio que no tienen y asignarles el valor de plena prueba a medios probatorios que en rigor legal no alcanzan a constituir la plena prueba que la ley exige para dictar sentencia condenatoria en contra de un procesado", señalando expresamente la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal como invocada.

Funda la impugnación en los siguientes cargos:

Primer cargo

El Tribunal sentenciador estimó como plena prueba el documento suscrito entre el procesado, (quien no obstante llamarse Aurelio Antonio Pineda Fonseca utilizó los nombres y apellidos de Luis Carlos Díaz Montealegre) y Pola Barrera vda. de Cruz, mediante el cual se celebró una permuta de automotores, y ese documento no ha sido reconocido por el condenado. "El documento aportado al proceso, concluye el impugnante, como prueba fundamental de la infracción, carece del requisito del reconocimiento hecho por las partes, requisito indispensable para que se pueda tener como auténtico al tenor de lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia penal por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal".

"Por manera que, no reuniendo el documento suscrito por las partes contratantes las exigencias determinadas por la ley, como son las de que el documento haya sido reconocido por las partes que lo suscribieron y que se hayan pagado los impuestos fiscales, no se puede tomar el documento aportado al proceso como plena prueba para derivar de él el libre convencimiento y dictar sentencia condenatoria en contra de un procesado. En este caso, se quebrantó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal al atribuirle pleno valor probatorio a un documento privado que no reúne las exigencias previstas por la ley para su producción".

Agrega la demanda que también incurrió en error el Tribunal sentenciador al considerar el incumplimiento de un contrato civil como expresión delictuosa; que el haber tomado el procesado el nombre de su amigo Luis Carlos Díaz Montealegre, para suscribir todos los documentos relacionados con la permuta de los dos vehículos automotores, es una falsedad inocua, que carece de significado penal; que la circunstancia de estar embargado el utomóvil Pontiac, cuando el procesado lo permutó con la camioneta de Pola vda. de Cruz, no puede constituir un delito de falsedad documental, porque el artículo 1871 del Código Civil le da validez a la venta de cosa ajena, por cuya razón "la conducta asumida por Pineda Fonseca se regulaba por el artículo 409 del Código Penal que reprime la conducta del que enajene como libre cosa que tiene algún gravamen o que está embargada o secuestrada. Y este error condujo al sentenciador a violar, por error de derecho en la apreciación de estos medios probatorios el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y en forma indirecta el artículo 242 del Código Penal".

Segundo cargo

El Tribunal sentenciador "incurrió en error de derecho en la apreciación de una prueba consistente en el uso de una cédula de ciudadanía que no correspondía a Marco Aurelio Pineda Fonseca, omisión que llevó al sentenciador a violar en forma indirecta la Ley sustancial".

Como demostración del cargo se afirma que el sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho al no analizar la prueba aportada a los autos referente al hecho de que el condenado Marco Aurelio Pineda Fonseca utilizó la cédula de ciudadanía de Luis Carlos Díaz Montealegre, por lo cual "incurrió en manifiesto error de hecho el Honorable Tribunal sentenciador al deducir de este medio de prueba una falsedad en los términos del artículo 242 del Código Penal, cuando en estricto derecho probatorio esa modalidad aparentemente delictual significa quebrantamiento del artículo 244 del Código Penal que reprime al que haga uso de pasaportes o cédulas de ciudadanía, reprimido este hecho con prisión de seis meses a dos años".

Termina la demanda de casación expresando que el concepto de la violación radica: "el primer cargo formulado a la sentencia acusada dentro del marco de la causal primera de casación propuesta como subsidiaria de la cuarta, la formulo por error de derecho en la apreciación de las pruebas que llevaron al sentenciador de segundo grado a violar en forma indirecta la Ley sustancial", agregando que "el segundo cargo que le formula la sentencia acusada lo formulo por error de hecho en que incurrió el fallador ad quem al no ver que la prueba aportada al proceso derivada del uso de la cédula de ciudadanía de propiedad de Luis Carlos Díaz Montealegre encajaba dentro del artículo 244 del Código Penal. Y como el Tribunal no analizó esa prueba, surge por ese aspecto un evidente error de hecho que condujo al sentenciador a darle aplicación indebida a la Ley sustancial. El tipo de violación es el de la vía indirecta por error de hecho".

La petición con que finaliza la demanda es la de que se declare la nulidad de la sentencia acusada, con fundamento en la causal cuarta del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual debe dársele cumplimiento a lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 583 siguiente. En forma subsidiaria solicita que se invalide la sentencia recurrida, para lo cual invoca la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y solicita que se dicte el fallo que deba reemplazar al de segunda instancia.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en extenso escrito, analiza la demanda de casación y solicita que ésta sea desechada. No se transcriben los argumentos de la Procuraduría porque serán utilizados por la Sala al estudiar las causales invocadas y los cargos que sirven de fundamento.

Consideraciones de la Corte

Se entra a examinar, en el mismo orden en que fueron propuestas, las causales de casación invocadas en la demanda:

Causal cuarta de casación

Se hace consistir en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto se profirió la sentencia acusada con base en un proceso viciado de nulidad, y la fundamenta en las siguientes acusaciones:

Primer cargo

a) El acusado Aurelio Antonio Pineda Fonseca careció de una defensa formal o técnica, a lo largo de todo el proceso, porque los abogados que lo asistieron en el sumario y en la causa asumieron una actitud omisiva en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones defensivas en favor del procesado.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal refuta el cargo en los siguientes términos:

"La demanda de casación guarda silencio en relación con la audiencia. Esta actuación se cumplió el 12 de agosto de 1974 y el defensor de oficio, doctor Sandino González intervino de manera extensa, explicó en detalle el desarrollo de los acontecimientos y señaló los puntos que, en su opi-

nión, demostraban la inocencia del acusado. Observa este Despacho que precisamente la demanda de casación desarrolló estos puntos para apoyar su solicitud de invalidación del fallo condenatorio.

"Por último, el defensor de oficio apeló de la sentencia de primer grado al momento de notificarse.

"Considera este Despacho que el derecho de defensa estuvo garantizado en el presente proceso. En el sumario, el acusado voluntariamente se sustrajo a la acción de la justicia y en el plenario estuvo representado por abogado titulado, profesional que realizó encomiable esfuerzo en el acto de la audiencia pública para obtener la absolución de Pineda Fonseca. No está por demás recordar que esta actuación es la más importante del juicio y la ley ordena la presencia obligatoria del defensor, sin la cual la diligencia es nula.

"Por último, se recuerda que conforme a la técnica propia de este recurso extraordinario no es suficiente afirmar la falta de defensa, ya que es absolutamente indispensable indicar por ejemplo qué pruebas habría podido solicitar el defensor o qué tesis jurídicas se habrían podido invocar. En el libelo en estudio el actor se limita a criticar el silencio de sus colegas, pero ni siquiera insinúa las diligencias que han debido realizarse o cuál la doctrina predicable, distinta a los temas propuestos en la audiencia pública, como ya se comentó".

El análisis de la Procuraduría sobre la asistencia técnica que tuvo el procesado durante la causa, constituye un estudio objetivo de los autos. Durante la audiencia pública que celebró el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 12 de agosto de 1974, el defensor, doctor Joaquín Sandino González hizo una extensa exposición sobre lo que, en su concepto, constituían fallas fundamentales del proceso. Así mismo analizó muy pormenorizadamente las relaciones que quedaron plasmadas en los documentos que se han considerado falsificados, para concluir que se estaba juzgando a Pineda Fonseca como autor de una conducta ilícita, siendo en realidad un simple caso de incumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato civil.

Tiene razón la Procuraduría cuando sostiene que la demanda de casación no es cosa distinta que un desarrollo de los argumentos esgrimidos en la audiencia pública por el defensor del procesado, de donde resulta obvio concluir que ha habido una línea defensiva idónea a lo largo del proceso, y que ha culminado con la demanda de casación. Cosa diversa es que las argumentaciones de la defensa no hayan sido acogidas por los administradores de justicia, como ha ocurrido en este proceso. Por defensa eficaz no puede entenderse únicamente aquélla cuyos argumentos han sido acogidos por los falladores, sino también todo esfuerzo dialéctico encaminado a esa finalidad, aun cuando sea adversa la decisión de la justicia.

No interponer recursos, no solicitar pruebas, o no formular alegaciones durante el sumario, en muchas ocasiones puede significar tácticas defensivas asumidas conscientemente por el abogado que patrocina la causa de su cliente. Si es cierto que durante la etapa investigativa no hubo actuación destacada del apoderado del acusado, también lo es que su defensor durante la audiencia pública expuso nutrida serie de argumentos orientados a obtener la absolución del procesado.

También está en lo cierto la Procuraduría cuando sostiene que el cargo de la defensa deficiente o ausente, no debe únicamente enunciarse, sino demostrarse, con la enumeración de las pruebas que dejaron de solicitarse, indicando la reverecusión que ellas habrían tenido en la solución final del proceso. Porque dejar de practicar pruebas que no tengan por finalidad demostrar la inexistencia del cuerpo del delito, o la inocencia del acusado, o alguna circunstancia modificadora de la responsabilidad, o eximente de ella, o, en fin, cualquiera de los extremos procesales que tengan la consecuencia de asegurar la absolución o una rebaja de pena, no puede entenderse como defensa ineficaz. Así mismo, cuando no se manifiesta cuál es la tesis jurídica que la defensa hubiera podido exponer, a efecto de que la justicia, al tenerla en cuenta, falle en favor del acusado, o acuerde una rebaja de la pena imponible, se está en imposibilidad de estudiar el cargo, por cuanto se enunció, pero no se expuso en sus funda-

mentos, ni se dijo cuál sería su repercusión en la sentencia acusada.

La demanda de casación guarda absoluto silencio sobre las circunstancias anotadas, razón por la cual el cargo de ausencia de defensa no prospera;

b) Segundo cargo

Se hace consistir en la aseveración de que el auto de proceder no reúne las exigencias del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto formuló de manera incorrecta el cargo de falsedad en documento privado, conforme la descripción del artículo 242 del Código Penal, cuando debió encuadrarlo dentro de las normas del Código Civil, por tratarse no de un delito, sino de incumplimiento de obligaciones emanadas de un negocio civil.

La Procuraduría cuestiona esta acusación en los siguientes términos:

"De la lectura de este cargo se infiere que no se trata de 'imprecisión' en el auto de enjuiciamiento sino de la absolución del acusado, por tratarse de incumplimiento de un contrato y no de la comisión de un delito.

"Este planteamiento, como es sabido, es ajeno a la causal cuarta de casación y más bien propio de la causal primera. Aquel motivo se refiere a vicios in procedendo y éste a vicios in iudicando.

"No sobra recordar que 'la imprecisión en el auto de proceder' como motivo de nulidad del orden constitucional ocurre cuando los términos de esa providencia en su parte resolutiva son tan vagos y confusos que impiden conocer con claridad el cargo que se formula. El procesado no sabe con exactitud de qué se le acusa y en estas condiciones se lesiona el medio de defensa.

"El demandante en casación no censura la calificación del proceso por ambigüedad sino por error en la estimación de las pruebas, ya que su poderdante ha debido ser absuelto del cargo de falsedad en documentos privados en vez de ser comprometido en juicio".

El enjuiciamiento se hizo en los siguientes términos:

"Abrir causa criminal por el procedimiento ordinario y sin intervención del jurado de conciencia, contra Aurelio Antonio Pineda Fonseca o Luis Carlos Díaz Montealegre, por haberlo encontrado responsable en la comisión del delito de falsedad documental que define y sanciona el Libro II, Título XVI, Capítulo III del Código Penal, según hechos que tuvieron ocurrencia en el mes de noviembre de 1968 en la ciudad de Gigante y Neiva contra los intereses de Pola Barrera vda. de Cruz y conforme a las circunstancias de modo indicadas en la parte motiva.

"Aurelio Antonio Pineda Fonseca es hijo de José Miguel Pineda y Valentina Fonseca, natural de Tunja, casado, alfabeta, empleado e identificado con la cédula de ciudadanía número 2'870.169, expedida en Bogotá" (folio 122 del C. Nº 4).

Se trata de un llamamiento a juicio con fundamento en la acusación precisa de que el procesado cometió un delito de falsedad en documento en noviembre de 1968, en las ciudades de Gigante y Neiva, contra el patrimonio de Pola Barrera vda. de Cruz.

Esta acusación no adolece de vaguedad ni sus términos son contradictorios o anfibológicos. Cuando el auto de proceder no determina con exactitud la acusación, o el tiempo o el lugar en que la infracción incriminada se consumó, o cuando de su texto emana la duda sobre cuál sea el verdadero autor, o cuando incluye expresiones que pudieran servir para basar en ellas conclusiones contradictorias sobre el cuerpo del delito o la autoría, se está en presencia de una falla fundamental que atenta contra el derecho de defensa de todo procesado, debido a que, como lo apunta la Procuraduría, el procesado no sabría cómo adelantar su defensa, por desconocer los cargos en que se basa la acusación.

El ataque lo dirige la demanda, no contra la manera como el auto de proceder determinó el motivo del enjuiciamiento, sino por el error jurídico en que incurrió al tener como conducta delictuosa un mero incumplimiento de obligaciones contractuales civiles. Esto significa que se trata de una argumentación que habría podido servir para exponer razones jurídicas pertinentes a la causal primera de casación por aplicación indebida de una norma penal, pero no para sustentar el cargo de que el auto de proceder no determinó con exactitud la autoría, la infracción incriminada, el lugar o la época de su consumación, o que sus tér-

minos son tales que no se sabe a ciencia cierta en qué consiste la razón de la vocación a juicio.

Por lo tanto, este cargo tampoco puede ser tenido en cuenta;

c) Tercer cargo

Se impugna la sentencia por inobservancia de las formas propias del juicio penal, debido a que varias pruebas decretadas por los funcionarios que adelantaron la investigación o dirigieron el juicio, no las practicaron.

El Ministerio Público comenta al respecto

"Observa esta Procuraduría Delegada que, conforme a la técnica propia de este recurso extraordinario, no es suficiente sostener que no se practicaron determinadas pruebas, ya que es absolutamente indispensable analizar la trascendencia de cada una de ellas y su incidencia en el derecho de defensa. En la demanda en estudio ni siquiera se indican las diligencias que se dejaron de practicar y menos se examina su importancia y su influencia en la sentencia objeto de este recurso. En concreto, es necesario demostrar que de haberse practicado esas pruebas la situación jurídica del acusado habría cambiado sustancialmente".

Comparte la Sala el anterior planteamiento porque la demanda de casación no expone los fundamentos del ataque a la sentencia acusada, como serían la enumeración de las pruebas que se dejaron de practicar, y la incidencia que ellas habrían tenido en favor del acusado. Debido a esta deficiencia de la demanda, la Sala carece de los medios de información que pudieran servirle para formar un criterio objetivo sobre la ausencia probatoria que se enuncia en la demanda. Por otra parte, no le sería permitido a esta Corporación suplir al demandante para adicir argumentaciones que no fueron propuestas, o para hacer análisis procesales que no forman parte de la acusación. La Procuraduría enfoca certeramente la crítica de este cargo, al sostener que fue deficientemente planteado, porque ni se enumeraron los medios probatorios que dejaron de incorporarse al proceso, ni se suministró una explicación adecuada sobre la repercusión que tales probanzas habrían tenido en favor del condenado.

Lo expuesto es suficiente para rechazar este cargo, con lo cual se concluye que la causal invocada de haberse dictado la sentencia de segundo grado en un proceso afectado de nulidad, no encuentra demostración procesal.

Causal primera de casación

Como petición subsidiaria, la demanda invoca la causal primera de casación, por estimar que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de una prueba al darle un alcance probatorio que no tenía, y en error de hecho al desconocer la presencia de otra prueba.

Para demostrar la impugnación, se hacen los siguientes cargos:

a) Primer cargo

El documento privado en que consta la permuta del automóvil Pontiac del acusado con la camioneta de Pola Barrera vda. de Cruz no fue reconocido por Pineda Fonseca, y no obstante tal omisión, el sentenciador le atribuyó pleno valor probatorio, con lo cual se quebrantó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, dando por resultado la violación del artículo 242 del Código Penal en forma indirecta.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal refuta el aserto de la demanda, en los siguientes términos:

"Esta afirmación no corresponde a la verdad procesal porque Pineda Fonseca en la indagatoria admitió la celebración del contrato de permuta con la señora Pola Barrera vda. de Cruz y el otorgamiento de un documento (folio 231 del C. Nº 1). El mismo Aurelio Pineda reconoció haber suscrito las constancias de traspaso con el nombre de Luis Carlos Díaz Montealegre, tal como aparece a folios 47 a 51 y 52 a 54 del mismo cuaderno. Además, se recuerda, la huella dactilar que aparece en los documentos citados no corresponde a Luis Carlos Díaz Montealegre sino a Aurelio Antonio Pineda Fonseca (folio 151 del C. Nº 1).

"En resumen, probada la autenticidad

de los escritos cuestionados según las prescripciones del artículo 263 del Código de Procedimiento Penal, el valor probatorio de documento privado que se les asignó en las sentencias está perfectamente ajustado a la ley".

La Procuraduría comenta otras argumentaciones que contiene la demanda para sustentar el cargo que se analiza, llegando a la conclusión de que las razones expuestas no se refieren propiamente a una violación indirecta de la ley sustancial, sino a la violación directa, cuya invocación no se ha hecho en la demanda.

Es lo cierto que todos los documentos que el acusado suscribió con el nombre de Luis Carlos Díaz Montealegre, relacionados con el negocio de la permuta de dos automotores con Pola vda. de Cruz, fueron reconocidos por el condenado como auténticos. Además, el experticio que se produjo sobre la huella dactilar puesta en ellos, comprobó que por pertenecer ella a Pineda Fonseca, la autenticidad de tales documentos también resulta establecida con la prueba pericial. De donde emana la consecuencia de que el sentenciador de segunda instancia procedió correctamente al darle a esos documentos privados el alcance de plena prueba, razón por la cual resulta lógico rechazar el cargo;

b) Segundo cargo

La sentencia acusada incurrió en error de hecho al no apreciar como prueba la cédula de ciudadanía de Luis Carlos Díaz Montealegre, cuyo número estampó el procesado Pineda como si fuera el que le corresponde en su documento de identificación.

La Procuraduría se refiere a esta impugnación en los siguientes párrafos, que la Sala comparte:

"En primer lugar, las sentencias impugnadas sí se ocuparon del hecho de haber utilizado Pineda Fonseca la cédula de ciudadanía expedida a Luis Carlos Díaz Montealegre, cuyo número aparece consignado en los documentos de traspaso y en el contrato de permuta y, en segundo lugar, no se trata de una conducta aislada sino uno de los actos integrantes del comportamiento doloso del acusado, que indujo en error a la señora Pola Barrera vda. de Cruz y que culminó con el intercambio de los vehículos.

"En consecuencia, no se trata de error de hecho porque la sentencia impugnada sí se refirió al uso por parte de Pineda Fonseca de la cédula de ciudadanía de Luis Carlos Díaz Montealegre; además, como ya se expresó, se yerra por el actor en aislar esa conducta del conjunto de actos dolosos que constituyeron el delito aquí investigado".

Lo anterior resulta suficiente para considerar que este cargo no resultó probado.

De lo expuesto se deduce la consecuencia de que ninguna de las causales invocadas contra la sentencia acusada puede prosperar.

Investigación penal contra los notarios Primero y Segundo de Neiva

A folios 47 vto. y 48 vto., del Cuaderno Nº 1 se lee una certificación del Notario Primero de Neiva, de fecha 11 de septiembre de 1968, según la cual, Luis Carlos Díaz reconoció los documentos que conforman los mencionados folios, presentó la cédula de ciudadanía Nº 17'027.583 de Bogotá, y estampó su huella dactilar en tal diligencia.

En el folio 52 vto. del Cuaderno Nº 1 el Notario Segundo de Neiva certificó, el 19 de diciembre de 1968, que Luis Carlos Díaz Montealegre presentó la cédula de ciudadanía número 17'027.583 de Bogotá, que reconoció el documento que figura en el anverso del mencionado folio y que estampó su huella dactilar.

Como el experticio que se practicó en el proceso demostró que la huella dactilar mencionada en las certificaciones antes relacionadas no corresponde a Luis Carlos Díaz Montealegre sino a Aurelio Antonio Pineda Fonseca, quien fue la persona que concurrió a las notarías Primera y Segunda de Neiva al reconocimiento de los documentos antes relacionados, portador de la cédula de ciudadanía 2'870.169 de Bogotá (véase folio 150 del C. Nº 1), resulta obvio disponer que se adelante una investigación para averiguar la responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir los notarios Primero y Segundo de Neiva, que desempeñaron funciones notariales para las fechas

en que fueron expedidas las aludidas certificaciones.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso extraordinario de casación de que se ha hecho mérito en la motivación de esta providencia, y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Por el Juzgado Tercero Superior de Neiva se ordenará la expedición de las copias pertinentes para que se adelante investigación contra los notarios Primero y Segundo de dicha ciudad, que suscribieron las certificaciones que constan a folios 47 vto., 48 vto., y 52 vto., del cuaderno Nº 1.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO. — FALSEDAD. — CONCUCION. — DEFINICION. — DELITOS CONTINUADOS Y CONCURSO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril primero de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 15.

Vistos

Estando clausurada la investigación y habiendo vencido el término del traslado a las partes, procede la Sala a calificar el mérito del sumario contra el ciudadano PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON, quien en desempeño de sus funciones de Cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia, Venezuela, habría incurrido en infracciones de carácter administrativo y penal.

Hechos y actuación procesal

Con base en proceso disciplinario que se siguió contra el ex-Cónsul, por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, se adelantó este sumario en el que le formulan seis cargos, que el Procurador Segundo Delegado en lo Penal sintetiza así, y que la Sala transcribe por ser trasunto fiel del proceso:

"1º Expedición de Pasaportes: a) Sin colocarse las estampillas correspondientes pagadas por los interesados, o adhiriendo estampillas por menores valores a los legalmente exigidos y pagados; b) Cobrar derechos por valores superiores o inferiores a los contemplados en el arancel consular.

"2º Relacionar inexactamente los pasaportes vendidos haciendo figurar varios de ellos como expedidos en meses posteriores a los en que lo fueron.

"3º Causar perjuicios a cerca de mil ciudadanos colombianos, porque al no adherir en sus pasaportes las estampillas de rigor, algunos fueron considerados indocumentados por las autoridades venezolanas y encarcelados, además de perder los dineros pagados en el Consulado y dejar 127 pasaportes en las mismas condiciones a su retiro del Consulado, cuyos dueños, al igual que los anteriores, pagaron de conformidad los derechos. A ninguno le expidió comprobante de pago.

"4º Rendir las cuentas al Consulado General de Colombia en Nueva York y al Ministerio —cuando se le pidieron explicaciones— en forma notoriamente inexacta.

"5º Reportar un faltante de más de $ 80.000.00 bolívares, provenientes de las actividades propias del Consulado, los cuales él tenía en efectivo en su poder, no obstante saber la obligación de consignarlo en cuenta corriente a nombre de la oficina confiada a su cuidado (eran consignados en su cuenta particular), aduciendo un supuesto atraco, precisamente el día en que debía hacer entrega del Consulado al ciudadano designado para reemplazarlo. Agregó que en la misma ocasión fue despojado de un automóvil de su propiedad.

"6º El otorgar tarjetas de turismo con automóvil a ciudadanos colombianos, contrariando las disposiciones que sólo autorizan el permiso para los extranjeros. RENE AMAYA RODRIGUEZ, días antes del supuesto atraco, recibió esa clase de tarjeta por 90 días respecto del vehículo que el ex-Cónsul aseguró le fue robado".

En el curso de la investigación se allegaron abundante prueba documental y varios testimonios y se oyó en indagatoria al acusado con los siguientes resultados:

1º Desempeñó el cargo entre el 2 de febrero de 1973 y el 5 de agosto de 1974 (fls.

421 y 412) por Decreto 2197 de 27 de noviembre de 1972 y desincorporado por Decreto 985 de 27 de mayo de 1974 (fl. 33, acta administrativa).

2º En cuanto a las acusaciones formuladas por la expedición de pasaportes sin el lleno de los requisitos, y mientras el acusado duró en el desempeño de su cargo, se encontraron los siguientes elementos probatorios:

El 4 de abril de 1973 el entonces Cónsul de Colombia en Valencia le expidió sin estampillar un pasaporte a HERMINIA GUTIERREZ GERONIMO; el 10 de mayo de 1973 le expidió pasaporte en la misma forma a LEONOR MARIA TORRES DE MARQUEZ; el 23 de septiembre a MARIA ESPERANZA ESCOBAR CHAR, en iguales condiciones; en enero de 1974 se lo expidió, en circunstancias similares, a LUIS ALBERTO OSPINO y LUIS CARLOS ESCOBAR, a quienes les cobró 90.00 Bs.; el 27 de febrero de 1974 se lo expidió en las mismas condiciones a JAIME PAEZ ROCHA; el 29 de abril siguiente expidió pasaporte a ANA VICTORIA CHIVATA DE ROJAS; el 26 y el 29 de julio del mismo año les expidió pasaportes a LIZARDO HERNANDEZ OROZCO y TERE GENITH GOMEZ, pasaportes todos sin estampillar. Todo lo anterior puede verse a los folios 520 a 523, 563, 536 a 537, 524 a 528, 534, 535, 561 y 529 a 532.

De todos estos casos conoció el Consulado General en Caracas (fls. 533, 534 y 536) y el Consejero de la Embajada y Encargado de Negocios Consulares, y se recibieron declaraciones juradas a LUIS ALBERTO OSPINO y MARIA ESPERANZA ESCOBAR.

3º Respecto de las exigencias y pago de derechos por encima del arancel consular declararon ante el Cónsul en Caracas: Luis Alberto Ospino, Luis Carlos Escobar, Ana Victoria Chivatá de Rojas, Lizardo Hernández Orozco y Tere Genith Gómez (fls. 534, 561, 529 y 530). Así mismo, Olga Garrido dirigió queja el 19 de febrero de 1974 al Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, porque Caballero Villazón le cobró Bs. 40 por autenticar una firma, gestión que a la postre hubo de realizar en Bucaramanga.

Con respecto a los cobros por sumas inferiores a los del arancel, no embargante haber sido oportunamente informado de la modificación de tarifas, sucedieron en el mes de julio de 1974, durante el cual se produjo el mayor movimiento del Consulado. En efecto, el 9 de julio de 1974 el ex-Cónsul Caballero Villazón acusó recibo de la Circular Nº C-101/20 de 12 de junio de ese año sobre aumento de tarifas de Bs. 30.00 y Bs. 5.00, respectivamente por expedición y revalidación de pasaportes de trabajadores (fl. 535) y sin embargo en los cuadros estadísticos de tal mes informó haber cobrado tales pasaportes por el antiguo valor Bs. 10.00 (fls. 254-423 y 440 a 464).

4º La inexactitud en relaciones de cuentas mensuales se desprende de los cuadros estadísticos remitidos por el Jefe de la División Consular del Ministerio y visibles a los folios 254 a 270 y del análisis realizado por el Jefe de la División de Asuntos Consulares, doctor GABRIEL JULIAO LARA en su memorando del 30 de agosto de 1974, al Ministerio de Relaciones Exteriores, donde demostró la inexactitud de Caballero Villazón. En dicho memorando se dice:

"Se presenta confusión en los datos suministrados por el ex-Cónsul en relación con el dinero que percibió durante el mes de julio y la cantidad que reporta como robada. Veamos: en el informe oficial que sobre el atraco rindió al Ministerio... afirma... que le fue robada la suma de Bs. 84.308.00. Esto es US$ 19.606.50. De acuerdo al dato suministrado en el cuadro del movimiento general de julio, el dinero recibido por él para estampillas ascendió a US$ 17.485.00, cifra que sumada a lo percibido por libretas de pasaportes ordinarios y de trabajadores, US$ 2.730.50, nos da un total de US$ 20.215.50, es decir, quedaban US$ 609.00 en poder de Caballero, suma que no entregó ni de la cual dio razón, según consta en el Acta de entrega". "No quiero referir ahora al monto de estampillas disponibles para el mes de julio, por cuanto tal monto constituye a la vez la parte de los dineros que le fueron robados. DESAFORTUNADAMENTE, no está aún este Despacho en posibilidades de establecerlo con precisión, a lo cual ha de agregarse el hecho de que cuando le fue solicitada una explicación a PERFECTO CABALLERO sobre el particular, éste varió sustancialmente los datos que comunicara originalmente en los cua-

dros estadísticos de julio y no pudo precisar si recibió un envío de Nueva York en el transcurso del mes de US$ 1.431.00 ya que en caso afirmativo el dinero robado proveniente de estampillas ascendería a US$ 4.297.00 y en caso negativo a US$ 2.896.00 de acuerdo a la lógica del saldo disponible reportado por Nueva York para el primero de julio. Además en el punto 11º del memorial explicatorio que dirigió Caballero al Ministerio en la presente semana, varía caprichosamente la cifra sobre existencia de especies venales, pues la suma sería US$ 3.279.00 y ya no US$ 2.878.00, conforme al dato suministrado a Nueva York el 30 de junio de 1974".

5º La inexactitud en la elaboración de relaciones mensuales de expedición y revalidación de pasaportes se produjo en los casos de Luis Alberto Ospino, a quien le fue entregado su pasaporte Nº PTA—057550 el 28 de enero de 1974, pero apareció relacionado en julio de ese año; de María E. Escobar Char, quien recibió el Nº PTA—048360 de 28 de septiembre de 1973, pero se relacionó en mayo de 1974, y de Leonor María Torres de Márquez, quien recibió el PTA—037758 el 10 de mayo de 1973, pero sólo fue relacionado en junio de ese año. El G—18737 de Angel Emilio Pinzón Martínez le fue revalidado por dos años el 12 de febrero de 1973, y aparece relacionado en marzo del mismo año (fls. 440, 489, 424; 534 a 537 y 562).

6º En su indagatoria el señor CABALLERO VILLAZON admitió haber dejado 127 pasaportes firmados, mas sin estampillas, para ser entregados a los colombianos, cuando se retiró del Consulado, teniendo este hecho como indicativo de las constantes demoras del Consulado de Nueva York para remitir las especies venales por él solicitadas.

Aceptó haber recibido la instrucción necesaria por el Jefe de la División del Ministerio de Relaciones Exteriores para desempeñar sus funciones como Cónsul y el Manual de Relaciones Exteriores, así como el arancel consular. Aceptó así mismo haber recibido las circulares que periódicamente libra el Ministerio para informar a las representaciones diplomáticas y consulares de nuestro país de las novedades y específicamente de la C-37-9, que se refiere a las normas sobre rendición de cuentas y la presentación de cuadros estadísticos al Consulado General en Nueva York. Manifiesta que no conocía la obligación de abrir una cuenta conforme a los reglamentos y que en Paraguaipoa no cumplió tal obligación por dificultades ajenas a su voluntad, pero que cuando llegó a Valencia siguió con el mismo sistema, porque se acostumbró.

Dijo que las relaciones mensuales de ventas, tanto por pasaportes como por especies venales, fueron exactas, y que con el ánimo de favorecer a los colombianos residentes en Venezuela les expedía los pasaportes sin las respectivas estampillas, colocando en ellos una leyenda de que deberían volver a determinado tiempo para colocarles las estampillas y negó haber cobrado sumas por encima de lo mandado por el correspondiente arancel consular, y que lo afirmado por algunos testigos en tal sentido, se debió a que querían perjudicarlo, y los errores en la rendición de cuentas se los atribuye a su secretaria.

Peticiones de las partes

El señor apoderado del sindicado, en su alegato de conclusión (fls. 639 a 643), solicita un sobreseimiento de carácter definitivo en favor de su patrocinado, acorde con lo dispuesto por el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal "en razón de que no existen pruebas directas; no hay declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios que evidencien la responsabilidad penal de mi poderdante en el reato investigado".

Agrega el personero del sindicado que las circunstancias demuestran que el señor Caballero Villazón, al ser víctima de un atraco, como él deja sentado, su actividad cae dentro del caso fortuito y "por consiguiente su situación jurídica debe resolverse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, esto es, mediante el proferimiento de un sobreseimiento definitivo".

Por su parte, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de hacer un análisis completo de la situación jurídica del ex-Cónsul y de las pruebas del proceso, estima que la investigación se halla

incompleta y, por consiguiente, debe proferirse un auto de sobreseimiento de carácter temporal, a fin de que se reciban las pruebas que faltan para perfeccionar la investigación.

Consideraciones de la Corte

Esta Sala es competente para juzgar en el presente caso al ex-Cónsul de Colombia, PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON, tanto por la naturaleza de los delitos investigados, que son de aquéllos denominados en la doctrina "de oficio" o "de responsabilidad oficial", como por la calidad funcional del imputado, quien, según las pruebas que obran en el proceso, era, en la época de los hechos, Cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia, Venezuela (numeral 6º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal).

El delito de peculado

El artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 define el peculado por apropiación así:

"El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor".

Compruébese ahora si los elementos de la infracción se dan en el presente caso y cuáles son ellos:

a) El primer elemento, como lo establece la norma transcrita, es el de que se trate de un sujeto calificado. Como bien sabido es, el peculado es un delito propio, calificado o exclusivo, por cuanto su autor sólo puede ser, por definición típica, un empleado o funcionario público, o un empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado. Trátase de una calificación jurídica que en el caso de estudio está plenamente demostrada, pues para la época de la ejecución de los hechos investigados era el sindicado Cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia, Venezuela, tal como se dijo, y, por consiguiente, se da el primer elemento;

b) Que el sujeto activo, por razón de sus funciones, esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar caudales u otros bienes. Como bien se ve, se trata de un tipo legal que especifica varias circunstancias modales como razón o fundamento de la tenencia de los bienes. Resulta inútil o superfluo decir que las facultades del Cónsul, dadas sus funciones de conformidad con el reglamento o Manual de Relaciones Exteriores, son de recaudar, administrar, pagar, cuidar, organizar, etc. Dentro de este orden de ideas el Cónsul tiene disponibilidad mediata o inmediata de los caudales que debe recaudar, administrar y entregar;

c) Que el empleado o funcionario público se apropie los bienes o caudales. El verbo rector tiene una importancia capital en la estructura del tipo legal, porque define claramente la conducta o comportamiento del sujeto activo. El acto de apropiación se cumple, en muchos casos, mediante una actividad psicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de la tenencia, sin que inmediatamente esa conducta trascienda a una realidad fenoménica objetivamente comprobable, actividad que se traduce en interviento possessionis y el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño. Así, para ANTOLISEI, "apropiarse de una cosa significa comportarse en relación con ella uti dominus, es decir, ejercitar sobre ella actos de dominio incompatibles con el título que justifica su posesión".

El Cónsul Caballero Villazón tenía en la esfera de su custodia los dineros provenientes de la venta de especies venales y de los pasaportes pertenecientes al Estado, los cuales debía administrar de conformidad con los reglamentos estatales, dictados específicamente, y consignarlos en cuenta corriente independiente y distinta de la personal. En el momento en que depositó esos dineros en su cuenta personal o no los depositó sino que dispuso de ellos, modificó el título de la tenencia, para comportarse frente a los caudales uti dominus, desplazando así la voluntad de la administración para sustituirla por la suya;

d) El objeto jurídico. El peculado es una infracción contra la administración públi-

ca y en su estructura típica se establece claramente que los caudales u otros bienes que estén bajo el cuidado de un empleado o funcionario público no tienen que ser de propiedad del Estado, pudiendo perfectamente pertenecer a cualquier ciudadano. Aunque en veces se lesiona con el hecho punible el interés del Estado, el daño desde el punto de vista del tipo consiste en la infidelidad del empleado con la función que se le encomendó y con los deberes que tiene hacia la administración y para con la comunidad social. Esto para el caso de que el ex-Cónsul adujere que los dineros eran de los particulares y no del Estado, ya que las especies venales no salieron de propiedad de la Nación y los dineros que dice le fueron robados eran de los particulares;

e) Culpabilidad. Entendida como vinculación psicológica entre el agente y el hecho y como su voluntad reprochable en cuanto se exteriorizó en forma contraria a las exigencias legales, la culpabilidad se manifiesta en el peculado como dolo genérico. Basta, pues, con el conocimiento de la actividad antijurídica de la conducta, con la conciencia de que el comportamiento está en contraste con las normas penales, para que pueda producirse la existencia del elemento subjetivo del hecho punible. Surge, por tanto, claramente que cuando el Cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia, en Venezuela, no depositó los dineros en la forma que los reglamentos establecían y no los entregó definitivamente al Estado por el conducto regular, dando por excusa un atraco, quebrantó los ordenamientos jurídicos en general y claras normas legales y reglamentarias en particular, y actuó con clara conciencia de que su proceder era antijurídico y prohibido por la ley.

El delito de concusión

Conforme lo ha dicho esta Corporación reiteradas veces, la concusión es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público y consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determinan a dar o a prometer algo que no debe. "Por tanto, son elementos esenciales de este delito: el abuso de poder —que es el medio— y la entrega o la simple promesa de dineros o de cualquiera otra utilidad, que es el fin. La cosa prometida o entregada puede ser para el concusionario o para un tercero" (C. S. de J., auto de 25 de mayo de 1948, LXV, 106).

Caballero Villazón, al exigir y recibir el pago de derechos por encima del arancel consular, cometió el delito de concusión, pues abusando de las funciones de su cargo, constriñó a varias personas para que le hicieran entrega de dineros. Incurrió, por tanto, en la infracción que tipifica el artículo 156 del Código Penal.

Falsedad documental

Ninguna duda existe para sustentar que las cuentas mensuales del ex-Cónsul de Colombia en Valencia, y que se han relacionado en otra parte de esta providencia, son documentos públicos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, pues, tal como lo sostiene un tratadista nacional, "funcionarios públicos son todos los ciudadanos que desempeñen funciones ejecutivas, administrativas, legislativas y judiciales dentro del Estado. Todo acto escrito ejecutado por funcionario público, de cualquiera de esos órdenes, es un documento público". De la simple observación de las cuentas que el ex-Cónsul enviaba se deduce con claridad que están destinadas, dentro de la organización legal y reglamentaria de los consulados, a probar los gastos y entradas del consulado respectivo y a demostrar los balances económicos de dichos consulados, siendo, por tanto, un documento público que sirve de medio probatorio para los efectos de contabilidad. Y en este documento el funcionario consular faltó a la verdad en la narración de los hechos, ya que dijo haber recibido determinada cantidad de dinero, cuando había recibido otra superior, con menoscabo de los intereses nacionales.

Basta saber que las cuentas mensuales rendidas por el ex-Cónsul fueron falsificadas ideológicamente, y la alteración de la verdad fue realizada con conciencia de la antijuridicidad del comportamiento, ya que era apta para lesionar los intereses del Estado, aparte del quebrantamiento de la fe pública inherente a este tipo de infracciones.

Resulta evidente que el ciudadano Par-

fecto Francisco Caballero Villazón, en su carácter de Cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia (Venezuela), fue el autor de la falsedad intelectual antes descrita, en cuanto realizó la figura señalada por la ley en relación con la elaboración de las cuentas que mensualmente enviaba como "cuadro general del movimiento del Consulado", según lo dispuesto por las Leyes 2ª de 1963, 6ª de 1946 y los Decretos Legislativos 1051 de 1945 y 2144 de 1955 y demás disposiciones pertinentes a la respectiva entidad.

Al cometer falsedad ideológica en los documentos públicos de que se viene hablando, incurrió en la infracción que tipifica el artículo 231 del Código Penal en su ordinal 4º.

Concurso de delitos y cronicidad

De los autos se desprende que no sólo la falsedad sino el peculado y la concusión fueron realizados en diversos episodios que se prolongaron en el tiempo en que desempeñó el cargo de Cónsul Caballero Villazón, es decir, entre el 2 de febrero de 1973 y el 5 de agosto de 1974, cada uno de los cuales delitos autónomamente se adecuaba a la descripción legal, en cuanto por sí mismo constituía un hecho típico, antijurídico y culpable. En éste como en pocos casos aparece, con las pruebas que se han dejado transcritas, bien nítida la unidad de designio que los vincula, proyectada hacia el mantenimiento de la situación jurídica que le permitió al ex-Cónsul apropiarse los dineros producto de la expedición de pasaportes sin estampillas, cobrar derechos por valores superiores o menores a los estipulados en el arancel consular y relacionar inexactamente los valores en las cuentas que debía rendir mensualmente, lo mismo que no abrir una cuenta corriente oficial en un Banco para mantener dichos valores oficiales.

Tanto la falsedad como el peculado y la concusión se cometieron continuadamente en la forma descrita por el artículo 32 del Código Penal. Igualmente debe tomarse en cuenta, para los efectos legales que las conductas atribuibles a Perfecto Francisco Caballero Villazón y que estructuran el delito de peculado son diversas de las que configuran el delito de falsedad y el de concusión y se ejecutaron separadamente, por lo que son aplicables las normas penales que disciplinan el concurso real de delitos (artículo 33 del Código Penal).

Otorgamiento de tarjeta de turismo

El otorgamiento de tarjeta de turismo con automóvil a un ciudadano de nacionalidad colombiana fue informado al Ministerio de Relaciones Exteriores por el Jefe de la División de Asuntos Consulares, doctor Gabriel Juliao Lara, el 3 de octubre de 1974, en nota que obra en la actuación administrativa de la Procuraduría, pero no en la penal. Como al respecto no se practicaron algunas pruebas en estas diligencias sumarias, lo procedente es ordenar, como se ordenará, que se expidan las copias pertinentes para hacer la investigación por separado.

Conclusiones

De todo lo expuesto hasta aquí se concluye que en el proceso existen los presupuestos que para dictar auto de enjuiciamiento exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, por los siguientes cargos:

A) Peculado en la modalidad descrita en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, consistente en haberse apropiado Caballero Villazón en beneficio propio la cantidad de más de ochenta mil bolívares (80.000 Bls.) pertenecientes al Tesoro Nacional y que por razón de sus funciones como Cónsul de Paraguaipoa y Valencia, Venezuela, estaba encargado de recaudar y administrar, hechos que sucedieron entre el 2 de febrero de 1973 y el 5 de agosto de 1974, en las ciudades relacionadas, en forma continua o crónica a través de conductas reiteradas cada mes durante el tiempo expresado.

B) Concusión descrita en el artículo 156 del Código Penal, consistente en haber constreñido e inducido, abusando de sus funciones como Cónsul, a varias personas para que le pagaran derechos por encima del arancel consular, hechos que sucedieron dentro del tiempo indicado en el literal A) de estas conclusiones.

C) Falsedad en documentos públicos descrita en el artículo 231, numeral 4º, del Código Penal, consistente en haber faltado a la verdad en la narración de los hechos, en las cuentas que cada mes, como Cónsul,

debía enviar y envió a la División de Asuntos Consulares y al Consulado General en Nueva York, junto con los cuadros estadísticos, a sabiendas de que había recibido más dineros de los allí relacionados por concepto de expedición de pasaportes, visas y licencias, hechos que ocurrieron también dentro del tiempo indicado en el literal A) de estas conclusiones.

Detención preventiva.

Como se dan los presupuestos exigidos por el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, se ordenará la detención preventiva del sindicado PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON, hijo de Biviano Caballero y Severa Villazón, natural de Fundación (Magdalena), residente en Valledupar (Cesar) en la carrera 16 Nº 26-67, casado, alfabeto y mayor de edad.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y oído el concepto del Ministerio Público.

Resuelve:

Primero. Llámase a responder en juicio a PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON, de las condiciones civiles anotadas, ex-Cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia, Venezuela, por los siguientes delitos: peculado que describe y sanciona el Código Penal Colombiano en su Libro II, Título III, Capítulo I, en concordancia con el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, y cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta la parte motiva de esta providencia; concusión que describe y sanciona el mismo Código en su Libro II, Título III, Capítulo II, y cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta la parte motiva de este proveído; y falsedad en documentos públicos que describe y sanciona el propio Código en su Libro II, Título IV, Capítulo II, y perpetrado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que puntualiza esta providencia.

El juicio se tramitará por el procedimiento señalado en el Libro III, Título II, del Código de Procedimiento Penal.

Segundo. Decrétase la detención preventiva del mencionado ciudadano Perfecto Francisco Caballero Villazón, el embargo preventivo de sus bienes inmuebles y el embargo y secuestro preventivos de sus bienes muebles en cantidad suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hayan ocasionado con las infracciones. Estos embargos y este secuestro son en abstracto, por ignorarse cuáles son los bienes de propiedad del sindicado (artículo 138 del C. de P. P.).

Tercero. Líbrense las correspondientes boletas de captura, para los efectos indicados, dejando las respectivas constancias.

Cuarto. Por la secretaría expídanse las copias a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Quinto. Al enjuiciado, al notificársele personalmente este proveído, se le harán las prevenciones de la ley, en relación con el derecho de defensa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

EMBRIAGUEZ. — MEDIDAS DE SEGURIDAD

La embriaguez influye, a) como circunstancia de menor peligrosidad cuando se hubiere producido de forma incidental y en circunstancias en que el agente no podía prever sus consecuencias delictuosas, y b) como factor condicionante de la modalidad de la sanción, cuando hubiese determinado en el agente alguna de las condiciones señaladas en el artículo 29 del Código Penal, que son causales de inimputabilidad, pero no de inculpabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril primero de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 17.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado LUIS ALBERTO PIEDRAHITA MEJIA, y su defensor, contra el fallo de ocho de julio último, proferido por el Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual confirmó la sentencia del Juzgado Superior de Florencia que le impuso la pena principal de 98 meses de presidio, y las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio, en concurso con el de lesiones personales.

El recurso se admitió por auto de doce de septiembre pasado, y dentro del término legal, el doctor Jorge Roca Posada, con personería reconocida, presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley mediante providencia de veinte de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.

Hechos y actuación procesal

El 25 de agosto de 1974, el ciudadano Luis Alberto Piedrahita Mejía se dedicó a ingerir licor en la heladería "Canadá" hasta las diez de la noche aproximadamente, luego de lo cual se dirigió a su casa de habitación, en la ciudad de Florencia. Al pasar por el bar "La Tusa" vio que la mujer con quien hacía vida marital se encontraba con varios sujetos. Entró al establecimiento, los injurió y amenazó con arma blanca, trenzándose en lucha con Alirio Monje, quien resultó lesionado, al igual que su padre Hipólito Monje Cabrera, pues salió al darse cuenta de la disputa, y murió a consecuencia de las heridas recibidas.

Practicó las primeras diligencias investigativas el Permanente Central de Florencia, y las envió al Juzgado Décimo de Instrucción Criminal que perfeccionó el sumario. Por medio de providencia de 26 de febrero de 1974, el Juzgado Superior de Florencia, en pleno acuerdo con el Ministerio Público, llamó a responder en juicio criminal a Luis Alberto Piedrahita Mejía, por los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos en concurso material.

Por auto de 8 de agosto de 1974, el Tribunal Superior de Neiva confirmó el auto de proceder y el 18 de marzo de 1975 se llevó a cabo la audiencia pública. El jurado de conciencia contestó así al cuestionario propuesto: "Si es responsable con el atenuante

de su estado síquico anormal por saturación alcohólica debido al estado de embriaguez en que se encontraba".

Los jueces de las instancias aceptaron esta respuesta, y Luis Alberto Piedrahita Mejía fue condenado, por medio de la providencia que es objeto de este recurso extraordinario.

La demanda

Con apoyo en la causal tercera de casación, el recurrente formula un solo cargo a la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que conviene transcribir:

"El veredicto en cuestión consta de dos afirmaciones que se excluyen, que son incompatibles, cuyos términos implican la afirmación y la negación simultánea de la misma cosa y por el mismo aspecto.

"a) SI ES RESPONSABLE:

"b) LO HIZO EN ESTADO DE ANORMALIDAD SIQUICA.

"Al afirmar la responsabilidad el veredicto está predicando de LUIS ALBERTO PIEDRAHITA que su hecho comprendía la plenitud de su actividad psicofísica que requiere la ley para la imputación de un acto antijurídico, señalando el resultado como la consecuencia de la concordancia íntima del siquismo y de la objetividad fáctica del agente. Y afirma implícitamente el veredicto que la conducta de LUIS ALBERTO PIEDRAHITA es antijurídica.

"Por otra parte, al admitir el veredicto que LUIS ALBERTO PIEDRAHITA estaba en estado de anormalidad siquica, está señalando que su conducta no es antijurídica sino que está enmarcada dentro de las circunstancias excluyentes de responsabilidad de que trata el artículo 23, numeral 1º del Código Penal; está expresando que el hecho cumplido por LUIS ALBERTO PIEDRAHITA es considerado por la ley como una ausencia de acto por falta de autor; que en el caso en cuestión hay ausencia de delito.

"Son antinómicas las dos cláusulas de la proposición; son contradictorias, son excluyentes una de otra".

Respuesta del Ministerio Público

En dos razonamientos, básicamente, funda el Procurador Segundo Delegado en lo Penal su petición de desechar la demanda, que pueden sintetizarse así:

1. La respuesta afirmativa de la responsabilidad del procesado, domina la proposición dentro de la frase que emitió el juri, pues el estado de anormalidad sicológica lo plantea como una atenuante. Esta no contradice, por tanto, la imputabilidad que se predica de Luis Alberto Piedrahita Mejía.

b) El defensor, en todas sus actuaciones procesales, y especialmente en la audiencia pública, planteó la inocencia del acusado, que fue negada por el jurado popular con la respuesta ya conocida, que solamente atenúa su responsabilidad;

c) Los juzgadores de instancia interpretaron bien la respuesta del jurado, de conformidad con los formularios propuestos que estaban acordes con el auto de proceder, pues la frase "sí es responsable" no es contradicha por el atenuante que ve el jurado de conciencia.

2. La acusación se halla huérfana de demostración porque "el actor se limitó a invocar la contradicción del veredicto sin presentar razones jurídicas". Como no se ofrecen explicaciones acerca de la contradicción planteada y tampoco de la ubicación de la conducta del acusado, bien podría rechazarse por falta de demostración.

Se considera

La respuesta del Juri no entraña contradicción. Por el contrario. Afirma la responsabilidad del sindicado con la anotación de que protagonizó los hechos por los cuales se le pregunta, en estado de saturación alcohólica que hacía obligatorio al juzgador dictar sentencia, como lo hizo, bien o mal, justificadamente el alcance de aquella circunstancia anotada por el jurado.

No dice el actor si de autos aparece prueba demostrativa del estado de embriaguez plena al que parece aludir el tribunal popular cuando afirma que el procesado actuó en estado de saturación alcohólica, ni cuestiona la validez de la sentencia de segundo grado por este aspecto fundamental.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que la embriaguez influye: a) Como circunstancia de menor peligrosidad, cuando se hubiere producido de forma incidental y en circunstancias en que

el agente no podía prever sus consecuencias delictuosas; y b) Como factor condicionante de la modalidad de la sanción, cuando hubiese determinado en el agente alguna de las condiciones señaladas en el artículo 29 del Código Penal, que son causales de inimputabilidad, pero no de inculpabilidad como lo sostiene, sin razón, el procesado recurrente.

Mas para que el estado de embriaguez alcohólica pueda ser considerado como causa de intoxicación crónica, se hace necesario que en el juicio se dé la prueba legal y científicamente válida, o suficiente de que al tiempo de la comisión de los hechos el agente padecía estado de esa naturaleza.

Resumiendo. Dos son las condiciones que hacen posible la aplicación de medidas de seguridad, tales como el internamiento en manicomio criminal o anexo siquiátrico: 1) que los estados de inimputabilidad del agente hayan sido declarados en el auto de proceder, o que así lo haya reconocido el jurado. En el primero de los casos, el juez que conoce la causa de inimputabilidad, llama a responder en juicio al sindicado por los trámites en que el jurado no interviene y, si condena, aplica medidas de seguridad. En caso de que la circunstancia de inimputabilidad resulte probada en el plenario y así lo haya reconocido el Jure con fundamento no discutible, entonces, el juez debe, si acepta el veredicto, declararlo enfáticamente, y dar aplicación a las medidas de seguridad, sin que sea necesario nueva convocatoria, pues resulta claro que su capacidad legal suple la incompetencia del jurado para decidir en el negocio. Si no acepta el veredicto, debe declararlo contraevidente. Lo que no puede y no debe hacer el juez de derecho es declarar la responsabilidad, sin más, como si el jurado la hubiese afirmado sin atenuantes de ninguna naturaleza o, como en el caso de autos, dejando sin relieve jurídico significativo el texto del veredicto contenido en las proposiciones que siguen:

"Sí es responsable pero con la atenuante de su estado síquico anormal por saturación alcohólica debido al estado de embriaguez en que se encontraba".

La evaluación del veredicto correspondía a los jueces de las instancias, y eventualmente a la Corte, si el cargo se hubiese formulado con acierto, ajustando las pretensiones del recurrente a las normas que disciplinan este medio de impugnación de carácter extraordinario.

Cuando el censor afirma que el veredicto es contradictorio, olvida que la oposición insuperable de sus términos debe contraerse al texto de la veredicción, independientemente de los hechos del proceso, por modo que lo afirmado en ella sea inconciliable con sus negaciones.

En el caso de estudio, y después de oír a las partes, el jurado afirmó la responsabilidad del sindicado, dentro de circunstancias específicas de atenuación, o excusa de la responsabilidad dolosa. Es lo que no puede estudiar la Sala por la defectuosa, o simplemente equivocada formulación del cargo sometido a su estudio, por lo cual,

La Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECUSACION

El solo hecho de haber presentado denuncia contra un Magistrado, no alcanza a ser prueba suficiente de que existe enemistad entre el Magistrado y el denunciante, ya que puede ocurrir, y esto sucede en la mayoría de los casos, que el juez se ponga por encima de esos brotes de humana flaqueza y no deje que su ánimo sea perturbado por ellos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril primero de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 17.

Vistos

En escrito de fecha 11 de octubre del año pasado, el abogado Hernando Noguera solicitó a los doctores Miguel Tarazona Gutiérrez y Víctor Leal Jara, magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, que se declararan impedidos para seguir conociendo del proceso que, por posible violación del artículo 425 del Código Penal, se viene adelantando contra Daniel Rodríguez Rodríguez.

Como fundamento de la solicitud en cuestión el abogado que se menciona presenta el de que por haber sido los magistrados en cita denunciados penalmente por su poderdante, existe una de las causales de recusación prevista en el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, a saber, enemistad grave entre ellos y Rodríguez Rodríguez.

Por auto de 10 de febrero del año en curso, el magistrado Miguel Tarazona Gutiérrez resuelve no aceptar la recusación propuesta contra él y enviar el proceso a la Corte para que resuelva sobre la cuestión propuesta.

Apoya su decisión en que, pese a la denuncia penal de que ha sido objeto, no se considera enemigo de Rodríguez Rodríguez por quien afirma no sentir odio ya que estima que esta clase de acaecimientos son "gajes frecuentes y comunes del oficio" por encima de los cuales debe colocarse el juzgador y considera que se trata de una estratagema para sacar del conocimiento del proceso a los magistrados recusados.

Para resolver se considera

Las manifestaciones del magistrado a quien se recusa, que nada permite calificar de insinceras, son base suficiente para desechar la recusación que contra él se ha propuesto.

Como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, la enemistad, para que constituya causal de impedimento o de recusación, tiene que ser un sentimiento recíproco y tener la suficiente gravedad para alterar la ecuanimidad del juzgador.

El solo hecho de haber presentado denuncia contra éste no alcanza a ser prueba suficiente de que exista ese sentimiento ya que puede ocurrir, y es esto lo que sucede en la mayoría de las veces, que el juez se ponga por encima de esos brotes de humana flaqueza y no deje que su ánimo sea perturbado por ellos.

Suele ser entonces suficiente para rechazar la recusación el solo dicho del juez, mejor conocedor que nadie de sus propios sentimientos, y sólo podría desechársele en

presencia de prueba fehaciente en contrario.

En el presente caso, el magistrado Tarazona Gutiérrez manifiesta no ser enemigo de Rodríguez Rodríguez y como no existe prueba en contrario debe decidirse con base en su dicho.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

DECLARAR INFUNDADA la recusación presentada contra el magistrado del Tribunal Superior de Villavicencio, doctor Miguel Tarazona Gutiérrez y ordenar se devuelva el expediente para que siga conociendo del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD. — CONCURSO DE DELITOS

Lo esencial es que el funcionario se aproveche de los poderes públicos, violando los deberes que derivan de su calidad para realizar el hecho que causa daño al particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril dos de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobada: Acta Nº 17 de abril 1/76.

Vistos

Mediante providencia de quince de diciembre del año pasado el Tribunal Superior de Manizales resolvió "llamar a responder en juicio criminal... al doctor JAVIER RESTREPO ABONDANO, ex-Juez Penal del Circuito de Salamina... por el delito 'de abusos deshonestos' ... consistente en el hecho de haber llevado a cabo tocamientos típicamente erótico-sexuales, en los senos y otras partes del cuerpo de la señorita Miriam Olanda Ramírez, abusando de su condición de Juez Penal del Circuito de Salamina, hecho ocurrido en su propio despacho...".

Contra esta decisión interpuso recurso de apelación el defensor del procesado, que se resolverá mediante esta providencia.

La investigación se originó por denuncia que presentara ante el presidente del Tribunal la señora Ofelia Ramírez Murillo en la cual expresó: "Que en el Juzgado Segundo Penal de Salamina se adelantaba un negocio por un delito sexual donde era ofendida su hija Miriam Olanda Ramírez y que el día anterior al envío del memorial acusatorio al Honorable Tribunal, ella recurrió ante el señor Juez Penal del Circuito, doctor Restrepo Abondano con el fin de consultarle el caso ocurrido a su hija y que una vez en su Despacho, le ordenó el juez que abandonara el recinto y dejara allí a Miriam, lo que en efecto hizo, cerrando las puertas de entrada al despacho por orden del mismo funcionario. Que una media hora después salió su hija 'como colorada y como chocoliando los ojos y me dijo que tenía mucha pena... primero me preguntó que si ese doctor podía examinarla, yo le dije que yo no sabía y ella me contestó que el doctor le había bajado los pantalones y le había metido la mano por la vulva y le había preguntado que si le dolía y que le había sacado los pechos y se los había apretado y tocado y que la sobaba por los brazos y que ella se había dejado porque creyó que era un doctor que la podía examinar... etc.'".

Abierta la investigación se practicaron diversas pruebas y entre otras, la declaración de la ofendida y una diligencia de careo con el sindicado, y en las dos oportunidades, la joven ratificó sus cargos contra el ex-juez quien los negó en la diligencia de indagatoria y en la de confrontación con la ofendida. Se oyó en declaración a varias personas, entre ellas a antiguos empleados del Juzgado quienes manifestaron ser conocedores de las inclinaciones de ese orden por parte del ex-funcionario acusado.

Todo este acervo probatorio respalda suficientemente la providencia materia del recurso, y sobre el particular, ningún reparo se formula a la decisión apelada.

Corrido en traslado el negocio para el concepto de ley por parte del Ministerio Pú-

blico, el Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita a la Corte declare la nulidad de la actuación, con aplicación del artículo 210 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se estaría frente a un caso típico de incompetencia por parte del Tribunal para conocer de este proceso en atención a que no existen los presupuestos de que trata el artículo 33 ibídem, relativos a la competencia de los Tribunales de Distrito Judicial a través de sus Salas Penales.

El Procurador razona de la siguiente manera:

El artículo 33 del Código de Procedimiento Penal atribuye a las Salas Penales de los Tribunales competencia para conocer, en primera instancia, de los procesos que se adelanten contra los jueces del circuito por "delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas".

Al interpretar los alcances de esta disposición expresa: "Esto indica que únicamente los delitos cometidos por los jueces relacionados directamente con las funciones a ellos asignadas por la ley pueden ser juzgados por los Tribunales Superiores y no los ejecutados independientemente de esas funciones, aun cuando la investidura del funcionario haya contribuído al desprevenimiento de la víctima, y facilitando en consecuencia a aquél la perpetración del ilícito. De manera que el fuero consagrado en el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, hace referencia a los delitos de responsabilidad, es decir aquéllos que no se pueden cometer sino se ostenta la calidad de funcionario".

De acuerdo con lo anterior, continúa el Procurador, los actos ejecutados por el exjuez sobre la menor Miriam Olanda Ramírez, puesto que "no tienen ninguna relación de causa a efecto con la función de administrar justicia y son únicamente el resultado del propósito libidinoso del acusado", no podían caer bajo la órbita funcional de la competencia atribuida por la ley a los tribunales, y por consiguiente se está en presencia de una nulidad.

Se considera

El artículo 33 del Código de Procedimiento Penal reclamado por el señor Procurador, dispone en materia de competencia para los Tribunales Superiores, el conocimiento de los procesos que se adelanten contra los jueces del circuito, entre otros, "por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas". El Procurador interpreta la norma, afirmando que debe tratarse de infracciones penales que tengan relación directa con la función propia asignada por la ley al funcionario, y que, por lo mismo, la simple condición de servidor público, aun cuando hubiera servido para facilitar la comisión del hecho, no radica la competencia en el Tribunal, si por lo demás, la conducta no fue ejecutada en ejercicio de la función propia. Más adelante, sin embargo, y como se advierte por la transcripción completa de su pensamiento, el Procurador cambia esta posición radical y simplemente exige para la adscripción de la competencia a los tribunales, que el hecho se haya cometido por persona que "ostenta la calidad de funcionario".

Evidentemente la norma transcrita contiene dos proposiciones: una, la que hace referencia a la relación delito —ejercicio del cargo— y, obviamente, cumplimiento de las funciones propias del mismo; y la otra, que se refiere no ya al ejercicio mismo de las funciones sino a que la infracción se hubiere cometido con ocasión de ellas. Ninguna duda en cuanto a esta diferencia. En la primera de las proposiciones implica una dependencia estricta, restringida, perentoria, entre la comisión del hecho y el ejercicio de la función; en la segunda, no se exige la relación delito-ejercicio de la función, ya que al expresar la ley, que puede ser con ocasión de sus funciones, alarga considerablemente el alcance jurídico de la previsión para que queden comprendidas situaciones necesariamente diversas a las consignadas en la primera.

Así lo entendió el Tribunal al expresar, refiriéndose a la calidad personal del acusado y al significado que dicha calidad tuvo para la comisión del delito, lo siguiente: "No fue el doctor Javier Restrepo Abondano en su calidad de tal el que logró ejecutar con la ofendida los actos denunciados. Fue el Juez Penal de Salamina, quien por razón de su investidura logró cometer los actos investigados aquí. La pareja de madre e hija no fueron donde un abogado que ejer-

cía la profesión, no fueron tampoco donde un amigo, fueron donde el juez, que tenía autoridad sobre el Municipal de (sic) instruía el proceso, y ante el juez que por la calidad del delito y por razón del territorio, era el competente para conocer del caso. El juez que podía, por competencia, reclamar el proceso en cualquier estado y continuar la instrucción. "En el caso a examen hubo de parte del funcionario un engaño. El valiéndose de su calidad de juez, engañó a la ofendida, quien creyó que éste podía examinarle su cuerpo, al igual que un médico legista".

Los planteamientos anteriores se ajustan plenamente a la realidad del proceso, y sobre ellos hizo descansar el Tribunal su competencia para conocer del mismo, sólo que no se le dio a esa incuestionable vinculación oficial con el hecho imputado, todas las consecuencias que en el campo penal tienen. Así, por ejemplo, si se reconoce, y es evidencia del proceso, que el doctor Restrepo Abondano no obró como un simple particular, sino con abuso evidente de su condición de juez, y de las funciones que como servidor al servicio del Estado le atribuye la ley, débese hacer entonces, que esas especialísimas condiciones del actuar ilícito produzcan las consecuencias propias en el campo penal, no limitadas simplemente a determinar la competencia del Tribunal, sino también en cuanto a las que la misma ley prevé para este tipo de actuaciones por parte de quienes en el incremento de su actuar contra la ley, ostentan una calidad oficial que le da un especial colorido jurídico a su conducta.

En el Estatuto Penal Colombiano existen normas que prevean y sancionan los hechos ilícitos ejecutados por los funcionarios públicos con abuso de su función o de su cargo. Así por ejemplo, el artículo 171 del Código Penal define y sanciona el llamado "Abuso de autoridad" que hace consistir en el actuar del funcionario o empleado público "que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad...". Se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia, que ésta es una disposición de naturaleza general y complementaria dirigida a reprimir todos aquellos abusos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos de otros y que no han sido contemplados en una especial disposición legal. Que, como quiera que no todos los abusos que pueden cometer los funcionarios públicos han sido especialmente previstos y reprimidos a través de las normas del Código Penal, era justo y conveniente, para evitar lagunas, que una norma general los previera encerrando en una de carácter general como la referida, todas las posibles contingencias de abusos innominados de autoridad, que de todos modos ofenden el prestigio y el buen nombre de la administración pública, colocándola por ellos, en el Título correspondiente del Estatuto Penal, que busca fundamentalmente la tutela del interés relativo a que las funciones públicas de que están investidos los funcionarios públicos, no sean usadas por ellos para cometer hechos ilegítimos dirigidos a causar a otros un daño injusto.

Se trata, por tanto, de una típica figura genérica, subsidiaria y supletiva de delito, que por lo mismo, no encontrará aplicación cuando el abuso de autoridad entre a formar parte de la economía de otra infracción que constituye un título específico de delito, como ocurre con el peculado, la concusión, la detención arbitraria, etc., en donde hay un reclamo necesario al abuso de autoridad como elemento constitutivo de la figura típica.

Presupuesto necesario del delito de abuso de autoridad es la calidad de funcionario o empleado público, que en cuanto se refiere al caso objeto de decisión, se halla plenamente comprobado. La conducta abusiva del ex-juez de Salamina, no se acomoda jurídicamente a otra de las previsiones específicas del Código Penal y por ello resulta, por este aspecto, aplicable a ella la norma contenida en el artículo 171 del Estatuto Penal. Allí se expresa que ese abuso puede ocurrir por exceso en el ejercicio de la función. Ya se ha dicho, y así lo reconoce claramente la providencia recurrida, que el doctor Restrepo Abondano al realizar la conducta ilícita que se le imputa en contra de la menor Miriam Clanda Ramírez no obró como un simple particular sino como funcionario público al servicio de la administración de justicia; su conducta ilícita no

sólo fue facilitada por esa condición, sino que se vincula necesariamente al ejercicio del cargo de juez que ostentaba en el momento de ejecutar el hecho en su propio despacho, que tanto la madre como la hija, no acudieron, como se dice en la providencia recurrida a solicitar los servicios de un particular sino precisamente los de quien cudía, en sentir de los peticionarios y por su investidura, arreglar el problema que los aquejaba. Cómo puede entonces desvincularse jurídicamente esta situación especialísima de la persona del sindicado para afirmar que simplemente ejecutó un hecho que podía ser cometido por cualquiera persona particular.

No comparte la Sala el criterio expresado por el Procurador cuando exige, al determinar la competencia de los tribunales para conocer de los delitos cometidos por los jueces, que éstos deben tener una relación directa y estricta con las funciones propias asignadas por la ley, ya que este criterio puede aplicarse fácilmente a aquellas figuras que exigen como elemento esencial esa vinculación directa, pero no para el caso del abuso genérico de autoridad, que como se ha dicho, constituye título genérico y subsidiario de delito. En éste, es irrelevante que el funcionario obre por fuera o en el ámbito de sus propias funciones, no exigiéndose por lo mismo, un nexo estrictamente funcional entre el hecho ilícito y la función pública: lo esencial es que el funcionario se aproveche de los poderes públicos, violando los deberes que derivan de su cualidad para realizar el hecho que causa daño al particular. Como es obvio, solo cuando se trate de actos relativos a la función, deberá acertarse, en el caso concreto, si subsiste el abuso de los poderes por parte del funcionario público, no siendo suficiente la demostración de su simple condición. En el presente caso, está demostrado que el exjuez de Salamina hizo uso de los poderes otorgados por la ley a su investidura para un fin diverso de aquél para el que le fueron conferidos por la ley, con lo que se causó ofensa a otro o lo que es lo mismo, ejecutó un acto arbitrario en perjuicio de la menor.

Acto arbitrario por cuanto obedeció a motivos puramente particulares con violación evidente de los deberes propios de la investidura y desviación del poder. ¿Qué se causó daño? Es incuestionable que los actos abusivos realizados por el acusado sobre el cuerpo de la menor le ocasionaron un daño a un interés jurídicamente protegido por la ley, y que el Tribunal correctamente ha calificado como de "abusos deshonestos". Que la conducta atribuída al ex-juez se cumplió con el dolo propio del ilícito, tampoco puede ponerse en duda. Al reconstruirse los hechos a través de las diversas pruebas aportadas al informativo, se evidencia claramente, que el ex-funcionario obró con la conciencia de que estaba abusando de sus propios poderes y con la voluntad de cumplir una acción contraria a los inherentes a su cargo, y además, con la finalidad de causar el perjuicio vinculado a la actividad desarrollada sobre el cuerpo de la menor. Todo lo cual, integra los presupuestos jurídicos de la figura del delito de abusos deshonestos de que trata el artículo 323 del Código Penal.

Pero, como resulta claro de los anteriores planteamientos, en el caso sub examine no se está en presencia simplemente de un mero delito contra la libertad y el honor sexuales, sino también frente a un delito contra la administración pública, situación que conlleva la existencia de un concurso ideal o formal de infracciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal, por cuanto que, como se ha expresado, la conducta abusiva tenida por el acusado, constituye por sí sola un hecho ilícito: el definido y sancionado por el artículo 171 del Código Penal, pero que, además, por ser ofensiva de otro interés jurídico que no entra a formar parte del de abuso de autoridad como elemento constitutivo propio o como circunstancia agravante específica, integra una nueva figura delictiva con características suyas propias que debe ser imputada a la actividad del agente.

Con vista en lo anterior, deberá revocarse la providencia objeto de la apelación para modificarla en el sentido de que el llamamiento a juicio dispuesto por el Tribunal Superior de Manizales se haga también, y en concurso formal, por el delito de abuso de autoridad, tal y como ha sido, ampliamente examinado en los apartes anteriores de este fallo.

Decisión

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador,

Resuelve:

REFORMAR el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales de quince de diciembre de 1975 por el cual se llamó a responder en juicio criminal al doctor Javier Restrepo Abondano por el delito de abusos deshonestos, según hechos realizados en las circunstancias explicadas en dicha providencia, MODIFICANDOLO en el sentido de que el llamamiento a juicio por los hechos cometidos dentro de las circunstancias referidas, se hace por los delitos de abuso de autoridad y abusos deshonestos, EN CONCURSO, que define y sanciona el Código Penal, Libro II, Título III, Capítulo VI, y Libro II, Título XII, Capítulo VI, respectivamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA, POR DELITOS COMETIDOS EN ESTADO DE SITIO

El juzgamiento del personal adscrito a las fuerzas de policía, nace exclusivamente de lo dispuesto en el estatuto especial consignado en el Decreto-Ley 2347 de 1971 y no de las normas contenidas en el Código Militar, por asimilación entre "militar" y "policía" (Art. 284 y 397). La ley quiso hacer una distinción entre los dos cuerpos, no sólo en cuanto a estructura y composición sino principalmente en cuanto a sus funciones, que en mucho y radicales aspectos se apartan de las propias de los cuerpos armados que integran el Ejército de la República

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril dos de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobada: Acta Nº 17 de abril 1/76.

Vistos

Se decide de plano, y al tenor de lo dispuesto por el artículo 397 del Código de Justicia Penal Militar la colisión de competencias negativas suscitadas entre el Comandante del Departamento de Policía Bogotá, Juez de Primera Instancia, y el Comandante de la Brigada de Institutos Militares, también Juez de Primera Instancia dentro de la organización de la justicia castrense, para conocer del proceso que contra el Agente de la Policía Nacional Luis Armando Beltrán Martínez se adelanta, sindicado por el delito de extorsión, según denuncia que le formulara el ciudadano Jorge Enrique Medina Vega.

Expresa el denunciante, que el día 13 del mes de noviembre del año anterior transitaba por una de las calles de esta ciudad, cuando el Agente de la Policía, que se hallaba de civil, le llamó la atención con el fin de conducirlo a una de las estaciones de Policía bajo la sindicación de que el ciudadano era un reconocido delincuente. Dice, el denunciante, que el agente le manifestó ser del F-2 "mostrándome un carné o cartón blanco en donde aparece su foto y efectivamente pertenece a la policía, pero cuando caminábamos, el compañero del agente o sea quien dijo llamarse James José Gómez Vallejo me dijo que arreglara ese asunto rápido, dándome cuenta de inmediato de que en este caso se trataba de un chantaje o extorsión, ya que no había cometido ningún delito..." (fl. 3).

El asunto pasó de la Comisaría de Policía Judicial al reparto de los Jueces de Instrucción Criminal, en donde el Juez 15 de Instrucción a quien correspondió la denuncia, dispuso que en obedecimiento a lo prescrito en el artículo 2º literal 11 del Decreto Legislativo 1250 de 1975, pasaran las diligencias a la Brigada de Institutos Militares en donde se ordenó por su Comandante, comisionar el mismo Juez 15 de Instrucción Criminal para el perfeccionamiento de la investigación, y una vez cumplida la comisión, el Comandante de la Brigada de Institutos Militares dispuso el envío del proceso al conocimiento del Comando del Departamento de Policía Bogotá, por competencia.

El señor Comandante del Departamento de Policía Bogotá se abstuvo de conocer del proceso y ordenó se devolviera a la Brigada

de Institutos Militares provocando, para el caso de que no asumiera conocimiento su colisión negativa de competencia.

El señor Comandante del Departamento "Policía Bogotá" considera que no es el juez competente para conocer de este asunto, por las razones que se resumen así:

1. La facultad para conocer de los procesos que se adelanten contra los miembros de la Policía, está consagrada en el artículo 8º del Decreto-Ley 2347 del año 1971 que dispone que el juzgamiento de los Oficiales, Suboficiales, y Agentes de la Policía Nacional que "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito, serán juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar";

2. Que, por cuanto está ampliamente demostrado en el proceso, que el agente Beltrán Martínez en el momento de cometer el hecho ilícito que se le atribuye no se hallaba "dentro de ninguna de las modalidades taxativas a que se contrae la norma, muy por el contrario el Agente de la Policía, calidad ampliamente establecida, había abandonado el servicio y se dedicó a una actividad ajena a su profesión, cosa distinta es que para el efecto hubiese exhibido fotocopia de un documento, su cartón que lo acreditaba como agente", no se dan los presupuestos indicados;

3. De otra parte, dice que los factores que determinan la competencia de la Justicia Militar para el juzgamiento del personal adscrito a la Policía Nacional no están sujetos a las disposiciones que se dicten con ocasión del estado de sitio, y que para el caso de que el país se hallare en estado de normalidad jurídica, se trataría de un delito de competencia de la justicia ordinaria, situación diversa en la actualidad y en el momento de la ejecución del hecho imputado, por cuanto el Decreto Legislativo 1250 de 1975 (Art. 4º) dispuso que a los jueces de primera instancia contemplados en los artículos 330, 336 y 342 del Código de Justicia Penal Militar "corresponde... hacer la convocatoria de los consejos de guerra verbales" por los hechos delictuosos que se atribuyen por el mismo Decreto a la Justicia Militar, por lo que, infiere el señor Comandante de la Policía, que el mencionado Decreto no se ocupó, de la materia relacionada con la adscripción de competencia a los Jueces de Primera Instancia de la Policía Nacional de que tratan los artículos 345 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar. De consiguiente, como se trataría de un delito común, su conocimiento, por virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1250 de 1975, está atribuido a los Jueces de Primera Instancia, que lo son precisamente los Comandantes Militares a que se refieren las normas atrás referenciadas.

Por su parte, el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares, afirma, que no es competente para conocer de este asunto, por cuanto si se considera que el hecho imputado al Agente de Policía es un delito común, su conocimiento correspondería a la justicia ordinaria, en tiempo de paz, pero que, pese a esto, las normas vigentes del Código Castrense, afirman la aplicación de sus disposiciones a los casos en que haya de juzgarse a miembros de las Fuerzas de Policía, al comprender bajo los términos "militar" o "militares", también a ellos (Art. 284): y que, de otra parte, el artículo 308 del mismo estatuto, expresa que la jurisdicción penal militar se aplica a todos los casos en que se juzgue a "militares en servicio activo... en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior", por delitos establecidos en las leyes comunes, y que para la aplicación de la norma anterior, el artículo 347 da competencia al Comandante de las Divisiones de Policía para juzgar a los agentes. Por tanto, la competencia corresponde al Comandante de la respectiva Unidad o Departamento.

Se considera

Existe incuestionablemente una diferencia sustancial entre los planteamientos de las dos autoridades castrenses en relación con la interpretación de las normas relativas a la competencia para el conocimiento de las infracciones cometidas por los miembros de las Fuerzas de Policía. Por una parte, se afirma por el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares, que combinando la ley castrense (Art. 284) al militar con el Agente de Policía, la jurisdicción Penal Militar conocería, en cualquier eventualidad, de los delitos cometidos por

"militares en servicio activo" (Art. 398 numeral 2º). En este caso, se dice, está establecido plenamente que el Agente Luis Armando Beltrán Martínez estaba adscrito a las Fuerzas de Policía, por lo que se entendería que estaba en servicio activo, ya que la norma del artículo 398 no hace distinción en cuanto al ejercicio de la función en el momento de cometer el hecho, por lo que, su juzgamiento correspondería, de acuerdo con las normas del Código Militar, a los Comandantes del respectivo Departamento o Unidad (Art. 347). Por su parte, el Comandante del Departamento de Policía Bogotá, sostiene que la aplicación de la ley militar a los agentes de Policía y, en general al personal adscrito a ese cuerpo, surge de lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto-Ley 2347 de 1971, que, al contrario de lo establecido en el Código Militar, exige que el hechó se haya cometido "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo".

Para hallar una interpretación correcta sobre el particular, basta considerar que el Código de Justicia Penal Militar fue expedido mediante el Decreto Extraordinario 0250 de 1958 aprobado posteriormente por una ley del Congreso, y que el estatuto relacionado con la "Reorganización de la Policía Nacional", está contenido en un Decreto posterior del 2347 de 1971. Por consiguiente, debe entenderse que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior (Art. 2º Ley 153 de 1887), y que, además, por tratarse de un asunto especial —el contenido en el Decreto-Ley 2347 de 1971— debe considerarse también prevaleciente al general que contiene en el Código Militar (Art. 5º Ley 57 de 1887).

De lo anterior se deduce, sin la menor duda, que el aspecto relativo a la competencia para el juzgamiento del personal adscrito a las Fuerzas de Policía está regulado por las disposiciones especiales del Decreto-Ley 2347 de 1971 que derogó las disposiciones que le fueran contrarias (Art. 123).

Debe considerarse, así mismo, lo relativo a los alcances del Decreto Extraordinario 1250 de 1975 en cuanto a su aplicabilidad al caso sub judice. Este Decreto dice en el artículo 2º que durante el estado de sitio "la jurisdicción penal militar, además de las infracciones cuyo conocimiento le está atribuido por la ley, conocerá de las siguientes...". Entonces, el decreto no modificó en nada las normas del Código Militar, al menos las consignadas en el Decreto 2347 de 1971, sino que simplemente adscribió al conocimiento de la justicia militar, para que se tramitaran por el procedimiento de los consejos verbales de guerra, varias infracciones que en época de normalidad jurídica corresponde conocer a la justicia ordinaria y por los procedimientos regiados en el código de la materia.

En resumen, se tiene, que en cuanto a la competencia de la justicia militar para el juzgamiento del personal adscrito a las Fuerzas de Policía, ésta nace exclusivamente de lo dispuesto en el estatuto especial consignado en el Decreto-Ley 2347 de 1971 y no de las normas contenidas en el Código Militar por asimilación entre "militar" y "policía" (Arts. 284 y 307). La ley quiso hacer una neta distinción entre los dos cuerpos, no sólo en cuanto a su estructura y composición sino principalmente en cuanto a sus funciones, que en muchos y radicales aspectos se apartan de las propias de los cuerpos armados que integran el Ejército de la República.

Entonces, la aplicación de las normas del Código Militar a los miembros de la Policía Nacional está condicionada al hecho de que la infracción de que se trate se haya cometido "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo" (Art. 8º Decreto 2347), en caso contrario, corresponde el juzgamiento a la justicia ordinaria y por los procedimientos propios de ésta, siempre que no se haya dispuesto cosa distinta por disposición transitoria.

En el caso de autos se afirma, como se vio, que el agente cometió el hecho por fuera de las especiales circunstancias contempladas en la ley que adscribe su conocimiento a la justicia castrense, ya que, por una parte, el Agente de la Policía había abandonado el servicio, y no se identificó, porque no podía hacerlo, en forma debida. Que, por tanto, no se pueden aplicar las normas relacionadas con su fuero, y como se trataría de un delito común, lo lógico es aplicar el Decreto Extraordinario que dio competencia a la Justicia Militar.

Sobre este particular ha dicho la Corte en reiteradas decisiones que para que en un caso determinado pueda adscribirse en forma privativa a la justicia militar el juzgamiento del personal de la Policía Nacional, es requisito indispensable que el hecho se haya cometido en ejercicio de la función propia, o por lo menos con ocasión de la misma, siendo entonces, y a contrario sensu de competencia de la justicia ordinaria, el conocimiento de los hechos realizados por la Policía, para que nada tienen que ver con sus especialísimas funciones.

Aplicado el criterio anterior al caso sometido a decisión de la Corte, resulta claro que el Agente Beltrán Martínez en el momento de ejecutar el hecho ilícito atribuido, no se hallaba en ejercicio de sus funciones, ni menos tal hecho tiene relación alguna con las mismas, por lo que, el conocimiento de su actividad ilícita debe someterse a la jurisdicción ordinaria que por estar suspendida para el tipo de infracción que se le imputa por el Decreto Extraordinario 1250 de 1975, su juzgamiento deberá hacerse por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales tal y conforme lo manda dicho decreto.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias a que se refiere la parte motiva de esta providencia en el sentido de que el conocimiento del proceso por la posible comisión de un delito de extorsión corresponde al Comandante de la Brigada de Institutos Militares, Juez de Primera Instancia, a quien se enviarán las diligencias, dando aviso al señor Comandante del Departamento de Policía Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONFESION

A las versiones dadas por los sindicados ante los Directivos de la Policía Judicial, no puede otorgárseles el rango de confesión extrajudicial, puesto que esta clase de pruebas no existe en el proceso penal; en él, o se está frente a la confesión, que siempre habrá de ser judicial o no se está frente a confesión de ninguna índole, sino ante otra clase de pruebas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 18, abril 7/76.

Vistos

Agotados los trámites que la ley señala, procede esta Sala de la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados JOSE EMILIO CASTILLA VANEGAS y GUSTAVO ANTONIO OCAMPO PINEDA contra la sentencia de 27 de agosto de 1974, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al revocar la absolutoria de primera instancia proferida por el Juzgado 28 Penal del Circuito de esta ciudad en favor de los dos sentenciados ya nombrados y de Jaime Pinzón Santos, dispuso: "SEGUNDO. CONDENAR a José Emilio Castilla Vanegas y Gustavo Antonio Ocampo Pineda, de anotaciones personales conocidas a la pena privativa de la libertad de cuatro años de presidio; a cada uno, como autores responsables del delito de peculado en bienes de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, de propiedad del Estado, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar puntualizadas en esta providencia.

"TERCERO. CONDENAR a Jaime Pinzón Santos, de condiciones personales y civiles conocidas de autos a la pena de dos años de presidio como cómplice no necesario del delito de peculado a que se refiere el aparte anterior". Además, fueron condenados a las penas accesorias de rigor y, en abstracto, al pago de los perjuicios ocasionados por el delito.

Hechos

En la sentencia recurrida en casación se presentan de la siguiente manera, la cual, en lo esencial corresponde a la que se trae en el auto de proceder:

"José Emilio Castilla Vanegas, empleado de Telecom, era la persona encargada de elaborar los pedidos de aceites y grasas para el mantenimiento del parque automotor de la empresa, correspondiéndole a él recibir dichos pedidos, los que eran administrados por Gustavo Antonio Ocampo Pineda, también empleado de la Empresa Telecom, en la que desempeñaba el cargo de 'bombero', en las instalaciones de la misma, en la calle 15 Nº 59-90 de Bogotá. La venta de los lubricantes la hacía Jaime Pinzón Santos, como agente vendedor de los aceites 'Penzoil'. Por noticias confidenciales agentes del DAS tuvieron conocimiento que en la calle 18 sur Nº 5-76, se vendía apreciable cantidad de aceite 'Penzoil', hicieron las

averiguaciones pertinentes, estableciendo que Bernardo Duarte era quien lo expendía, pero como simple comisionista, porque Gustavo Antonio Ocampo Pineda era el propietario de los lubricantes, habiéndose decomisado seis tambores de 55 galones de aceite Penzoil y un tambor de grasa de la capacidad antes anotada. También establecieron los secretos, que esos aceites correspondían a los pedidos que hacía la Empresa Telecom y que por orden de José Emilio Castilla Vanegas, el vendedor dejaba parte en los talleres y la otra la transportaba hasta la casa de Gustavo Antonio Ocampo Pineda, ilicitud que no se realizó en un solo acto, sino en forma continuada" (Cuaderno del Tribunal, fls. 4 ss., cfr. Cuaderno principal, fls. 419 ss.).

Actuación procesal

Tomando como fundamento las diligencias adelantadas por la Policía Judicial (fls. 1 ss.), el 28 de junio de 1973, el Juzgado 20 de Instrucción Criminal dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 26). Luego de practicadas algunas pruebas, entre otras las indagatorias a los sindicados Víctor Manuel Salazar Rey (fls. 46 ss.), Bernardo Duarte Grau (fls. 56 ss.), Gustavo Antonio Ocampo Pineda (fls. 68 ss.), Jaime Pinzón Santos (fls. 80 ss.) y José Emilio Castilla Vanegas (fls. 91 ss., 98 ss.), el 14 de julio de 1973 el Juez Instructor decretó la detención preventiva de los cuatro sindicados últimamente mencionados (fls. 135 ss.). Por auto de 5 de noviembre del mismo año, el Juzgado 28 Penal del Circuito declaró cerrada la investigación (fl. 373) y, por el de 26 de diciembre siguiente sobreseyó definitivamente en favor de Manuel Salazar Rey, de manera temporal en favor de Bernardo Duarte Grau y llamó a responder en juicio a José Emilio Castilla, Gustavo Antonio Ocampo P. y Jaime Pinzón Santos, "como presuntos responsables del delito de peculado. De este delito trata el Decreto Extraordinario 1858 de 1951 artículo 3º (concordante con el Art. 151 del C. P.), sancionado con prisión para sus transgresores (o la relativa a la cuantía). Para el último en calidad de cómplice necesario" (fls. 419 ss.).

La providencia anterior no fue recurrida (fl. 447). En la etapa probatoria del juicio, hubo práctica de pruebas (fls. 447 ss.). Una vez celebrada la audiencia pública (fls. 505 ss.), el juzgado de primera instancia dictó su sentencia de 7 de junio de 1974, por medio de la cual los tres procesados fueron absueltos (fls. 526 ss.). Luego vino la del Tribunal, reseñada en los vistos de esta providencia, contra la cual en tiempo oportuno se interpuso el recurso extraordinario que ahora ocupa a esta Sala.

Demanda del apoderado de José Emilio Castilla Vanegas

El censor invoca como causales de casación la 4ª y la 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Primer cargo

Lo enuncia así: La sentencia del Tribunal de Bogotá, condenatoria de su representado "JOSE EMILIO CASTILLA VANEGAS, fue dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio".

Para demostrarlo, razona:

El artículo 481 del Estatuto Procesal Penal señala los requisitos sustanciales que deben cumplirse en el auto de proceder. Y, en el caso sometido a estudio, esta pieza se fundamentó "en las pruebas de la confesión 'manifiesta en una y otra forma de los indagados'" y, de allí mismo se desprendió "la propiedad, preexistencia y consiguiente falta del elemento materia de la denuncia".

Luego de transcribir la regla 264 del Código de Procedimiento Penal sobre el valor probatorio de la confesión y de señalar los requisitos que para ello se precisan, manifiesta que la pieza a la cual el juez dio el carácter de confesión, fue la exposición hecha por el sindicado ante el Jefe de Policía Judicial —Sección de Delitos Comunes—, "sin estar presente el apoderado, que tanto la Constitución y la Ley de procedimiento exigen para que la confesión sea valedera". Agrega: el Jefe de Delitos Comunes de la Policía Judicial "no tiene calidad de juez o funcionario de Instrucción" y que quienes hicieron la indagación, agentes del DAS,

"no son miembros de la Policía Judicial. Por este aspecto tal indagación carece de valor legal". Por tanto, "dicha actuación cae bajo la sanción de nulidad prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal y conlleva la inexistencia procesal del acto así realizado a espaldas de las normaciones legales".

Agrega que se violó la norma 305 del Estatuto Procedimental Penal, por cuanto que, de acuerdo con la indagatoria de Castilla Vanegas, esa indagación se le hizo "bajo coacciones, amenazas, e insultos con la consiguiente exhibición de armas de fuego por parte de los agentes, junto con las acostumbradas torturas físicas y morales con el fin de arrancar confesiones de los hechos que se investigan". Esta manifestación, al igual que aquélla por medio de la cual niega que haya habido faltantes de aceite, está contenida en una verdadera confesión "amparada por la presunción de veracidad determinada por el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal y no existe en el proceso elemento alguno que la infirme o la haga sospechosa". Además, en la Inspección Judicial practicada durante la etapa probatoria del juicio, se estableció que no había habido el faltante de aceite por el cual se le indagaba. Lo cual se corrobora con la carta dirigida por el denunciante al mayor (r.) Jorge Cuervo, en la cual se habla de estricto control de los materiales, en el que se lleva a término por la Empresa de Vigilancia "Seguridad Burns de Colombia S. A." Luego "no habiéndose establecido faltante alguno en las dependencias de Telecom en cuanto a la cantidad de aceite que motivó la investigación penal, tampoco existe el cuerpo del delito de peculado el cual está gobernado por el artículo 151 del Código Penal, y el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal".

En consecuencia, el auto de proceder no se ajusta al artículo 481 del Código últimamente citado, por no estar plenamente comprobado el cuerpo del delito. Por tanto, no podía proferirse tal enjuiciamiento, porque, en esos casos, de acuerdo con la Corte, "se incurre en nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción cuando "SE TUVO POR DEMOSTRADO UN HECHO CON PRUEBA INEXISTENTE" o como cuando se "PROCEDIO A CALIFICAR LOS HECHOS CON DESCONOCIMIENTO DE UNA PRUEBA OSTENSIBLE EN EL SUMARIO".

Entonces, se tuvo como demostrado el peculado, con la mal llamada confesión producida ante agentes del DAS y, en tal calificación, se desconocieron las pruebas ya referenciadas, según las cuales, no hubo ningún faltante de aceite en las dependencias de Telecom.

Luego se está frente a la causal de nulidad planteada en este cargo.

Segundo cargo

Lo enuncia así: "Se incurrió en el proceso en la nulidad prevista en el artículo 210 numeral 5º, por error en la denominación jurídica de la infracción".

En orden a demostrarlo, razona:

Si la Corte no acepta la total inocencia del procesado, en la cual el censor cree, "para formular el cargo contra la sentencia por este aspecto, simplemente he confrontado el artículo 150 del Código Penal que tipifica el delito de peculado. Allí se sanciona la conducta del funcionario público que diere a los 'caudales o efectos que administra una destinación OFICIAL (subrayo) diferente de aquélla a que están destinados...' Y la imputación formulada por los juzgadores de instancia al señor José Emilio Castilla Vanegas, fue la de haber sustraído en asoció de otras personas un aceite de las dependencias de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones. Y esa sustracción dolosa del aceite constituye delito de abuso de confianza gobernado por el artículo 412 del Código Penal, y no destinación OFICIAL DIFERENTE a la que tenía el citado aceite que era para los vehículos de la Empresa de Telecom".

Luego se está frente a la causal de nulidad atrás reseñada.

Causal primera

Cargo único

Enunciado: "Por error de hecho que aparece ostensible y notorio en los autos, el H. Tribunal sentenciador violó en forma INDIRECTA LA LEY SUSTANCIAL al haber aplicado al caso de José Emilio Castilla Va-

negas el Decreto 1858 de 1951 que reprime el delito de peculado doloso".

La sustentación que el demandante presenta de este cargo la sintetiza el Ministerio Público, así:

"Señala como pruebas erróneamente evaluadas por el ad quem éstas: a) La diligencia de inspección judicial que se efectuó en las dependencias de Telecom para constatar faltantes en los aceites o lubricantes que se denunciaron como sustraídos por los procesados. Como no hubo constatación de faltante alguno de tales materias, y siendo tal acta plena prueba, según lo indica el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, no se le podía dar el valor recibido, como demostrativo del cuerpo del delito imputado;

"b) Las versiones dadas por los procesados ante los agentes del DAS 'no fueron recibidas como lo demanda el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que el procesado esté asistido por un apoderado durante dicha diligencia para evitar las preguntas capciosas por parte de los agentes secretos, tal como lo determina el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal...' Se muestra inconforme con el valor que el ad quem da a tales pruebas, teniéndolas como indicio grave de irresponsabilidad, ya que ellas carecen de todo valor legal.

"De igual manera disiente del criterio del sentenciador al tener como indicio la oportunidad para delinquir de Vanegas, ya que dicho indicio no 'es grave sino causal'. Con tal proceder, el ad quem quebrantó el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal "que analiza lo que es indicio, y de igual manera 'interpretó erróneamente al artículo 230 del Código citado', al darle el valor de plena prueba a un solo indicio grave...";

"c) No hubo aplicación por parte del ad quem en favor de los procesados del principio universal denominado in dubio pro reo, cuando la realidad procesal exigía su aplicación;

"d) Los formatos de pedidos usados por Telecom para solicitar los aceites que se dice fueron sustraídos, no constituye ninguna prueba de responsabilidad, significando dichos formatos solo una posibilidad y estas no constituyen indicios graves;

"e) El hecho de haber cobrado Castilla el cheque en uno de los bancos de la ciudad tampoco lo acepta el actor como prueba de responsabilidad, pues el sindicado dio explicaciones sobre la procedencia de dichos cheques y que no era otra sino el pago de un préstamo de dinero que se le había hecho, afirmación que hizo en su indagatoria, estando amparada por la presunción de verdad prevista por el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal.

"Concluye el actor afirmando que 'al analizar las pruebas anteriores, el Honorable Tribunal sentenciador incurrió en evidente error de hecho en la apreciación probatoria que condujo al sentenciador a aplicar indebidamente la Ley sustancial, artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, al condenar al procesado recurrente a la pena de cuatro años de presidio por el delito de peculado. La modalidad de la violación es la de VIA INDIRECTA por error de hecho en la apreciación de las pruebas anteriormente analizadas'."

Demanda del apoderado de Gustavo Ocampo Pineda

Bajo la sombra del cuerpo segundo de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula cuatro cargos, cuya enunciación y sustentación acertadamente presenta el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en los siguientes términos:

"a) Se violó de manera indirecta 'la Ley' sustancial tipificante del delito de peculado (Art. 3º del Decreto 1358/51) al considerar como 'confesiones extrajuiciales' —así lo afirma el Tribunal— la versión rendida por Gustavo Ocampo Pineda ante los detectives del DAS en la cual éstos afirman que Ocampo Pineda confesó el delito'. Al dársele un valor que la ley no le asigna, se incurrió en manifiesto error de derecho 'por falso juicio de convicción';

"b) En forma subsidiaria el actor señala como error de hecho 'la misma prueba allegada a los autos por los señores detectives del DAS', indicándose que por no habersen observado las ritualidades inherentes o propias de tal prueba, ella es nula e inexistente, sin capacidad para producir efecto alguno;

"c) Error de hecho por falta de aprecia-

ción de un documento que obra en autos contentivo de un contrato de compraventa efectuado entre Gustavo Ocampo y Octavio Girado (sic) en virtud del cual el segundo vendió al primero de los nombrados parte del aceite que le fue decomisado a aquél'. Se queja el demandante de que por ser tal documento prueba legalmente aportada al proceso, no podía ser desconocido por el ad quem, como lo hizo, lo que produjo violación de los artículos 262 y 263 del Código de Procedimiento Penal y 280 del Código de Procedimiento Civil;

"d) Se señala en la demanda que se violó indirectamente la Ley sustancial 'al aplicar el Decreto 1858 de 1951 que define y sanciona el delito de peculado en el comportamiento de Gustavo Ocampo Pineda, habida consideración de que su conducta es atípica y en forma absoluta, pues no se adecúa en forma alguna al estatuto sustancial mencionado'."

"Señala el actor que los artículos 304 y 311 de la Ley Procesal Penal fueron desairados con el procedimiento seguido por los agentes del DAS en la recepción de la confesión de Ocampo Pineda. Frente al primero de los artículos en cita, apunta haberse violado la reserva de las diligencias de indagación recibidas por la Policía Judicial, toda vez que en ellas intervinieron personas diferentes de las indicadas por la norma, tales como las empleadas de Telecom, que sirvieron de secretarias.

"Además, quebrantando ostensiblemente la orden del artículo 431 del Estatuto Procesal Penal, se oyo a Ocampo sin presencia de su apoderado, no obstante que la misma norma señala como inexistente tales confesiones sin el lleno de tan fundamental requisito, pese a lo cual el ad quem consideró como 'confesiones extrajudiciales', y les dio valor probatorio a dichas diligencias, indicándose como error de hecho tal posición del sentenciador ad quem".

De igual manera, censura el actor al Tribunal por haber negado "el valor de prueba a un documento aportado a los autos por el señor Gustavo Ocampo Pineda", con el cual éste demostró la procedencia licita del aceite que le fue decomisado parcialmente por los agentes del DAS, apuntando que tal documento "no fue tachado de falso por ninguna de las partes del proceso; fue aceptado por Ocampo como el que suscribió con Giraldo y ratificado por la señora de Giraldo...", añadiendo que el concepto dado por el ad quem sobre la firma de Fabio Giraldo puesta en dicho documento "no puede establecerse sino por medios técnicos si la firma fue puesta sobre un papel 'enmugrado'. Defiende el demandante la validez del documento por tener 'fecha cierta por haber sido pasado ante funcionario público...'."

"Respalda su aserto en la prescripción del artículo 262 del Código de Procedimiento Penal, reiterando su afirmación sobre la autenticidad suya 'al tenor del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil'.

"Identifica el actor como pruebas erradamente evaluadas por el ad quem: éstas: la inspección judicial que el Juez Instructor practicó 'a las dependencias de Telecom con la cual se trataba de establecer la cantidad de aceite que faltaba por concepto del comportamiento de Gustavo Ocampo Pineda, haciendo resaltar que no se halló faltante alguno, lo que se traduce en falta de pruebas del cuerpo del delito de peculado, toda vez Que la Acta (sic) de Inspección Judicial es una prueba de las denominadas pruebas plenas respecto a las cuestiones fácticas en vía de averiguación (Art. 228 del C. de P. P.)'.

"Las confesiones recibidas por el DAS, erróneamente evaluadas por cuanto hubo 'coacciones sicológicas y morales', como también por haberse recibido sin asistencia de apoderado, contraviniendo lo ordenado por el artículo 393 de la Ley Procesal Penal.

"Da término expresando que 'el Honorable Tribunal sentenciador al analizar el conjunto de pruebas antes relacionadas, incurrió en error de hecho manifiesto que lo condujo a aplicar indebidamente la Ley sustancial, artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, al condenar al procesado recurrente, Gustavo Ocampo Delgado, a la pena de cuatro años de presidio por el delito de Peculado. La modalidad de la violación es la de vía indirecta por error de hecho en la apreciación de las pruebas a que se hizo referencia antes'."

Consideraciones de la Corte. Concepto del Ministerio Público

De la presentación que de las demandas se ha hecho, es pertinente destacar que los

dos censores confluyen en algunos ataques comunes a la sentencia impugnada, principalmente en cuanto manifiestan que en ésta se incurrió en errores de hecho y de derecho en la valoración de las pruebas que sirvieron de soporte al fallo condenatorio acusado. Fenómenos que se presentaron, principalmente: cuando a las exposiciones hechas por los sindicados ante detectives de la División de Policía Judicial —Sección de delitos contra la propiedad privada—, se les dio el valor de confesión extrajudicial; cuando se negó, sin razón valedera, en su concepto, el valor probatorio de un documento privado y, cuando se desconoció lo afirmado en una Inspección Judicial, al decir en el acta respectiva que en los almacenes de Telecom no se encontraron los faltantes de aceites y grasas, cuya disposición arbitraria se atribuye a los sentenciados.

Sobre los puntos anteriores, es preciso considerar:

Conviene recordar que, como en múltiples oportunidades lo ha sostenido esta Corporación, la casación no constituye una tercera instancia, dentro de la cual puedan ponderarse encontrados criterios de fallador e impugnantes, para decidir a quién corresponde la razón. Pero, cuando tomando como fundamento la apreciación o valoración de determinadas pruebas se formulan cargos concretos contra la sentencia atacada, es preciso entrar a considerar el fundamento que pueda asistir a quien pretende la invalidación de aquélla, sobre el fundamento invocado. En este orden de ideas, se tiene:

En sus indagatorias, rendidas de acuerdo con las formalidades legales ante el Juez 20 de Instrucción Criminal, Castilla Vanegas (fls. 91 ss., 98 ss.) y Ocampo Pineda (fls. 68 ss.), hicieron manifestaciones de hechos de acuerdo con los cuales son inocentes de los cargos que se les formularon, colocándose así en contradicción con la aceptación de los mismos cargos ante los detectives de la Policía Judicial (Cfr. fls. 16, 18 ss., respectivamente).

El Tribunal sentenciador partiendo de la base de que las exposiciones hechas ante los funcionarios de Policía tienen el carácter de confesiones extrajudiciales, manifiesta que ellas han de considerarse "como indicio grave de responsabilidad", el cual, unido al "indicio de la oportunidad para delinquir" que también milita contra Castilla y Ocampo, "constituyen la prueba plena del proceder ilícito de Ocampo, en convivencia con José Emilio Castilla".

Con relación a lo anterior y, antes de considerar otros aspectos planteados en la demanda, es preciso tener en cuenta:

A las versiones dadas por los sindicados ante los detectives de la Policía Judicial, no puede otorgárseles el rango de confesión extra-judicial, puesto que esta clase de pruebas no existe en el proceso penal: en él, o se está frente a la confesión, que siempre habrá de ser judicial o no se está frente a confesión de ninguna otra índole, sino ante otra clase de pruebas. No es que se desconozca la competencia que la ley señala a la Policía Judicial para practicar algunas indagaciones (C. P. P., Art. 289). Pero a la que le atribuyó el número 8 del artículo 288, no puede dársele el rango de confesión extra-judicial, porque para que pueda hablarse de confesión se requiere, entre otros requisitos y según la regla 264 del Estatuto Procesal Penal, el que ella: a) Sea hecha por el procesado; b) De manera libre y espontánea; c) Ante el juez o funcionario de instrucción y su respectivo secretario; y e) Que por otros medios esté plenamente probado el cuerpo del delito. De acuerdo con el tercer requisito, la confesión, para usar las expresiones de Mittermaier, "... debe ser articulada en juicio... La confesión judicial, para hacer prueba, debe presentarse ante el juez de instrucción, debidamente instituido y competente en la causa". Este presupuesto esencial en los procesos penales, falla en las manifestaciones ante funcionarios policivos que se vienen tratando. Además, no puede olvidarse que al producirse ella dentro de la diligencia de indagatoria, por disposición de la ley está terminantemente prohibido recibir al sindicado esta clase de diligencias, "sin que esté presente su apoderado", salvo las dos únicas excepciones consagradas en el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal. Pero en el caso de autos no se estaba en presencia de ninguna de éstas.

De otra parte, se exige que por otros medios probatorios está plenamente acreditado el cuerpo del delito, lo cual corre parejas, también, cuando se trata de dictar sen-

tencia condenatoria ya que para ésta, en materia criminal, se exige que "obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella" (C. P. P. Art. 215).

Ahora bien: respecto a la estructuración del cuerpo del delito dentro de las presentes diligencias, se tiene: según la presentación de los hechos el peculado se hace consistir en que los procesados Castilla Vanegas y Ocampo Pineda, valiéndose de determinados medios dispusieron de algunas cantidades de lubricantes: aceite Penzoil y grasa, que originariamente eran adquiridas para la Empresa Telecom, hecho que se produjo no en un solo acto, sino en forma continuada.

Una primera observación consiste en que, en cuanto hace relación a la cantidad de material sustraído, se presenta una vaguedad asombrosa: no hubo precisión atendible a ese respecto. Mas la acotación anterior sube de punto y llega a su máximo si se tiene en cuenta lo siguiente: a petición del defensor de algunos procesados, en la etapa probatoria del juicio se practicó una diligencia de Inspección Judicial tendiente a comprobar o no los faltantes de combustibles que dieron origen a la investigación. Allí, el Jefe de la Sección de Transportes, capitán (r.) Enrique Añez Ariza, luego de explicar en qué forma podría cometerse un ilícito de la naturaleza del investigado y de fijar la dificultad para establecer la cuantía, manifiesta enfáticamente: "nunca se observó faltantes de aceites, ni grasas puesto que éstos por las anotaciones en los vales de consumo debía sobrar físicamente estos elementos" (fls. 481 ss.). De manera que por medio de esta inspección judicial se llegó a la conclusión de que no se observaron faltantes de aceites ni de grasas. Y, no hay otras pruebas que produzcan un firme convencimiento acerca del faltante imputado a los acusados.

Además, conviene tener en cuenta que de acuerdo con lo declarado por el mismo Jefe de Transportes, a Gustavo Ocampo en una ocasión le regalaron tres canecas de aceite quemado y, más tarde, otra (Cfr. fls. 482 ss.). Agréguese a lo anterior que al folio 401 se encuentra un recibo expedido por Octavio Giraldo H., que dice: "Hago constar que he vendido al señor GUSTAVO OCAMPO PINEDA diez y ocho canecas de aceite marca Penzoil, por la suma de catorce mil quinientos pesos ($ 14.500,00) de los cuales declaro recibidos la suma de diez mil pesos Mcte. ($ 10.000.00) de manos de Ocampo y el saldo cuando entregue nueve canecas que quedan pendientes de entregar".

Como lo ha dicho la Corte "La violación indirecta de la ley se tiene cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto, en el sentido de demostrar haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Trátase, por tanto, de una técnica precisa señalada por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

"..... .....

"A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado ordinal. En esta infracción el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho, o de hecho que se muestra ostensible y notorio, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error".

Ahora bien: En las dos demandas, si, pecando contra la técnica propia del recurso de casación, según lo apunta el Ministerio Público, los censores invocaron y argumentaron sobre la violación, por el sentenciador de segunda instancia, de la ley por vía indirecta, por error de hecho en la apreciación de las pruebas que en su oportunidad se han precisado. Y, de acuerdo con los razonamientos expuestos, esos cargos están llamados a prosperar ya que, como lo anota el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, por una parte "se está frente a un auténtico error fáctico porque se da como existente, probatoriamente, un hecho que no ha nacido a la vida legal" y, por otra, "innegablemente se está actuando dentro del palmario error de derecho, quebrantan-

do la norma sustancial penal de manera indirecta, pues que su violación, como norma fin, se operó, obviamente, por el quebrantamiento que a su vez se produjo en la norma medio, o sea la que disciplinaba la prueba erradamente evaluada". De todo lo cual concluye solicitando de la Corte que invalide la sentencia recurrida "para dictarse en reemplazo suyo un nuevo fallo absolutorio, tal lo indica el ordinal 1º del artículo 583 de la Ley Procesal Penal".

Y, como la anterior es la misma conclusión a la cual ha llegado la Sala, habrá de procederse en consecuencia.

Con relación a los demás cargos formulados, apenas sí cabe observar que ninguno de ellos sería apto para generar la invalidación del fallo, puesto que no se ha incurrido en causal de nulidad alguna ya que, las irregularidades puestas de presente por los demandantes, no tienen el carácter que ellos mismos quieren asignarles.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema - Sala de Casación Penal--, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de segunda instancia proferida dentro de estas diligencias el 27 de agosto de 1974 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en su lugar, ABSUELVE a JOSE EMILIO CASTILLA VANEGAS y a GUSTAVO ANTONIO OCAMPO PINEDA, de anotaciones personales conocidas en autos, por todos los cargos que se les formularon dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. AUTO DE PROCEDER. VEREDICTO. — SENTENCIA

En los juicios con intervención del jurado, tienen que acoplarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 13, abril 7/76.

Vistos

Procede la Corte a resolver acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por RAUL TRILLERAS ORTIZ y su defensor y por JOSE ANTONIO CAICEDO TIQUE contra la sentencia de 12 de septiembre de 1974, por medio de la cual la respectiva Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, al reformar la de primera instancia, dictada el 20 de febrero del mismo año por el Juzgado Superior de Florencia, condenó a Caicedo Tique a la pena de 18 años de presidio y confirmó la de Trilleras Ortiz, que había sido fijada en 15 años, también de presidio. Las penas accesorias fueron, también, legalmente confirmadas. En cuanto al sentenciado Recaredo Bonilla, quien también había recurrido en casación, por cuanto no fue presentada la respectiva demanda, se le declaró desierto el recurso.

Hechos

En el auto de llamamiento a juicio, se presentaron en la siguiente forma, la cual, en esencia, corresponde también a las formuladas en las respectivas demandas de casación:

"Según el proceso, el 12 de diciembre de 1971 el doctor Luis Enrique Valenzuela Ramírez, abogado, residenciado en esta ciudad y quien ejercía su profesión en este territorio, partió de Florencia acompañado de su concubina, María Dolores Giraldo, más o menos a la una de la tarde rumbo al municipio de El Doncello. A esta población llegaron entre tres y cuatro de la tarde a bordo de el vehículo de su propiedad que él mismo conducía, hospedándose en casa de su amigo, el señor José Ignacio Vargas Bautista. El doctor Valenzuela luego de adelantar diversas gestiones relacionadas con su profesión, acudió en compañía de José Ignacio Vargas a oír misa. Escuchada la misa y como había dejado estacionado su vehículo junto a un árbol de la plaza donde se halla la iglesia, se dirigió a emprender regreso en compañía de su amigo Vargas. Cuando se disponía a prender la camioneta recibió tres impactos con arma de fuego que le causaron la muerte en forma instantánea, siendo herido levemente también José Ignacio Vargas. De inmediato procedieron a trasladarlo al hospital del Buen Samaritano, pero cuando allí llegó ya se encontraba sin vida. Por haber ocurrido los hechos en horas de la noche y no haber iluminación suficiente, el señor Vargas sólo pudo observar que un hombre a quien sólo alcanzó a ver el pecho apuntaba su arma hacia adentro de la camioneta" (Cuaderno Nº 4, fls. 1 ss.).

Actuación procesal

Al día siguiente de ocurridos los hechos, el Juzgado Unico Promiscuo Municipal de

Doncello, dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fls. 5 ss.). Dentro de las numerosas pruebas que se practicaron se encuentran las indagatorias de Néstor Gutiérrez Murillo (fls. 82 ss., 336 vto. ss.), Recaredo Bonilla (fls. 252 ss.), (270 vto. ss., 321 vto. ss.), José Antonio Caicedo (fls. 254 vto. 325 ss.), (347 ss.), Jaime Alba (fl. 301 ss.) y Raúl Trilleras (fls. 314 ss., 317 ss., 334 ss.). El Juzgado Superior de Florencia, por auto de 1º de diciembre de 1972 declaró cerrada la investigación (Cuaderno Nº 3, fl. 233). El 13 de febrero del año siguiente, llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Recaredo Bonilla, José Antonio Caicedo Tique, y Raúl Trilleras Ortiz, "como autores materiales los dos primeros y como determinante o autor intelectual el segundo del delito de homicidio de que trata el Código Penal en su Libro II, Capítulo I, Título XV, en concordancia con el Capítulo I, Título I, Libro I, genéricamente denominados delitos contra la vida y la integridad personal"; sobreseyó definitivamente en favor de Jaime Alba y de manera temporal en favor de Néstor Gutiérrez Murillo (Cd. Nº 4, fls. 1 ss.). Debe advertirse que en el enjuiciamiento se consignó categóricamente que "está demostrado que el crimen se perpetró dentro de las circunstancias previstas por el artículo 363 de la obra en cita, es decir, las de los numerales 5º y 9º, pues se tomó por sorpresa a la víctima y se recibió pago en dinero previa promesa anterior, lo cual da al delito de homicidio la denominación de asesinato" (íd. fl. 59).

Durante la etapa probatoria del juicio, se practicaron algunas de las pruebas que fueron solicitadas. Previo el cumplimiento de las formalidades legales, se celebró la respectiva audiencia pública (Cd. Nº 4, fls. 152 ss.). Los veredictos emitidos, con relación a los cuestionarios propuestos, fueron los siguientes: Para Recaredo Bonilla y para José Antonio Caicedo Tique: "Sí es responsable" (Cd. Nº 4, fls. 125 ss.) y, para Raúl Trilleras Ortiz: "Sí es responsable por complicidad" (íd. fl. 127). Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, que han sido referenciadas en los vistos de la presente, habiéndose interpuesto contra la última de aquéllas el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

Las demandas

Demanda del defensor de Raúl Trilleras Ortiz:

Dos cargos formula el censor contra la sentencia recurrida: uno al amparo de la causal 4ª y otro al de la 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo

Afirma el defensor que su "mandante RAUL TRILLERAS ORTIZ fue juzgado sin haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, tal como lo ordena el artículo 26 de la Constitución Nacional".

En orden a sustentar su proposición, luego de transcribir la norma 26 de la Carta y de manifestar que en la audiencia pública los defensores plantearon la misma nulidad de índole constitucional, manifiesta: De acuerdo con el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, los empleados públicos no pueden ser apoderados. A pesar de ello, Jorge Helly Martínez Rodríguez y Gilberto Varón Varón, quienes eran empleados del "DAS" en ese tiempo, fueron los que asistieron como apoderados a los sindicados Recaredo Bonilla y José Antonio Caicedo Tique en las indagatorias que se les recibieron en Chaparral. Además: Heriberto Vásquez Vargas y Juan Crisóstomo Lugo, quienes aparecen en las diligencias de Inspección Judicial llevada a término en la casa de Raúl Trilleras, en el hotel de Doncello y en la de reconstrucción de los hechos, también habían sido apoderados de oficio de los sindicados. Luego tales diligencias deben considerarse como nulas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 271 del Estatuto Procesal Penal, habida consideración del numeral 4º del 78 de la misma obra, sobre causales de recusación. Considera que tanto el auto de proceder como las sentencias de primera instancia se fundamentaron sobre diligencias nulas e inexistentes, por lo cual, con base en esas pruebas no podía dictarse providencia condenatoria, en atención a lo dispuesto en el artículo 215 del Código últimamente citado.

Segundo cargo

Con invocación de la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, lo enuncia así: La sentencia, en relación con Raúl Trilleras Ortiz, "está en desacuerdo con el veredicto pronunciado por los jueces de conciencia".

Para argumentarla, después de transcribir el cuestionario que fue sometido a la consideración del jurado con relación a este procesado y su respuesta: "Sí es responsable por complicidad", expone:

Existe en nuestra legislación la complicidad necesaria y la no necesaria. A la primera corresponde una sanción igual a la prevista para el delito y a la segunda otra menor. El jurado al decir que "por complicidad", calificó su respuesta, pero como no especificó el grado de responsabilidad y como "de conformidad con el espíritu que guió al legislador, siempre se tiende a favorecer la situación del sindicado tal como se deduce del propio artículo 26 de la Constitución Nacional, de los artículos 3º del Código Penal, 43, 44, 45, 47 de la Ley 153 de 1887, así como del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal que consagra el principio del **In dubio pro reo**", le correspondía a los sentenciadores de primera y de segunda instancia aplicar esos principios y fijar las sanciones correspondientes a la complicidad no necesaria. Luego de transcribir algunas sentencias de la Corte concluye que, como "no hubo consonancia entre el veredicto pronunciado por el juri y la sentencia materia del presente recurso, y por lo tanto, concurre en el caso de autos la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que he invocado en la presente demanda".

Demanda del defensor de José Antonio Caicedo Tique:

Con invocación de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula un cargo contra la sentencia impugnada: haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, el que sustenta así:

Luego de transcribir el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal que señala los "Requisitos para dictar sentencia condenatoria", dice que Caicedo Tique fue condenado "con base en pruebas que no fueron LEGALMENTE PRODUCIDAS". Agrega: La regla 123 de la obra acabada de citar, prohíbe que sean apoderados de los sindicados los empleados públicos. Transcribe el artículo 215 del mismo estatuto, sobre inexistencia de actos procesales; señala que su defendido Caicedo Tique al igual que Recaredo Bonilla, fueron asistidos en indagatoria por los detectives de ese tiempo Jorge Helly Martínez Rodríguez y Gilberto Varón Varón y desarrolla este cargo en igual forma al primero de la demanda anterior, haciendo idéntica observación en cuanto se relaciona con las diligencias de Inspección Judicial y de Reconstrucción de los hechos, puesto que en ellas actuaron como peritos personas que "legalmente estaban impedidas para ello". De todo lo cual concluye pidiendo se case la sentencia impugnada, "por cuanto se cumple la Causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ya que mi poderdante JOSE ANTONIO CAICEDO TIQUE fue juzgado sin observarse la PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS del juicio, y la sentencia atacada se produjo dentro de un JUICIO VICIADO DE NULIDAD".

Consideraciones de la Corte y concepto del Ministerio Público

Cargos al amparo de la causal cuarta de casación

En atención a que los fundamentos y los razonamientos que esgrimen los demandantes son iguales para sustentar este cargo, se considerarán de manera simultánea.

El 27 de febrero de 1972, José Antonio Caicedo Tique fue llevado a rendir indagatoria ante el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal, radicado en Florencia y se le nombró como apoderado, pues manifestó que no tiene a quién nombrar, a Aristides Ortiz Lozada, más luego de dar su nombre y el número de su cédula de ciudadanía, "manifiesta que se niega rotundamente a rendir indagatoria, porque 'tengo más de setenta y dos horas hábiles'. En este estado, se amonestó al sindicado sobre la disposición citada en el artículo 390 del Código de Procedimiento Penal y agregó que se niega a rendir indagatoria por llevar detenido más de los términos señalados por la ley. Así

se suspende la presente . . ." (Cuaderno Nº 1, fls. 254 vto. ss.).

Sobre lo anterior cabe observar que en ninguna parte del expediente consta que el apoderado de oficio Ortiz Lozada, hubiera sido para aquella época empleado público.

El 9 de marzo del mismo año, el ya citado Caicedo Tique fue llevado de nuevo a rendir indagatoria ante el mismo Juzgado Décimo de Instrucción Criminal y, al manifestar que no tenía a quien nombrar como apoderado, el Despacho le designó de oficio a Jesús Torres Muñoz (íd. fl. 325).

En el curso de esta diligencia, confesó de manera amplia y completa su participación en el delito investigado, disparando sobre la víctima, hecho por el cual recibió junto con Recaredo Bonilla, de manos de Raúl Trilleras, la suma de $ 14.000.00, más otros $ 1.000.00 que les habían dado con anticipación (íd. fls. 325 ss.).

Y, en cuanto hace relación a Raúl Trilleras Ortiz, sobre este mismo aspecto se tiene: El 8 de marzo de 1972, fue llevado a rendir indagatoria y como manifestara que por el momento no tenía a quien designar como defensor, de oficio le fue nombrado Gabriel Pérez, quien actuó como tal (íd. fls. 214 ss.). Lo mismo ocurrió en la primera ampliación de ésta (íd. fls. 317 ss.). Más tarde fue llevado de nuevo para cumplir otra ampliación y, en esta ocasión también se le designó apoderado de oficio, habiendo recaído tal encargo en Erlberto Vásquez Vargas (fls. 334 ss.).

De manera que en las diligencias que vienen de precisarse, no actuaron como apoderados de los sindicados personas que fueran empleados públicos.

De ahí que el Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, haya podido finalizar su respectivo estudio de la siguiente manera que la Sala comparte:

"En conclusión, en opinión de esta Procuraduría Delegada el cargo no es completamente exacto y, además, como lo anotan los demandantes en casación, la Ley procesal no exige la calidad de abogado titulado para desempeñar el cargo de apoderado en la indagatoria, ya que éste puede ejercerse por un ciudadano honorable (fl. 123).

"De otra parte, y es la tesis principal, las nulidades constitucionales se predican del juicio y no del sumario y, además, no se demostró por los recurrentes en casación cual fue el agravio sufrido por la defensa por las irregularidades puntualizadas en los libelos. En el curso del juicio Caicedo Tique estuvo asistido por abogados titulados.

"Por último, resulta impertinente que en la demanda de casación formulada a nombre de Raúl Trilleras se haga alusión a las fallas de la representación de los sindicados Bonilla y Caicedo, que por ser estrictamente personales no tienen la virtualidad de transmitirse a los demás procesados y, aún más, en nada afectaron la defensa del condenado Trilleras".

En consecuencia, estos cargos no habrán de prosperar.

Cargo formulado por el defensor de Trilleras Ortiz con invocación de la causal segunda: estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto pronunciado por los jueces de conciencia:

La esencia de él se hace consistir en que, a pesar del veredicto: "Sí es responsable por complicidad", la sentencia condenatoria se produjo con relación a Raúl Trilleras por homicidio agravado como cómplice necesario y no como cómplice no necesario.

Con el objeto de considerar este cargo ha de tenerse en cuenta que desde vieja data, con toda razón ha sostenido la Corte: "Entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia debe haber consonancia, porque el auto de proceder es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado: el veredicto es la clasificación que da el jurado a los hechos de que se sindica al culpable en el enjuiciamiento, y la sentencia es la aplicación de los preceptos de derecho a los hechos calificados por el jurado". Y, en más reciente ocasión, recalcando sobre las mismas ideas fundamentales que vienen de transcribirse, expuso: "En los juicios con intervención del jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo

aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa". Y, recuérdese que el cuestionario sometido a la consideración del jurado "se formulará así: El acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa CONFORME AL AUTO DE PROCEDER determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica" (C. P. P., Art. 533. Destaca la Sala).

Entonces, en la valoración de este cargo, habrá de tenerse en cuenta la armonía que debe campear entre auto de proceder, cuestionario, veredicto y sentencia, en la forma en que se acaba de precisar. Y, en el caso sometido a consideración, se tiene:

En el auto de proceder se dedica un largo capítulo a estudiar, considerar y fijar la situación jurídica de Raúl Trilleras Ortiz de acuerdo con numerosas y variadas pruebas recogidas legalmente dentro de la etapa sumarial. Y, en parte de él se afirma de manera clara y concreta: "De todo lo expuesto al analizar la situación de Raúl Trilleras, puede decirse que es suficiente para responsabilizarlo por la muerte del doctor Valenzuela, COMO DETERMINANTE O AUTOR INTELECTUAL, pues según lo aseverado inicialmente por los imputados Bonilla y Caicedo, fue Trilleras, por lo menos uno de quienes contribuyeron eficazmente para la comisión del ilícito, amén de haber enviado a Alba con el compromiso de contratarlo" (destaca la Sala).

Y, en la misma pieza enjuiciatoria, en su Capítulo dedicado a la "Calificación legal", también con meridiana claridad se precisó: "Se dejó expresado que Recaredo Bonilla y José Antonio Caicedo Tique, son los directos responsables del homicidio en el doctor Luis Enrique Valenzuela Ramírez, como autores materiales y Raúl Trilleras Ortiz lo es por el mismo delito en su calidad de determinante o autor intelectual.

"En estas condiciones, debe residenciárseles en juicio criminal por haber infringido el artículo 362 del Capítulo I, Título XV, del Código Penal, en concordancia con el artículo 19 de la misma obra. Pero como además, está demostrado que el crimen se perpetró dentro de las circunstancias previstas por el artículo 363 de la obra en cita, es decir, las de los numerales 5º y 9º, pues se tomó por sorpresa a la víctima y se recibió pago en dinero previa promesa anterior, lo cual da al delito de homicidio la denominación de asesinato" (id. fl. 59).

De manera que, con relación a Raúl Trilleras Ortiz, éste quedó clara y precisamente catalogado en el auto de enjuiciamiento, como cómplice necesario, ya que esta clase de complicidad es la que consagra el artículo 19 del Código Penal y no ninguna otra. Y cabe agregar que el inciso segundo de esta norma dispone que "En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo" (el delito).

Establecido lo anterior y de especial manera, los términos en que se produjo el llamamiento a juicio para Raúl Trilleras Ortiz, es preciso conocer literalmente el cuestionario que con relación a él fue sometido a la consideración del jurado. Tal pieza dice:

"El enjuiciado RAUL TRILLERAS ORTIZ, hijo de Roberto y Anastacia, de cuarenta y nueve años de edad, casado, alfabeto, natural de Natagaima, de profesión agricultor y residenciado en el municipio de Paujil, es responsable SI o NO conforme al auto de proceder de haber inducido a RECAREDO BONILLA y a JOSE ANTONIO CAICEDO TIQUE, mediante promesas remunerativas, a causar la muerte con el propósito de matar al doctor LUIS ENRIQUE VALENZUELA RAMIREZ, empleando la asechanza y aprovechando la indefensión e inferioridad de la víctima, hechos que tuvieron ocurrencia en las horas de la noche del doce de diciembre de mil novecientos setenta y uno en el perímetro urbano del municipio de Doncello, Intendencia Nacional del Caquetá, de este Distrito Judicial?" (Cuaderno Nº 4, fl. 127).

Huelga en esta oportunidad hacer resaltar la armonía que existe entre los cargos formulados a Trilleras Ortiz en el auto de proceder y el cuestionario sometido a la consideración del tribunal popular con relación a él, el cual los recoge de manera cabal.

El veredicto proferido por unanimidad fue el siguiente: "Si es responsable por complicidad (id.).

En atención a lo anterior, se tiene: En el auto de proceder se concretó con relación a Trilleras Ortiz el cargo de cómplice necesa-

rio. Siguiendo esta directriz, se formuló el cuestionario. El veredicto declaró la responsabilidad del enjuiciado, sin que la adición "por complicidad" pueda presentar perplejidades. Ya la Corte en alguna ocasión había enseñado con toda lógica: "El artículo 19 del Código Penal establece igualdad de sanciones para el autor del delito y para el cómplice necesario, de suerte que si en un determinado caso se denomina cómplice necesario al que es verdadero coautor, esa inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámese cómplice necesario o coautor".

Si se repara el acta de audiencia pública, en ella se constata que el señor defensor del procesado Trilleras Ortiz, en ningún pasaje planteó una atenuación de la responsabilidad en atención a que hubiera actuado su defendido como cómplice no necesario sino que, insistió en argumentar y solicitar su absolución. Una vez proferido el veredicto, nadie pidió el que fuera aclarado en forma alguna (íd. fl. 181).

Finalmente, como lo afirma el Ministerio Público colaborador "En definitiva, no existen en el proceso elementos de juicio que autoricen pensar que el comportamiento de Trilleras Ortiz se ubica en la descripción del artículo 20 del Código Penal. Todo indica que se trata de las previsiones del artículo 19 o sea en la participación intelectual de determinar a otro a cometer un delito o en lo material, prestando una cooperación sin la cual el hecho no habría podido realizarse, o en ambas, como al parecer ocurrió en este caso. En una o otra circunstancia la Ley equipara la responsabilidad penal y las sanciones y desde este punto de vista el cargo carece de trascendencia jurídica". Por último, agrega el colaborador, "El principio de favorabilidad —invocado en la demanda de casación— se predica de las disposiciones legales (Arts. 26 C. N., 6º C. P. y 6º C. P. P.) y de la prueba (Art. 215 C. P. P.) mas no del veredicto. Este se interpreta —como enseña la jurisprudencia— de acuerdo con el auto de proceder, el cuestionario y las intervenciones de las partes en audiencia".

En consecuencia, este cargo tampoco habrá de prosperar.

Como se llegó a las conclusiones anotadas con relación a las causales propuestas, habrá de desecharse el recurso, tal como lo dispone el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de septiembre de 1974, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

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

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Falta de examen psiquiátrico del sindicado

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 18, abril 7/76.

Vistos

Agotados los trámites de ley, procede esta Sala de la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el sentenciado EFRAIN ROJAS ANACONA y su defensor, contra la sentencia de 7 de febrero del año próximo pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó la de primera instancia proferida el 31 de octubre de 1974 por el Juzgado Primero Superior de Garzón, que le había condenado a la pena principal de ocho años de presidio, a más de las accesorias de rigor, por la muerte violenta de Miguel Angel Torres González.

Hechos

El demandante, por considerarla fiel trasunto de la realidad procesal, acoge la siguiente versión presentada tanto en el auto por medio del cual el Tribunal respectivo confirmó el de llamamiento a juicio, como en la sentencia condenatoria de segunda instancia:

"Era el 12 de diciembre de 1971 y a la media noche se hallaban algunos parroquianos departiendo en la cantina de Luis Hule, ubicada en el casco urbano del municipio de San José de Isnos, cuando se suscitó un incidente entre Miguel Angel Torres González y Mario Rojas apodado 'Pinilla', quienes salieron a la calle a intercambiar golpes y planazos, pero no hubo mayores consecuencias fatales porque otras personas, entre ellas Efraín Rojas Anacona intervinieron tranquilizando los ánimos y todos regresaron al interior del establecimiento. Estaba el grupo de gentes atendiendo a Rojas Anacona por una leve herida, cuando de improviso se escucharon unos disparos, Miguel Angel Torres González cayó a tierra y vieron a Rojas Anacona cuando le descerrajó el último disparo. De ese sitio fue enviado el agresor a la cárcel, y levantado el cuerpo del infortunado ciudadano e iniciose la presente investigación" (Cd. Nº 1, fls. 177 ss., Cd. Nº 4, fl. 6, Cd. de la Corte, fls. 8 ss.).

Actuación procesal

El 13 de diciembre de 1971 el Juzgado Promiscuo Municipal de Isnos inició estas diligencias por medio del correspondiente auto cabeza de proceso (fls. 1 ss.). En la etapa sumarial se practicaron numerosas pruebas, contándose, entre ellas, la indagatoria de Efraín Rojas (fls. 16 ss.) y su ampliación (fl. 92) y la de Gregorio Ome Rojas (fls. 74 ss.). El 17 de diciembre de 1971, por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, se decretó la detención preventiva de Rojas Anacona, "como presunto responsable del delito de HOMICIDIO en la persona de Miguel Angel TORRES GONZALEZ" (fls. 35 ss.) e igual determinación se tomó el 25 de enero del año siguiente con relación a Gregorio Ome Rojas "como presunto responsable del delito de 'Lesiones Personales' padecidas por Efraín Rojas Anacona" (fls. 77 ss.), siendo de advertir que posteriormente se le concedió el beneficio de libertad provisional (fls.

84 vto. ss.). El 7 de junio de 1972 se declaró cerrada la investigación (fl. 117). El 3 de agosto siguiente el Juzgado Primero Superior de Garzón llamó "a responder en juicio criminal sin intervención del jurado a EFRAIN ROJAS ANACONA, ...como presunto responsable de un delito genéricamente denominado homicidio de que trata el Libro II, Título XV, Capítulo I del Código Penal", habiendo consignado en la parte motiva que no habría intervención del jurado "conforme a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, por hallarse dentro de una de las circunstancias señaladas en el artículo 29 del Código Penal". En la misma providencia Gregorio Ome Rojas fue sobreseído definitivamente "de todos los cargos por los cuales fue vinculado al proceso".

Recurrida la providencia enjuiciatoria, el Tribunal, por medio de la suya de 30 de octubre de ese mismo año, confirmó el sobreseimiento definitivo y, en cuanto hace relación al llamamiento a juicio, lo hizo "pero con la modificación expuesta en la parte motiva, y con intervención del jurado popular", ya que consideró que "cuando se produjo el hecho, Rojas Anacona se encontraba bajo los efectos de una intoxicación correspondiente a la embriaguez en cualquiera de sus fases de excitación, depresión o de sueños comatosos que es el período alegado por el acusado y que debe aceptarse por no haber prueba en contrario, pero no es un estado de verdadera intoxicación crónica que equivale a la anomalía síquica o a la enfermedad mental. Por eso no es circunstancia ni excluyente de responsabilidad ni modificadora de la naturaleza de la pena, pero sí circunstancia de menor peligrosidad" (fls. 176 ss.). Durante el término correspondiente, el defensor del procesado solicitó la práctica de una prueba tendiente a "demostrar que mi representado obró en estado de perturbación mental transitoria" (fl. 211), con el resultado que adelante se verá. Previos los demás trámites de ley y con intervención del jurado de conciencia, se celebró la respectiva audiencia pública. El cuestionario propuesto, fue contestado por unanimidad en la siguiente forma: "Sí le causó la muerte, pero obraba en estado de perturbación mental por encontrarse en estado de embriaguez, por lo cual no tenía conciencia de sus actos; consideramos que no es responsable" (fl. 222). El procesado solicitó su libertad (fl. 223) y ésta le fue concedida de manera provisional (fls. 227 ss.). Por auto de 9 de mayo de 1973, el juez del conocimiento declaró contrario a la evidencia de los hechos el anterior veredicto (fls. 236 ss.), decisión que fue confirmada por el superior (fls. 252 ss.). Al cuestionario sometido a la consideración del segundo jurado, correspondió el siguiente veredicto: "Sí es responsable, pero obró en estado de embriaguez" (fl. 269). Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, a las cuales se ha hecho referencia en los vistos de la presente, habiéndose interpuesto contra la segunda de aquéllas el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

La demanda

Dos cargos formula el censor contra la sentencia impugnada, al amparo de la causal cuarta de casación: el haberse proferido en juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción y por inobservancia de las formas propias de aquél. El Ministerio Público, representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, acertadamente los sintetiza así:

Primer cargo

"El demandante en casación da por sentado que Efraín Rojas Anacona padecía de perturbación mental de origen alcohólico cuando ocasionó la muerte a Miguel Angel Torres, basado en el dictamen médico del folio 112 del informativo. En apoyo de su tesis trae el comentario de connotados autores y jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

"De otra parte, sostiene el actor la sentencia recurrida se colocó en desacuerdo con la prueba aportada al proceso, porque para atribuir a alguien el delito previsto en el artículo 362 del Código Penal, es preciso probar el dolo específico, que no es otro que la intención de matar. Agrega que conforme a la pericia médica Efraín Rojas carecía de inteligencia y voluntad y por tanto de imputabilidad, como lo sostiene Carrara.

"En conclusión, el recurrente en casación fue juzgado equivocadamente, porque en-

contrándose en las condiciones señaladas en el artículo 29 del Código Penal, la intervención del jurado era ilegal y de esta manera surge el motivo de nulidad contemplado en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo cargo

Con fundamento en los motivos de hecho acabados de exponer, afirma el apoderado de Rojas Anacona que la sentencia del Tribunal Superior de Neiva se dictó en un juicio viciado de nulidad por infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional, en concreto, inobservancia de las formas propias del juicio.

"Se apoya la impugnación en que no se practicaron las pruebas solicitadas por la defensa, porque, si bien se emitió un concepto tentativo que obra al folio 112 del proceso, los peritos exigieron un electro-encefalograma que no le fue practicado a Efraín Rojas y por tanto, no se obtuvo un dictamen definitivo sobre su salud mental al momento de los hechos.

"En derecho se apoya el demandante en lo dispuesto en los artículos 335 y 392 del Código de Procedimiento Penal, porque, insiste el actor, el apoderado de Rojas Anacona desde la iniciación del proceso pidió la práctica de una prueba y a pesar de ordenarse no se realizó.

"Al final del libelo se resume la acusación de esta manera: el primer cargo, por la falta de apreciación del dictamen médico que estableció la anormalidad psíquica del acusado, quien debía ser juzgado por el procedimiento señalado en el artículo 29 del Código Penal; y, el segundo cargo, porque Rojas Anacona fue condenado sin dársele la oportunidad de presentar pruebas destinadas a su defensa con detrimento del artículo 26 de la Carta en la garantía del debido proceso.

"Como petición final se solicita invalidar el fallo impugnado y dar aplicación al ordinal 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Corte y concepto del Ministerio Público

Cierto que los cargos formulados son contradictorios, como lo apunta el colaborador: por el primero se afirma que Rojas Anacona padecía de grave anomalía síquica y, por el segundo, se lamenta porque no se practicó el electro-encefalograma que hubiera permitido dictaminar de manera definitiva sobre su salud mental, para la época de los hechos.

De lo anterior se deduce que no militando en el expediente la prueba que el mismo censor echa de menos para establecer en forma inequívoca la grave anomalía síquica de Rojas Anacona en el momento en que ocurrieron los hechos, el primer cargo cae por su base y, en consecuencia, no podrá prosperar.

Segundo cargo

Se invoca como violado el artículo 26 de la Carta, por inobservancia de las formas propias del juicio, por desacato al debido proceso ya que, en concepto del impugnante, no se establecieron las condiciones mentales del sindicado en el momento de la consumación de los hechos.

El demandante tiene razón y, en consecuencia, este cargo está llamado a prosperar. Para ello se considera:

A los 17 días de iniciada la investigación, el apoderado del sindicado solicitó pruebas "necesarias para demostrar que mi representado obró en estado anormal". Dentro de éstas se destacaba la petición de un dictamen médico (fl. 64). "Por ser procedente" se decretaron las pruebas y, con relación al dictamen pericial, se designó "al doctor FRANCISCO ARTUNDUAGA VARGAS, Médico Legista de Pitalito", quien tomó posesión del cargo y manifestó que el dictamen correspondiente lo rendiría en el término legal (fls. 64 vto. ss.). Esta prueba, a pesar de haber sido decretada, no se practicó. Subidas las diligencias al Juzgado Primero Superior de Garzón, la primera actuación del juez del conocimiento fue la de decretar algunas pruebas y, de tal providencia se destaca lo siguiente: "Para la práctica de la prueba solicitada por el doctor Hernando Ordóñez, apoderado del sindicado contenida en memorial visible al folio 64 del cuaderno original, ofíciese a los señores médicos legistas de la Oficina de Medicina Legal de Neiva, a quienes se les enviará el cuaderno original y el procesado para que previo exa-

men de éste y de las pruebas existentes en el proceso, conceptúen de manera clara y precisa si al sindicado, con exceso o poca cantidad de bebidas embriagantes ingeridas le pueden producir lagunas alcohólicas que le ocasionen la pérdida del control trayendo como consecuencia amnesia y si esa amnesia puede considerarse como una perturbación mental transitoria que pudo sufrir el sindicado en el momento de cometer el crimen" (fl. 103).

Los médicos forenses de la Oficina Central de Medicina Legal de Neiva conceptuaron: EXAMEN PSIQUICO: "De la lectura del sumario y del estudio del sindicado EFRAIN ROJAS ANACONA, en su aspecto psico-somático, conceptuamos: 1º Clínicamente es una persona normal. 2º De sus antecedentes el medio y las condiciones como se desarrollaron los hechos, se hace un diagnóstico de impresión de Epilepsia larvada o psíquica que obró bajo la influencia de una intoxicación alcohólica aguda. De lo anterior concluimos que para poder emitir concepto definitivo, se hace necesario estudio electroencefalográfico, que no se puede realizar en nuestra oficina" (fl. 112).

Conviene destacar de esta pieza el "diagnóstico de impresión de epilepsia larvada o psíquica que obró bajo la influencia de una intoxicación alcohólica aguda", y, sobre todo, la necesidad de un "estudio electroencefalográfico".

El 17 de mayo de 1972, se recibió en el juzgado el dictamen anterior. El 30 siguiente, ese y otros fueron puestos "en conocimiento de las partes por el término legal" (fl. 115). Al día siguiente el apoderado de la parte civil solicitó "el cierre de la presente investigación, para que inmediatamente se entre a calificar el sumario" (fl. 116), petición a la cual se accedió el 7 de junio, en donde también se dijo: "Como el sindicado Efraín Rojas Anacona se encuentra detenido en la Cárcel Distrital de Neiva para los efectos de los exámenes médico-legales ordenados, para la notificación personal de este auto, comisiónase ..." (fl. 117).

Entonces, sin haberse practicado los exámenes médico-legales ordenados, se cerró la investigación y se continuó la tramitación en la forma reseñada en la actuación procesal que se ha hecho anteriormente.

Cuando el proceso subió al Tribunal en virtud de la apelación interpuesta por el señor apoderado de la parte civil contra el primitivo auto de llamamiento a juicio, en el cual se dijo que el juzgamiento debía hacerse sin intervención del jurado, "conforme a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, por hallarse dentro de una de las circunstancias señaladas en el artículo 29 del Código Penal", en su concepto de rigor el Fiscal 2º de la Corporación, entre otras cosas, expuso: "Aun cuando el dictamen no está muy bien fundamentado ni explicado, los legistas acusan la necesidad de un electroencefalograma para poder emitir un concepto definitivo. Sin embargo la conclusión es la de que el sindicado sufre de Epilepsia larvada o psíquica, vale decir que padece de una anomalía psíquica y por tanto su juzgamiento debe hacerse de conformidad con lo reglado en el artículo 29 del Código Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal" (fls. 169 ss.). Con todo, el Tribunal modificó la providencia enjuiciatoria en la forma antes dicha (fls. 176 ss.).

Abierto el juicio a prueba (fl. 210), el defensor del encausado insistió en solicitar del juez "que se sirva oficiar a los peritos médicos con el fin de que absuelvan el cuestionario formulado por el suscrito que obra al folio 64 del cuaderno original, ya que sobre ese aspecto no existe dictamen y no podría objetarlo por no haber materia para ejercitar ese derecho". Además, pidió que al cuestionario primitivo se agregaran tres puntos, recalcando en que "con la prueba anterior me propongo demostrar que mi representado obró en estado de perturbación mental transitoria. Si el señor juez, estima que no se puede conceder a (sic) lo anteriormente pedido, para una mejor aplicación de la justicia, le solicito respetuosamente que haga uso de la facultad que le concede el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, para pedir la ampliación del dictamen sobre los aspectos que dejo enunciados en este escrito" (fl. 211).

Por auto de 27 de noviembre de 1972, el juzgado accedió parcialmente a la anterior solicitud, así: "Sin embargo, como efectivamente los peritos médicos no absolvieron las preguntas formuladas en el memorial que obra al fl. 64, en esos términos habrá de so-

licitarse a los mismos, pero sin la adición. Así las cosas se ordena enviar el cuaderno original nuevamente a los médicos legistas de Neiva para que fundadamente amplíen el dictamen de acuerdo con el cuestionario que obra en el memorial del folio 64" (fls. 212 ss.).

El 1º de febrero de 1973 los médicos forenses, luego de algunas explicaciones, manifiestan al funcionario del conocimiento: "Aclaramos a los señores Jueces, Magistrados y Fiscales que han conocido el examen psíquico practicado por esta Oficina al señor EFRAIN ROJAS ANACONA que nosotros nos limitamos a emitir un concepto con base a un diagnóstico de impresión de Epilepsia larvada, pero fuimos muy categóricos al concluir que para concepto definitivo se hacía necesario la práctica de un estudio para-clínico de electroencefalograma que sería lo concluyente para confirmar nuestro diagnóstico de impresión" (fl. 215). Sin que mediara ninguna otra diligencia, se señaló día y hora para la de sorteo de jurados (fl. 215 vto.) y se continuó la tramitación.

Ya se anotó en qué forma estuvo concebido el primer veredicto: "Sí le causó la muerte, pero obraba en estado de perturbación mental por encontrarse en estado de embriaguez, por lo cual no tenía conciencia de sus actos; consideramos que no es responsable" (fl. 222 vto.). Decretada la contraevidencia del anterior veredicto, se celebró nueva audiencia pública, la cual culminó con este otro: "Sí es responsable, pero obró en estado de embriaguez" (fl. 269).

En este punto cabe destacar que los médicos forenses insistieron, con relación al sindicado Rojas Anacona, en su "diagnóstico de impresión de epilepsia larvada o psíquica que obró bajo la influencia de una intoxicación alcohólica aguda" y también insistieron en que "para poder emitir un concepto definitivo, se hace necesario el estudio electroencefalográfico", estudio este definitivo y necesario, como ellos mismos lo consideran, que nunca se realizó, a pesar de haber sido pedido oportunamente, de haber sido decretado y de haberse reconocido su trascendental importancia.

La conclusión definitiva a la cual querían llegar los forenses, valiéndose del electroencefalograma, no es nimia ni inocua, sino de trascendental importancia, tanto desde el punto de vista de la responsabilidad penal, como de las consecuencias frente a la defensa social. El profesor Uribe Cualla, en aparte dedicado a la necesidad de precisar los estados epilépticos, expone: "Es muy importante el estudio de los equivalentes epilépticos o de la simple constitución epileptoide, porque son precisamente los casos que interesan a la siquiatría forense y, por ende, al derecho penal. Porque un epiléptico siquico o un epileptoide, en los períodos intermediarios a sus reacciones anómalas, son personas completamente normales, tanto más cuanto no siempre son deficientes mentales, sino que existen muchos de inteligencia normal y aun de notable talento y cultivo intelectual acentuado, que tan solo ponen de manifiesto su grave anormalidad síquica cuando reaccionan violentamente con impulsividad inusitada, en determinadas circunstancias de choques morales o afectivos, o bajo el influjo de elementos tóxicos, como sucede por la intoxicación alcohólica.

"Desde este punto de vista es más previsivo el actual Código Penal Colombiano, porque en la antigua legislación, el que demostraba haber obrado violentamente en el curso de una reacción epileptoide no era responsable legalmente, y, por consiguiente, no podía recluirse en la cárcel, sino que debía ponerse en libertad, sin que existiera disposición legal que obligara al juez a tomar providencias especiales para defender a la sociedad del inminente peligro.

"En el código actual, la persona que ejecuta un hecho antisocial, como lesiones personales u homicidio, en estado de grave anomalía síquica, como es el caso de enfermo de epilepsia larvada, no puede ser llevado a un establecimiento penitenciario, pero sí han de tomarse medidas de seguridad, colocando al procesado en un manicomio criminal, hasta que cese su peligro social, no pudiendo ser estas medidas de seguridad por tiempo menor de dos años y siempre con la vigilancia de peritos suficientemente idóneos en cuestiones siquiátricas" (MEDICINA LEGAL Y SIQUIATRICA FORENSE. Temis, Bogotá, 1971, págs. 993 ss.).

Así, la prueba legalmente solicitada, decretada y que no fue practicada, estaba llamada a producir trascendentales efectos en el proceso, ya que con ella vendrían a acreditarse, de manera concreta y definitiva las

condiciones psíquicas en las cuales se hallaba el sindicado en el momento de cometer el hecho, lo cual incidía de manera decisiva tanto en cuanto hace relación a la naturaleza de la sanción imponible y a la duración de la misma. Está de por medio, pues, la legalidad del proceso y el derecho de defensa.

De ahí que el Ministerio Público colaborara, para concluir que este segundo cargo debe prosperar y que debe decretarse la nulidad correspondiente, con toda razón expenga:

"El concepto médico emitido el 9 de mayo de 1972 tenía el carácter de provisional en espera de realizar un estudio encefalográfico el cual no se pudo practicar en la oficina médico-legal de Neiva, por falta de elementos. Diez meses más tarde, víspera de la audiencia pública, los mismos profesionales ratificaron su diagnóstico de impresión y exigieron, una vez más, practicar el estudio electroencefalográfico de Efraín Rojas.

"Sorprende a este Despacho que el juez del conocimiento y el Tribunal Superior de Neiva hubiese pasado por alto esta solicitud de los médicos legistas que a la postre vendría a decidir la forma de juzgamiento de Rojas Anacona y la clase de sanción aplicable, en el caso de ser condenado.

"Es evidente, entonces, que existe en este proceso un vacío irsalvable, el cual impide determinar el tipo de juzgamiento a seguir y la sanción a imponer —penas o medidas de seguridad—, todo con infracción de la legalidad del proceso y de los derechos de la defensa".

Habiéndose llegado a la conclusión anterior, se está en presencia de una nulidad de rango constitucional, la cual encuentra su fundamento en la violación del artículo 26 de la Carta. Tal nulidad habrá de decretarse a partir del auto de fecha 7 de junio de 1972, inclusive, por medio del cual se declaró cerrada la investigación.

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASE la sentencia impugnada, proferida el 7 de febrero de 1975 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y, en su lugar, DECLARE NULO lo actuado en este proceso, a partir del auto de fecha 7 de junio, inclusive, por medio del cual se declaró cerrada la investigación. Igualmente se dispone enviar el expediente al Tribunal de origen, a fin de que se proceda con arreglo a lo resuelto en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA

NULIDAD

No constituye nulidad alguna el que el juez en derecho le pida al Jurado que aclare el veredicto, cuando ofrezca éste oscuridad, concurriendo los componentes de aquél a una nueva deliberación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril ocho (8) de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Aprobado. Acta Nº 18 de 1976.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de 20 de junio de 1975, por la cual se le impone al procesado JOSE MARIA HUMOA LOPEZ la pena principal de quince años de presidio, como responsable del delito de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado 1º Superior de la misma ciudad.

Hechos y trámite del proceso

En la sentencia acusada se hace la siguiente síntesis de lo sucedido:

"En el municipio de Puerto López, a eso de las ocho de la noche del diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y dos, fue muerto de un disparo de revólver el señor Alvaro Parra, dentro del establecimiento denominado 'Kiosko Familiar', a manos de José María Humoa López, a quien los testigos presenciales señalaron desde entonces como autor material del insuceso, llegándose a '...comprobar...' que en las horas de la tarde del día diecisiete de diciembre de 1972 cuando Alvaro Parra libaba en el 'Café 120', acompañado de varias personas, hubo varios acontecimientos, tales como la llamada que le hizo José Humoa fuera del café para conversar aparte de los otros contertulios, y después de esta conversación, habiéndose nuevamente reunido Parra con sus acompañantes, llegó Humoa hasta la mesa donde estaba Parra cuando éste pedía unas cervezas, para decirle a las coperas que no le vendieran cerveza, y acto seguido, procedió a romper varios envases que se hallaban en esa mesa. Parra, al parecer, tratando de evitar alguna riña, no quiso darle importancia a la actitud, si no agresiva y, camorrista, por lo menos extraña e inusitada de Humoa, y como no reaccionara resolvió éste abofetearlo. En este momento los acompañantes de Parra, para evitar problemas, lo sacaron del 'Café 120'. El testigo José Tiburcio Delgadillo relató que después de estos incidentes, estando Parra en la calle se le acercó Humoa a decirle: 'qué hubo, entonces', como amenazándolo, y Alvaro Parra lo atajó con la mano. Fue entonces cuando le insistieron para que se fuera, a fin de evitar problemas. Y luego, estando en el 'Kiosko Familiar' llegó Humoa y cuando Parra lo vio, dijo: 'vea, ya viene otra vez el hombre a ponerme bonche'. En este establecimiento no hubo altercado alguno, y sin que Humoa pronunciara ninguna expresión, cuando menos lo pensaban los acompañantes de Parra, estando todos desprevenidos y por consiguiente el mismo Parra, se levantó Humoa de la mesa, se acercó a Parra y le disparó..."

En cuanto al desarrollo del negocio, anota

el Procurador 1º Delegado en lo Penal, lo que pasa a transcribirse:

"... Se califica el mérito del sumario con providencia interlocutoria, cuya parte resolutiva es de este tenor:

'Primero. Llámase a responder en juicio por el procedimiento ordinario con intervención del jurado de conciencia a JOSE MARIA HUMOA LOPEZ, de las anotaciones civiles y personales conocidas en autos, por el delito de homicidio en la persona de Alvaro Parra, según hechos ocurridos el día 17 de diciembre de mil novecientos setenta y dos, en el municipio de Puerto López de este Distrito Judicial, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que cuenta este proveído.

'Segundo: Al notificársele este auto al procesado háganselo las advertencias de ley'.

"En firme el llamamiento a juicio e integrado el jurado de conciencia, previo señalamiento de fecha y hora para celebrarse la audiencia pública, aquél dio respuesta negativa al cuestionario indagante de la responsabilidad del procesado.

"El veredicto es declarado contrario a la evidencia procesal por el juez a quo, resolución que es confirmada por el Tribunal, por haber sido protestada. Convocado el nuevo jurado de conciencia, le es propuesta la misma cuestión, a la que responde: 'Sí es culpable'. Leído el veredicto, el señor juez de la causa le solicita al jurí aclarar la respuesta, reiniciando la deliberación para colocar sobre la respuesta anterior ésta: 'Sí es responsable'. En desarrollo de tal veredicción se profirieron los fallos de primera y segunda instancia aludidos anteriormente".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el actor, como única causal de casación, la que señala el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues en concepto del demandante, la sentencia fue pronunciada en un juicio viciado de nulidad por infracción al debido proceso que manda realizar el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Dice que no es legal la intervención del juez de derecho al pedir al jurado que aclarara el veredicto, pues el ya pronunciado no requería tal aclaración. Y que al obtener aquél que los jueces de conciencia cambiaran su respuesta de "sí es culpable" por la de "sí es responsable", varió el alcance jurídico de la cuestión, lo cual excede el ámbito de una simple aclaración del veredicto.

El Procurador 1º Delegado en lo Penal pide que se rechace el cargo, pues en ninguna irregularidad incurrió el juzgador en derecho al pedir la referida aclaración, la cual estima el Ministerio Público como innecesaria, pues las consecuencias jurídicas de las dos respuestas son iguales.

Agrega el Procurador 1º Delegado en lo Penal que en el acta de la audiencia pública celebrada en este proceso no aparece dato alguno que permita respaldo a lo aseverado por el demandante, relacionado con supuesta "actitud impertinente" del juez de derecho, al llamar "al orden al vocero de la defensa sobre el manejo de algunas piezas procesales", con lo cual, según el actor, afectó el derecho de defensa del recurrente.

Considera la Corte

Al igual que el Ministerio Público, tampoco encuentra la Corte comprobado el cargo que presenta el demandante a través del motivo cuarto de casación.

En efecto, no constituye irregularidad alguna el que el juez en derecho le pida al jurado que aclare el veredicto, cuando ofrezca éste oscuridad, concurriendo los componentes de aquél a una nueva deliberación.

Y tanto menos se tiene en lo ocurrido en este caso lesión alguna a los intereses del procesado, si se toma en cuenta que la nueva respuesta de los jueces de hecho en nada modificó las consecuencias jurídicas de la antes dada por ellos. Sabido es que afirmado que alguien es culpable de una conducta que se acomoda a la definición de un delito, se tiene sin más aseverada su responsabilidad, pues precisamente surge ésta de un comportamiento típicamente antijurídico y culpable.

Y los dos últimos extremos fueron afirmados por el jurado en la primera respuesta de los jueces de conciencia.

De otra parte, como anota el Procurador 1º Delegado en lo Penal, "doctrinariamente ha aceptado la Corte como correcta la conducta del juez de derecho cuando solicita al

juri clarificar la declaración del veredicto, siempre y cuando que tal aclaración no sea un cambio o modificación sustancial del veredicto aclarado, es decir, que su espíritu no sea distorsionado con la aclaración que se pretende hacerle, caso en el cual se estaría ante dos veredictos, obviamente inexistente el segundo o aclaratorio y en firme el primero o aclarado. En el caso sub examine no había razón de conveniencia alguna, ni en el campo legal, o dentro de exagerada semántica, para pedirle al tribunal popular, como lo hizo el señor Juez Superior, aclaración del veredicto, toda vez que la respuesta dada en el sentido de que el procesado era culpable del homicidio agravado por el que se le ordenó comparecer en juicio criminal, como autor suyo, lo colocaba, de manera incuestionable, en la misma posición en que quedó cuando por segunda vez manifestaron que era responsable".

Así mismo, no tiene comprobación alguna el reparo que hace el actor sobre el desarrollo de la audiencia pública, como observa el Ministerio Público.

No prospera, pues, la causal cuarta de casación y el recurso debe ser desechado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal, DESECHA el curso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

TESTIMONIO DEL OFENDIDO

Su valor probatorio. — Crítica del testimonio. — Antecedentes penales de los declarantes

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 19 de 22 de abril/76.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala Penal de Decisión, con fecha 16 de diciembre del año próximo pasado, dictó sentencia por medio de la cual condenó al doctor JOSE HOYOS PARRA, ex-Juez Segundo Promiscuo Municipal de Aranzazu (Caldas), a la pena principal de un año de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la principal, como autor de un delito de concusión, habiéndole concedido al procesado el beneficio de la condena condicional.

Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación tanto el condenado como su defensor.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal emitió concepto adverso al procesado, y solicitó la confirmación de la sentencia recurrida.

Por su parte, el defensor, doctor Horacio Gutiérrez Estrada dirigió un alegato para sustentar la apelación en el cual expone los argumentos que estima conducentes a obtener la revocatoria de la sentencia condenatoria, y solicita que se le sustituya con una absolutoria.

Cumplida la tramitación del recurso de alzada, se procede a decidir.

Antecedentes y actuación procesal

1. La doctora Martha Lucía Serna Cárdenas, Juez Primero Promiscuo Municipal de Aranzazu (Caldas), con fecha 18 de octubre de 1974, dirigió el oficio distinguido con el número 128 al doctor Iván Tobón Villegas, Abogado Coordinador para la Policía Judicial de la Procuraduría del Distrito Judicial de Manizales, en el cual hizo el siguiente relato:

"El día diez y ocho de octubre, en las horas de la mañana, más o menos a las nueve (9) o diez (10), entré al Despacho del Juzgado Segundo con el fin de hacer una consulta al señor secretario del mismo, hoy encargado del Juzgado. Al momento de entrar vi a un señor, que posteriormente supe era el señor RAFAEL HIDALGO, y en esos momentos el Juez Encargado le manifestaba al señor que Jeremías Hidalgo Hidalgo, había sido puesto en libertad por ese Despacho desde hacía tres (3) días y que ahora se encontraba detenido por cuenta del Juzgado Primero, procediendo a decirle al señor que yo era la Juez y que por cuenta mía estaba Jeremías, el señor Rafael salió, como yo salía en esos mismos momentos, me llamó la atención, para que le atendiera al parecer una consulta. Yo me detuve en el corredor, el señor me dijo: ¡Oiga, usted qué habló con el doctor sobre Jeremías?! a lo cual le respondí que yo con el doctor no he hablado nada, él se calló un momento y con mucha reserva, un poco como temeroso me dijo que si yo no lo iba a soltar, yo le respondí que todavía no sabía cómo estaba el negocio, él me dijo después de unos segundos de silencio: 'Fue que yo hice un negocio con el doctor', y se volvió a callar, yo le interrogué

qué clase de negocio, y él me dijo que me iba a contar a mí sin que nadie se diera cuenta y porque yo era la señorita del Juzgado. Me dijo: 'Yo quedé con el doctor de aquí (miró para el Juzgado Segundo) el que se fue para Aguadas, creo se refería al doctor José Hoyos Parra, que le daba CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS ($ 4.500.00) y que él hablaba con usted para que usted también lo largue (se refería a mí). Yo le pregunté que cuánto le había entregado al doctor y me respondió que DOS MIL PESOS ($ 2.000.00), al momento me dijo que los otros DOS MIL QUINIENTOS estaban listicos, yo en vista de ello le dije que se abstuviera de hacerme esas propuestas, y me vine hacia mi Juzgado, ya en frente de la puerta de entrada volvió a decirme el señor que él se iba mañana para Aguadas entonces, yo le respondí que podía irse hoy mismo y que a mí no me volviera a hacerme esas propuestas, a lo que él me respondió que las propuestas eran para hacerlas, yo le dije que quién había hecho la propuesta, que si él o el doctor, que era que nosotros mismos nos encargábamos de dañar a las personas y él no me contestó más sino que se iba para Aguadas. Fueron testigos de esta parte de mi entrevista el señor LEONEL CARDENAS, Auxiliar del Juzgado Segundo, y el señor HUGO ZULUAGA, Registrador del Estado Civil en la localidad, pues ellos oyeron cuando yo en un tono alto dije al señor Rafael Hidalgo que no me hiciera esas propuestas. Aclaro que el hecho de yo contestarle al señor que no me hiciera esas propuestas fue por el ademán y el tono con que el señor me dijo que tenía los dos mil quinientos pesos restantes listicos.

"Cuando el señor se retiró, en ese preciso momento, me dí cuenta de que cerca a nosotros se encontraba el doctor Iván Tobón Correa, quien posteriormente me enteré que venía a cumplir aquí algunas comisiones de la Procuraduría; el doctor Tobón se me arrimó y me dijo que a qué se debía que yo le hubiera dicho al señor que conversaba antes conmigo: '...A mí no me haga esa clase de propuestas ...', y que por qué estaba yo como tan alterada y nerviosa. Usted recordará entonces, doctor Tobón, que por solicitud suya, y sólo por eso, yo le narré a usted todo lo tratado en mi entrevista anterior con el señor RAFAEL HIDALGO".

"Aunque lo que voy a narrarle a continuación, bien lo conoce usted, como actor y testigo de los hechos, le relato lo siguiente para mejor claridad sobre este asunto: Usted recordará que en vista del relato que le hice de mi entrevista con el señor Hidalgo, usted me dijo que eso no podía quedarse así, y que era mejor hablar con el citado señor. En vista de ello mandé a buscar al señor Rafael Hidalgo, con el director de la Cárcel Municipal, señor ANCIZAR SERNA y le dije que si encontraba al señor Hidalgo lo hiciera subir a mi Juzgado, al momento llegó el señor Hidalgo y nos dispusimos salir con usted a tomar un tinto y fuimos a hablar usted, el señor Hidalgo y mi persona al sitio denominado 'El Dorado', ya entonces el señor Hidalgo nos volvió a contar lo mismo que en el aparte anterior narré, que me había dicho antes a mí, y juró con un ademán religioso que lo que él decía era cierto. Al preguntarle usted doctor donde él tenía la plata dijo: 'Aquí' y sacó un fajo de billetes de a cien pesos que por su cantidad supongo que sí estaban los dos mil quinientos pesos. Usted mismo, doctor, pudo darse cuenta que al usted enterar de la anomalía y la gravedad del hecho al señor Hidalgo, éste se negó a denunciar y declarar bajo juramento lo que nos había acabado de manifestar bajo la gravedad de un juramento extrajudicial. Recuerdo que el señor Hidalgo nos narró en el café, jurando por Dios que ello era cierto, todo lo que antes me había contado en mi entrevista con él, y que yo le conté a usted. Recuerde también usted doctor, que el señor Hidalgo nos dijo que él estaría dispuesto a acusar los hechos bajo juramento, en forma oficial, siempre y cuando a él no le pasara nada, el doctor Hoyos le devolviera los dos mil pesos que le había dado, y siempre y cuando se pusiera en libertad a su hijo por parte de mi Juzgado. El señor Hidalgo también nos dijo que en el Juzgado del doctor José habían soltado antes a otras personas que eran más pobres y que no habían dado ni cinco centávos; que él no juraba en el Juzgado una denuncia contra el doctor Hoyos, porque veía que esto era armar un escándalo y que de todos mo-

dos iba a perder los dos mil pesos que ya le había dado al doctor Hoyos; que él de todas maneras iba a ir a Aguadas a que el doctor Hoyos le arreglara el problema o le devolviera la plata, porque el mismo doctor se había comprometido no sólo a largarle al hijo por su cuenta, sino también a obtener que yo también se lo largara por cuenta del negocio mío. Así mismo recuerdo que el señor Hidalgo nos manifestó que aunque yo fuera muy Juez y usted muy doctor de la Procuraduría o de donde fuera no podíamos hacer nada porque él no había prestado juramento en ningún Juzgado y que no lo llamaran a declarar ni hoy ni mañana, sino hasta que el hijo no estuviera afuera o le devolvieran la plata, pues él, se refería a Jeremías, era el único que trabajaba y veía por la familia. Recuerdo también que al ser interpelado el señor Hidalgo por usted de la manera como había conseguido la plata, éste le respondiera que cobrando unas deuditas que tenía y que nadie fuera del doctor José Hoyos y ahora que me había comentado a mí y a usted, sabía algo sobre el asunto" (folios 2 a 5 del expediente).

2. El doctor Iván Tobón Correa declaró ante el Procurador del Distrito Judicial de Manizales sobre la conversación que tuvo con Rafael Hidalgo referente a la acusación que le hacía al doctor José Hoyos Parra, Juez Segundo Promiscuo Municipal de Aranzazu. En su declaración hace un minucioso relato de las informaciones que le suministró la Juez, doctora Martha Lucía Serna Cárdenas, en relación con un incidente que había tenido con Rafael Hidalgo, por considerar que éste no solamente afirmaba haber sobornado al juez Hoyos Parra con la suma de dos mil pesos, sino que también le había propuesto a ella, en su carácter de juez, un soborno de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00), para que pusiera en libertad a su hijo Jeremías Hidalgo, detenido por cuenta del Juzgado Primero Municipal que desempeñaba la doctora Serna Cárdenas.

Sobre la conversación con Rafael Hidalgo, el doctor Tobón Correa declara:

"Fue así como la doctora mandó a buscar al señor Hidalgo, quien llegó al momento y con quien la doctora Martha Lucía y yo nos fuimos a tomar tinto en un sitio denominado 'Fuente de Soda El Dorado', ubicado a menos de media cuadra de la plaza principal de Aranzazu. En dicha fuente de soda, el señor Hidalgo Rivera nos volvió a relatar a la doctora y a mí, jurando por Dios, con la fe del campesino, que todo lo que nos relataba era la absoluta verdad, todo, absolutamente todo lo que la doctora me había contado antes a mí, con pelos y señales. Tratando de escudriñar la verdad por todos los medios, en un momento dado, yo le dije al señor Hidalgo, que si era cierto que él portaba para entregárselos al doctor José o a la doctora Martha Lucía, la cantidad de $ 2.500.00, que me los mostrara. Entonces el señor Hidalgo me exhibió un grueso fajo de billetes nuevecitos de $ 100.00 cada uno, que por su volumen consideré que sí podía contener la suma dicha. Siempre tratando de ahondar en la conciencia del señor Hidalgo, y con el único y exclusivo fin de ver si dicho señor estaba diciendo la verdad, yo le expliqué a él la gravedad que entrañaba el hecho de que él hubiera realizado con el doctor José el negocio que nos estaba relatando, y le hice ver que en caso de haber ocurrido los hechos como él los relataba, tanto el doctor José como el mismo señor Hidalgo, serían responsables de un delito o de unos delitos, que podían hacerlos acreedores a una sanción privativa de la libertad. Ante esto el señor Hidalgo me manifestó que él no creía lo que yo le decía sobre que él también cometía algún delito, porque el pago que él había concertado con el doctor José, era el mismo pago que un ciudadano cualquiera con problemas con la justicia, le podía hacer libremente a un abogado cualquiera; a lo cual yo le expliqué que no era lo mismo, y que él estaba equivocado, porque frente a la ley penal, no era lo mismo comprar un juez, o pretender comprarlo, que contratar a un abogado particular. No obstante mis explicaciones, el señor Hidalgo quedó convencido de que mi explicación no era cierta, y que la ley lo amparaba a él en su actitud, según creo. Después de conversar largamente con el señor Hidalgo, quien de todas maneras pude captar que en el fondo sí se daba muy buena cuenta de que lo que había hecho o decía haber hecho, y de lo que estaba haciendo era muy grave, yo le manifesté que si él estaba dispuesto a declarar y a denunciar bajo la gravedad del juramento lo que nos venía manifestando, a lo cual nos manifestó en forma más o me-

nos rotunda, que no, y agregando que en forma extraoficial, él nos juraba por Dios que lo que relataba en relación con el doctor José, era absolutamente cierto y así había ocurrido. El señor Hidalgo nos dijo a la doctora y a mí, que él sí estaba dispuesto a contar su negocio con el doctor José, en forma oficial y bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando que a él no se le hiciera nada porque él sostenía que no había hecho nada malo, y también, siempre y cuando que el doctor Hoyos le reintegrara los $ 2.000.00 que él le había dado, pero que esto no estaba dispuesto a hacerlo sino una vez que su hijo Jeremías fuera puesto en libertad. También nos dijo el señor Hidalgo que era muy injusto que él hubiera tenido que darle dinero al doctor José, para poner su hijo en libertad, cuando él sabía que en ese Juzgado del citado doctor, habían soltado con anterioridad a otras personas que eran más pobres que él y su familia, sin que hubieran tenido que darle ni cinco centavos a nadie. Explicó el señor Hidalgo, que por el momento él no estaba dispuesto a jurar ninguna denuncia contra el doctor Hoyos, primero porque su hijo no había sido puesto todavía en libertad, porque en el momento tal denuncia solamente serviría para armar un escándalo, y porque a él le parecía que con el rumbo que estaban tomando las cosas, parecía que él de todas maneras iba a perder los $ 2.000.00 que ya le había entregado al doctor Hoyos. A continuación, el señor Hidalgo nos manifestó que él se iba de todas maneras para Aguadas, a buscar que el doctor Hoyos le solucionara el problema, es decir, le cumpliera su negocio, o le devolviera los dos mil pesos, porque el doctor se había comprometido a largarle a su hijo, en su Juzgado, cosa que ya había hecho, y también, a conseguir que la doctora Martha Lucía también lo pusiera en libertad. Dirigiéndose a la doctora y a mí, el señor Hidalgo nos manifestó a continuación que aunque fuéramos muy Juez la doctora y yo muy doctor de la Procuraduría o de donde fuera, de ninguna manera podríamos hacer nada en perjuicio suyo, porque él no había hecho el relato ante nosotros de los hechos, ante ningún juzgado, ni bajo juramento legal, y nos advirtió que no lo llamáramos a declarar bajo juramento legal, ni ese día ni ningún otro, sino hasta cuando su hijo no estuviera en libertad, ya que este hijo era el único que le ayudaba a ver por la familia, o hasta cuando el doctor José le devolviera la plata. Yo llegué inclusive a preguntarle al señor Hidalgo, de dónde había sacado tanto la plata que decía haberle dado al doctor José, como los $ 2.500.00 que poseía en ese momento, y él me respondió que había cobrado unos créditos que tenía, pero que nadie fuera del doctor Hoyos, la doctora y yo, y él, sabíamos algo sobre este asunto" (folios 57 vto. y 58 del expediente).

3. El 18 de noviembre de 1974, declaró Rafael Hidalgo Rivera ante el Abogado Coordinador para la Policía Judicial de la Procuraduría del Distrito Judicial de Manizales, doctor Iván Tobón Guerrero. Los apartes fundamentales de esa declaración son los siguientes:

"Resulta que después de que detuvieron en la cárcel de Aranzazu a mi hijo legítimo Jeremías Hidalgo Hidalgo, sindicado de unos delitos 'contra la propiedad', por cuenta del doctor José Hoyos Parra, Juez 2º Promiscuo Municipal de Aranzazu (Caldas) y por cuenta de la doctora Martha Lucía Serna Cárdenas, Juez 1º Promiscuo Municipal de la misma localidad, hace más o menos tres meses que mi hijo Rogelio Hidalgo Hidalgo fue al Juzgado del doctor José en Aranzazu a quien le preguntó por el negocio de Jeremías; el doctor José le dijo a Rogelio que si nosotros no lo íbamos a poner abogado a ese negocio de Jeremías, en los dos Juzgados; Rogelio le contestó al doctor que él no sabía qué iría a decir yo, como padre de Jeremías; en el momento, el doctor le dijo a Rogelio, que si esperábamos unos días, él nos ayudaba a sacar también a Jeremías del Juzgado de la doctora Martha Lucía, ya que del Juzgado del doctor José, él ya estaba casi para salir; en el momento de este diálogo entre mi hijo y el doctor José, me acerqué yo a ellos, pues acababa de entrar al Juzgado, en donde sólo se encontraba en ese momento mi hijo Rogelio y el doctor José; como yo oí lo último que el doctor José le dijo a Rogelio, yo me dirigí al doctor y le dije que si él nos iba a ayudar en el negocio de Jeremías, como abogado, que bien pudiera, que la plata ya la tenía lista; claro que yo le dije esto al doctor, porque él fue el que se ofreció a trabajarnos en esos negocios, en favor de Jeremías. A los ocho días, después de yo haber

hablado con mi hijo y con el doctor José, yo volví al Juzgado del doctor a ver como iba el problema de Jeremías; entonces el doctor me dijo que yo cuánto le iba a dar de palada o cuánto le iba a pagar para que él pudiera sacar a Jeremías de los dos juzgados; yo le dije al doctor que lo único que yo tenía para darle, era una vaca que yo tenía para la venta; aquí el doctor me dijo que cuánto valía esa vaca, y yo le manifesté que estaba pidiendo seis mil pesos por ella; el doctor convino en que entonces yo vendiera la vaca y le diera la plata que me dieran por ella; yo quiero confesar que la vaca la vendió el sobrino de mi esposa, Reinaldo Hidalgo Orrego, por cuenta mía, en la feria de Salamina, hace por ahí tres meses, en la feria que viene del viernes en ocho, va a hacer tres meses, por cinco mil pesos, pero yo al doctor solamente le dije que la había vendido por cuatro mil quinientos pesos; entonces el doctor convino conmigo en que, por el valor que me dieran por la vaca, trabajaba por Jeremías en los dos juzgados. Después de este diálogo segundo con el doctor José, yo me vine para Salamina, e hice vender la vaca, en la feria, como ya dije, por Reinaldo. A los 8 días volví donde el doctor José a Aranzazu, a quien me lo topé afuerita del edificio municipal, en compañía de la doctora Martha Lucía; como ellos me invitaron a tomar tinto, con los dos doctores fuimos hasta un café cercano, que queda en la esquina de la plaza para arriba; ya en el café, estuvimos sentados en una mesa, la doctora, el doctor y otras personas; en este momento yo me senté en otra mesa con un amigo que me llamó. Después de un rato, yo me devolví para la plaza con el doctor y la doctora y otras personas, pero yo detrás con ventajita. Después de estar en la plaza, quedamos solos el doctor y yo quienes nos devolvimos al mismo café donde antes habíamos estado. Ya en el café el doctor y yo solos, él me dijo que qué plata le tenía yo al fin por el negocio de Jeremías, que en cuánto había vendido la vaca; yo le dije que por la vaca me habían dado cuatro mil quinientos pesos, pero que como yo había tenido necesidad, me había gastado dos mil quinientos y que solo tenía en ese momento para darle dos mil, y yo le dije al doctor que en todo caso estuviera tranquilo que yo le daba los dos mil quinientos pesos restantes, cuando ya a Jeremías lo tuviera en la calle y libre; claro que yo también le dije al doctor que a mí me daba un poco de pereza de ponerme a pagarle a él una plata para sacar a Jeremías, cuando parecía por el tiempo que llevaba detenido este muchacho, que era el tiempo el que lo iba a sacar, a lo cual el doctor me respondió que no creyera yo eso, que si a Jeremías le llegaban a comprobar esos negocios, le metían por lo menos cuatro años; me dijo también el doctor que él me hacía el trabajo de Jeremías por la poquedad que me estaba cobrando, pero que estuviera seguro que un abogado me cobraba por lo mismo ocho o diez mil pesos. A los 8 días siguientes, yo volví donde el doctor José, pero esta vez en compañía de mi esposa de nombre Anatilde Hidalgo de Hidalgo; nos encontramos con el doctor con quien fuimos a almorzar a un restaurante café que queda en la esquina de abajo de la plaza, un poquitico abajo de la plaza, allí, en presencia de mi esposa, yo le entregué al doctor José, envueltos en papel periódico, dos mil pesos en efectivo; la entrega la presenció mi esposa y otra gente que había ahí, pero que yo no conozco; claro que mi esposa, en ese momento no sabía que yo le estaba entregando al doctor era plata, porque ella no tenía conocimiento muy preciso del negocio que yo tenía con el doctor José, porque aunque ella sí maliciaba algo yo la tenía convencida de qué el negocio que yo tenía para ayudar a Jeremías era simplemente con un abogado. Claro que después de que mi esposa presenció esta entrega que yo le hice al doctor José, ella empezó a maliciar de que mi negocio sí era con el doctor José. Del asunto de Jeremías con el doctor José, yo no volví a saber nada, hasta cuando yo volví a Aranzazu y supe que el doctor José se había ido trasladado para Aguadas" (folios 62 a 64 del expediente).

Al folio 65 se encuentra la siguiente afirmación de Rafael Hidalgo:

"Usted recordará doctor que yo dije que esos dos mil quinientos yo se los daba al doctor José o a la doctora o a cualquiera persona de que sacara libre a Jeremías; yo le dije a usted que yo no juraba eso ante autoridad, que porque a mí ni me habían devuelto la plata, ni me habían soltado mi hijo, y además, porque ese doctor se caía. Yo además no quería que nadie me hiciera

jurar ante autoridad, porque yo ya juramentado, tenía que decir como lo estoy diciendo ahora que me tienen juramentado, solamente la verdad. Yo le dije a usted doctor Tobón, cuando usted me dijo en Aranzazu que fuera con usted a declararle lo que ya le había contado, pero bajo juramento, que yo no le juraba, porque yo no quería tener que decir esto que ahora he dicho, y que es la pura verdad, porque si yo juraba, así lo pensaba yo en ese momento, tenía que decir la pura verdad, que yo sí había hecho este negocio con el doctor José, claro que no propuesto por mí, ni por ninguno de los miembros de mi familia, sino que fue propuesto únicamente y en forma exclusiva por el doctor José, porque usted sabe bien doctor que uno qué se va a atrever a decirle a un Juez de estos negocios, lo que pasa fue que yo entendí que si el doctor José se me ofrecía para trabajar en bien de mi hijo era porque él podía, ya que él era el que tenía el negocio en sus manos".

4. Anatilde Hidalgo, cónyuge de Rafael Hidalgo Rivera, declaró el 19 de noviembre de 1974 ante el Abogado Coordinador de la Policía Judicial, y lo hizo en los siguientes términos:

"Yo sí conozco al doctor José Hoyos Parra; lo conocí un día del mes pasado, me parece, en que mi esposo me llevó a Aranzazu, en donde nos encontramos con el Juez, doctor José Hoyos Parra, porque mi esposo me dijo que era ese doctor, cuando me lo presentó. Ese día, el doctor José nos invitó a mi esposo y a mí a almorzar, en un restaurante o café que está situado en el perímetro urbano de Aranzazu, un poquito abajito de la esquina de abajo de la plaza principal de Aranzazu. En esta ocasión el doctor José se mostró muy atento y muy amable con nosotros. PREGUNTADO: Bajo la gravedad del juramento, díganos si sabe usted algo en relación con un presunto negocio hecho entre alguno o algunos miembros de su familia, con el doctor José Hoyos Parra, en caso afirmativo, cuéntenos detalladamente lo que usted sabe. CONTESTO: Lo que yo sé sobre estos negocios es lo siguiente: Hace más o menos tres meses, me parece que en el mes de agosto del presente año, en todo caso antes de la feria que hubo aquí en Salamina, ahora en la próxima feria de hace tres meses, un día mi esposo me dijo que él iba a vender una vaca que había en la finca de nuestra propiedad, para pagar un abogado a ver si sacaba a Jeremías de la cárcel, que porque ese muchacho le estaba haciendo mucha falta para el trabajo; a lo cual yo le dije que estaba muy enferma, y que yo necesitaba irme para Manizales a curarme; Rafael me contestó que no, que primero iba a vender esa vaca, y que la plata que le dieran por ella la iba a destinar a ponerle un abogado a Jeremías. En la feria de hace tres meses se vendió la vaca, aunque no sé por qué precio. A los ocho días de haber sido vendida la vaca, Rafael fue a Aranzazu, y al volver de allí me dijo muy contento que él no iba a pagar nada abogado, con la plata de la vaca, que el señor Juez que tenía detenido a Jeremías le dijo que se esperara un poquito, que él tomaba interés en sacar a Jeremías junto con la jueza, siempre y cuando que Rafael le diera una palada. Entonces ocurre que el día que fuimos a almorzar a Aranzazu como atrás lo he dicho, Rafael, el Juez y yo, yo vi que Rafael le entregó al Juez un envoltorio, en un papel periódico, cuando acabamos de almorzar, ahí dentro del café; entonces cuando salimos le dije yo a Rafael, que qué le había entregado al Juez en ese envoltorio, y él me dijo que había sido la palada". (folios 68 y 69 del expediente).

5. Rogelio Hidalgo Hidalgo, hijo de Rafael y Anatilde, y por lo tanto hermano del detenido Jeremías, depuso el 20 de noviembre de 1974 ante el Abogado Coordinador de la Policía Judicial. La parte esencial de su declaración es la siguiente:

"Pues sí, el negocio me lo propuso primeramente a mí el doctor José Hoyos Parra, quien era Juez 2º Promiscuo Municipal de Aranzazu, Caldas; resulta que fue que yo subí un domingo, por ahí a las nueve de la mañana, solo, a Aranzazu, a visitar a mi hermano Jeremías en la cárcel de Aranzazu, y a averiguar en los juzgados los negocios contra él; esto hace por ahí ahora alguito más de 3 meses; entonces yo subí al Juzgado a buscar al doctor José, pero el Juzgado estaba cerrado porque era domingo; me devolví, y en la calle me encontré al doctor José, con quien fui a tomar tinto y a conversar sobre Jeremías, el doctor me dijo que subiera ahora al Juzgado para que allí conferenciáramos; entonces después yo subí al Juzgado del doctor José, quien abrió las ofi-

cinas, me hizo entrar, y después me mostró el negocio de Jeremías, diciéndome que ese negocio estaba muy difícil y muy enredado, y me preguntó que si nosotros le íbamos a poner abogado a ese negocio, a lo cual yo le respondí que yo no sabía qué diría mi papá al respecto, si tendría modo de ponerle abogado. Entonces él me dijo que si esperábamos un poquito de tiempo, él nos ayudaba a cuadrar los dos negocios de Jeremías, para que él saliera libre, tanto por cuenta de su Juzgado como por cuenta del Juzgado de la doctora, pero que eso sí, teníamos que darle a él una palada. Cuando yo estaba hablando de esto con el doctor José, coincidencialmente llegó allí también mi papá Rafael Hidalgo Rivera, quien en ese momento me preguntó que qué estaba yo conversando con el Juez, a lo cual yo le dije que el Juez me estaba diciendo que si nosotros le dábamos una palada, él nos ayudaba a que la doctora y él pusieran en libertad a Jeremías. Entonces mi papá le dijo al Juez que bien pudiera decir cómo era el negocio, que él respondía por la plata que fuera, ya que tenía manera de realizarla. Después de esto yo me vine y mi papá y el Juez quedaron hablando sobre el negocio. Yo no volví a saber nada de los negocios, hasta la semana siguiente que era feria aquí en Salamina, ya a hacer tres meses ahora en esta próxima feria de fines de noviembre o principios de diciembre, que dijo mi papá que tenía que vender en la feria una vaca de su propiedad, que tenía en la finca nuestra, que porque tenía que tener la plata para darle al doctor con quien había convenido que por $ 4.500.00 le largaba a Jeremías de su mesa, y ayudaba a cuadrar el negocio con la doctora; que mi papá tenía que darle $ 2.000.00 primero y luego cuando Jeremías saliera libre de los dos Juzgados, los otros $ 2.500.00. Entonces mi papá hizo vender la vaca en la feria, por mi primo hermano Reinaldo Hidalgo Orrego. Como a los 8 días después de la feria, mi papá subió a la finca y me dijo que ya le había dado al doctor José los $ 2.000.00, que porque era mejor, siendo que el doctor era Juez y también abogado, darle esta plata a él que se comprometía a ayudarle a Jeremías, y no a otro abogado" (folios 72 y 73 del expediente).

6. Reinaldo Hidalgo Orrego, sobrino de Anatilde Hidalgo de Hidalgo, fue oído en declaración el 20 de noviembre de 1974. En su exposición dijo:

"Como yo trabajo aquí en Salamina, en una finca de propiedad del esposo de mi tía Anatilde, Rafael Hidalgo Rivera, hace más o menos 3 meses, antes de la feria de ese mes, que Rafael me dijo que en la próxima feria le vendiera una vaca que él tenía en la finca, que porque era que el Juez de Aranzazu se le había ofrecido, brindado o comprometido a ayudarle a sacar a Jeremías de la cárcel, a mi primo, que por lo que realizara por la vaca. Entonces yo saqué la vaca a la feria y la vendí, a un señor a quien yo no conozco y por eso no puedo decir cómo se llama. Claro que la vaca la vendí por cinco mil pesos, de los cuales Rafael guardó quinientos y me dijo que los otros cuatro mil quinientos eran para el Juez. Rafael me dijo que esa plata era para el Juez que también era abogado y que se había ofrecido para ayudarle a Jeremías. Yo sobre este asunto no sé nada más" (folios 75 y 76).

7. El detenido Jeremías Hidalgo Hidalgo, por cuya libertad habría sido sobornado el Juez, doctor José Hoyos Parra, conforme la acusación hecha por Rafael Hidalgo Rivera, declaró el 29 de octubre de 1974 para decir que no tenía noticia alguna sobre el presunto soborno ni sobre las gestiones que en su favor se comprometió efectuar el Juez acusado (folios 77 y 78 del expediente).

8. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dictó auto cabeza de proceso el 28 de enero de 1975, en el cual se observa la irregularidad de que no se ordenó notificar al Agente del Ministerio Público, por cuanto se limitó a ordenar que se cumpliera (folio 99).

También se observa la anomalía de que se omitió dar los avisos sobre iniciación del sumario conforme lo ordena el artículo 315 del Código de Procedimiento Penal.

9. Practicada la investigación, que esencialmente consistió en la repetición de los testimonios rendidos ante la Procuraduría del Distrito Judicial de Manizales, fue calificada con un auto de proceder en contra del doctor José Hoyos Parra, como autor de un delito de concusión (folios 214 a 248 del expediente).

10. La Sala de Casación Penal le impartió confirmación al auto de vocación a juicio, por estimar que se reunían los requisitos

probatorios que para dictar tal providencia exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal (folios 291 a 304).

11. Tramitado el juicio, durante el cual no se practicaron nuevas pruebas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala Penal de Decisión, el 16 de diciembre de 1975 dictó sentencia mediante la cual condenó como responsable del delito de concusión al doctor José Hoyos Parra a la pena principal de un año de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal. Al procesado se le concedió el beneficio de condena condicional (folios 325 a 349).

12. El Magistrado, doctor Pedro Nel Salazar Marulanda salvó su voto por estimar que no se reúne la prueba suficiente para condenar, razón por la cual debió ser absuelto el doctor José Hoyos Parra (folios 350 a 355).

13. Como ya quedó expresado, procede la Corte a resolver el recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia condenatoria de primera instancia, lo cual se hace mediante las siguientes:

Consideraciones

El debate suscitado sobre el conjunto probatorio ha versado, de manera principal, sobre la idoneidad moral de los testigos sobre cuyas afirmaciones se ha organizado la acusación contra el doctor José Hoyos Parra, como autor de un delito de concusión en cuantía de dos mil pesos, cuya finalidad consistía en poner en libertad a Jeremías Hidalgo Hidalgo, contra quien pesaba un auto de detención como autor de un delito de abigeato.

A efecto de fijar concepto sobre los protagonistas del suceso investigado, se expone a continuación cuáles son sus cualidades, de acuerdo a las constancias procesales.

El acusado, doctor José Hoyos Parra desempeñaba el cargo de Juez Segundo Promiscuo Municipal de Aranzazu (Caldas), para la época en que se afirma ocurrió la concusión de que se le acusa. Fue ascendido al Juzgado Penal del Circuito de Aguadas con fecha 26 de septiembre de 1974 (folio 139).

En el auto de proceder dictado por una Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial consta lo siguiente:

"Considera la Sala que el procesado reúne las condiciones que establece el artículo 80 del Código Penal para ser acreedor a esta gracia (se refiere a la condena condicional). En efecto, al ser condenado, se impondría al procesado la sanción mínima que establece el artículo 156 del Código Penal, esto es, un año de prisión. Por otra parte, su pasado está exento de condenas por delitos; su conducta ha sido siempre buena, y su personalidad, así como las modalidades del hecho delictuoso dan a la Sala la convicción de que el acusado no reviste peligrosidad social" (folio 246).

En la sentencia condenatoria, el Tribunal fallador expresó los siguientes conceptos sobre la persona del doctor José Hoyos Parra:

"Infringió el procesado el artículo 156 del Código Penal que define el delito de concusión y lo sanciona con una pena mínima de un año de prisión. Tal correctivo mínimo es el aplicable al sindicado, toda vez que no militan aquí circunstancias de mayor peligrosidad, y en cambio, sí, una de menor, consistente en los buenos antecedentes judiciales, y de todo orden en el procesado Hoyos Parra.

"Ya desde el enjuiciatorio la Sala consideró que el procesado reúne las condiciones que establece el artículo 80 del Código Penal para ser acreedor a la gracia de la condena condicional. Pues su pasado está exento de condenaciones judiciales; su conducta ha sido siempre buena, y su personalidad, así como las modalidades del hecho delictuoso dan a la Sala la convicción de que el acusado no reviste peligrosidad social y que va a rehabilitarse" (folio 348).

Lo dicho por el Tribunal de instancia lo corrobora la circunstancia de que ninguna autoridad judicial informó sobre la existencia de condenaciones contra el acusado. Ni siquiera un solo antecedente judicial pudo ser recaudado por la muy extensa y minuciosa investigación que se adelantó para averiguar si se había cometido el hecho que culminó con la sentencia condenatoria que se revisa.

En cambio, el proceso da cuenta de los múltiples antecedentes de las personas que han contribuido con sus declaraciones a

movilizar la justicia en contra del juez Hoyos Parra.

El denunciante, Rafael Hidalgo Rivera confesó en la diligencia de careo que se efectuó entre él y el acusado doctor José Hoyos Parra un antecedente penal: "estuve detenido hace como treinta y ocho años por un delito de sangre, nunca más he estado detenido o acusado y menos por delitos contra la propiedad" (folio 160).

Sin embargo, Rafael Hidalgo Rivera ha estado detenido en las siguientes ocasiones según lo certifica el director de la Cárcel de Salamina (Caldas): "Primero. Cuatro de septiembre de 1956, sindicado del delito de abuso de confianza por cuenta de la Inspección Departamental de La Unión, salió el 15 de septiembre de 1956 por cuenta de la misma Inspección". "Segundo. Veintitrés de octubre de 1957 sindicado del delito de irrespeto a la autoridad, por cuenta de la Inspección Departamental de La Unión, salió el 31 de octubre de 1957 por cuenta de la misma Inspección". "Tercero. Diez y seis de mayo de 1965 sindicado de hurto por cuenta de la Inspección Segunda Municipal de Policía, salió el 11 de junio de 1965 por cuenta de la misma Inspección" (folio 3).

Los datos expresados significan que el acusador, Rafael Hidalgo Rivera no es el campesino bondadoso que, contrariando su deseo de no irrogar perjuicio al juez José Hoyos Parra, ha formulado, muy a su pesar, una acusación contra el procesado. Antes bien, los antecedentes judiciales mencionados son suficientes para considerar que se trata de persona cuyas afirmaciones deben ser recibidas con suma cautela, ya que si ha estado sindicado de haber cometido cuatro delitos, sus condiciones morales constituyen serio obstáculo para estimarlo como persona a quien se le debe acordar credibilidad.

Que es capaz de delinquir quedó demostrado con la franca proposición que le hizo a la doctora Serna en el sentido de que le pusiera en libertad a su hijo Jeremías, a cambio de la suma de dos mil quinientos pesos, que portaba en su bolsillo y que mostró a la Juez, con la evidente intención de tentarla. Precisamente esa torpeza de Rafael Hidalgo fue lo que dio origen a la investigación contra el juez Hoyos Parra, al protestar airadamente la doctora Serna por la proposición ofensiva a su dignidad y a su decoro de que la hizo víctima, hasta el extremo de que un Abogado de la Procuraduría del Distrito Judicial de Manizales tuvo que intervenir a requerimientos de la Juez. Pero, lejos de amilanarse ante el enfático rechazo de su proposición delictuosa, con gran desfachatez moral le contestó a la doctora Serna Cárdenas "que las propuestas eran para hacerlas" (folio 3).

Rogelio Hidalgo Hidalgo, hijo del acusador Rafael Hidalgo Rivera, y quien afirma que el juez Hoyos Parra le propuso la prestación de sus servicios profesionales como abogado para concederle libertad a su hermano Jeremías Hidalgo, registra ocho entradas a la cárcel del Circuito de Salamina (Caldas), según lo certifica a folios 3 y 4 el director de dicha Institución. En efecto, ingresó a ese establecimiento carcelario en las siguientes oportunidades: el 22 de junio de 1959, sindicado de hurto por cuenta de la Inspección Departamental de La Unión y fue puesto en libertad el 17 de febrero de 1960 por orden del Juez Municipal. Por segunda vez fue huésped de la cárcel el 4 de enero de 1961 sindicado de homicidio por cuenta de la Inspección Departamental de La Unión, y obtuvo su libertad el 17 de febrero siguiente por orden de la Alcaldía Municipal. Por tercera vez estuvo detenido desde el 16 hasta el 19 de mayo de 1965, sindicado de hurto, a órdenes de la Inspección Segunda Municipal. Por cuarta vez se le mantuvo en detención del 9 al 10 de diciembre de 1970 sindicado de lesiones personales, a órdenes de la Inspección Primera Municipal. Por quinta vez se le privó de su libertad del 6 al 19 de febrero de 1971 por el delito de lesiones personales, a órdenes de la Inspección Segunda Municipal. La sexta vez ingresó a la cárcel el 28 de abril de 1971, sindicado de robo, a órdenes de la Inspección Segunda Municipal, la cual lo puso en libertad el día 30 siguiente. La séptima vez por orden de la Inspección Segunda Municipal a partir del 15 de octubre de 1971, habiendo recuperado su libertad el 30 de diciembre siguiente por disposición del Juez Municipal. Por último, por octava vez estuvo detenido del 15 al 17 de abril de 1972 sindicado del delito de corrupción de menores, a órdenes de la Inspección Primera Municipal.

Reinaldo Hidalgo Orrego, quien declaró para informar que fue comisionado por Rafael Hidalgo para vender en la feria de Salamina la vaca cuyo precio se utilizó, según la acusación, para sobornar al juez Hoyos Parra, también fue huésped de la Cárcel del Distrito Judicial de Salamina en dos oportunidades: ingresó el 28 de agosto de 1971 como sindicado de hurto por cuenta del Juzgado Primero Penal Municipal, y allí permaneció hasta el 27 de septiembre siguiente; y por segunda vez fue privado de su libertad entre el 28 de julio y el 28 de septiembre de 1972 como sindicado de hurto de ganado mayor, por cuenta de la Inspección Departamental de La Unión y del Juzgado Primero Penal Municipal.

Jeremías Hidalgo, el personaje por cuya libertad se adelantó el proceso penal contra el juez José Hoyos Parra, también ha sido comensal de la Cárcel de Salamina en dos ocasiones: la primera estuvo del 10 al 12 de mayo de 1971 por lesiones personales, a órdenes de la Inspección Departamental de La Unión; y la segunda, durante el lapso comprendido entre el 28 de julio y el 28 de septiembre de 1972, a órdenes de la Inspección Departamental de La Unión y del Juez Primero Penal Municipal.

De lo expuesto resulta obvio colegir que el grupo de declarantes que ha incriminado al juez Hoyos Parra la comisión de un delito de concusión, en cuantía de dos mil pesos, a cambio de la libertad de Jeremías Hidalgo Hidalgo, detenido por dos delitos de hurto de ganado mayor, de conformidad con las providencias que en su contra dictaron los jueces Primero y Segundo Promiscuo Municipal de Aranzazu, no merece credibilidad si se tiene en cuenta que son gentes orientadas hacia la comisión permanente de infracciones penales, hasta el punto de que bien pudiera predicarse de ellos que la habitualidad en el delito es su condición moral de mayor relieve.

Si a esto se agrega la consideración de que el relato que de los hechos suministraron los acusadores a través de sus distintas exposiciones, presenta un marcado desacuerdo entre sí y una evidente contradicción con la realidad, hay que llegar a la conclusión de que un correcto administrador de justicia ha sido víctima de una confabulación delictuosa, como pasa a demostrarse:

Rogelio Hidalgo Hidalgo afirma que un domingo visitó al juez José Hoyos Parra en despacho del Juzgado Segundo Municipal de Aranzazu, y durante su permanencia en dicho despacho el Juez le insinuó que se le diera alguna suma de dinero para poner en libertad a su hermano Jeremías, y gestionar ante la doctora Martha Lucía Serna Cárdenas, Juez Primero Municipal, la revocatoria del auto de detención que estaba vigente en su despacho.

Esta versión es a todas luces inverosímil porque son días de vacancia judicial, entre otros, los domingos, conforme lo tiene ordenado la ley. Sin embargo, a semejante afirmación de que el Juzgado Segundo Penal Municipal de Aranzazu estuviera abierto en domingo, sin la presencia de su personal subalterno, y únicamente con la del juez, se agrega otra afirmación desconcertante. En efecto, sin que hubieran acordado previamente Rogelio y su padre Rafael, visitar en domingo el Juzgado servido por el doctor Hoyos Parra, el acusador Rafael Hidalgo Rivera llega al Juzgado, en donde escucha la insinuación que el juez Hoyos Parra estaba haciendo a Rogelio en el sentido de que se le diera algún dinero para poner en libertad a Jeremías. Tal coincidencia sirve para pregonar que las afirmaciones del padre y del hijo, por ser contrarias a lo que ordena la legislación colombiana sobre los días de vacancia judicial, y por incluir una insólita conducta en ambos, como es la de visitar en domingo al Juzgado, de manera simultánea, sin que hubieran acordado tal actuación, son contrarias a la realidad. Ellas son el producto de un infundio, porque a la noticia de que el Juzgado estaba abierto en domingo, se le agrega la patraña de sostener que ambos acusadores se encontraron de manera casual allí, en donde dizque escucharon la proposición delictuosa que les hizo el juez en relación con la libertad de Jeremías.

Otra cuestión que conduce a restarle credibilidad al testimonio acusatorio de Rafael Hidalgo Rivera es la concerniente al origen del dinero con el cual se afirma que fue sobornado el juez Hoyos Parra. En la declaración rendida ante la Procuraduría del Distrito Judicial de Manizales, sostuvo Rafael Hidalgo que esos dineros provenían de una acreencia en cuantía de veinticinco mil pesos que se le había cancelado. Ante la juez

Serna Cárdenas también se hizo esa afirmación. Pero posteriormente sustituyó esa versión por la referente a la venta de una vaca, con parte de cuyo precio se inició el soborno al juez.

El siguiente pasaje del carco entre Rafael Hidalgo y el juez Hoyos Parra es muy elocuente al respecto:

"PREGUNTADO POR EL APODERADO: ¿Díganos de dónde sacó el dinero que según usted dio al doctor Hoyos? CONTESTO: Una vaca que tenía la mandé vender con un muchacho que llama Reinaldo Hidalgo. PREGUNTA EL APODERADO: ¿Por qué razón entonces usted le dijo sobre el mismo hecho a la doctora Martha Lucía que había conseguido el dinero 'cobrando unas deuditas que tenía'? CONTESTA: A sea como sea, sea porque se pagó con deudas cobradas o con el valor de la vaca. PREGUNTADO POR EL APODERADO: ¿Díganos en definitiva la verdad sobre ese hecho, porque aunque usted ha sostenido que le ofreció una vaca o su valor al doctor Hoyos, sin embargo a Iván Tobón le dijo que el dinero lo había conseguido 'cobrando unos créditos que tenía', y ahora dice que no le importa de dónde sacó la plata, que pudo haber sido cobrando una plata o vendiendo una vaca? CONTESTO: Podría haber sido la plata de la vaca que vendí y cobrando las deudas y ajunté esa plata con la de la vaca. PREGUNTA EL APODERADO: ¿Qué deuda cobró, a quiénes, por qué valores y cuándo se la pagaron? CONTESTO: A Humberto Gómez le cobré una plata para estos negocios, le cobré veinte mil pesos y como yo le había dicho a él que le daba una vaca, le dí la plata, le dí dos mil pesos y los otros dos mil los dejé para cuando sacara el muchacho afuera, son dos mil quinientos para cuando echaran al muchacho para afuera" (folios 160 y 161).

La atenta lectura de las respuestas antes transcritas lleva al convencimiento de que Rafael Hidalgo mintió al relatar la procedencia del dinero con que dice haber sobornado al juez acusado. No obstante ser persona de muy escasas luces intelectuales, demostró tener larga experiencia en diligencias judiciales, ya que al nutrido interrogatorio a que lo sometió el apoderado del procesado, nunca titubeó en responder, aun cuando muchas veces sus respuestas han servido para demostrar lo artificioso de los hechos que ha pergeñado, tal como ocurrió sobre el origen del dinero. Si Rafael Hidalgo recibió veinte mil pesos de Humberto Gómez, no tenía necesidad de vender una vaca en cinco mil pesos para hacerle al juez un abono de dos mil, como parte del precio de la corrupción de un administrador de justicia.

Por otra parte, al proceso no se trajo ningún elemento probatorio que sirviera para demostrar que Rafael Hidalgo era propietario de una vaca. Tampoco se produjo prueba alguna sobre la venta de esa supuesta res, venta que requiere la producción de documentos escritos, de acuerdo con exigencias legales. El pretenso vendedor de la vaca, Reinaldo Hidalgo Orrego, tampoco suministró el nombre de la persona a quien le hizo la venta. Además, si Reinaldo Hidalgo no era el propietario, para poder vender el animal tenía que haber portado un documento que lo autorizara, como mandatario, a efectuar esa enajenación. Ninguna noticia recaudó la investigación al respecto. Pero, si Reinaldo Hidalgo vendió la vaca como si fuera de su propiedad, y no de Rafael Hidalgo, se estaría en presencia de una actuación que pudiera subsumirse en alguna de las figuras que el Código Penal ha acuñado en relación con la defensa del patrimonio económico de los terceros.

Lo expuesto significa que, no habiéndose traído a los autos prueba alguna para establecer que el semoviente existió, que Rafael Hidalgo fue su propietario y que fue efectivamente vendido en la feria de Salamina, hay que concluir que sobre tal supuesto no puede edificarse ninguna convicción racional.

Si la procedencia del dinero con el cual se afirma haber sido sobornado el juez Hoyos Parra es asunto que los elementos probatorios no lograron esclarecer, debido a la frontal contradicción en que incurrió al respecto el acusador Rafael Hidalgo Rivera, su entrega al procesado tampoco pudo establecerse. Rafael Hidalgo comenzó diciendo que sólo él y su hijo Rogelio tenían conocimiento del turbio negociado con el juez, pero terminó sosteniendo que su cónyuge Anatilde presenció cuando le entregó al juez acusado un envoltorio en papel periódico, cuando se encontraban en un café o restaurante cercano a la plaza de Aranzazu.

Anatilde Hidalgo no sabía cuál era el contenido del envoltorio. El acusador así lo expresa: "claro que mi esposa, en ese momento no sabía que yo le estaba entregando al doctor era plata, porque ella no tenía conocimiento muy preciso del negocio que yo tenía con el doctor, porque aunque ella sí maliciaba algo, yo la tenía convencida de que el negocio que yo tenía para ayudar a Jeremías era simplemente con un abogado" (folios 63 y 64).

Sobre la fecha en que se hizo la supuesta entrega de los dos mil pesos al procesado, hay en el expediente dos versiones: Anatilde declaró el 19 de noviembre de 1974 para sostener que un mes antes conoció al juez y presenció la entrega del envoltorio en papel periódico hecha por su marido al juez; en cambio, Rafael Hidalgo asegura que la entrega fue en agosto anterior.

No es indispensable hacer un exhaustivo análisis de las declaraciones rendidas por la familia Hidalgo a efecto de continuar enumerando las múltiples contradicciones en que han incurrido, para desechar tales testimonios.

La Corte ha sido sumamente severa para con los juzgadores que traicionan la justicia, porque la paz social se funda sobre la rectitud de sus servidores. Cohonestar comportamientos contrarios a esa finalidad, constituiría una monstruosidad. Siempre que ha quedado comprobado alguna conducta ilícita de jueces o magistrados, con erosión de la administración de justicia, esta Corporación no ha vacilado en fulminar contra los responsables las sanciones que el Código Penal tiene establecidas. Pero ese mismo celo en la persecución de quienes se han mostrado indignos de la investidura del juez, tiene necesariamente que guiar a la Sala en la defensa de los servidores de la justicia que son injustamente acusados por gentes que ostentan un pasado delictuoso, tal como ocurre en el caso de autos.

Contra el ex-juez, doctor José Hoyos Parra milita la declaración señora de Rafael Hidalgo Rivera, ya que según su afirmación, el pacto delictuoso entre él y el juez acusado, no lo presenció su hijo Rogelio porque éste se retiró del Juzgado antes de que se hubiera celebrado la torticera negociación. Se trata de una acusación sin respaldo probatorio, porque todos los declarantes de la familia Hidalgo se limitan a repetir lo que el jefe de ese clan les informó, pero con la adehala de que afirmaron cosas contrarias a la realidad, a sabiendas de que lo hacían.

Repugna creerle a cuatro delincuentes la afirmación de que uno de ellos celebró un pacto delictuoso con un honesto administrador de justicia, contra quien no se ha recaudado la menor sospecha que sirviera para empañar su limpia hoja de vida al servicio de la justicia. Como la acusación no alcanzó a comprobarse, se ordenará que por el Tribunal fallador se saquen las pruebas pertinentes para que se investigue si Rafael Hidalgo Rivera, Rogelio Hidalgo Hidalgo y Reinaldo Hidalgo Orrego cometieron algún delito contra la administración de justicia cuando declararon en contra del juez, doctor José Hoyos Parra, imputándole la comisión del delito de concusión.

El llamamiento a juicio que se profirió en este proceso tuvo plena justificación porque tanto el Tribunal como esta Sala consideraron que la acusación formulada por la familia Hidalgo era suficiente para que se citara al acusado a estrados, a efecto de que suministrara las explicaciones que sirvieran para que la justicia se pronunciara sobre su responsabilidad o su inocencia. Como durante la etapa probatoria del juicio, ni en la audiencia pública, no se produjo ningún elemento probatorio distinto de las declaraciones de los acusadores Hidalgo, resulta forzoso absolver, porque las afirmaciones de la acusación quedaron sin respaldo probatorio, y porque ellas son inverosímiles debido a que contrarían la realidad. Por otra parte, el nuevo análisis que se ha hecho del contenido de los testimonios de la acusación, lo mismo que los antecedentes penales de Rafael, Rogelio y Reinaldo Hidalgo que se trajeron al proceso, sirven para llegar a la conclusión de que el delito denunciado no fue probado, por cuya razón la sentencia condenatoria será revocada, y, en su lugar, se dictará la absolución del juez acusado.

La omisión en que incurrió el Tribunal al no dar aviso de la iniciación del sumario, tal como lo dispone el artículo 315 del Código de Procedimiento Penal, no será sancionada conforme lo dispone el artículo 316 porque la Sala considera que tal omisión debió ser consecuencia del afán que se tuvo para que un juez instructor adelantara de

inmediato la investigación de los graves hechos denunciados contra un juez, pero deja constancia de que esa irregularidad no debió cometerse.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

REVOCAR la sentencia de 16 de diciembre de 1975 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala Penal de Decisión, por medio de la cual condenó al doctor José Hoyos Parra, como responsable de un delito de concusión, a la pena principal de un año de prisión, y en su lugar ABSUELVE al acusado.

El Tribunal de instancia ordenará sacar copia de las piezas pertinentes para averiguar si Rafael Hidalgo Rivera, Rogelio Hidalgo Hidalgo y Reinaldo Hidalgo Orrego cometieron algún delito contra la administración de justicia por el hecho de haber rendido las declaraciones que hacen parte del proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

José Ernesto Posada V., Secretario.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

No hasta que el actor en el recurso afirme que la prueba que solicitó en el sumario era de particular trascendencia y que su posterior recaudo en el juicio privó al procesado de sus derechos fundamentales. Está obligado a demostrar en tal hipótesis, las razones jurídicas que lo asisten para sustentar su afirmación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 19.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado ABELARDO DE JESUS SALINAS ALVAREZ, contra la sentencia de veintiocho de abril último, originaria del Tribunal Superior de Montería, que confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad y por medio de la cual se impuso al procesado la pena principal de 24 años de presidio, como responsable del delito de homicidio en persona de Diógenes Garcés Pontón (Alias "El Mono Garcés").

El recurso se admitió por auto de veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y cinco, y dentro del término legal, el doctor Gustavo Rendón Gaviria, con personería reconocida, presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley mediante providencia de diecisiete de octubre del mismo año.

Hechos y actuación procesal

Se han narrado así en diversas oportunidades dentro del proceso:

"El siete (7) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973), el señor DIOGENES GARCES PONTON (alias 'El Mono Garcés') salió de su residencia en compañía del doctor Hernando Rodríguez, quien tenía que viajar a Cereté; al pasar por la circunvalación, recogieron a los señores Juan Miguel Velilla Siado y Abelardo de Jesús Salinas Alvarez, llegaron a Cereté y en la casa del doctor Norberto Anicharico Morales, ya en las horas de la noche, se dedicaron a libar copas, el doctor Rodríguez y Garcés Pontón tomaron whisky, mientras que Velilla Siado y Salinas Alvarez ingerían aguardiente; aproximadamente a la una de la madrugada del día siguiente, es decir, el ocho (8), suspendieron las libaciones de alcohol y salieron en el vehículo jeep Toyota de placas P. S. 24-17 de propiedad de la señora Libia Salazar Salazar, mujer de Garcés Pontón, a llevar al doctor Hernando Rodríguez a su residencia, de ésta siguieron a Montería Diógenes Garcés Pontón conduciendo el vehículo y a su lado viajaba Abelardo Salinas Alvarez y en la parte de atrás lo hacía Miguel Velilla Siado. Al pasar por la circunvalación a inmediaciones de la fuente luminosa, Garcés Pontón detuvo el automotor, se bajó y se acostó en una de las bancas de esos alrededores. Pasados cuarenta minutos poco más o menos de estar acostado Garcés Pontón en la banca, sus compañeros Salinas Alvarez y Velilla Siado lo cargaron e introdujeron en la parte trasera del vehículo y Salinas se hizo cargo de la conducción del automotor;

llevó a Juan Miguel Velilla Siado al hotel 'Americano' para que se quedara durmiendo. Ocurre esto como a las dos de la mañana, poco más o menos, del día ocho (8) del citado mes. Desde ese momento empezó la desaparición del señor Diógenes Garcés Pontón (alias 'El Mono Garcés'), quien quedó en el automotor con su compañero Abelardo de Jesús Salinas Alvarez. El trece (13) del mes cuestionado ALFONSO GARCES PONTON y ROSALBA SALAZAR SALAZAR, hermano e hijastra de aquél, tuvieron conocimiento que en la orilla de la carretera que de Cereté conduce a Lorica habían descubierto un cadáver, sin manos ni cabeza; llegaron a Lorica, lugar donde se había inhumado el cadáver y solicitaron su exhumación para reconocerlo. Así lo hicieron y mediante la diligencia de reconocimiento de las prendas de vestir halladas en el occiso, los familiares mencionados lo identificaron como el que en vida correspondía al señor DIOGENES GARCES PONTON (alias 'El Mono Garcés')".

El Juzgado 4º de Instrucción Criminal de Montería recogió abundante prueba testimonial y con base en ella decretó la detención precautelativa del procesado Salinas Alvarez y ordenó, al mismo tiempo, la libertad de Juan Miguel Velilla Siado, respecto de quien no se pudo aclarar suficientemente su participación en el ilícito.

El señor Juez Tercero Superior al recibir el negocio ordenó nueva comisión al Juzgado de Instrucción Criminal, pues se hacía necesaria la práctica de algunas pruebas importantes para el esclarecimiento de los hechos.

Una nueva ampliación del término de instrucción ordenó el juez de conocimiento a petición del apoderado de Salinas Alvarez. El profesional solicitó la práctica de otras pruebas, cuando el negocio regresó al Juez de Instancia pero fue negada, porque "... los términos consagrados en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal están vencidos". En ese mismo auto, se declaró cerrada la investigación y se ordenó el traslado de rigor.

Contra esta determinación se interpusieron los recursos de reposición, como principal, y el de apelación, subsidiariamente. El primero fue negado por el Juez Superior y el segundo resuelto por el Tribunal Superior de Montería confirmando la providencia apelada.

En la calificación del sumario el Juez Tercero Superior de Montería convocó a juicio ordinario, por el trámite en que interviene el jurado popular, a ABELARDO DE JESUS SALINAS ALVAREZ por el delito de homicidio, y, por los mismos hechos, sobreseyó temporalmente en favor de JUAN MIGUEL VELILLA SIADO.

Con base en la respuesta afirmativa de la responsabilidad de Salinas Alvarez, el Juzgado Tercero profirió sentencia condenatoria, que al ser confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, fue impugnada en casación.

La demanda

Causal cuarta.

Se invoca como motivo único de casación.

Los cargos formulados al amparo de esta causal los hace consistir el demandante en la negación de los jueces de instancia a practicar varias pruebas solicitadas por el apoderado del procesado.

Como en una misma providencia se decidió sobre la petición de pruebas del apoderado y en relación con el cierre de investigación este auto debería tener carácter interlocutorio con sus requisitos formales establecidos por el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, disposición que desconoció el Juez Superior. Y olvidó también el sentenciador las prescripciones del numeral 2º del artículo 169 de la misma codificación, pues en él se indican qué providencias son interlocutorias. Por esa vía resulta vulnerado el artículo 26 de la Constitución Política. En estos términos resume el cargo el censor:

"Lo expuesto me permite afirmar que la sentencia fue dictada sobre un proceso viciado de nulidad, y por ello, para impugnarla en casación me apoyo en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Estimo que se desconocieron y violaron concretamente las disposiciones del Código de Procedimiento Penal citadas en el cuerpo de esta demanda y que, con ocasión de esas violaciones y la resolución contraria a derecho, en su forma y fondo, de no acceder el Juzgado a ordenar la práctica de pruebas en el curso del sumario, incurrió

el sentenciador en el desconocimiento expreso de los derechos y garantías, en perjuicio del procesado, establecidos en el artículo 26 de la Constitución Nacional, determinante principal del cargo de nulidad en el orden supralegal".

Concepto del Ministerio Público

No se ha configurado en el proceso ninguna de las causales de nulidad que taxativamente consagran los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, como expresamente lo reconoce el demandante.

Respecto de las actuaciones; que pretensamente pueden configurar irregularidades procesales, ellas no alcanzan a adquirir el calificativo de nulidades supralegales o constitucionales, pues no vulneran ninguno de los cuatro principios que jurisprudencialmente se han desarrollado teniendo como base el artículo 26 de la Carta.

Evidentemente el Juez Tercero Superior incurrió en irregularidad procesal cuando hizo pronunciamientos diferentes —cierre de investigación y negativa de pruebas— en una misma providencia, pero ese error no alcanza la jerarquía de nulidad supralegal.

Diferente es el término del sumario en el proceso penal, del tiempo que tienen los jueces de instrucción para recibir pruebas de acuerdo con la comisión que, en cada caso, imparta la correspondiente seccional. Como el juez instructor cumplió con el lapso que se le fijó, sólo podía, a su término, enviar el negocio al juez competente.

Por último, debe tenerse en cuenta que la única prueba que faltaba respecto del memorial petitorio presentado por el apoderado de Salinas Alvarez era el "reconocimiento en rueda de presos", que se practicó durante la etapa probatoria del juicio, ya que no fue posible hacerlo dentro del sumario por causas no imputables al juez del conocimiento.

El Ministerio Público concluye solicitando "desechar la demanda a estudio y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen".

Se considera

Los argumentos de que se ha servido el actor para impugnar la sentencia, se reducen a dos:

1º Fue dictada sobre un proceso viciado de nulidad, por haber el sentenciador desconocido los derechos y garantías consagrados en favor del procesado por el artículo 26 de la Constitución Nacional, habiendo incurrido en violaciones de forma y fondo, cuando no accedió a decretar las pruebas solicitadas por el actor en la etapa del sumario.

2º En iguales violaciones sustanciales de la ley incurrió el sentenciador cuando al través de un auto complejo declaró clausurada la investigación y negó, al tiempo, la práctica de pruebas. Pues siendo lo primero simple materia de auto de sustanciación y, el segundo, interlocutorio, procesalmente los dos tienen efectos diferentes. Esto dio ocasión a que al surtirse la apelación interpuesta contra el auto cuestionado, que se concedió en el efecto devolutivo, se privara al procesado del término legal de ocho días para que él personalmente o su apoderado alegaran de conclusión antes que se calificara el sumario, frustración causada por la razón obvia de que siendo uno mismo el auto que denegó la práctica de pruebas y declaró clausurada la investigación, mientras el recurso de apelación se surtía, el término habría sido corrido ilegalmente.

Por ambas razones, pues, el sentenciador incurrió en violación de las formas propias del juicio, que cautela y prescribe el artículo 26 de la Carta.

Pero el recurrente no dice que las pruebas que ciertamente le fueron denegadas en la etapa del sumario, se le concedieron posteriormente en la probatoria del juicio. Y no ofrece argumento alguno demostrativo de que esas pruebas tenían mérito suficiente para privar de justicia la calificación otorgada por el sentenciador a los hechos establecidos sin su concurso, ni por qué modo su omisión en el sumario o su tardía recepción en el juicio hizo incurrir al sentenciador en errores sustanciales de hecho o de derecho, con fuerza suficiente para restar mérito a la sentencia recurrida.

Lo anterior es importante. No basta ciertamente que el actor en este recurso extraordinario afirme que la prueba que solicitó en el sumario era de particular trascendencia y que su posterior recaudo en el

juicio privó al procesado de uno de sus derechos fundamentales. Está obligado a demostrar, en tal hipótesis, las razones jurídicas que le asisten para sustentar su afirmación, mostrando cómo las pruebas que se tomaron en la etapa probatoria del juicio, por haber sido practicadas entonces y no antes, tienen valor y efectos procesales diferentes que se traducen en perjuicio evidente del derecho de defensa. Es lo que no ha hecho el impugnante. Tampoco ha probado que el proceder de los jueces de las instancias entraña nulidad, solamente porque habiéndole negado la práctica de unas pruebas en el sumario, acordaron practicarlas luego en el juicio.

La segunda razón aducida por el censor como cargo a la sentencia recurrida, ostenta mérito inferior que la primera. No es cierto que los interesados en la defensa de Abelardo de Jesús Salinas se hubieren visto privados del tiempo hábil legal para presentar alegato de conclusión antes que el mérito del sumario fuera calificado por el juez.

Como lo anota tinosamente el colaborador fiscal, para mayor claridad en este asunto, "débese tener presente que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería confirmó el auto que decretó la clausura de la investigación y negó la práctica de unas pruebas en enero 23 de 1974, mientras que la constancia secretarial que notifica a las partes que el negocio estaba a disposición de ellas para presentar sus puntos de vista, es de enero 28 del mismo año, 'en cumplimiento del auto de fecha veintiséis (26) de los corrientes...', lo que significa que el señor apoderado del procesado y éste no tenían traba u obstáculo alguno para conceptuar antes de la calificación, conocida como lo estaba la decisión del Honorable Tribunal sobre las providencias protestadas. Ante esta realidad procesal, obligatorio es colegir que si el apoderado y su cliente no usaron de este término, no se puede cargar a cuenta del Juez Superior sino que se debió a voluntad de aquellos dos".

Bastan las razones expuestas para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia recurrida, de la fecha y origen de que trata esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

EXAMEN MEDICO PSIQUIATRICO

Esta prueba debe decretarla el funcionario cuando él observe alguna de las posibilidades contempladas en el artículo 29 del Código Penal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal: — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 19, abril 22/76.

Vistos

Cumplidos los trámites de ley, procede esta Sala de la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sentenciado JESUS GUILLERMO GONZALEZ ACOSTA, contra la sentencia de 4 de diciembre de 1974, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no accedió a decretar una nulidad que le fuera solicitada y, confirmó la de primera instancia del Juzgado 18 Superior de esta ciudad que le condenó a la pena principal de 20 años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como responsable del delito de homicidio agravado en María del Tránsito Monroy de Sánchez y homicidio simplemente voluntario en la persona de Jorge Enrique Sánchez Monroy".

Hechos

Tanto en el auto de vocación a juicio (fls. 173 ss.), como en el confirmatorio de él (fls. 218 ss.) y en la sentencia impugnada (Cuaderno del Tribunal, fls. 48 ss.), con sujeción a la realidad procesal se han presentado de la siguiente manera:

"En cierta oportunidad Jorge Enrique Sánchez Monroy iba con dirección a su casa de habitación, situada en el barrio La Perseverancia de esta ciudad, cuando observó que su perro protagonizaba una pelea con otro de propiedad del individuo Guillermo González Acosta. Con el propósito de separar a los canes, Sánchez Monroy les lanzó una pepa de mango que ocasionalmente encontró en el suelo, por este hecho enfureció a González Acosta y de inmediato le declaró la enemistad al menor Jorge Enrique Sánchez. De tal forma, cada encuentro imprevisto que tenía ocurrencia entre ellos, venía a convertirse en intercambio mutuo de frases ofensivas e insultantes, y en varias ocasiones Guillermo González agredió de obra al occiso, y hasta llegó a atentar contra su vida en una ocasión, cuando le hizo los disparos de revólver.

"Esa enemistad se agudizó hasta el punto de que el día veinticuatro de febrero del corriente año (1971), González Acosta interceptó a Jorge Enrique Sánchez cuando éste venía del colegio y se dirigía a almorzar a fin de almorzar (sic), y lo invitó a que se trenzaran en una pelea para dirimir las antiguas rencillas. De estos hechos fue inmediatamente notificada la señora María del Tránsito Monroy de Sánchez, madre de Jorge Enrique, quien de manera apresurada salió a la calle para percatarse de lo que ocurría. Una vez allí, la infortunada señora medió en la discusión para que los acontecimientos no se tornaran más graves, pero con su actitud sólo consiguió que González continuara ofendiendo a su hijo.

"Acto seguido el sujeto Guillermo González Acosta corrió hasta la casa de su abuela, lugar donde habitualmente residía, y se ar-

mó de un cuchillo. Ante este hecho, Jorge Enrique Sánchez quiso protegerse con el cinturón que usaba en su uniforme colegial, pero fueron vanos sus esfuerzos, ya que fue alcanzado por varias cuchilladas que inmisericordemente (sic) le tiró el desalmado sujeto. En esos momentos impotente suplicaba por la vida de su hijo la señora María del Tránsito Monroy de Sánchez, quien al darse cuenta de la agonía de Jorge Enrique se vio precisada a tirar un ladrillo contra la humanidad de González Acosta que ya huía del escenario del crimen. No contento con su actitud criminal, el individuo Guillermo González recogió el ladrillo que le fuera lanzado, y a su vez lo tiró contra la infortunada mujer haciéndole impacto en la cabeza, y posteriormente clavó en el pecho el mismo cuchillo con que hirió de muerte al menor Jorge Enrique Sánchez. Los esporádicos vecinos y familiares de las víctimas que estaban presenciando el horripilante cuadro, corrieron al lugar donde yacían los cuerpos de madre e hijo, y los levantaron moribundos para conducirlos de urgencia a un centro médico asistencial. Poco más tarde, Jorge Enrique Sánchez llegó sin vida a las dependencias de la Cruz Roja Nacional, mientras que su progenitora, María del Tránsito Monroy de Sánchez, dejó de existir cuando iba a ser intervenida quirúrgicamente en el hospital "San Juan de Dios".

Actuación procesal

Con fundamento en las diligencias adelantadas por la Comisaría de Policía Judicial del Norte —Cuarto Turno— (fls. 2 ss.), el 26 de febrero de 1971 el Juzgado 7º de Instrucción Criminal dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fls. 10 ss.). Se practicaron numerosas pruebas; dentro de ellas, la diligencia de indagatoria de Jesús Guillermo González Acosta (fls. 48 ss.) contra quien el Juzgado Instructor, el 20 de marzo del año ya dicho dictó auto de detención por el doble delito de homicidio indicado (fls. 59 ss.). El Juzgado 18 Superior, al cual correspondió en reparto el conocimiento de las diligencias, decretó la práctica de nuevas pruebas (fls. 100 ss.). Solicitada la revocatoria del auto de detención por el defensor del sindicado (fls. 141 ss.), el Juzgado, de acuerdo con su Fiscal (fls. 144 ss.), no accedió a ello (fls. 146 ss.). El 14 de julio siguiente se declaró cerrada la investigación (fl. 151). Y el Juzgado, luego de recogido el concepto de su colaborador (fls. 153 ss.) y de haber presentado alegato el apoderado del sindicado, por auto de 1º de septiembre de ese mismo año, resolvió "Abrir causa criminal por la vía que interviene el jurado de conciencia, contra JESUS GUILLERMO GONZALEZ ACOSTA..., por los delitos de 'HOMICIDIO', cometidos en las personas de Jorge Enrique Sánchez Monroy y María del Tránsito Monroy de Sánchez, en concurso material", siendo de tener en cuenta que en la parte motiva se dedujo que "el imputado deberá responder por el delito de homicidio agravado, en lo que se refiere a la muerte de María del Tránsito Monroy de Sánchez, y por homicidio simplemente voluntario con relación a Jorge Enrique Sánchez Monroy" (fls. 173 ss.). Apelada la providencia por el defensor nombrado por el enjuiciado (fl. 203), el Tribunal la confirmó en todas sus partes (fls. 218 ss.), de acuerdo con su colaborador (fls. 208 ss.). Se pidieron, decretaron y practicaron algunas pruebas en la respectiva etapa del juicio (fls. 234 ss.). Con el cumplimiento de las formalidades legales, se llevó a término la audiencia pública (fls. 349 ss., 356 ss., 361 ss.) y los dos cuestionarios propuestos a la consideración del jurado, por unanimidad recibieron la respuesta: "Sí es responsable" (fls. 347 ss.). Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancias reseñadas en los vistos de ésta, habiéndose interpuesto contra la segunda el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Presenta como hechos la "Narración propia del Procesado" y la síntesis que de ellos hizo el Juzgado del conocimiento. Luego de transcribir apartes de dos declaraciones, de hacer referencia a la propia indagatoria del procesado y a un fragmento de la providencia del Tribunal, insiste en la necesidad de exámenes siquiátricos para su defendido, porque se estaría "ante el hecho real que encaja dentro del juzgamiento que debía hacerse por el artículo 29 del Código Penal".

Dos cargos formula el censor contra la

sentencia recurrida: el primero al amparo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: nulidad supralegal; y, el segundo, a la sombra de la causal primera de la misma disposición, propuesta como subsidiaria: "Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley sustancial... o aplicación indebida".

Primer cargo

Causal cuarta

Transcribe el artículo 26 de la Constitución y, agrega: "Normas violadas. En lo Constitucional artículo 26. En lo Penal artículo 29 del Código Penal, artículo 411 del Código de Procedimiento Penal (anteriormente artículo 374 derogado). Se dio aplicación a los artículos 362 Código Penal, 363 numeral 5º Código Penal, y artículo 33 Código Penal, cuando ha debido darse aplicación durante el proceso al artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, y resolverse de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal. Obran en el expediente suficientes constancias de que el suscrito solicitó que fuese enviado a examen médico-legal el procesado, omitiéndose este hecho (folios 299, 300, 301, 237 y 234 del cuaderno original)".

En orden a fundamentar lo anterior, transcribe las normas 29 del Código Penal y 374 (hoy 411) del de procedimiento de la misma índole y agrega: es obligación del funcionario instructor estudiar la personalidad del sindicado. Transcribe apartes de una jurisprudencia de la Corte acerca de la separación que hace la ley entre sanciones y medidas de seguridad, para decir en qué casos se aplican cada una de ellas. Para concluir que hubo deficiencia en la investigación "para determinar la salud psíquica del sindicado", violando el derecho de la sociedad y del mismo sindicado a que se apliquen las penas o medidas de seguridad pertinentes. "Y en este negocio, la ausencia de conclusiones en los exámenes psiquiátricos hechos al sindicado, no fue obstáculo para que se le juzgara como normal y se le condenara a las sanciones previstas para los delincuentes normales". De todo lo cual concluye que se violó el artículo 26 de la Carta.

Consideraciones de la Corte

Concepto del Ministerio Público

Plantea el demandante, que hay violación del artículo 26 de la Carta, lo cual implica nulidad de rango supralegal, por cuanto no se sometió al sindicado a exámenes psiquiátricos para determinar su estado de salud mental. Si bien no indica el censor cuál de las garantías consagradas en aquella norma fue la violada, lo cual quita a la Corte el campo concreto de apreciación, lo que sería suficiente para abstenerse de examinar el cargo propuesto, conveniente es precisar:

Ya en la audiencia pública el defensor, que es el mismo recurrente en casación, había planteado al jurado, como una de las tesis de defensa, el que su patrocinado en las circunstancias de anomalía psíquica contempladas en el artículo 29 del Código Penal (fls. 351 y 355). Pero el jurado no estuvo de acuerdo con tal petición ni con ninguna otra de las de la defensa (homicidio preterintencional), riña imprevista o legítima defensa. En la sentencia de segunda instancia recurrida en casación, tampoco se aceptó declarar la nulidad alegada por el defensor con fundamento en que, encontrándose, en su criterio, el procesado dentro de un estado mental correspondiente a los contemplados en el artículo 29 del Código Penal, el procedimiento a seguir respecto a él era otro y no el adoptado. De manera que este punto, que ahora se plantea a la Sala, ya ha sido ampliamente controvertido.

Sobre el "Examen del sindicado por peritos médicos", dispone el inciso 1º del artículo 411 del actual Código de Procedimiento Penal: "Desde el momento mismo de la captura, y tan pronto como el funcionario de Policía Judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia, ordenarán su examen por los peritos médicos".

En el caso sometido a estudio, dentro de la etapa probatoria del juicio, con fecha 18 de marzo de 1972, el defensor del procesado, entre otras pruebas solicitó: "3º) se ordene una pericia legal al procesado con el fin de

que se diga por los Médicos Legistas; a) El tipo de temperamento del sujeto; b) Si puede hablarse de él como delincuente temperamental; c) Si merced a una emoción fuerte, producto de un estímulo que lo ataque; sus mecanismos reflejos reaccionan sin control de la Psiquis debido a la perturbación que puede ocasionar el estímulo en ella; d) La reacción del sujeto ante las emociones fuertes; e) Si el tipo de emoción y la forma en que se realizaron los hechos en cuanto al ataque de que se vio víctima pudieron producirle aunque fuese parcialmente un desequilibrio mental de tal magnitud que en el momento de los hechos no se encontraba razonando normalmente y su mente se hallaba obnubilada por el 'schock' nervioso, y desequilibrada por éste pudiendo también ser este desequilibrio producto de vivencias anteriores, fijaciones estas que contribuyen a convertirlo circunstancialmente en un 'LOCO DELINCUENTE'. Hago esta petición con fundamento en el dicho del Honorable Tribunal al resolver el recurso de Apelación interpuesto al vocatorio a juicio" (fl. 234).

El Juzgado sobre este particular dispuso: "Negar la práctica de las pruebas mencionadas en los puntos 2º y 3º del citado memorial, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído y disponiendo que el incriminado Jesús Guillermo González Acosta, sea sometido por el Instituto de Medicina Legal, a los exámenes del caso, a fin de determinar, si en el momento de la ocurrencia de los hechos, éste se hallaba dentro de alguna de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal" (fl. 237).

Con relación a lo anterior, el único documento originario del Instituto de Medicina Legal, de fecha 3 de abril de 1973, dice: "Devolvemos el expediente contra Jesús Guillermo González Acosta por delito de doble homicidio sin rendir el examen psiquiátrico, porque tan sólo se le practicó un reconocimiento, y al citarlo para un segundo examen no fue enviado de la Penitenciaría Central de la Picota, avisando que no se había encontrado en dicho establecimiento" (fl. 300).

Luego se produjeron el sorteo de jurados la audiencia pública y la tramitación reseñada.

Ya se ha transcrito la disposición por medio de la cual el Estatuto Procesal Penal dispone que tan pronto como el respectivo funcionario observe "en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia, ordenará su examen por los peritos médicos". Es decir, esta prueba debe decretarla el funcionario cuando él observe alguna de esas posibilidades. Otra cosa distinta es el que el apoderado o defensor piense, de acuerdo con su personal criterio, que puede no corresponder al del fallador, solicitar una prueba de esa naturaleza y al que éste, por la amplitud propia de su misión, resuelva acceder a ella.

De ahí que esta Sala, de acuerdo con el Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, estime suficientes para rechazar este cargo, las siguientes consideraciones que se encuentran precisamente en la sentencia recurrida y las cuales no han podido ser victoriosamente refutadas: "IMPUTABILIDAD: La imputabilidad de conformidad al criterio unánime de los doctrinantes constituye una condición de la persona frente al derecho penal de la cual se derivan determinadas consecuencias.

"La condición personal implica el determinar si la persona a quien se le ha atribuido un hecho punible es merecedora de una pena por haber entendido y comprendido la ilicitud de su comportamiento, o si por el contrario, debe sometérsele a una medida de seguridad en relación a la enfermedad mental que padece o al grado de inmadurez intelectual por su edad o condición social.

"La inimputabilidad, como ya se dijo, conlleva una medida de seguridad y en ciertos eventos obliga el cambio o modificación en el procedimiento, ya que en estos eventos la audiencia pública se celebra sin la intervención de los jueces populares.

"En el presente caso, el señor defensor, solicita se decrete la nulidad de lo actuado por no haberse dado cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal; dicha norma obliga al funcionario decretar el examen del sindicado cuando 'Se observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentre en estado de

embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia..."

"De la norma transcrita se deduce, que el mandato categórico allí consagrado, obliga cuando del acervo probatorio se colige un indicio claro y preciso de que el sindicado puede estar afectado de una enfermedad mental; pero este indicio no puede tomarse o entenderse como estructurado por el simple hecho de que un juez haya ordenado la práctica de esta prueba atendiendo una solicitud de cualquiera de las partes intervinientes en el proceso.

"Tampoco puede considerarse como indicio de inimputabilidad el hecho de que el Tribunal al ocuparse del auto calificatorio haya hecho referencias al estado mental del sindicado, por la sencilla razón de que allí al parecer, lo que se quiso poner de relieve fue el temperamento violento y agresivo del incriminado y no una posible enfermedad mental, porque si esto hubiese sido el propósito de la Sala, necesariamente hubiera tenido que modificar el auto vocatorio en cuanto a la no intervención del jurado de conciencia.

"Revisado el proceso y especialmente las diligencias donde actuó el sindicado entre ellas la indagatoria, se llega a la conclusión de la inexistencia de cualquier indicio que lo pueda colocar como inimputable. La narración de los hechos realizada por el incriminado demuestran cómo tuvo conciencia de todo su comportamiento y de las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho. Esa lucidez mental del incriminado se pone de presente en el interrogatorio a que fue sometido durante la audiencia pública, en cuyas respuestas en ningún momento dice haber sido víctima de una perturbación siquica.

"De conformidad al acta de audiencia el señor defensor planteó el problema de la confesión del incriminado y consideró la existencia de una justificante del hecho típico y se refirió en la tercera parte de la misma exposición a la intención de su poderdante; tales argumentaciones permiten concluir que el profesional del derecho aceptó que el sindicado actuó con conciencia y voluntad y no dentro de ninguna de las causales de inimputabilidad. En la parte final del acta de audiencia se observa la mínima referencia que hizo el defensor al estado mental del sujeto activo del delito, pero a pesar de ello solicitó fallo de los jueces populares y en ningún momento intentó plantear la nulidad que ahora propone ante esta Corporación.

"Las razones anteriores son suficientes para darle el tratamiento de imputable al señor Jesús Guillermo González Acosta y no decretar la nulidad por violación del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, porque como ya se dijo no hay ningún indicio dentro del proceso que permita concluir una posible anomalía síquica del incriminado, este indicio debe nacer del acervo probatorio y no de las afirmaciones hechas por una de las partes actuantes en el proceso penal".

En consecuencia, este cargo no prospera.

Segundo cargo

Causal primera

Lo presenta como subsidiario y lo enuncia literalmente así: "Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley sustancial... o aplicación indebida".

Para solicitar que se case parcialmente la providencia impugnada y "a) Se rebaje la pena impuesta; b) Se exima de responsabilidad al procesado".

Dice que el Tribunal tuvo en cuenta los artículos 362 y 363, ordinal 5º del Código Penal para imponer la sanción y, acorde con el 33 del mismo estatuto la fijó en 20 años de presidio.

Dice que hubo error in iudicando, porque esas normas no eran aplicables en atención a que: A) Con relación a la muerte de Jorge Enrique Sánchez los hechos ocurrieron en legítima defensa, luego ha debido aplicársele el artículo 25, ordinal 2º del Código Penal y no el 362 de la misma obra; y B) Con relación a la muerte de María del Tránsito de Sánchez, "se habla de asesinato, cuando en realidad se dio fue un Homicidio Preterintencional con riña y ha debido aplicarse el artículo 365 del Código Penal en concordancia con el artículo 384 del mismo Código Penal, por haberse cometido el hecho en riña suscitada de modo imprevisto y sin intención de matar".

A continuación con cita de jurisprudencia y de tratadistas, formula una serie de comentarios acerca de lo que debe entender-

se por indefensión de la víctima para concluir, con invocación de algunos apartes de testimonios y de la autopsia respectiva, que tal circunstancia agravante no se dio en el caso sometido a estudio. Y prosigue su personal crítica testimonial para reafirmar sus acertos y concluir: "no se presenta la figura del Ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal y afirmo que se excedió en castigar el delito".

Luego sostiene que ha debido aplicarse el ordinal 2º del artículo 25 del Estatuto Penal o legítima defensa, porque eso es lo que, en su concepto, establecen los hechos. Habla de lo que es tal figura y de sus elementos integrantes, cita autores, entra a hacer nueva crítica testimonial, para concluir que la norma aplicable era la acabada de invocar.

A continuación y con citas de tratadista, y entrando de nuevo en la crítica probatoria, sostiene que se está frente a un homicidio preterintencional, cometido en riña imprevista y que, en consecuencia, la norma aplicable lo era el artículo 385 y su concordante. Porque hay duda en la intención y no hay prueba que produzca certeza de que González Acosta "promovió la riña con la intención de matar y que para tal fin guardaba una (sic) arma y aprovechando la riña la sacó, hizo uso de ella, agredió y mató". Dice que a esa conclusión llega del análisis de la prueba que ha hecho. Y una vez más sostiene que se está frente a un homicidio preterintencional. Luego se detiene en consideraciones acerca de la riña y también, apelando a nuevo estudio probatorio, dice que los hechos "se presentaron necesariamente por motivo de la riña ..., de que si las partes no hubiesen abadreado y continuado atanado (sic) el domicilio de la señora madre abuelita de González Acosta quizá no hubiese llegado a los extremos que hoy se dirimen, tal vez no hubiese pasado de un cambio de golpes y algunos chapazos entre los contrincantes".

Consideraciones de la Corte

Concepto del Ministerio Público

Prescindiendo del error de técnica en la sustentación del recurso que el colaborador Fiscal le apunta con toda razón al demandante ya que, como se ha visto, invoca la violación directa de la ley por aplicación indebida, pero la sustentación se estructura sobre la violación indirecta, debido a apreciación errónea o a falta de apreciación de determinada prueba, para rechazar el cargo basta tener en cuenta que bien estudiado este capítulo de la demanda, se llega a la conclusión de que lo que el actor pretende no es otra cosa que reabrir el debate probatorio, pues a ello se encamina la argumentación que presenta, reapertura del debate que "no puede aceptarse porque como lo tiene enseñado esta Corporación ... no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate.

"Y es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969 y de 6 de octubre de 1971, entre otras), en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 580 del C. de P. P.). (A más de las citadas casaciones de 8-V/70, 24-II y 19-VIII/72, 14-VIII y 13-IX/73, 10-VII/75).

Finalmente, como lo observa el Ministerio Público, "del proceso resultan suficientemente demostrados los hechos y que de éstos aparece cómo el procesado dio muerte a dos personas y a una de ellas en estado de indefensión por las condiciones en que se hallaba en el momento de recibir la herida mortal, ocasionada por el procesado y sin

que por tanto resulten acreditadas las circunstancias atenuantes alegadas".

Por tanto este segundo cargo también debe desecharse.

Por haberse llegado a las conclusiones indicadas con relación a las causales propuestas, habrá de desecharse el recurso, como lo dispone el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 1974, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO

La declaratoria de contraevidencia del veredicto del jurado, no es del resorte del recurso de casación. Tal facultad fue otorgada al juzgador en derecho durante las instancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 19, abril 22/76.

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, pasa la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en favor del sindicado de homicidio, señor JOSE HERMELINDO AGUIRRE MEDINA, fallo fechado el veintiocho de abril de 1975.

Conoció en primera instancia el Juzgado 3º Superior de la misma ciudad.

Hechos y trámite del proceso

Acoge el Ministerio Público la relación de lo sucedido hecha en las instancias, a saber:

"Los hermanos Juan Antonio Aguirre Medina, José Hermelindo Aguirre Medina y María Helena Aguirre Medina viven en la vereda de Resguardo Maciegal de Garagoa. Entre el primero y los dos últimos antes del treinta de abril de mil novecientos setenta y dos, había surgido diferencia de distinta índole: por linderos, por paso de semovientes de un predio a otro y por el matrimonio de José Hermelindo Aguirre Medina. Estas divergencias se traducían en injurias recíprocas y agresiones hasta el punto de haber acudido a la autoridad a fin de mantener la convivencia mediante cauciones.

"Con tales antecedentes el día treinta de abril de mil novecientos setenta y dos, domingo, como a las cinco p. m. y luego de haber regresado a sus casas por haber estado en Garagoa tanto Juan Antonio Aguirre Medina como José Hermelindo Aguirre Medina y María Helena Aguirre Medina, se produjo cerca a la casa de habitación del segundo de los nombrados un incidente traducido en voces, en una pedrea de parte de Juan Antonio Aguirre Medina hacia la habitación de José Hermelindo Aguirre Medina y en dos disparos de éste con arma de fuego de fabricación casera, uno de los cuales hizo impacto en la espalda de Juan Antonio a consecuencia del cual murió instantes después y cerca del lugar en donde fuera lesionado.

"Por los anteriores hechos se indagó, durante la investigación a José Hermelindo Aguirre Medina y a María Helena Aguirre Medina" (fl. 250).

Y en cuanto al trámite del asunto, también anota el Procurador 1º Delegado en lo Penal lo siguiente:

"El Juzgado Promiscuo Municipal de Garagoa dictó el auto cabeza de proceso, dándose comienzo en tal forma a la investigación de la muerte de Juan Antonio Aguirre Medina. Recibió indagatoria al procesado y a una hermana suya, oyó en declaración juramentada a buen número de deponentes, y decretó la detención preventiva de los indagados. Posteriormente envió lo ac-

tuado a los señores Jueces Superiores de Tunja, en razón de la competencia, tocándole al 3º el conocimiento del sumario. Este Despacho ordena la ampliación a fin de traerse elementos probatorios echados de menos, comisionándose al Juez Promiscuo Municipal Instructor para tal efecto. Al estimar el juez superior que se hallaba perfeccionada la investigación, decreta su clausura, y previo concepto del señor Agente del Ministerio Público, quien solicita la revocatoria del auto dicho por cuanto era necesario practicar otra prueba antes de cerrarse la parte instructiva, se declaró la nulidad de tal providencia, ordenándose la recepción de los presupuestos de certeza pedidos.

"Cumplido esto, por segunda vez se clausura la investigación, calificándose el mérito del sumario con providencia interlocutoria, cuya parte resolutiva contiene el siguiente ordenamiento:

"1º Llámase a responder en juicio criminal por los trámites ordinarios y con la intervención del Jurado de conciencia a JOSE HERMELINDO AGUIRRE MEDINA, hijo de Juan de Jesús Aguirre y Vitalia Medina, de cuarenta y cinco años de edad para la época de los hechos, natural y vecino de Garagoa, como responsable del delito de Homicidio cometido en la persona de JUAN ANTONIO AGUIRRE MEDINA, según hechos que tuvieron ocurrencia en la tarde del treinta de abril de mil novecientos setenta y dos, vereda de Resguardo Maciegal de la jurisdicción de Garagoa.

"2º Sobreséese en forma definitiva en favor de MARIA ELENA AGUIRRE MEDINA, de condiciones civiles y personales conocidas en los autos, por razón de los cargos porque se le llamó a rendir indagatoria y relacionados con la muerte violenta de JUAN ANTONIO AGUIRRE MEDINA, según hechos que tuvieron ocurrencia en las circunstancias de lugar y de tiempo relacionadas en el punto primero de la parte resolutiva de esta providencia.

"Del delito de homicidio trata el Código Penal en su Libro II, Título XV, Capítulo Primero.

"COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. Si no fuera apelada esta providencia, consúltese el sobreseimiento definitivo con el Honorable Tribunal Superior de este Distrito".

"El Honorable Tribunal Superior al conocer de la providencia enjuiciatoria en razón del grado jurisdiccional de consulta obligado por el sobreseimiento definitivo otorgado en favor de uno de los indagados, confirmó el pliego de cargos, adicionándolo en el sentido de colocar al procesado dentro del estado especial del artículo 28 del Estatuto de los delitos y de las penas.

"Ejecutoriado el vocatorio a juicio, se practicaron algunas pruebas en el término de la causa y se resolvieron otros incidentes.

"Al Jurado de Conciencia, integrado para decidir sobre la responsabilidad del procesado, se le sometió el siguiente cuestionario, al que dio respuesta negativa, tal se lee en la transcripción.

Cuestionario

"QUE EL JUEZ TERCERO SUPERIOR DE TUNJA SOMETE A LA CONSIDERACION DEL JURADO DE CONCIENCIA QUE INTERVIENE EN LA AUDIENCIA PUBLICA PARA JUZGAR AL PROCESADO JOSE HERMELINDO AGUIRRE MEDINA POR EL DELITO DE HOMICIDIO.

"Serie primera

Cuestión única

"El procesado JOSE HERMELINDO AGUIRRE MEDINA, hijo de Juan de Jesús Aguirre y Vitalia Medina, de cuarenta y cinco años de edad por la época de los hechos, natural y vecino de Garagoa, es responsable SI o NO de haber ocasionado la muerte, con intención de matar, a su legítimo hermano Juan Antonio Aguirre Medina, y si al cometer el delito actuó en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, en hechos que tuvieron ocurrencia en la tarde del TREINTA (30) de abril de mil novecientos setenta y dos (1972), en la vereda de 'Resguardo Maciegal' de la Jurisdicción de Garagoa (Boyacá)?

"RESPUESTA: No es responsable (fl. 377).

"El Juez Superior declaró el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, ordenando la consulta de la providencia la cual fue revocada por el Tribunal ad quem, ordenando 'que por el juez del conocimiento se dicte la sentencia correspondiente en concordancia con el veredicto comentado en esta providencia', y decretó la libertad del procesado. Acatando tal disposición, el Juez Superior acogió el veredicto absolutorio, en desarrollo del cual se dictaron los fallos de 1º y 2º grado aludidos anteriormente".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Aduce el demandante dos causales de casación, así:

a) Causal primera

Expresa el actor que en la sentencia impugnada se infringió la Ley penal sustantiva, por habersen dejado de aplicar los artículos 28, 362 y 363 del Código Penal, al interpretar el juzgador ad quem erróneamente el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, pues ese precepto no le quita, anota, el poder al sentenciador de "hacer una interpretación racional y lógica de la medida de responsabilidad que puede caberle al procesado..., al analizar y coordinar los hechos probados con el veredicto del jurado", optando por acoger la veredicción, o sancionarla con la declaratoria de contraevidencia, según lo indican los artículos 565 y 567 del mismo Código Procesal.

b) Causal segunda

Afirma que la sentencia no fue proferida en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, pues al aceptar el juzgador en derecho el veredicto del jurado, por no haber dado aplicación al artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, desconoció las conclusiones del auto de vocación a juicio.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de un examen exhaustivo de los cargos que hace el demandante a la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, pide que se deseche el recurso, pues ninguna de las tachas resulta acreditada.

A las razones que trae el Ministerio Público habrá de referirse la Corte enseguida.

Considera la Corte

Como lo solicita el Procurador 1º Delegado en lo Penal, debe desecharse el recurso de casación de que se ha hecho mérito, pues no prospera ninguno de los motivos de casación propuestos por el demandante.

En efecto:

1º Causal primera

La declaratoria de contraevidencia del veredicto del Jurado no es del resorte del recurso de casación. Tal facultad fue otorgada al juzgador en derecho durante las instancias. De consiguiente, no puede la Corte, so pretexto de que se incurrió en yerro de derecho, por falta de aplicación de preceptos sustantivos de la Ley penal, entrar en examen de los elementos de juicio que, obviamente, llevarían a que se hiciese tal declaración de ser contrario a la evidencia la decisión del jurado y se ordenara la convocatoria de un nuevo tribunal de conciencia, para repetir el juzgamiento. Y es tan contrario a la técnica de la casación semejante pretensión del demandante, que de ser admitida en hipótesis tal posibilidad, lo que habría de resolverse no es precisamente lo que resulta de tal declaratoria de contraevidencia, sino la de aplicar debidamente la ley penal, pronunciándose nueva sentencia por la Corte.

Así lo entiende el Ministerio Público, el que, al ocuparse de este cargo, anota:

"Así mismo, como argumentación legal irrefutable se plantea en contra del cargo a estudio ésta: Aceptado el veredicto, bien por el Juez de la causa y respaldada tal decisión por el Honorable Tribunal Superior y en desarrollo de él, dictados los fallos de instancia, o también, cuando el veredicto es rechazado por el a quo, pero aceptado por el ad quem, y dictados los fallos, acordes al criterio de este último, precluye toda oportunidad legal para desconocer la voluntad del Juri, a no ser que se trate de veredicto contradictorio destruible en Casación (Art. 580, ordinal 3º del C. de P. P.) como también si el proceso está viciado de nulidad legal o supralegal, en debida opor-

tuidad decretadas. Esto quiere significar que la declaratoria de contraevidencia del veredicto no está comprendida dentro de las taxativas facultades otorgadas a la Honorable Corte para pronunciarse en sede casacional, pues que no se catalogó en las causales que motivan tal recurso".

2ª Causal segunda

La sentencia debe estar acorde con el veredicto del jurado, el que resuelve sobre los cargos que se hacen al enjuiciado en el auto de proceder. Si respecto de tales cargos encuentra el tribunal popular que debe absolver y declara que el enjuiciado no es responsable, es de acuerdo con esta determinación con la cual el juez en derecho debe proferir la sentencia, si no encuentra el veredicto contrario a la evidencia de los hechos. Tal decisión, naturalmente, se toma según el propio veredicto del Jurado, que es lo que ordena la ley y obviamente en desacuerdo con los cargos hechos en el auto de proceder, si la respuesta del Jurado es la de que el enjuiciado no es responsable.

Con toda razón anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal lo que pasa a transcribirse y que comparte íntegramente la Corte:

"La censura que se hace en el marco de la segunda causal invocada choca con los más elementales principios procedimentales no dejando de ser insólita por el razonamiento que la alimenta. Se queja el actor de que el ad quem no dictó fallo condenatorio con base en la acusación que al procesado se le hizo en el auto enjuiciatorio, y sí lo hizo en desarrollo del veredicto dado por el Jurí. Atrás se expuso que en los juzgamientos con intervención del jurado, que es el caso presente, la sentencia se ha de proferir de acuerdo con la veredicción del tribunal popular, por expreso mandato del artículo 519 de la Ley Procesal Penal, ya que no, como absurdamente se reclama en la demanda, sobre la acusación que el calificador del sumario hace. Aceptado el veredicto por los sentenciadores de instancia, si es absolutorio, la relación jurídico-procesal en que estaba colocado el procesado, queda resuelta por la manifiesta voluntad soberana del Jurí, cuando no se dan los eventos legales para desconocerla. De ser viable el criterio del señor demandante, se tendría que aceptar que la función del jurado de conciencia sólo operaría cuando se pronunciara de acuerdo con el contenido del vocatorio a juicio, careciendo su decisión de respeto cuando ella lo contraría, caso en el cual el juez de derecho lo desalojaría, suplantando sus funciones en forma tal que pudiera dictar sentencia en los términos como se llamó a juicio, lo cual no deja de ser insólito y carente de toda seriedad.

"La Causal 2ª de Casación, oídas las voces del 580 del Código de Procedimiento Penal tiene operancia en frente a dos circunstancias: cuando la sentencia 'no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder', o ya, si se dicta 'en desacuerdo con el veredicto del jurado'. La primera hipótesis, por norma general, es de ocurrencia cuando no interviene en el juzgamiento el tribunal popular, aunque excepcionalmente puede también presentarse con la actuación de él, así se haya reducido el ámbito en que excepcionalmente puede operarse tal evento, según lo fijó la Honorable Corte en casación de Nohora Díaz vda. de Duarte, mediante sentencia calendada en mayo 22 de 1975. La segunda hipótesis es propia del juzgamiento con intervención del Jurado, caso en el cual la sentencia debe estar de acuerdo con la veredicción, la que a su vez armoniza el fallo con el enjuiciamiento. En el caso sub examine se estableció la relación directa e inmediata que debe existir entre el vocatorio a juicio, el veredicto y el fallo, toda vez que el segundo fue aceptado por no contrariar la evidencia procesal, desarrollándose en la sentencia, realidad esta que es suficiente para desvirtuarse el cargo.

"Se debe sí observar otro error en que cae el señor demandante con la petición final formulada a la Honorable Corte, referente a que 'se reponga el procedimiento, de modo que el Jurado pueda analizar con serenidad los hechos probados en el proceso...'

"Olvidó el actor que cada una de las causales de Casación tienen un resultado propio y unas consecuencias procesales inconfundibles, sin que pueda pretender variarlas a capricho personal. Así, la petición de la demanda sólo puede obtenerse cuando se plantean las causales 3ª y 4ª sin que las mismas consecuencias puedan emanar de

las causales 1ª y 2ª, como muy claramente lo prescribe el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que dichas causales sólo dan facultad a la Honorable Corte para, casado el fallo recurrido, dictar 'el que deba reemplazarlo', lo que significaría, en el caso sub judice, una declaratoria de contraevidencia del veredicto por parte de la Honorable Corte, Sala de Casación Penal, y ya se demostró no ser motivo de casación, pues es potestad dada privativamente a los sentenciadores de instancia (Arts. 565 y 567 C. de P. P.)".

Se repite, pues, que no prosperan las causales de casación aducidas.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, a que se hizo referencia.

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

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Sólo puede alegarla la parte a quien perjudica, pero no un tercero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 19, abril 22/76.

Vistos

Se procede a decidir el recurso extraordinario de casación propuesto por el defensor del sentenciado LUIS HERNAN RUIZ MUÑOZ, contra la providencia de 7 de febrero del año pasado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga por medio de la cual, al revocar la de primera instancia de 13 de febrero de 1974 del Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa misma ciudad, que había sido absolutoria, en su lugar condenó a los procesados LUIS HERNAN RUIZ MUÑOZ y NORBERTO MORENO CONDE, a la pena principal de setenta y cinco meses y dos días de presidio, a más de las accesorias correspondientes, por el delito de peculado que fue cometido en esa ciudad, "entre los meses de mayo a noviembre del año de 1971, en bienes del hospital 'San Juan de Dios' de la misma ciudad".

Hechos

En la sentencia impugnada y, tomándolos de uno de los conceptos de su Fiscal 1º, con sujeción al caudal probatorio se han presentado así:

"De lo actuado se desprende que el Hospital San Juan de Dios de esta ciudad es dueño de la finca denominada San Nicolás, ubicada dentro de la jurisdicción municipal de Lebrija. Allí presta sus servicios, desde largos años atrás, el señor José Antonio Martínez Domínguez, quien, en su condición de mayordomo, era el encargado de recolectar y vender los productos de la finca, consistentes en piña y yuca, bien entendido que de todo ello rendía cuentas periódicamente a la administración del hospital, en donde, además, debía consignar lo correspondiente a la tercera parte que en tales productos le pertenecía a dicha institución de beneficencia. Ocurrió que por razones que son del dominio público, la sindicatura del hospital vino a parar a manos de Luis Hernán Ruiz Muñoz, quien a principios de mayo de 1971, impartió las órdenes del caso, para que en lo sucesivo le fueran entregados semanalmente a su amigo personal Norberto Moreno Conde las partes que al hospital le correspondían en los productos de la mencionada finca. Los fines que el Síndico-Tesorero perseguía con este nuevo sistema de recaudo de los fondos de la Institución, son obviamente presumibles, si en la cuenta se tiene que Moreno Conde no fue sometido a ninguna formalidad tendiente a garantizar el correcto manejo de los cuantiosos bienes que iba a recibir periódicamente del mayordomo de la finca; tampoco se dejó una simple constancia escrita sobre sus obligaciones; pero ni siquiera se acordó un precio básico para los productos; ni menos aún se estipuló un sistema de control; sino que el extraño contrato verbal celebrado entre los dos amigos se redujo a que Moreno Conde recibiría los cargamentos de pia (sic) y de yuca en la finca para que él los vendiera y luego le pagara su cuota al Hospital, 'al pre-

cio corriente de la plaza'. Los desastrosos resultados de tan insólita administración de los fondos del Hospital, no se hicieron esperar, pues bien pronto empezó a advertirse que los recaudos por tal concepto, no llegaban ni siquiera al cincuenta por ciento (50%) de los correspondientes al año inmediatamente anterior, siendo así que los precios en el mercado no habían decaído, sino que, antes bien, habían tenido un alza considerable. Noticiada la Contraloría General de la República del caso, dispuso el envío de un Visitador, que no tardó en descubrir que el Hospital San Juan de Dios venía siendo defraudado en sus intereses, merced a la increíble audacia del Síndico-Tesorero Ruiz Muñoz y su compinche Moreno Conde, a cuyo cargo se dedujo un alcance superior a veintiséis mil pesos ($ 26.000.00)". (Cuaderno Nº 1, fls. 235 y ss., Cuaderno Nº 2, fls. 8 ss.).

Actuación procesal

José Luis Sepúlveda Pabón, en su carácter de Visitador Fiscal de la Contraloría General de la República, ante el Juez Penal del Circuito de la ciudad de Bucaramanga, elevó denuncia penal con relación a los posibles ilícitos que hubieran podido presentarse en torno a la administración de la hacienda de "San Nicolás", perteneciente al Hospital de San Juan de Dios, de la ciudad antes indicada y a cuyo conocimiento vino en virtud de Visita Fiscal practicada a la Sindicatura del mencionado centro hospitalario (fls. 26 ss.). Verificada la ratificación bajo juramento (fl. 29), el Juzgado 4º de Instrucción Criminal el 4 de febrero de 1972 dictó auto cabeza de proceso (fl. 30). Se practicaron numerosas pruebas: dentro de éstas se encuentran la declaración de Luis Hernán Ruiz Muñoz (fls. 48 ss.) y su ampliación (fls. 65 ss.) y la indagatoria de Norberto Moreno Conde (fls. 156 ss.). El Juzgado Instructor, por auto de 8 de julio del año últimamente indicado, decretó "la detención preventiva de los sindicados LUIS HERNAN RUIZ MUÑOZ, declarado reo ausente para la indagatoria y NORBERTO MORENO CONDE, de filiación conocida en autos, en la Cárcel Modelo de la ciudad, por el delito de PECULADO", habiéndose acreditado que el primero de ellos "desempeñaba el cargo de Síndico-Tesorero de la Beneficencia Municipal del Hospital 'San Juan de Dios' de la localidad" (fls. 166 ss.). Subieron las diligencias al Tribunal Respectivo en virtud de apelación interpuesta por el sindicado Moreno Conde (fls. 173 vto. ss.) y esta Corporación, de acuerdo con su Fiscal 1º (fls. 235 ss.), confirmó la medida de detención precautelativa (fls. 232 ss.). Se declaró cerrada la investigación (fl. 217) y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga, por auto de 31 de enero de 1973, abrió "CAUSA CRIMINAL, de tramitación ordinaria, contra LUIS HERNAN RUIZ MUÑOZ ...; y contra NORBERTO MORENO CONDE, como responsables del delito de PECULADO en bienes de propiedad del Hospital de 'San Juan de Dios' de Bucaramanga, cometido en esta ciudad entre los meses de mayo a noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971). El delito en referencia está comprendido en el Libro Segundo, Título III, Capítulo I del Código Penal y Decreto número 1858 de 1951" (fls. 219 ss.).

Debe advertirse que Moreno Conde fue enjuiciado como cómplice necesario, "cuya conducta queda ubicada y definida en el artículo 19 del Código Penal". Este procesado apeló de la determinación (fls. 224 ss.). Con las formalidades de ley Ruiz Muñoz fue declarado reo ausente y se le designó defensor de oficio (fls. 226 ss.). Los defensores también apelaron del auto enjuiciatorio. El Tribunal confirmó en todas sus partes la providencia recurrida (fls. 259 ss.). Abierto el juicio a pruebas, se decretaron las solicitadas por el procesado Moreno Conde. Se efectuó la audiencia de rigor y luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia relacionadas en los Vistos de la presente, habiéndose interpuesto contra la segunda de aquéllas el recurso extraordinario de casación del cual se ocupa esta Sala.

La demanda

El censor formula contra la sentencia impugnada dos cargos al amparo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y otros dos bajo la sombra de la causal primera de la misma disposición.

Causal cuarta

Primer cargo

La sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, porque hubo falta de observación de las formas propias de aquél, previstas en el artículo 26 de la Constitución.

En orden a demostrarlo, argumenta:

"Las situaciones fácticas y jurídicas" de los dos enjuiciados están estrechamente entrelazadas y el proceso fue levantado "en un idéntico plan de imputaciones" contra ellos. De ahí que para los dos los hechos fueron calificados como peculado. Entonces, "si se demuestra que fueron desconocidas las garantías que consagra la Constitución, de naturaleza procesal, para uno de los dos enjuiciados, ambos resultaban víctimas de tal arbitrariedad" y, en su criterio ello fue lo que ocurrió en el caso sub examine.

Dentro de este terreno entra a formular una serie de largas consideraciones con relación a la situación probatoria que se presentó con relación al acusado Moreno Conde, para concluir, por una parte, "que la señora juez del Circuito le negó abiertamente a Moreno su derecho de defensa", para de allí pasar a manifestar que este primer cargo "es un caso excepcional, en el sentido de que la circunstancia de habérsele negado al condenado no recurrente —(se aclara: en casación)— el ejercicio de su defensa, de contera, por esa circunstancia, la violación de ese derecho supremo de garantías procesales afectó definitivamente la situación fáctica y jurídica de Luis Hernán Ruiz". Finaliza este cargo manifestando que el no cumplimiento de los artículos 116 y 335 del Código de Procedimiento Penal en cuanto se refiere a Moreno, también corre parejas en lo relacionado con Ruiz, por ser "tan estrecho el entrelazamiento de pruebas imputadoras contra los dos procesados". De donde concluye que la violación de las garantías constitucionales con respecto a Moreno, deben aplicarse también con relación a Ruiz.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, conceptúa que como las pruebas aludidas en este cargo no fueron solicitadas por el procesado Ruiz ni por su defensor, no puede aceptarse "que las resoluciones adoptadas respecto a tales peticiones, influyan y deban considerarse como suficientes o con incidencia bastante para afectar su derecho de defensa —(el de Ruiz)—, pues no tenían relación directa con él, ya que de otra forma debe insistirse en que se habrían presentado tales peticiones a su nombre". Luego se extiende en otra serie de consideraciones para rebatir el cargo propuesto, de lo cual concluye que este cargo no debe prosperar.

Consideraciones de la Corte

En ocasiones anteriores esta Corporación ha sostenido: "Dentro del proceso penal toda nulidad encuentra su fundamento en la Constitución o en la ley. Mas en cuanto hace relación al motivo que en aquél le da vida, éste puede obedecer a condiciones inherentes a una de las partes que actúan dentro de un proceso, es decir, a causas personales, por ejemplo, si se juzga, junto con otros sindicados mayores de 16 años, a un menor de esa edad, siguiendo el procedimiento consagrado para los primeros: o, puede obedecer aquel motivo de nulidad a un vicio propio de la actuación procesal independiente de toda consideración individual, valga por caso el proferir un auto de calificación del sumario cuando se ha omitido el cierre de investigación, privándose así a las partes del término que tienen para presentar sus alegatos, y, otro ejemplo: cuando se ha dictado sentencia sin el previo auto de llamamiento a juicio. Es claro que en el primer caso, aún figurando en el expediente varios procesados, cuando la nulidad se estructura sobre una circunstancia eminentemente personal, su declaratoria sólo puede producir efectos con relación al procesado a quien acompaña tal circunstancia, porque los otros son extraños o ajenos a aquel motivo. No ocurre lo propio en el segundo caso. Porque cuando se decreta dentro de un proceso una nulidad en atención a un vicio que lo afecta en todas sus consecuencias, que le quita vida y existencia jurídica de manera total e íntegra a partir de la actuación viciada correspondiente, ese motivo de nulidad es común a todos los procesados y, entonces, mal podría sostenerse que en estas condiciones de inexisten-

cia del proceso, en la forma indicada, éste pueda conservar vigencia para alguna o algunas de las partes vinculadas en igualdad de condiciones, pues ello pondría de manifiesto una evidente inconsecuencia y una clara injusticia".

En el caso que ahora ocupa a la Sala no puede perderse de vista que el cargo en estudio se ha levantado sobre argumentaciones tendientes a demostrar que con relación al sentenciado no recurrente, Norberto Moreno Conde, se faltó a la observación de las formas propias del juicio; para deducir que como los dos enjuiciados se encuentran en un idéntico plan de imputaciones, la misma conclusión debe adoptarse respecto a Ruiz Muñoz.

Mas ocurre que, de haberse llegado a demostrar la falla con relación al procesado no recurrente en casación, es claro que ello no sería comunicable a Ruiz, pues se trataría de aspectos particulares relacionados con la defensa de éste y no de un vicio que afecte el proceso en todas, sus consecuencias, que le venga a quitar vida y existencia jurídica de materia total e íntegra, a partir de la actuación viciada correspondiente. Si contra Moreno se presentó la violación de su derecho de defensa garantizado por la Constitución, es a él y a nadie más a quien corresponde reclamar por la injusticia de la cual se le habría hecho víctima.

En consecuencia, este cargo no prospera.

Segundo cargo

La sentencia se dictó en un juicio viciado por la nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, "por cuanto en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", ya que en la calificación ha debido ponerse de presente la existencia de dos delitos: abuso de confianza para Moreno Conde y abuso de autoridad para Ruiz y no el de peculado para los dos.

En orden a sustentar el cargo razona: Las relaciones contractuales entre las partes tienen la denominación que la ley señala. Ruiz y Moreno calificaron de "'venta' la negociación que pactaron en torno de la piña y la yuca que produce la finca San Nicolás". El Tribunal no calificó esa relación. Ese no podía ser contrato de venta, puesto que se convino en la cosa pero no en el precio, que en ese momento era desconocido. Luego se trataba de un contrato de consignación: "El mayordomo Martínez entregaba los frutos a Moreno Conde, por orden de Hernán Ruiz, para que fueran vendidos y con la obligación de entregar el precio a la casa de salud de San Juan de Dios". Luego si Moreno no devolvió la totalidad del precio, se está frente a un abuso de confianza por parte suya: Moreno vendió los productos, recibió el precio y se abstuvo de entregarlo en su totalidad. Por tanto ese comportamiento no puede imputársele a Ruiz. Dice que en la sentencia se montó la tesis del concierto criminoso "para calificar de peculado los hechos y colgarle a Hernán Ruiz la autoría de ese delito y a Norberto Moreno la complicidad necesaria". Pero ese concierto criminoso no se puede presumir y el Tribunal "tuvo en cuenta exclusivamente elementos objetivos, sin penetrar en el elemento subjetivo", siendo que para la existencia del delito se requiere la concurrencia de esos dos elementos. La sentencia dice que el Síndico desobedeció el Reglamento, al designar personal privado para la venta de los productos de la finca "San Nicolás". Lo que ocurre es que no aparece la atribución, pero ello no le está prohibido. Manifiesta que cuando se hace alusión a que al mayordomo de la finca, el hospital le pagaba por recibir y vender los productos, esta afirmación se produjo "un año más tarde de ocurridos los hechos" materia del proceso y, agrega que para la época de éstos cada uno de los cultivadores y cosechadores entregaba al hospital la tercera parte del producido. Luego en la sentencia se exageró, "calificándolas de graves, las irregularidades en que pudo haber incurrido Hernán Ruiz". De donde se deduce que se incurrió en "doble error respecto de la denominación jurídica de la infracción. El primer grave error, por haberse calificado como un solo delito, hechos que constituyen dos ilícitos penales, con sus acciones propias, sus dos sujetos activos, objetos jurídicos materiales independientes, etc.; y el segundo grave error, consistió en haber dado calificación a uno de esos delitos, el delito de abuso de confianza, denominación jurídica distinta, la de peculado". Luego se incurrió en la causal de nulidad invocada (C. P. P., Art. 210, 5º).

Consideraciones de la Corte y respuesta del Ministerio Público

El síndico Ruiz no estaba autorizado para permitir la intervención de terceros, con perjuicio de la economía del hospital o la beneficencia. Su obligación estribaba, precisamente, en velar por su mejor recaudo y manejo. Luego no podía confiarle arbitrariamente y sin control alguno, ni fianza que garantizara el buen manejo, a Moreno Conde ni a ninguna otra persona, la misión de recibir los bienes de que se ha tratado, de venderlos y de entregar lo que a bien tuviera.

Además, con relación a lo anterior, debe tenerse en cuenta el siguiente aspecto, al cual también alude el demandante: Con fecha 5 de julio de 1972 el Asistente Administrativo del Hospital "San Juan de Dios" manifiesta que esa entidad "paga una asignación mensual al mayordomo de dicha finca, quien es el encargado de recibir y vender los productos pertenecientes a la Institución, y rinde cuenta de ello a la Sindicatura" (fl. 164). El censor manifiesta que esto se refiere a una fecha posterior a aquélla en que ocurrieron los hechos. Mas lo cierto es que en el Acta Fiscal, cúyas conclusiones dieron origen a esta investigación, fue el propio Luis Hernán Ruiz Muñoz quien dejó espontáneamente la siguiente explicación: "El motivo para venderle al señor Norberto Moreno Conde la parte de los productos consistentes en piña y yuca que le correspondieran al hospital, se debió al hecho de que el señor administrador, don José Antonio Martínez me manifestó personalmente que él no se hacía cargo de esa venta con ese sueldo: como está sucediendo en la actualidad que pasó una carta a la junta, exponiendo las mismas razones. En vista de esta manifestación se dispuso venderle al señor Moreno Conde los productos al precio corriente de la plaza y esa la razón de que el señor administrador de la finca le mandara la piña y el señor Moreno la vendía y entregaba cuentas a la caja del hospital una vez el señor Martínez me mandaba la cantidad de piña enviada en el mes" (fl. 24).

En realidad a través de todo el expediente, no se ve sobre qué fundamentos de hecho pueda sacar el censor el razonamiento sobre el cual estructura este cargo. Los elementos propios del delito de peculado, por el cual fue sentenciado el ex-Síndico, están plenamente acreditados: Es así como consta su calidad de empleado público (fls. 98, 194, 99), la apropiación de bienes pertenecientes a una entidad de beneficencia, los cuales, por razón de sus funciones, estaba obligado a recaudar, guardar y administrar porque así lo determinaban los reglamentos (fls. 99 ss.). Y, además, el cómplice necesario Moreno Conde, sabía muy bien que los productos de la hacienda y el dinero por ellos conseguido, pertenecían a la beneficencia, así como tampoco ignoraba la calidad de Síndico de esta Institución, en cabeza de Hernando Ruiz. De ahí que con toda razón diga el Ministerio Público colaborador: "Tampoco puede diferenciarse o separarse la conducta de los procesados, para calificarla en un caso como abuso de confianza y respecto al otro como abuso de autoridad; porque como se desprende del proceso, se ha considerado demostrado que actuaron en forma acorde, para lograr con el auxilio necesario de Moreno Conde la apropiación de los dineros respectivos, configurándose así el peculado, como ya se dijo; se trata de una sola actuación dirigida a este fin; y así no puede hablarse de abuso de confianza, por las razones ya anotadas, ni de abuso de autoridad simplemente por parte del Síndico, porque precisamente su actitud, que debe entenderse dolosa, permitió la distracción de dineros públicos y no puede alegarse que hubo solo exceso en el ejercicio de las funciones, sino que éste se dirigió al fin indicado, para configurar la infracción referida".

En consecuencia este cargo tampoco puede prosperar.

Causal primera

Primer cargo

"Hubo violación indirecta de la Ley sustancial, consistente en error esencial de derecho por interpretación falsa de la prueba, ya que se le otorgó —(se aclara: al Acta de Visita Fiscal)— un valor que la ley no le asigna; consistente en que la estimó como plena prueba al tenor del artículo 261, cuando en realidad se trata de una prueba incompleta, según el inciso segundo del mismo precepto".

Argumenta: En la sentencia impugnada se prescindió de darle calificación probatoria a cada uno de los hechos que fueron establecidos como ciertos. Pero al final de aquélla "aparece la manifestación de que todas las pruebas relacionadas constituyen la plena prueba exigida para condenar", según el 215 del Procedimiento Penal. Sin saberse si cada una tiene el valor de plena prueba o si es el conjunto de ellas. Agrega: El Acta de Visita Fiscal, como documento público, tiene la jerarquía de plena prueba; pero las declaraciones contenidas en ella, deben apreciarse conforme a la técnica de la prueba y allí se manifiesta que "el movimiento contrable (sic) se elabora a partir del cinco de mayo hasta el diez de diciembre de mil novecientos setenta y uno con base en los datos suministrados por el señor José Antonio Martínez, quien desempeña el cargo de mayordomo de la hacienda 'San Nicolás' ". El Visitador no examinó libros de contabilidad, sino que se atuvo a esos datos, luego el alcance de la Visita no va más allá del de simple testimonio y éste "no es acto (sic) para determinar un alcance fiscal, pues falta la técnica especial de conformidad con los principios de la contabilidad oficial.

No se tuvieron en cuenta datos importantes como los siguientes: Moreno sostuvo que la yuca y la piña eran de la peor calidad e impetró a la justicia que se aclarara este punto; solicitó que se establecieran los montos de esos productos recogidos en años anteriores, para establecer el descenso fraudulento en los meses en que fueron vendidos por Moreno. Esto no se realizó. A falta de libros de contabilidad, el Visitador ha debido establecer esos datos por medio de fuentes fidedignas. Si se hubiera accedido a la práctica de pruebas solicitadas por Moreno, "se habría hecho mucha claridad sobre esto y otros aspectos de la realidad de los sucesos". Lo anterior resta valor probatorio a los resultados de la Visita: el mayordomo "había podido escribir unos valores mayores o menores, según su antojo". La Ley comercial señala exigencias "respecto de los libros de contabilidad para que los asientos produzcan valor probatorio". No puede aceptarse que unas hojas sueltas "vengan a establecer la prueba de un alcance, como quien dice de un aspecto objetivo, integrador del cuerpo del delito de peculado".

Luego hubo "violación indirecta de la Ley sustancial consistente en error esencial de derecho, ya que la ley, inciso 2º del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, en vez de estimar como plena prueba del acta de visita a que me vengo refiriendo, le asigna en cuanto a las declaraciones hechas por las partes, en este caso los datos dados por el mayordomo Martínez, simplemente el valor de una prueba incompleta, susceptible, como lo he hecho someramente, de desvanecer su valor probatorio". Ese error esencial incidió en que en la sentencia se vulnerara el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, pues se dio por establecido el cuerpo del delito de peculado, no siendo ello así.

Consideraciones de la Corte y respuesta del Ministerio Público

Prescindiendo de anotar que, en algunos apartes de la fundamentación de este cargo, pretende que se tengan en cuenta factores atañaderos al otro sentenciado, no recurrente en casación, ha de observarse:

En el desarrollo de este cargo da a entender el censor que la sentencia impugnada, tomó como base para ser condenatoria, el Acta de Visita Fiscal en cuya crítica se detiene y manifiesta que se "la estimó como plena prueba al tenor del artículo 261, cuando en realidad se trata de una prueba incompleta según el inciso segundo del mismo precepto".

Al cargo debe replicarse de manera clara que no fueron únicamente las autorizadas manifestaciones del administrador Martínez las que sirvieron al sentenciador de segunda instancia para pronunciarse en la forma en que lo hizo, sino que, en su fallo tuvo en cuenta numerosas pruebas que en él precisa, con el objeto de llegar a la conclusión a la cual llegó. Y, es después de enunciarlas, de extractarlas y de formular las consideraciones pertinentes en torno a cada una de ellas, cuando concluye el *ad quem*: "Cuenta entonces la investigación comprendida en el expediente, con exámenes de contabilidad y del movimiento de Caja, examen del archivo y otras pesquisas, como también con las numerosas probanzas que integran el proceso, probanzas cuyo

conjunto íntegramente estudiado conduce, no a afirmaciones relativas a la deficiencia o ineficacia de las pruebas reunidas, sino a la forzosa consecuencia de que obra en el proceso un conjunto probatorio que establece la perpetración del delito de peculado, y señala también a los responsables de dicho acto criminoso".

De ahí que con toda razón concluyo el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal su estudio de este cargo, de la siguiente manera: "no resulta demostrado el desconocimiento de la norma citada por el recurrente y el error en que se incurriera por el fallador por el motivo indicado; ni consecuentemente la violación indirecta de la Ley sustancial".

Por tanto el cargo estudiado no puede prosperar.

Segundo cargo

Lo enuncia así: "Acuso la sentencia condenatoria... por violación indirecta de la Ley sustancial debida a error esencial de hecho, por apreciación falsa de la prueba, referente a un aspecto calificativo del delito porque fue condenado Hernán Ruiz Muñoz.

Lo sustenta de la siguiente manera: Se dio por sentado que los productos sobre los cuales versó el proceso pertenecían a un establecimiento de beneficencia, "no existiendo al respecto prueba que así lo demuestre": No hay documento que acredite que el Hospital de San Juan de Dios pertenezca a la beneficencia del municipio de Bucaramanga. Tampoco se demostró "la relación jurídica que exista entre la hacienda de Lebrija y el Hospital de Bucaramanga". El delito de peculado exige que "el sujeto activo debe ser empleado público, y el objeto material debe ser un bien del Estado". Todo ello se dio por sentado sin traer la prueba; se aceptó que no existe la prueba legal y erróneamente se la creyó reemplazada por simples referencias procesales. De no haberse cometido ese error, se hubiera absuelto a Ruiz Muñoz. "Por tanto se le dio valor de plena a una prueba inexistente, para estimar, de acuerdo con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal plenamente (sic) demostrada la infracción, esto es, el delito de peculado de que trata el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951".

Consideraciones de la Corte y concepto del Ministerio Público

Cabe advertir aquí que ciertamente, como lo afirma el actor, al expediente no fue aportada la prueba legal sobre la propiedad del inmueble en cabeza del hospital y cuyos frutos fueron tomados, en parte, por los procesados en su provecho. Pero está plenamente establecido que Ruiz Muñoz era el Síndico Tesorero, que éste sabía a quién pertenecían los productos de aquel campo y que valiéndose de las funciones inherentes a su empleo, en cooperación con Moreno Conde, se aprovechó de ellos en forma indebida. Y, en realidad y en el fondo, esto fue lo que el sentenciador de instancia tuvo como demostrado con prueba suficiente para deducir a cargo de los acusados responsabilidad por los hechos que les imputa, cuya prueba no ha sido demeritada en forma alguna por el recurrente. De ahí que el Ministerio Público diga: "Debe además observarse que en momento alguno se desconoció por el procesado Ruiz Muñoz, en sus declaraciones, que el hospital no correspondiera a la beneficencia municipal o al municipio de Bucaramanga, como tampoco que a aquella entidad pertenecieran los productos del predio en tal calidad; como lo anotó el juez del conocimiento, se practicó visita fiscal, sin ninguna objeción en cuanto a su procedencia, por tratarse de bienes del Estado y en atención a las irregularidades advertidas por los funcionarios directivos; los productos dichos se entregaron a la entidad, como resulta de las declaraciones de los aparceros, en reconocimiento del derecho del hospital, sin que tampoco esto se discutiera por las partes".

En consecuencia este cargo tampoco puede prosperar.

Y, por cuanto ninguno de los formulados tuvo éxito, la Corporación dará aplicación al artículo 583 del Estatuto Procesal Penal.

Decisión

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de febrero

del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SENTENCIA EN LOS JUICIOS CON JURADO

La sentencia en los juicios con jurado no se funda en las pruebas del proceso, sino en el veredicto del jurado y su contraevidencia no está erigida en causal de casación

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril veintinueve (29) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 20.

Vistos

En sentencia de siete de abril de mil novecientos setenta y cinco, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a Jesús Alberto Gualcal, a Raúl Pantoja y a Gilberto Medardo Hernández a sufrir cada uno la pena principal de dieciséis años de presidio y las accesorias correspondientes, como responsables en concurso recíproco del delito de homicidio en la persona del menor Raúl Quelal, de lesiones personales en Mesías Nazate y de robo en bienes de propiedad de este último, hechos ocurridos en la noche del 29 de septiembre de 1970, en la casa del nombrado Nazate, en el sitio denominado "Tuquer", corregimiento de Mayasquer, jurisdicción del municipio de Cumbal (Nariño).

Contra dicha sentencia de segunda instancia interpusieron los procesados recurso de casación, recurso que se concedió debidamente y que mediante auto de esta Corporación de 5 de junio de 1975 se reconoció admisible.

Las correspondientes demandas de casación se declararon ajustadas a las exigencias legales, con excepción de la presentada a nombre de Gilberto Medardo Hernández, que, por lo extemporánea, dio lugar a que se declarara desierto el recurso en lo que concierne a este procesado. De suerte que cumple estudiar únicamente la situación jurídica de los condenados, Jesús Alberto Gualcal y Raúl Pantoja, cumplidas como se hallan las formalidades de rigor.

Los hechos

Bien sintetizados fueron por el Tribunal en la siguiente forma:

"El día 29 de septiembre del año de 1970, en un paraje rural del corregimiento Mayasquer, jurisdicción municipal de Cumbal, aproximadamente a las ocho de la noche, tres sujetos penetraron a la casa de habitación de Mesías Nazate, de 60 años de edad, cuando éste y el menor Raúl Quelal que lo acompañaba, se entregaban al sueño. Dichos sujetos maniataron y amordazaron a Nazate y luego de una requisa de la casa en busca de dinero, lo colgaron de un tirante de la habitación, y se apoderaron de algunos bienes y de una reducida suma de dinero. En seguida, le exigieron que los llevara e indicara dónde escondía su dinero, para lo cual le soltaron las amarras de los pies y de la boca y lo bajaron del tirante, colgando en su lugar al menor Raúl Quelal, debidamente maniatado y amordazado para evitar que pidiera auxilio al vecindario. Ya en campo, aproximadamente a media

cuadra de la casa, los asaltantes oyeron llorar desesperadamente a Quelal, y entonces uno de ellos ordenó al otro que regresara a la casa y le diera muerte. Luego siguieron los tres maleantes con Nazate en busca del escondite del dinero y el anciano los llevó a un lugar cercano a casas habitadas y simuladamente les indicó un sitio para que excavaran, y al ruido realizado para este fin, ladró un perro, a lo cual se acobardaron y huyeron, y Nazate dio gritos de auxilio. Acudió Adonías Nazate y encontró a Mesías atado las manos con cabestros, le soltó las ligaduras, y se dirigieron a la casa asaltada donde constataron que el menor Raúl Quelal estaba muerto, y su cadáver pendía del tirante con las amarras y la mordaza".

Actuación procesal

En auto de 3 de abril de 1973, el Juzgado Tercero Superior de Pasto, calificó el mérito del sumario llamando a juicio a los sindicados por los delitos de homicidio, lesiones personales y robo, el primero agotado en Raúl Quelal, las heridas en Mesías Nazate y el robo en bienes de propiedad de este último. Contra esta providencia no se interpuso recurso alguno.

En relación con cada uno de los encausados fueron sometidas a la consideración del jurado tres cuestiones, que fueron contestadas por unanimidad afirmativamente, a saber:

Cuestión primera:

"... es responsable, si o no en su calidad de coautor de la muerte del menor RAUL QUELAL, a quien colgaron de un tirante y amordazaron con una sobrecama y una cobija de lana, habiendo fallecido por 'ASFIXIA POR SOFOCACION', se trata de un homicidio de carácter agravado por hechos sucedidos el 29 de septiembre de 1970 en la casa de Mesías Nazate situada en Tiuquer —Sección Mayasquer— perteneciente al municipio de Cumbal".

Cuestión segunda:

"... es responsable, si o no en su calidad de coautor del delito de lesiones personales cometidas en la persona de Mesías Nazate, a quien le causaron una herida de 1 cmt. de largo por medio centímetro de ancho, con arma corto-punzante, sufriendo cinco días de incapacidad definitiva sin consecuencias por hechos sucedidos el 29 de septiembre de 1970 en la casa de Mesías Nazate situada en Tiuquer —Sección Mayasquer—, perteneciente al Municipio de Cumbal".

Cuestión tercera:

"... es responsable, si o no del delito de robo cometido en la casa de Mesías Nazate a quien le sustrajeron un radio transistor marca 'Sharp' de dos bandas, nueve cajas de fósforos, un cabo de vela, una máscara de color negro, rojo y blanco, un frasco plástico con pólvora, dos destornilladores, un cuchillo y una linterna de su propiedad por hechos sucedidos el 29 de septiembre de 1970 en la casa de Mesías Nazate, situada en Tiuquer —Sección Mayasquer— perteneciente al Municipio de Cumbal".

Las demandas

Muy acertadamente y con mucha exactitud y fidelidad el Procurador Tercero Delegado en lo Penal condensa las demandas presentadas en nombre de Jesús Alberto Guaical y de Raúl Pantoja, así:

"En las demandas dichas, se hace relación de los hechos del trámite del proceso y las sentencias dictadas y se solicita se case parcialmente la sentencia para que se rebaje la pena a los procesados, de conformidad con el cargo formulado, el cual se apoya en la causal primera —por violación de la ley— de las contempladas por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal; como se observa que la acusación es la misma en ambas demandas, procede su examen conjunto.

Causal primera

Violación de la ley por error de apreciación probatoria.

"Consiste el cargo en que como no se estableció en el proceso quién ejecutó cada infracción y los procesados fueron enjuiciados y condenados como coautores, se violó el artículo 385 del Código Penal en relación con la complicidad correlativa por los delitos de homicidio y lesiones, norma aplicable en el caso referido.

"Para fundamentar el cargo el demandante, después de hacer referencia a la cau-

sal primera y al artículo 385 del Código Penal citado, afirma que la sentencia se dictó con desconocimiento de esta última norma, transcribe lo que expresa la sentencia en cuanto a la aceptación del veredicto, por estar de acuerdo con los hechos demostrados en cuanto reconoce la responsabilidad de los procesados como coautores de los mismos.

"Anota la demanda que '...sobre la imputación de los hechos investigados a los procesados no se estableció quién ejecutó cada infracción por las que se les acusó, por lo cual el Honorable Tribunal sostuvo la responsabilidad de los mismos en calidad de coautores...'; '...así las cosas, viola la Ley sustancial en la hipótesis de la Exclusium evidente, al haber considerado responsables a los procesados como coautores en los delitos de homicidio y lesiones personales, omitiendo en la punibilidad la rebaja de la sanción, de una sexta parte a la mitad; disminución establecida en el artículo 385 del Código Penal para las cifraciones (sic) de homicidio y lesiones personales que son las que se les acusaron a los procesados'; así, el Tribunal no tuvo en cuenta la reducción prevista por dicha norma, favorable a los procesados, se incurrió en violación de la misma y por tanto, solicita se case la sentencia para rebajar la pena impuesta, en la decisión de la Honorable Corte".

Concepto del Procurador

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de hacer un recuento de los hechos y de la actuación procesal y de analizar a espacio la impugnación, concluye que el cargo "no puede prosperar" y, por tanto, se debe desechar el recurso y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Se considera

Cierto es, como observa el Procurador, que el demandante no puntualiza si invoca la causal primera por violación directa o por violación indirecta de la Ley sustancial; pero se infiere que alude a esta última transgresión, porque "desconoce lo afirmado en la sentencia y que se ha considerado demostrado por el fallador, esto es, que los procesados fueron coautores de los delitos por los cuales se les condenó, lo cual conduce a afirmar la violación indirecta. Expresa efectivamente que no estableció 'quién ejecutó cada infracción', y esto implica desconocer la coautoría de los procesados, en los delitos por los cuales fueron enjuiciados y condenados".

En primer término, cumple anotar que como la violación indirecta de la Ley sustancial "proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba", y en los juicios en que intervienen los jueces de hecho corresponde a éstos la evaluación definitiva de las pruebas, según el grado de convicción moral que en su conciencia comporten, no cabe alegar en tales juicios dicho motivo de impugnación.

Proferido el veredicto, a los jueces de derecho no les atañe sino la tarea refleja de su confrontación con los elementos de prueba que pudieran sustentarlo y explicarlo racionalmente, ora para aceptarlo o bien para rechazarlo como contraevidente. Adquiere la categoría de plena prueba del hecho incriminado; no solo en relación con sus elementos materiales, sino con la responsabilidad del acusado, bien para absolverlo o para condenarlo en la medida que ese veredicto lo consienta.

La sentencia en estos juicios no se funda en las pruebas del proceso sino en el veredicto del jurado y su contraevidencia no está erigida en causal de casación.

No es por eso posible, como lo apunta el Procurador recordando reiterada jurisprudencia de la Corte, invocar en ellos la causal primera de casación por error de derecho o de hecho en la estimación del acervo probatorio, "ya que por expresa disposición legal su apreciación corresponde al tribunal de conciencia y cuya determinación sólo puede desconocerse cuando en las instancias se rehace el veredicto. De otra manera, la decisión que correspondería a la Corte Suprema en el recurso de casación, sería el desconocimiento de la decisión del jurado y para el cual no está autorizada por el legislador".

Por otra parte, el recurrente no indica las normas procesales conculcadas o desconocidas, ni intenta demostración alguna sobre el particular, lo que da lugar a que su impugnación sea una proposición juri-

dica incompleta, "fallas que impedirían examinar el cargo, dadas las deficiencias anotadas".

Finalmente, la calificación de la complicidad correlativa —que consagra el artículo 385 del Código Penal, disposición esta violada por el Tribunal según el demandante—, por su contenido y carácter, es privativa del Jurado y no de los jueces de derecho, a los cuales sólo compete la de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (G. J., sentencia de 27 de febrero de 1957, LXXXIV, pág. 148).

Si, pues, el Jurado consideró a los procesados como verdaderos codelincuentes que prepararon y ejecutaron los delitos en concurso recíproco, mediante unidad de acción y de designio que los convierte en coautores y los hace merecedores de que se les sancione con una misma disposición penal, el Tribunal no podía aplicar el artículo 385 del Código Penal, pues ello habría conducido a fallar contra la decisión de los jueces populares que no reconocieron tal modalidad, esto es, a transgredir el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, que establuye que la sentencia se dictará en consonancia con el veredicto que el jurado dicte respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate.

Por consiguiente, el cargo no prospera y debe desecharse el recurso, conforme al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de abril de 1975 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y a que se refiere expresamente la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Las causales de impedimento no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo seis (6) de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta Nº 21 de 1976.

Vistos

Entra la Corte a rendir el concepto que solicita el Ministerio de Justicia, sobre cambio de radicación del proceso penal que se adelanta ante el Juzgado 6º Superior de Tunja contra SANTOS RODRIGUEZ, por homicidio.

De acuerdo con la certificación del juzgado aludido, el negocio, para el 29 de marzo último, había sido resuelto con sentencia condenatoria y estaba notificándose dicho fallo.

El apoderado de Santos Rodríguez alega que los hechos se originaron en divergencias de orden partidista, pues el occiso, Reinal Olarte o Castro, pertenecía al partido conservador y el acusado al partido liberal; que "por rara coincidencia, tanto el instructor, como el juez del conocimiento y el magistrado sustanciador, resultaron ser de la misma filiación política del occiso", y que "curiosamente, el magistrado —con la solidaridad de sus colegas de Sala— acogió la calificación que estaba montada sobre una notoria parcialidad, como que tuvo como testigos de cargo a quienes en el mismo incidente se reconocieron como parte interesada e igualmente adversarios políticos del sindicado, a la vez que ignoró por completo los testimonios sobre conducta, así como los que desvirtúan a los testigos de cargo". Por lo anterior, concluye, es por lo que "frente a estos antecedentes tengo sobrada razón para dudar de la rectitud con que obraría el mismo magistrado y la misma sala, si formulo ante ellos la solicitud de revocatoria del veredicto proferido por el jurado, en virtud del cual, acogiendo la calificación dada por el juez superior, se declaró a mi defendido autor de homicidio intencional, no obstante estar acreditado dentro del proceso, con el acta de necropsia, que el proyectil penetró en el cuerpo de la víctima en sentido de abajo hacia arriba, y estar probado igualmente dentro del proceso que cuando mi defendido disparó, él se encontraba montado en un caballo y la víctima estaba andando a pie".

Agrega que "conviene anotar que el Tribunal de Tunja conoció el acta de necropsia, por cierto allegada al expediente después de la calificación del juzgado, y sin embargo, confirmó el llamamiento a juicio en el aspecto de la intencionalidad".

Se acompañan a la solicitud copias de algunas piezas del proceso, especialmente del cuestionario sometido al Jurado y del veredicto proferido por éste.

Pues bien:

El planteamiento que trae el peticionario se concreta en su desconfianza en los juzgadores en derecho, por su filiación política y porque en su entender no se han atenido a la realidad procesal, todo lo cual le lleva a pensar que sus alegatos para recabar una declaratoria, en segunda instan-

cia, de contraevidencia del veredicto del Jurado no tendrá éxito.

Pero esta preocupación del apoderado de SANTOS RODRIGUEZ BELTRAN y en el supuesto de que se tenga la prueba que apoye un motivo de recusación del juzgador en derecho, lo único que permitiría es la propuesta de tal recusación, pero no el cambio de radicación del proceso, medida esta última que no tiene apoyo en ninguna de las circunstancias que permiten la recusación de los jueces, pues para esto se ha reglamentado este instituto.

En varias oportunidades ha expresado el anterior criterio la Corte. Y en la más reciente ocasión —concepto de 11 de marzo del corriente año, proceso contra Gildardo Santoyo Pinzón y otros, seguido en el Tribunal Superior de San Gil—, dijo esta Corporación en su concepto para el Ministerio de Justicia:

"Más del campo de las recusaciones que del cambio de radicación del proceso penal aludido por el doctor Prudencio Tolosa Suárez, son las razones que aduce para la solicitud que ha enviado al Ministerio de Justicia. En efecto, si algún desambiente pudiera anotarse en cuanto a la decisión pendiente en el Tribunal Superior de San Gil y relacionada con el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Juzgado 4º Superior de El Socorro en favor de Gildardo Santoyo Pinzón y María Teresa Muñoz de Santoyo, por haber sido el doctor Angel Miguel Rueda Durán apoderado en el proceso civil aludido por el doctor Tolosa Suárez, ese desambiente ni siquiera se tiene ahora, pues consta que el doctor Raúl Rueda Durán, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil y hermano del doctor Angel Miguel Rueda Durán se declaró impedido y sus colegas aceptaron su declaración".

Y antes, desde marzo de 1949 (G. J. T. LXV, pág. 714) ha repetido la Corte que "las causales de impedimento no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan o puedan existir causales de impedimento en un funcionario para conocer de determinado negocio penal, no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso". (conceptos, también, de 14 de julio de 1950, G. J. T. LXVIII, pág. 496; de 10 de marzo de 1955, G. J. T. LXXIX, pág. 880; de 3 de junio de 1957, G. J. T. LXXXV, pág. 429; de 26 de octubre de 1957, G. J. T. LXXXVI, pág. 600, y de 9 de junio de 1958, G. J. T. LXXXVIII, pág. 269).

Debe, según lo observado, darse concepto negativo a la petición formulada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, RINDE CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación del proceso adelantado en el Distrito Judicial de Tunja contra el señor SANTOS RODRIGUEZ BELTRAN, por el delito de homicidio.

Cópiese, devuélvase al Ministerio de Justicia.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCUSION

El delito de concusión no requiere un dólo de caracteres especiales, sino que basta para configurar el elemento subjetivo de esta infracción, la conciencia de estar obrando contra derecho por no conocerse norma expresa que autorice la actuación, ni existir disposición legal que la permita.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo seis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 21.

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Pasto la sentencia de 25 de febrero del año en curso, por medio de la cual absolvió a LUIS RESTREPO OROZCO, ex-Juez Promiscuo Municipal de Puerto Asís, por el cargo de concusión, según hecho ejecutado en el mes de junio de 1973.

Ya de este proceso había conocido la Corte cuando vino en apelación del auto de proceder de fecha 18 de septiembre de 1974, que fue confirmado por esta Sala en providencia de 28 de agosto del año pasado.

En esta última se hizo de los hechos y de la actuación procesal el recuento que se reproduce a continuación por no haber variado durante el plenario de la causa la situación probatoria y considerar la Sala que el relato de los primeros y el resumen de la segunda fueron fielmente consignados en la ameritada providencia.

Dijo así la Sala en aquella oportunidad:

Hechos y actuación procesal

"Ante el Juzgado que se acaba de mencionar presentó el 15 de mayo de 1973 Rafael Barrera denuncia contra Bernardo Posada Posada por presunta perturbación en sus derechos posesorios sobre un lote llamado Las Toldas, sitio en jurisdicción del municipio de Puerto Asís.

"A virtud de dicha denuncia el juez Luis Restrepo Orozco abrió investigación y al día siguiente ordenó la captura del denunciado lo que se produjo el 19 o sea tres días más tarde. Dos días después lo indagó y el 21 del mismo mes lo puso en libertad, pero el 1º de junio siguiente ordenó nuevamente fuera capturado, lo que se llevó a cabo el 2 y el 4 del mismo mes lo oyó en ampliación de indagatoria. La situación jurídica de Posada la resolvió el Juez el 7 de junio dictando auto de detención. En la misma fecha libró la boleta de encarcelación correspondiente, pero el 9 y previo examen médico del detenido en que aparecía que éste estaba padeciendo de una infección urinaria, de gastritis y además de angustia, le concedió un permiso por diez días, el cual fue cancelado por solicitud de Barrera el 20 del mismo mes.

"En esta misma fecha y nuevamente detenido Posada Posada se le hizo comparecer acompañado de su esposa al despacho del Juez por orden de éste, quien una vez los tuvo en su presencia les hizo suscribir, al sindicado y a su señora, una llamada 'acta de obligación personal' que decía así:

"'ACTA DE OBLIGACION PERSONAL'. En Puerto Asís, Intendencia Nacional del Putumayo, hoy veinte de junio de mil novecientos setenta y tres, comparecieron al des-

pacho del Juzgado Promiscuo Municipal los señores Bernardo Posada Posada y la señora Luz Vargas de Posada, con el fin de suscribir la presente acta la cual es del tenor siguiente: Que el señor Bernardo Posada y su legítima esposa, señora Luz Vargas de Posada reconocen, que el potrero denominado 'Las Toldas' y 'El Totumo', ubicados en la parte oriental de esta población, son de exclusiva propiedad de Rafael Barrera y de que el señor Bernardo Posada se compromete para lo sucesivo dejar dicho predio en posesión pacífica del doctor Rafael Barrera, así mismo (sic), de que respetará en todo sentido las cercas divisorias de los predios El Yarumalito y Las Toldas, así mismo habiendo comparecido el doctor Rafael Barrera, para la suscripción de la presente acta éste se compromete a conservar en toda forma las puertas que conducen del camino real a Ancurá. El suscrito Juez impone como sanción de multa la suma de cinco mil pesos moneda legal para si en lo sucesivo se llegare a comprobar, se ocasionaren daños en las cercas y demás de los predios antes indicados. No siendo otro el objeto de la presente se termina y firma después de haber sido leída y aprobada conforme a la ley por todos los que en ella intervinieron. El Juez (Fdo.), Luis Restrepo Orozco. (Fdo.), Bernardo Posada. (Fdo.), Luz Vargas de Posada. (Fdo.), Dr. Rafael Barrera A. (Fdo.), Secretaria, ilegible". (fl. 170).

"Interrogada bajo juramento la señora Luz Vargas de Posada manifestó que los terrenos a que se refiere el acta transcrita eran de su propiedad y que los entregó a virtud de ella, al doctor Barrera con el único fin de obtener la excarcelación de su esposo por cuanto el Juez les informó que esa era la manera de conseguirla. 'Yo estaba consciente, agrega, de la injusticia que se estaba cometiendo, pero en ese momento me importaba la libertad de mi esposo, ya que es padre de familia con seis hijos. Para firmar el acta mi esposo fue traído de la Policía donde se encontraba detenido y una vez firmada el acta, fue remitido nuevamente a la Policía con la orden de excarcelación" (fl. 40).

"En el mismo sentido declaró Bernardo Posada, quien expresó que el Juez les manifestó, a él y a su esposa: "Me firman un acta de desistimiento de la finca Los Totumos y Las Toldas y le doy la boleta de excarcelación, la señorita secretaria puso un papel en la máquina y escribió un acta, la cual le dictó el señor Juez, habiéndole manifestado que firmaba lo que sea con tal que me saque de la cárcel" (fl. 55).

"Por su parte, la secretaria del Juez, Flor Beatriz Vargas, asevera (fl. 46) que el Juez Restrepo Orozco le dictó el acta en cuestión poniendo en ella el nombre de Rafael Barrera como asistente, cosa que hizo porque así se lo ordenó el Juez y no obstante que dicha persona no había asistido al acto. Agrega que Barrera firmó uno o dos días después el acta en cuestión.

"Indagado Restrepo Orozco manifestó ser cierto que hizo elaborar el acta citada diligencia que llevó a cabo, dice, por súplicas que en tal sentido le hicieran tanto Bernardo Posada como su señora, quienes, según asevera, le manifestaron que el primero había cometido el delito por el cual se le denunció, esto es el de perturbación de la posesión de Rafael Barrera sobre unos lotes y agregaron que se comprometían en lo sucesivo a no destruir los alambrados ni las puertas de dichos fundos.

"A los autos se allegaron, con el fin de establecer la calidad de Juez Promiscuo Municipal de Puerto Asís en el sindicado, los siguientes documentos: copia del acuerdo de nombramiento (fls. 204 vto.), copia del acta de posesión (fl. 201) y certificado del Jefe de Personal de la Alcaldía de Puerto Asís en el sentido de que el sindicado ejerció dicho cargo desde el 1º de marzo de 1973 hasta el 9 de agosto del mismo año.

"Así mismo se trajeron, tomadas del libro correspondiente de la cárcel de Puerto Asís, copias de las boletas de encarcelación y libertad libradas con el nombre de Bernardo Posada Posada. De ellas aparece que fue encarcelado el 19 de mayo de 1973 y puesto en libertad el 21 del mismo mes, capturado nuevamente el 4 de junio del mismo año, se le dictó boleta de detención a virtud de auto en que tal cosa se ordenaba el 7 de dicho mes, se le concedió permiso para salir el 9 y se le volvió a detener el 20 de junio, habiéndosele puesto en libertad el día siguiente.

"También se agregaron al expediente las copias del proceso seguido contra Posada Posada a virtud de la denuncia que contra

él presentara Rafael Barrera, acusándolo de perturbar la pacífica posesión de un inmueble de su propiedad.

"En dichas copias aparece la del auto de detención proferido el 7 de junio de 1973 (fl. 145) y la del auto por medio del cual un juez distinto al sindicado repuso, con fecha 14 de noviembre del mismo año dicho auto (fl. 178)".

La audiencia pública se celebró el 27 de enero del año en curso y en ella el Ministerio Público reiteró los cargos de que se ha dado cuenta si bien solicitó la imposición de una pena mínima al procesado y que se le concediera el beneficio de la condena condicional.

Por su parte el defensor argumentó poniendo de presente la escasa preparación jurídica de Restrepo así como también el hecho de que en su concepto, el acta que hizo firmar a los denunciantes no perjudicaba el derecho de dominio de éstos sobre el bien a que se refiere por cuanto para que se produzca alteración de ese derecho se necesitan requisitos **ad solemnitatem** que no se cumplieron en el caso de autos.

Agrega, además, que la conducta del procesado carece de dolo, debido precisamente a su ignorancia de las normas jurídicas, en especial de las de derecho sustancial y de las de procedimiento penal.

En la sentencia que se consulta se hace hincapié en la falta de elementos probatorios sobre la culpabilidad del procesado ya que, a juicio del Tribunal, éste no tuvo conciencia de que su proceder era indebido por cuanto consideró del caso que el denunciante Posada y su esposa entregaran al doctor Barrera el terreno en disputa, así como también que aquéllos se abstuvieran de realizar actos de dueño sobre el mismo.

Lleva al **a quo** a esa conclusión, lo que dijo el procesado en el auto de detención contra Posada, providencia en la cual Restrepo hizo mención de la escritura pública por medio de la cual Rafael Barrera había comprado el predio, así como también de las declaraciones de Eduardo Agudelo, Segundo Torres y Carlos David Burgos, este último vendedor de los predios de Barrera y de Posada.

Deduce de allí que basado en esa prueba Restrepo consideró que era indebida la actuación de Posada y que, por el contrario, aparecía como lícita la reclamación de Barrera en el sentido de que Posada se abstuviera de realizar actos de dominio sobre el predio.

Y concluye el Tribunal: "De este modo no aparece plenamente probado que el procesado hubiese obrado teniendo conciencia de que lo que exigió en el acta cuestionada era indebido" (fl. 342, cuaderno principal).

Con base en esas consideraciones reitera que no aparece demostrado el elemento subjetivo propio de la concusión y por ello absuelve al procesado.

De este mismo criterio es, en el presente grado de jurisdicción, el Procurador Primero Delegado Penal, quien a propósito argumenta diciendo:

"Es verdad que el acusado infringió una norma penal positiva, pero también lo es que no aparece con toda claridad que hubiera tenido la intención y el propósito de causar un daño, un perjuicio. Por esa duda que origina el **'in dubio pro reo'**, se impone también la absolución".

Consideraciones de la Corte

Tanto en el auto de proceder dictado por el Tribunal como en la providencia por medio de la cual esta Sala confirmó la vocación a juicio, y lo mismo en la sentencia consultada que en el concepto de la Procuraduría, se reconoce que se han establecido en el presente proceso los elementos materiales u objetivos que configuran el delito de concusión, a saber: la calidad de funcionario público en el procesado, el abuso de sus funciones al hacer que los denunciantes firmaran una llamada "acta de obligación personal" por medio de la cual reconocían el derecho de dominio de Rafael Barrera en un predio rústico, cuya posesión dio origen a dos procesos penales y finalmente el hecho de que éstos se avinieron a firmar este documento por cuanto el ex-juez Restrepo Orozco los puso ante la alternativa de acceder a ello o no sería puesto en libertad Bernardo Posada.

Empero el, **a quo** y la Procuraduría aceptan que no está perfectamente definido el dolo en el presente caso, pues consideran que el procesado obró en la forma vista movido por la consideración de que era Barrera el verdadero propietario del lote y que los

denunciantes Posada y su esposa, estaban procediendo ilícitamente.

Sobre el particular esta Sala observa que si la conducta imputada al procesado bajo el calificativo jurídico de concusión consistiera sólo en obligar a los esposos Posada, Bernardo y Luz, a firmar una presunta "acta de obligación personal" en que reconocían el derecho de dominio de otra persona sobre un bien raíz del cual venían sosteniendo ser propietario esta última, podría aceptarse que el juez fue impulsado a ello por la consideración de que, en verdad el verdadero dueño del predio era el abogado Rafael Barrera.

Pero ocurre que a eso no se limitó la actuación del procesado sino que éste, según aparece plenamente demostrado en los autos, condicionó la libertad de Bernardo Posada a que firmara previamente el referido documento.

Debe tenerse en cuenta que Posada disfrutaba de un permiso que, por motivo de enfermedad, le había concedido el mismo procesado quien lo hizo detener nuevamente y fue entonces cuando formuló la exigencia de que debía firmar el acta en cuestión si quería obtener su libertad, como efectivamente se la concedió pese a que se habían vencido los diez días de permiso que primero le había otorgado para atender su salud.

Esa actuación del ex-juez Restrepo Orozco indica muy claramente que procedió en esa forma para obtener que Posada firmara el acta en que reconocía que Barrera era el propietario del predio y se comprometía a no perturbar la posesión de éste sobre dicho bien.

Y por más que hubiera creído en que el predio era de Barrera no puede calificarse de inocente, es decir, desprovista de dolo la conducta del procesado, pues aun al más ignorante en derecho no escapa la ilicitud de condicionar la libertad de una persona a la firma de un escrito en que se reconoce a otro una situación beneficiosa desde el punto de vista patrimonial.

El delito de concusión no requiere un dolo de caracteres especiales sino que basta para configurar el elemento subjetivo de esta infracción la conciencia de estar obrando contra derecho por no conocerse norma expresa que autorice la actuación ni existir disposición legal que la permita.

Esto, acompañado del conocimiento por parte del procesado de ser funcionario público y de actuar en ejercicio de sus funciones, aunque con abuso de ellas al igual que la conciencia de estar produciendo en la víctima una situación de temor que la impulse por miedo a la potestad de que estaba revestido el agente, a hacer algo que de otra manera no hubiera hecho, configuran, en su plenitud el elemento subjetivo de la concusión.

Tales extremos aparecen claramente en el proceso, evidenciados por las mismas circunstancias en que se desenvolvieron las actuaciones de las partes y sobre ellos no se ha esbozado duda alguna.

Teniendo en cuenta lo anterior se llega a la conclusión de que están demostrados en los autos los elementos tanto objetivos como psicológicos que configuran el delito de concusión en la forma prevista por el artículo 156 del Código Penal por cuya infracción se le llamó a juicio, a saber, entre los primeros la calidad de funcionario público en el sujeto activo, abuso de sus funciones, constreñimiento de otra persona a reconocer en favor de un tercero una situación favorable desde el punto de vista patrimonial, consistente en este caso en que el ofendido y su esposa prometieron abstenerse de actos que perturbaran la posesión de un bien inmueble, abstención a la que cabe perfectamente la denominación de "utilidad" que emplea el artículo 156 del Código Penal y que la doctrina ha interpretado, dentro de una tendencia amplificadora del concepto, como cualquier ventaja para el patrimonio o la personalidad del agente o de un tercero.

Y por lo que hace al aspecto subjetivo se hallan demostradas voluntad de constreñimiento y la conciencia de la ilicitud del mismo por parte del procesado y el efecto de temor resultante en las personas constreñidas, quienes se vieron obligadas por ese miedo a la potestad pública a hacer una promesa a que no estaban obligados.

Resulta entonces imperativo, dado lo que se deja dicho, proceder a dictar sentencia condenatoria por el delito en cuestión fijando como pena a imponer el mínimo que señala la disposición infringida o sea el artículo 156 del Código Penal es a saber, un año de prisión, habida cuenta de la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad en la actuación del procesado y en su personali-

dad y la presencia de la de menor peligrosidad consistente en su buena conducta anterior.

Así mismo se impondrá la sanción accesoria consistente en la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

No se impone la suspensión de la patria potestad por no tener relación con esta última el hecho delictuoso por el cual se condena al procesado.

De otra parte, como de autos aparecen también demostradas las circunstancias que hace a ésto merecedor de la suspensión condicional de la pena, a saber la falta de condena anterior, la buena conducta y la ausencia de peligrosidad social, se está en el caso de aplicar el subrogado penal de que tratan los artículos 80 y concordantes del Código Penal, o sea la condena condicional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia consultada.

SEGUNDO. En su lugar se condena a LUIS RESTREPO OROZCO, de las condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, a la pena principal de un (1) año de prisión que pagará en el lugar que designe la Dirección Nacional de Prisiones.

Así mismo se le condena a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

Se le condena al pago de los perjuicios causados con la infracción.

TERCERO. Se suspende la ejecución de la presente sentencia por un término de prueba de dos (2) años debiendo el procesado prestar previamente caución de buena conducta en la forma prevenida por el artículo 55 del Código Penal por cuantía de doscientos ($ 200.00) pesos para recibir la cual y asentar la correspondiente diligencia se comisiona al presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto.

Se señala al procesado un término de dos (2) años para reparar los perjuicios.

Copia de la presente sentencia se enviará al Director General de Prisiones y a las autoridades judiciales y policivas de la residencia del condenado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CUESTIONARIOS A LOS JURADOS

Estos deben reflejar el contenido del auto de vocación a juicio, sin incluir causales de agravación no previstas en el auto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo siete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 20 de 29 de abril/76.

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, se entra a resolver el recurso extraordinario de casación que interpusieron el procesado JAVIER DARIO PINEDA RIVERA, y su defensor, el doctor Tarcisio Roldán Palacio, contra la sentencia dictada por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha once de septiembre de 1975, mediante la cual fue condenado aquél a la pena principal de diez y siete años de presidio, y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, a la pérdida de la patria potestad, a la publicación especial de la sentencia y al pago de los perjuicios ocasionados con las infracciones, como responsable de los delitos de homicidio consumado en la persona de María Teresa Roldán Vélez de Salinas e imperfecto en la de Nelly Salinas Roldán, y tentativa de robo en bienes de esta última.

Antecedentes y actuación procesal

1. Javier Darío Pineda Rivera, su amante Luz Elena Castañeda Rueda de Benitez y Jairo Antonio Martínez Marín planearon llevar a cabo un robo en el almacén de Modas Nelly de propiedad de Nelly Salinas Roldán, situado en la carrera 47 número 55-40 de la ciudad de Medellín.

2. Pineda Rivera y su barragana prepararon el terreno a efecto de que se les facilitara la ejecución del plan delictivo, para lo cual visitaron el sábado 20 de mayo de 1972 el almacén Modas Nelly con el pretexto de venderle a su propietaria un billete de diez dólares, pero que en realidad tenían la finalidad de observar el lugar, lo mismo que las mercancías que allí se expendían.

3. Entre las 9 y las 10 de la mañana del lunes siguiente llegaron al mencionado establecimiento comercial los complotados para consumar el atentado acordado, pero antes de que efectuaran los acontecimientos, se precipitaron porque Javier Darío Pineda Rivera esgrimió un revólver y al grito de que se iba a cometer un atraco, comenzó a disparar, primero contra Nelly Salinas de Roldán, mientras ésta huía hacia el interior del inmueble, en donde tenía el almacén y su residencia, y después contra la anciana María Teresa Roldán Vélez de Salinas, madre de aquélla. Nelly resultó ilesa, pero María Teresa recibió el impacto de varios proyectiles, uno de los cuales le ocasionó una herida esencialmente mortal, habiendo fallecido al día siguiente.

4. El Juzgado Primero Superior de Medellín, con fecha 18 de diciembre de 1972, calificó el mérito de la investigación con un auto de proceder en contra de los procesados, a quienes llamó a responder en juicio como autores del homicidio consumado de Ma-

ria Teresa Roldán Vélez de Salinas, el homicidio imperfecto de Nelly Salinas Roldán y tentativa de robo en bienes de propiedad de la mencionada Nelly Salinas Roldán (fls. 214 a 243).

5. Los procesados no interpusieron recurso de apelación contra el auto de vocación a juicio.

6. Sorteado el jurado de conciencia, se llevó a cabo la audiencia pública los días 28 de febrero y 1º y 3 de marzo de 1975, en la cual fue condenado Javier Darío Pineda Rivera como responsable de los tres delitos por los cuales fue llevado antes los jueces de hecho, según se desprende de los cuestionarios que forman los folios 330, 331 y 332 del cuaderno principal. En cambio los otros dos encausados Luz Elena Castañeda Rueda de Benítez y Jairo Antonio Martínez Marín, fueron condenados por el robo y absueltos de la acusación que se les hizo por los homicidios.

7. El Juzgado de primera instancia dictó sentencia el 11 de marzo del citado año de 1975 y por medio de tal providencia Javier Darío Pineda Rivera fue condenado a la pena principal de diez y seis años de presidio como responsable de haber cometido los delitos por los cuales fue enjuiciado, y a las accesorias de rigor (folios 345 a 365).

8. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, por proveído del 11 de septiembre de 1975, le impartió confirmación a la de primera instancia, con la modificación del aumento de un año de presidio, por cuya razón Javier Darío Pineda Rivera quedó condenado a la pena de diez y siete años de privación de la libertad.

9. Quedó expresado que contra dicha sentencia se interpuso el recurso extraordinario de casación.

Demanda de casación

La impugnación se hace consistir en que la sentencia acusada fue proferida en un proceso viciado de nulidad, por lo cual se invoca la causal cuarta de casación (ordinal 4º del artículo 580 del C. de P. P.).

Dos cargos formula la demanda:

Primer cargo

"En el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

Para comprobarlo, el impugnante sostiene que resulta equivocada la vocación a juicio por tres delitos, como lo son uno por homicidio consumado, otro por homicidio imperfecto y el tercero por tentativa de robo, porque los delitos apenas fueron dos: el homicidio consumado en la persona de María Teresa Roldán de Salinas y un atraco.

La demanda no discute lo atinente al homicidio consumado, sino que lo acepta plenamente. Pero sostiene que los disparos que se dice fueron hechos contra Nelly Salinas Roldán no estaban dirigidos a lesionarla, ni mucho menos para ultimarla, sino únicamente para intimidar a todas las personas que se encontraban en el almacén Modas Nelly, como se demuestra con la circunstancia de que Nelly no fue víctima ni siquiera de leves lesiones, entre otras cosas, porque los proyectiles hicieron blanco sobre una pared a dos metros y medio sobre el piso, lo cual demuestra que tales disparos no tenían idoneidad para atentar contra la vida o la integridad personal de una mujer cuya estatura no es superior al metro sesenta y cinco centímetros.

Los disparos que rebotaron, al hacer impacto sobre uno de los muros del inmueble donde funciona el almacén Modas Nelly, forman parte de la conducta descrita por el artículo 405 del Código Penal, y no constituyen el **iter criminis** de un homicidio imperfecto, agrega la demanda.

Considera que el atraco ha quedado probado porque la denunciante y varios testigos afirmaron que los agresores gritaron que se trataba de consumar tal infracción, de donde se desprende la consecuencia de que nada autoriza para predicar que Pineda Rivera hubiera abrigado la intención de consumar un delito distinto, como lo sería el atentado contra la vida de la propietaria del almacén asaltado.

Y concluye: La errónea calificación jurídica de la infracción le acarreó al procesado el perjuicio de que el Tribunal sentenciador calculó la pena imponible teniendo en cuenta que se trataba de tres delitos, y

no de dos, como efectivamente lo es. Y esto trajo consigo una sanción por encima de la que debió imponerse.

Segundo cargo

Al ser elaborados los cuestionarios que fueron sometidos al Jurado de Conciencia, se incurrió en una nulidad de rango constitucional, porque el interrogatorio resultó excesivo, impreciso y presionante para el Juri.

Los cuestionarios desbordaron el ámbito procesal de la acusación trazada en el auto de proceder, porque habiéndose contabilizado una sola causal de agravación para los homicidios materia del enjuiciamiento, como lo fue la cuarta del artículo 363 del Código Penal, en los cuestionarios se incluyeron la tercera y la cuarta, con lo cual se violaron los artículos 533 y 519 del Código de Procedimiento Penal, y se desconoció la garantía del debido proceso que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Hubo imprecisión en los cuestionarios porque resulta contradictorio predicar simultáneamente las causales tercera y cuarta de agravación del homicidio, porque la tercera funciona cuando el homicidio se comete "para preparar, facilitar o consumar otro delito", o sea, que ese otro delito se realizará en el futuro con respecto al homicidio; en tanto que la cuarta se predica cuando el homicidio se ejecuta "después de haber cometido otro delito, para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables", esto es, que en tal caso el homicidio es posterior al otro delito. Así, pues se desconocieron las formas propias del juicio que establece el artículo 26 de la Carta.

El Juez que elaboró los cuestionarios ejerció una indebida presión sobre el Jurado de Conciencia porque en ellos afirmó que el procesado Javier Darío Pineda Rivera era responsable del delito de robo de bienes pertenecientes a Nelly Salinas Roldán, cuando precisamente el Jurado había sido convocado, entre otras cosas, para pronunciarse sobre la responsabilidad o inocencia del procesado con respecto a ese cargo.

En relación con las disposiciones violadas y el concepto de la violación, en la demanda se afirma: "El ad quem debió advertir y decretar las nulidades que se han puesto de manifiesto en obedecimiento al artículo 212 del Código de Procedimiento Penal. Mas como no lo hizo así y en vez de ello profirió sentencia de fondo, violó al aplicarlos indebidamente en el proceso viciado de nulidad, los artículos 16, 19, 33, 37, 7º, 39, 362, 363, 4º y 3º, 402 y 404, 2º del Código Penal".

La petición que formula es la siguiente: "Es en razón de lo expuesto que, con el debido acatamiento, solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, sea servida de casar la sentencia recurrida de procedencia y fecha ya indicadas y disponer en consecuencia de la prosperidad del primer cargo que el proceso quede en estado de sumario para traslado a las partes y nueva calificación; si del segundo, en juicio y para nuevo sorteo de jurados".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitó que no se case la sentencia acusada, y fundamenta esa petición en los argumentos que contrapone a los esgrimidos por el impugnante:

"Al primer cargo propuesto, haberse incurrido en el auto de proceder en error en la denominación jurídica de la infracción, porque el tipo delictivo descrito en el artículo 405 del Código Penal comprende exhaustivamente los comportamientos calificados como robo y homicidio agravado, en grado de tentativa" lo replica aduciendo varios planteamientos.

Comienza anotando que en la demanda no se cuestiona propiamente la calificación jurídica dada al comportamiento del procesado, sino que se alega la inexistencia de la tentativa de homicidio en la persona de Nelly Salinas, lo cual es ajeno a la causal cuarta de casación, siendo más bien propio de la primera, pero referida a la sentencia acusada y no al auto de proceder. La alegación de que se incurrió en error al apreciar las pruebas, por cuyo motivo se llegó a la equivocada conclusión de considerar como existentes delitos que no cometió el procesado, no es argumentación que apunte a la comprobación de la nulidad del

proceso, sino a la inocencia del acusado, y tal razonamiento sería pertinente en tratándose de la causal primera de casación, pero no de la cuarta invocada. Remata su réplica, en este primer punto, diciendo que "es clara la confusión del recurrente en casación al situar la acusación en sede inapropiada".

Al argumento de que el homicidio y el robo imperfectos no constituyen delitos autónomos, sino elementos integradores del delito de atraco, replica la Procuraduría diciendo que si esa fuera la situación procesal, dicho pretendido error no habría repercutido en la penalidad impuesta al condenado Pineda, porque la demanda reconoce que éste cometió el homicidio de la anciana María Teresa Roldán Vélez de Salinas y el atraco a su hija Nelly Salinas, cuya sanción habría sido por lo menos equivalente a la impuesta por la sentencia acusada.

Sostiene la Procuraduría que la demanda analiza los comportamientos atribuidos al acusado Pineda Rivera como si fueran independientes unos de otros, cuando ellos ocurrieron dentro de una completa unidad de acción; que si el atentado contra la vida de Nelly Salinas no se materializó en su muerte o en una lesión personal, esa ausencia de resultado no significa que esta conducta de Pineda sea irrelevante desde el punto de vista jurídico; que la violencia sobre las personas a que se refiere el artículo 405 del Código Penal encuentra su límite en el punto en que la violencia se materializa en una lesión personal apreciable penalmente o en la muerte de la víctima, lo cual constituiría un concurso de infracciones; que la actuación de Pineda rebasó el marco del robo o del atraco, porque tuvo la clara intención de causar la muerte de Nelly Salinas, con instrumento idóneo para producir ese resultado, como lo es el revólver que disparó dos veces contra ella.

Concluye manifestando que "en opinión de este Despacho el cargo formulado no puede prosperar por ausencia de respaldo jurídico y porque la pretendida infracción de la ley carece de incidencia en la pena impuesta".

El segundo cargo propuesto, sobre las irregularidades cometidas al redactar los cuestionarios, le mereció a la Procuraduría los comentarios que pasan a sintetizarse:

Acepta que existe discrepancia entre el auto de proceder y los cuestionarios, porque en aquella providencia se hizo referencia únicamente a la causal cuarta de agravación del artículo 363 del Código Penal, mientras que en éstos se incluyeron dos, la cuarta contemplada en el enjuiciamiento, y la tercera, que no fue planteada en el auto de vocación a juicio, pero hace incapié en que los cuestionarios fueron conocidos por la defensa, quien no los objetó, sino que antes bien solicitó que fueran contestados afirmativamente, pero con la modificación de que el procesado actuó sin intención de matar.

Sostiene que la inclusión de la causal tercera de agravación del homicidio en los cuestionarios "carece de relevancia jurídica por no haber incidido en la deducción de la pena", pues tanto el Juzgado como el Tribunal no la tuvieron en cuenta al hacer el cálculo de la sanción impuesta, y repite que "la impugnación resulta inane porque en nada incidió en la deducción de la pena impuesta a Javier Darío Pineda".

Termina aduciendo el argumento de que preguntarle al Juri sobre la responsabilidad del procesado por su participación en la tentativa de robo no constituye ninguna clase de coacción, porque ese interrogante tuvo la finalidad de que los jueces de hecho se pronunciaran o sobre la responsabilidad o sobre la inocencia del acusado. Por lo demás, el Jurado ha podido optar por la inocencia, haciendo desaparecer la circunstancia agravante específica contemplada en el auto de proceder.

Se considera

Primer cargo

Lo basa el impugnante en la tesis de que la tentativa del robo y el homicidio imperfecto de Nelly Salinas son elementos conformadores de un delito de atraco.

Esta figura la describe el artículo 405 del Código Penal, el cual ha tenido dos redacciones posteriores contenidas en los artículos 12 del Decreto 1988 de 1971 y 11 de la Ley 21 de 1973. Los nuevos textos discrepan del original artículo 405 únicamente en cuanto aumentan el mínimo de la pena a un año de prisión. Esa norma, en

su redacción actual, tiene el siguiente tenor:

"El que con el propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad, ejecute violencias sobre las personas o las amenace con un peligro inminente, incurrirá en prisión de uno a cinco años".

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho la observación de que quedó mal descrita la figura, porque no todos los delitos contra la propiedad se cometen mediante violencias sobre las personas o con amenazas de un peligro inminente. Es indudable que el hurto, la estafa, el abuso de confianza y varias de las defraudaciones no incluyen la violencia, la fuerza o las amenazas que envuelvan la posible ejecución de acciones peligrosas para las víctimas, entre los elementos indispensables para la integración del tipo, o al menos, de la figura rectora.

Pero tal planteamiento no sería exacto porque se estaría sosteniendo que el atraco se daría en todas las infracciones que incluyan, entre sus ingredientes conformadores, la violencia sobre las personas o la amenaza de peligros inminentes, como serían el robo, la extorsión, el despojo, el daño en cosa ajena.

El artículo 405 forma parte del capítulo III que el Título 16 del Código Penal dedica a la descripción del robo en todas su modalidades, lo cual hay que entender en el sentido de que esa norma sólo puede referirse al robo, y no a los demás ilícitos contra la propiedad, que requieran la violencia o las amenazas. Si se pretendía que la ordenación del artículo 405 se aplicara no sólo al robo sino también a la extersión, al despojo y al daño en cosa ajena, ha debido ser colocado en el capítulo VI del Título 16, porque allí se incluyen las disposiciones comunes a todos los delitos contra la propiedad.

Por otra parte, la coexistencia de los artículos 16 y 405 plantea otro problema en cuanto al principio de favorabilidad, en relación con los delitos de extorsión, despojo y daño en cosa ajena.

La extorsión está sancionada con prisión que fluctúa entre un mínimo de dos años y un máximo de seis años de prisión (Artículo 12 de la Ley 21 de 1973 y Artículo 408 del Código Penal).

En tratándose de tentativa de extorsión, según el artículo 16 del Código Penal la sanción imponible sería "no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado", la cual significaría que la pena sería de uno a cuatro años de prisión. Pero si se le aplicara al autor de una tentativa de extorsión el artículo 405 quedaría sometido a una pena de prisión de uno a cinco años. Como el mínimo es igual en ambas hipótesis, pero el máximo es mayor en el artículo 405 que en el 16, resulta que la Ley más favorable sería el artículo 16, el cual tendría que aplicarse por mandato constitucional (Inciso 2º del Artículo 26).

En tratándose del despojo y del daño en propiedad ajena, el problema que plantearía la aplicación del artículo 405 en lugar del 16 sería todavía de mayor entidad jurídica, porque si el delito consumado de despojo lo sanciona el artículo 425 con prisión de seis meses a tres años, la tentativa resultaría sancionada con prisión de uno a cinco años. Y el daño en propiedad ajena, que el artículo 426 sanciona con arresto de un mes a un año, quedaría castigado con prisión de uno a cinco años. O sea, que la tentativa sería tratada con mayor pena que el delito consumado.

El atraco no es delito autónomo, sino tentativa del delito de robo, cuyos requisitos esenciales son: a) Empleo de violencias sobre las personas o que se les amenace con un peligro inminente; b) Que las violencias sobre las personas tengan entidad menor, porque si éstas son lesionadas o muertas, surgiría entonces un concurso de infracciones compuesto del delito contra la vida o la integridad personal y el ilícito contra la propiedad que se proponía ejecutar el autor; c) Que el peligro inminente no sea presente, sino futuro, aun cuando sea de realización inmediata, porque cuando el peligro comienza a materializarse en una agresión, ha dejado de ser inminente para convertirse en actuante.

Como los artículos 16 y 405 del Código Penal legislan sobre la tentativa, vale la pena advertir que tales normas no se refieren a un mismo tema. En efecto, el artículo 16 es precepto general que legisla sobre todos los casos de imperfección del delito, en

su grado de tentativa; en tanto que el 405 es más concreto, por cuanto circunscribe el ámbito de su aplicación exclusivamente a la tentativa del delito de robo. Lo cual significa que el artículo 405 es norma especial y el 16 general. El criterio de la especialidad sirve para resolver el aparente concurso de leyes que pudiera predicarse.

En el caso de autos se tiene que los disparos que descerrajó el acusado Javier Darío Pineda Rivera contra Nelly Salinas no pueden considerarse como si encarnaran un peligro inminente sino actual. La falta de resultado muerte o lesiones personales es lo que imposibilita considerar la conducta delictuosa del procesado como delito consumado. Como esa actuación no destruyó ninguno de los bienes jurídicos de la vida o de la integridad personal, la sanción se aplica al autor por el peligro corrido, por la posibilidad que existió de que hubieran sido destruidos o menoscabados dichos derechos.

Por otra parte, los disparos hechos contra Nelly Salinas es verdad que son expresión de violencias sobre las personas, pero en su categoría delictual de atentado contra la vida. La Procuraduría hace un planteamiento jurídico correcto cuando sostiene que "los actos desarrollados por Pineda Rivera no se agotaron en el marco del delito de atraco, como lo afirma el demandante, sino que lo excedieron configurando otras infracciones penales".

Según la teoría del delito complejo, figuras delictivas de menor entidad dejan de tener autonomía para convertirse en elementos integradores de otras mayores, o en circunstancias de agravación. Pero, la demanda de casación invierte los términos, cuando sostiene que un atentado contra una vida humana puede ser reducido a desempeñar el papel de elemento de un delito de menor gravedad que el homicidio, en cualquiera de sus modalidades de atentado, frustrado o consumado, como lo sería la tentativa de cometer un robo, que es lo que se denomina atraco.

No sólo los procesados Pineda Rivera y su concubina Luz Elena Castañeda Rueda de Benítez confesaron que su propósito al visitar el almacén Modas Nelly fue el de cometer un robo, sino que el empleo que hizo Pineda de un revólver contra la dueña del establecimiento comercial y contra su anciana madre demuestra plenamente que hubo violencia contra dos mujeres inermes, hasta el extremo de que una de ellas fue ultimada. De donde se concluye que no hay duda sobre la intención del procesado en cuanto a la comisión del robo que se le imputó en el auto de proceder.

Sobre la tentativa de homicidio en la persona de Nelly Salinas, la demanda de casación no opone argumentos atendibles en relación con su inexistencia, sino que sostiene que los disparos hechos por el procesado Pineda contra Nelly, cuando ella huía hacia el interior de la casa donde tenía el almacén asaltado y su morada, no constituyen tentativa de homicidio sino el requisito violencia sobre las personas de que habla el artículo 405 del Estatuto Penal.

En consecuencia, este primer cargo no está llamado a prosperar, como así se declara, no sin dejar constancia la Sala de su disentimiento del argumento de la Procuraduría en cuanto a la irrelevancia jurídica que sobre la pena impuesta tendría la aceptación de la tesis del demandante, de que los delitos cometidos serían un homicidio calificado consumado y un atraco, los cuales servirían no sólo para justificar la pena impuesta sino hasta para estimarla muy benigna. El disenso radica en que ningún cálculo de la sanción puede hacerse sino en relación con los delitos que el Jurado de Conciencia aceptó como ejecutados por el encausado. Cualquier hipótesis montada sobre ilícitos que no fueron materia del llamamiento a juicio, y sobre los cuales el Jurado no se pronunció, es irreal y contraría al marco procesal dentro del cual debe administrarse la justicia.

Segundo cargo

En el auto de proceder se llegó a la conclusión de que "tanto el homicidio consumado como el imperfecto no se quedan en su simplicidad, pues aparecen calificados por una circunstancia que les da la denominación de asesinato", y a continuación transcribe parcialmente el artículo 363 del Código Penal, en cuanto se refiere a la causal cuarta de agravación, para indicar que tal era la circunstancia que transforma en asesinato los homicidios consumado e imperfectos cometidos por el acusado Pineda: "Des-

pués de haber cometido otro delito, para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir pruebas o procurar la impunidad de los responsables" (folio 242).

El Juzgado sometió al Jurado de Conciencia los siguientes cuestionarios:

"¿El acusado Javier Darío Pineda Rivera es responsable de haber lesionado intencionalmente, con el propósito de matar, con el empleo de arma de fuego (revólver), después de haber cometido otro delito (en su forma imperfecta), para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables, y para preparar, facilitar o consumar otro delito, en coautoría de Luz Elena Castañeda Rueda y Jairo Antonio Martínez Marín, a la señora María Teresa Roldán Vélez de Salinas, a consecuencia natural y directa de lo cuál falleció? Los hechos tuvieron ocurrencia en esta ciudad el 22 de mayo de 1972 en las horas de la mañana". (folio 330).

"¿El acusado Javier Darío Pineda Rivera es responsable de haber intentado lesionar con arma de fuego (revólver), intencionalmente y con el propósito de matar, a la señorita Nelly Salinas Roldán, después de haber cometido otro delito (en su forma imperfecta), para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables, y para preparar, facilitar o consumar otro delito, en coautoría de Luz Elena Castañeda Rueda y Jairo Antonio Martínez Marín, dando así principio a la ejecución de su propósito criminal que no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente? Los hechos tuvieron ocurrencia en esta ciudad el 22 de mayo de 1972 en las horas de la mañana" (folio 331).

Al confrontar estos cuestionarios con el auto de proceder se llega a la conclusión de que tales piezas procesales discrepan entre sí, porque mientras en el auto de vocación a juicio se analizó como existente únicamente la causal cuarta de agravación del homicidio, en el interrogatorio al Jurado de Conciencia, además de la cuarta, se incluyó también la tercera. Esto significa que a los jueces populares se les preguntó por hechos no contemplados en el proveído enjuiciatorio, como lo es una de las causales que elevan a asesinato el homicidio. Al deshonrar el cuestionario el estricto campo del auto de enjuiciamiento, la sentencia resulta contraria o al auto de proceder o al veredicto del jurado, pues si únicamente tiene en cuenta la causal aducida en el enjuiciamiento, contraría la decisión del Juri porque éste condenó teniendo en cuenta dos causales de agravación, y, en cambio, si se ajusta a la condenación del veredicto, resultaría contrariando la voluntad expresa del auto de proceder.

En los dos cuestionarios se afirma que el delito de robo (en su forma imperfecta) fue cometido antes que los homicidios, y, simultáneamente, se sostiene que tales homicidios se consumaron para ejecutar el mencionado delito de robo. O sea, que el robo se cometió antes y después de los dos homicidios. Tal aserto es una palmaria violación del principio lógico de contradicción, por cuanto está sosteniendo que el mismo delito de robo se cometió en el pasado, pero que no se ejecutó en dicho pasado, sino que se consumará en el futuro, con respecto a los dos homicidios, consumado el uno en la persona de María Teresa Roldán Vélez de Salinas, y frustrado el otro en la hija de la occisa.

Las observaciones que se dejan hechas son suficientes para concluir que los cuestionarios abarcaron hechos que no contempló el auto de proceder. Además, la inclusión simultánea de las causales 3ª y 4ª de agravación del homicidio plantea un grave problema sobre la interpretación de los cuestionarios porque éstos incluyen dos proposiciones contradictorias, como son los textos de las mencionadas causales, pues si los homicidios se cometieron para preparar, facilitar o consumar el robo, no puede afirmarse que este delito fin se cometió antes de los homicidios.

Si a esto se agrega la omisión en que se incurrió en el acta de la audiencia pública, en la cual ni se copiaron los cuestionarios ni se dejó constancia de que fueron sometidos al jurado de conciencia, como tampoco se expresó cuál fue el veredicto, se llega a la conclusión de que se está en presencia de una irregularidad procesal de graves repercusiones (artículos 159, 160 y 515 del Código de Procedimiento Penal).

El cargo está llamado a prosperar. En cambio, la impugnación referente a la presunta presión que los cuestionarios pudie-

ron haber implicado para el jurado, porque en ellos se afirma que los homicidios se cometieron en conexión con el delito de robo, carece de respaldo procesal, porque, como acertadamente sostiene el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el jurado de conciencia ha podido absolver al acusado del cargo atinente al robo. La respuesta afirmativa de la responsabilidad tanto de los homicidios como del robo, está indicando que el interrogatorio le sirvió al jurado para formarse un criterio sobre tal extremo procesal. Pero, por las razones jurídicas antes expresadas, ese veredicto se invalidará y se ordenará que se convoque un nuevo jurado para juzgar a Javier Darío Pineda Rivera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

CASAR la sentencia de 11 de septiembre de 1975 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala Penal de Decisión, por medio de la cual fue condenado Javier Darío Pineda Rivera por los delitos de homicidio y robo a la pena principal de diez y siete años de presidio, y a las accesorias de rigor, y dispone la nulidad del juicio a partir de la diligencia de sorteo de jurados llevada a cabo el 1º de agosto de 1973, a efecto de que se elija un nuevo jurado para que juzgue a Javier Darío Pineda Rivera.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FUERO DE LOS GOBERNADORES ECLESIASTICOS DE DIOCESIS, VICARIOS GENERALES, DIGNIDADES Y DEMAS MIEMBROS DE LOS CABILDOS ECLESIASTICOS, EN VIRTUD DEL ORDINAL b) DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 16 DE 1968

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo trece de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 21

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a revisar, por vía de consulta, la providencia de cinco de marzo último dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el proceso seguido contra Monseñor Marceliano E. Canyes Santacana, Prefecto Apostólico de Leticia (Amazonas), por un presunto delito de estafa. Mediante el referido auto se "DECLARA que la acción penal no puede proseguirse por inexistencia de delito", y se "resuelve en consecuencia, ordenar la cesación del procedimiento en estas diligencias".

Los hechos

Los sintetiza el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Neiva, en su concepto de fondo, así:

"El señor María Morningstar, ciudadano extranjero, otorgó poder al Dr. Jesús Alberto Sarria M., abogado titulado, para que en su nombre formulara denuncio penal por el delito de estafa contra el Monseñor Marceliano E. Canyes, Prefecto Apostólico de Leticia, y que se constituyera parte civil dentro del proceso penal respectivo.

"En virtud del poder anterior, el abogado mencionado con fecha 8 de junio de 1970 ante el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali formuló la denuncia penal contra el aludido sacerdota, (sic) a quien le incriminó el haber estafado a su cliente en la negociación de venta de una avioneta Cessna Nº H.K. 898 consistente en el hecho de haberle entregado dos cajas completamente selladas dizque conteniendo (sic) los repuestos completos del tren de aterrizaje, pero que en realidad de verdad al abrirlas no se encontraban tales repuestos que el sacerdote vendedor había quedado comprometido a entregar cuando se llevó la mencionada negociación a cabo".

Se considera

No es el caso de entrar a examinar lo relacionado con la declaratoria de inexistencia de delito y consiguiente cesación de todo procedimiento contra el sindicado, proferida por el Tribunal, por cuanto la actuación se halla afectada de nulidad.

En efecto: cuando se dictó el auto cabeza de proceso en este asunto —10 de junio de 1970—, existía, como existe aún, el fuero para los gobernadores eclesiásticos de diócesis, vicarios generales, dignidades y demás miembros de los cabildos eclesiásticos, en virtud del ordinal b) del artículo 1º de la Ley 16 de 1969 y, por tanto, correspondía al Tribunal, privativamente, decidir sobre la apertura de la investigación, pues, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 2267 de 1969, vigente a la sazón, "en los procesos por delitos cuyo conocimiento esté atribuido a la Corte Suprema de Justicia o a un tribunal superior de distrito judicial, el magistrado sustanciador será el funcionario de instrucción; los demás funcionarios de los

trucción podrán practicar sólo las diligencias preliminares, hasta que el respectivo magistrado sustanciador a quien se dará aviso inmediato, abra la investigación cuando a ello hubiere lugar y disponga si la adelanta directamente o por medio de comisionado".

Ya bajo la vigencia del artículo 61 del anterior Estatuto de Procedimiento Penal, modificado por el citado artículo 2º del Decreto 2267 de 1969, la jurisprudencia había interpretado que el acto de inicio de la investigación y otras actuaciones dentro del proceso penal son decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o restringida, esto es, de la originada directamente en la Ley, pudiéndose comisionar para la práctica de pruebas, así como para diligencias que no impliquen resoluciones de contenido jurisdiccional. El artículo 52 del Código vigente de Procedimiento Penal consigna la misma norma y con arreglo a tal estatuto debe el Magistrado sustanciador resolver sobre la apertura de la investigación.

Hoy los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en virtud del numeral segundo del artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, conocen en primera instancia, por medio de sus Salas Penales de Decisión, de los procesos que se sigan a los gobernadores eclesiásticos de diócesis, vicarios generales, dignidades y demás miembros de los cabildos eclesiásticos.

Conviene anotar que el Ministerio Público en esta instancia, representado por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de un juicioso examen de la actuación procesal, termina solicitando se declare la nulidad, por considerar que la competencia para conocer de estas diligencias corresponde al Tribunal, conforme al artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, y, por tanto, la investigación debió iniciarla esa Corporación mediante auto del respectivo Magistrado Sustanciador, por lo que resulta inválida la providencia del Juez 16 Penal del Circuito de Cali, que abrió la presente investigación.

De lo expuesto se concluye que es preciso decretar la nulidad de la actuación desde, inclusive, el auto cabeza de proceso, de fecha 10 de junio de 1970, por haberse proferido por funcionario que no tenía capacidad o aptitud para iniciar la investigación o para abstenerse de hacerlo.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECRETA la nulidad del proceso a que se refiere la parte motiva de esta providencia a partir, inclusive, del auto de 10 de junio de 1970 que inició la investigación y DISPONE devolver el expediente para que el Tribunal decida si es el caso o no de iniciar sumario contra el Prefecto Apostólico acusado, Monseñor Marceliano E. Canyes Santacana.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Consejo de Guerra Verbal. Falta de firma del Presidente, Asesor Jurídico y Secretario de los cuestionarios. La violación de las garantías del artículo 26 de la Constitución son insubsanables y deben ser declaradas de oficio

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo diez y siete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 21 de 6 de mayo/76.

Vistos

REINERO RUBIANO GUERRERO, FLOWER GUTIERREZ y NELSON HENAO OCAMPO, interpusieron recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 1975 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Penal, mediante la cual fueron condenados los recurrentes.

Tramitado el recurso, se procede a decidir como se expondrá a continuación:

Antecedentes y actuación procesal

1. El 12 de octubre de 1973, a las doce y media del día, fue emboscada una patrulla militar del Batallón Caicedo en el sitio El Bajuquero, cañón del Heredé, corregimiento de Herrera, municipio de Rioblanco, departamento del Tolima, con el siguiente resultado:

Perdieron la vida el subteniente Aldemar Peña Salazar, el sargento segundo Edilberto Jaramillo Hoyos, el cabo segundo Dalmiro Casanova Rivera, los soldados Luis Alberto Alape Méndez, Onías Aldana, Luis Eduardo Ortiz Guzmán, Reinel Pérez Rueda y Hernando Pérez Uribe, y el civil Carlos Ospina Aguirre (a) 'El Gringo', a quien le cercenaron la cabeza.

Fueron lesionados el sargento Luis Ramírez Molano y los soldados Rubén Darío Vélez Hernández y Carlos Aldemar Duque Velásquez.

Los agresores se apropiaron del material de guerra, de intendencia y de comunicaciones que conducía la patrulla militar asaltada.

2. El Comandante de la Sexta Brigada, con sede en Ibagué, dictó la resolución número 59 de 10 de noviembre de 1973, por la cual convocó un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los particulares Campo Elías Escobar (a) Ñeque, Asnoraldo Betancourt (a) Coslaca o Balín, Nicolás González (a) El Zorro, Flower Gutiérrez Cortés, Reinero Rubiano Guerrero, Nelson Henao Ocampo (a) Cordillera, José Dosián Osorio Valencia (a) Chano, Luis Evelio Alvarez (a) Yunque, Miller Ramírez Gómez, Salomón Guerrero o Cenón Rayo Guerrero, como coautores de los delitos de homicidio agravado (artículo 363 del Código Penal), asociación para delinquir (artículo 3º del Decreto 2525 de 1963), robo (artículo 238 del Código de Justicia Penal Militar) y lesiones personales (Art. 372 del Código Penal); a Marcos Agudelo García, como cómplice no necesario de los delitos antes citados; y Egidio Castro Galeano, Wilson Rubiano Guerrero, Pompilio Lozano Viana y Manuel Angel Cifuentes Cortés, como auxiliadores del delito de asociación para delinquir.

3. El 13 de noviembre de 1973 se inició el Consejo Verbal de Guerra, cuya acta se

firmó el 27 del citado mes. Se elaboraron los siguientes cuestionarios:

El número uno sobre el homicidio múltiple.

El número dos sobre la asociación para delinquir.

El número tres sobre el robo.

El número cuatro sobre el homicidio imperfecto.

Un cuestionario único sobre el auxilio prestado a la banda o asociación para delinquir, dirigida por Asnoraldo Betancourt (a) Cosiaca o Balín.

El acta, que recogió lo ocurrido en la audiencia, termina dando cuenta del veredicto, así:

"Agotados los trámites procesales en el curso de la audiencia los señores vocales profirieron veredictos condenatorios para los cuestionarios 1, 2, 3 y 4 para los enjuiciados en ausencia en forma unánime, y en la misma forma contra REINERO RUBIANO GUERRERO, NELSON HENAO OCAMPO, FLOWER GUTIERREZ CORTES. Se obtuvieron veredictos absolutorios por mayoría en favor de MILLER RAMIREZ GOMEZ, LUIS EVELIO ALVAREZ QUINTERO, en los cuestionarios 1, 2 y 4 por unanimidad en el cuestionario número 3 que se había formulado a cada uno de estos encartados. Los cuatro cuestionarios contra JOSE DIOSAN OSORIO VALENCIA, dieron un veredicto en su favor por mayoría. Así mismo se obtuvo veredicto de responsabilidad por unanimidad como auxiliador contra el sindicado EGIDIO CASTRO GALEANO y en favor por mayoría de WILSON RUBIANO GUERRERO y MANUEL ANGEL CIFUENTES CORTES".

4. Después de algunos incidentes procesales relacionados con la declaratoria de contraevidencia del veredicto en cuanto a las absoluciones, y a la cesación de la competencia castrense para conocer del asunto por haber sido declarado el restablecimiento del orden público (Decreto 2725 de 29 de diciembre de 1973), el Juzgado Superior de Chaparral dictó sentencia el 21 de diciembre de 1974 para ponerle fin a la primera instancia, y mediante la cual fueron condenados Reinero Rubiano Guerrero, Nelson Henao Ocampo, Flower Gutiérrez Cortés, Campo Elías Escobar y Salomón Guerrero o Cenón Rayo Guerrero a la pena de diez y ocho años de presidio, como coautores en concurso material de los delitos de homicidio agravado, asociación para delinquir, robo y homicidio imperfecto; Asnoraldo Betancourt y Nicolás González, declarados reos ausentes, a la pena de veinte años de presidio, como coautores en concurso material de los delitos antes mencionados; a Egidio Castro Galeano a dos años de prisión como auxiliador del delito de asociación para delinquir, y absolvió a las demás personas que fueron incluidas en la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, así como a otras que no figuran en dicha resolución, pero que fueron indagatoriadas.

5. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por sentencia del 12 de marzo de 1975, confirmó en todas sus partes la de primera instancia.

La demanda de casación

Los condenados Reinero Rubiano Guerrero, Flower Gutiérrez Cortés y Nelson Henao Ocampo interpusieron recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Egidio Castro Galeano también impugnó la sentencia, pero su apoderado desistió del recurso, por cuya razón se entrará a estudiar, en conjunto, por tratarse de los mismos cargos, las demandas de aquéllos.

El doctor Humberto Oviedo Hernández, formuló la demanda de casación aduciendo la primera, segunda y cuarta causales del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "entendiendo las causales primera y cuarta como complementarias, y la segunda, como subsidiaria", según sus textuales palabras.

Causal primera

"La sentencia es violatoria de la Ley sustancial por infracción directa en razón de aplicación indebida".

Para fundamentar la causal alegada, la demanda hace el cargo de que la emboscada en que perdieron la vida varios militares, y fueron lesionados otros, "y en la cual también pasaron a poder del grupo atacante, materiales de guerra, intendencia y comunicaciones pertenecientes al Ejército Nacional, fue ejecutada y cumplida por un des-

tacamento de las Llamadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia 'FARC', comandado por Asnoraldo Betancourt (a) Balín o Cosiaca", y agrega que "al folio 143 del cuaderno primero de este expediente, obra un reglamento de las 'FARC', donde se define el carácter de dicho movimiento 'como una expresión armada de la acción de las masas en su lucha por el poder para el pueblo' ", de donde extrae la demanda la conclusión de que "la acción desarrollada por las 'FARC', es un alzamiento en armas tendiente a derrocar el Gobierno Nacional, legalmente constituido, y a cambiar el régimen constitucional existente; constituyéndose tal acción en una clara violación del artículo 139 del Código Penal Colombiano, es decir, un delito de rebelión".

Concluye la demanda con la afirmación de que como en los cuestionarios se preguntó por la comisión de un delito de asociación para delinquir, en lugar de uno de rebelión, se "está violando directamente la Ley sustancial, por cuanto al seleccionar para la calificación de los hechos probados, la norma aplicable, determinó una disposición legal distinta a la atinente al caso que se juzga", por cuya razón "en el caso presente, se ha dejado de aplicar el artículo 139 del Código Penal y en cambio se consideró infringido el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, dando lugar a una violación de la Ley sustancial por infracción directa en razón de aplicación indebida".

Causal cuarta

"La sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad".

Para demostrar la existencia de esta causal, la demanda formula el cargo de que se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción, por cuanto un delito de rebelión, que describe el artículo 139 del Código Penal, lo calificó como uno de asociación para delinquir (Artículo 3º del Decreto 2525 de 1963, sustitutivo del artículo 208 del Código Penal).

Expresa que, aun cuando en los procesos adelantados por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales no hay auto de proceder, se ha considerado que los cuestionarios se asimilan a esa providencia, por contener el pliego de cargos contra el procesado y el error cometido en ellos, "relativo a la denominación jurídica de la infracción", origina nulidad, según lo preceptúa el ordinal 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, disposición esta que coincide con lo estatuido por el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el auto de proceder.

Causal segunda

"La sentencia impugnada está en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Esta causal la plantea como subsidiaria, y la organiza sobre el cargo de que habiendo incluido los cuestionarios número uno (homicidio múltiple consumado) y cuatro (homicidio imperfecto) la frase "no habiendo sido posible determinar su autor", y habiendo los Vocales del Consejo de Guerra Verbal contestado afirmativamente tales cuestionarios, sin que hubieran hecho reserva alguna al respecto, hay que concluir que debió tenerse en cuenta el artículo 385 del Código Penal para acordar la rebaja de la sanción establecida en el artículo correspondiente, de una sexta parte a la mitad. Sin embargo, a los condenados se les calculó la pena sin que les hubiera hecho la rebaja ordenada por el artículo 385 del Código Penal, por lo cual se violó dicho artículo, y se aplicó indebidamente el 19 del citado estatuto.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado que se le dio de la demanda de casación, se refirió, "en primer término a la causal cuarta, por cuanto si por prosperar ésta, se declarara la nulidad de lo actuado, no habría lugar a examinar los cargos relacionados con las otras causales".

Comienza criticando la demanda porque la causal cuarta se funda en idéntico razonamiento que sirve para apoyar la primera, lo cual es erróneo porque "como lo ha expresado la Honorable Corte, la causal cuarta puede alegarse directamente, sin sujeción a la primera, por ser autónoma y en relación con la misma, para comprobar el motivo en el cual se funda la invalidez de

la actuación, los elementos probatorios existentes".

Sostiene que el impugnante no demuestra la existencia del error en la calificación de la infracción, que se hace consistir en tener como asociación para delinquir un delito de rebelión, ya que este ilícito no aparece establecido, "pues no está acreditado que se pretendiera por el grupo de delincuentes armados combatir el régimen constitucional existente y como se expresó en el concepto del Auditor de Guerra persiguín otras infracciones", como lo son el abigeato y el tráfico de marihuana.

Afirma que los que participaron en la emboscada fueron sorprendidos armados en el momento de cometer los delitos que allí se consumaron, agregando "sin que tenga consecuencia alguna que los procesados fueran capturados solo con posterioridad al hecho expresado y a la comisión de los delitos reseñados por los cuales fueron condenados".

Concluye sosteniendo que no se incurrió en errores al elaborar los cuestionarios.

Impugna la causal primera por violación directa de la ley porque con ella lo que se pretende es "desconocer la situación contemplada por el fallador, o sea que se trataba de cometer por el grupo en armas diversas infracciones comunes, con lo cual escapa al campo de esta causal", y porque la causal primera debe proponerse sin sujeción a la de nulidad, "y tampoco sería admisible, porque de considerarse demostrada no permitiría a la Corte dictar la sentencia correspondiente por la invalidez de la actuación".

Estima que tampoco puede prosperar la causal segunda porque en los cuestionarios no se incluyó ninguna referencia a la complicidad correlativa, pues la frase "no habiendo sido posible determinar su autor", incluida en los cuestionarios números 1 y 4 sobre los homicidios consumados y el imperfecto, consiste apenas en una explicación prácticamente inútil, porque tales cuestionarios preguntan por la responsabilidad "de haber causado la muerte con el propósito de matar, en asocio de otros", de lo cual se deduce que todos fueron coautores, y la complicidad correlativa parte de la base de que cuando varias personas toman parte en la comisión de un homicidio o lesión, no todas ellas fueron autores.

Consideraciones de la Corte

Tal como lo apunta la Procuraduría, resulta lógico comenzar el análisis de la impugnación con el examen de la causal cuarta propuesta, referente a que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Todos los cuestionarios parten del supuesto de que los homicidios y el robo fueron cometidos por una asociación permanente de personas que se formó con el propósito de cometer delitos, y a la circunstancia de que los emboscados que cometieron las infracciones que dieron ocasión a la sentencia impugnada fueron sorprendidos armados, en número de tres o más, en los momentos en que cometían los ilícitos por los cuales se les condenó.

La impugnación se hace consistir en que los condenados no cometieron un delito de asociación para delinquir sino uno de rebelión. La realidad procesal demuestra que ninguna prueba se produjo para demostrar que los condenados formaban una asociación cuya finalidad fuera la de cometer delitos; lo único que puede extraerse del conjunto probatorio es que emboscaron una patrulla militar, dándole muerte a varios de sus integrantes, hiriendo gravemente a otro y robando sus pertenencias militares, así como elementos destinados a comunicaciones y al servicio de intendencia.

Tampoco resulta de los autos que los emboscados fueron sorprendidos armados en el momento de cometer los delitos de homicidios y robo. Sorprender es verbo que define el diccionario de la Academia diciendo que consiste en "descubrir lo que otro ocultaba o disimulaba". En el sitio el Bejuquero, cañón del Hercle, corregimiento de Herrera, Municipio de Rioblanco, donde se consumaron los delitos, no estaba presente ningún miembro de la autoridad, como tampoco personas que no hubieran tomado parte en la comisión de los ilícitos. Varios días después de acontecido el suceso sangriento en el Bejuquero, fue cuando las autoridades descubrieron quiénes intervinieron allí. Por lo tanto, no hay elemento probatorio que

sirva para respaldar el aserto de que los autores de los delitos fueron sorprendidos en el momento mismo en que los consumaban, lo cual significa que ninguna de las modalidades de la asociación para delinquir está probada.

El impugnante afirma que en vez del delito de asociación para delinquir lo que existió fue uno de rebelión, porque al folio 143 aparece un folleto que contiene el reglamento aprobado por la Segunda Conferencia Nacional Guerrillera, o Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

Tal folleto fue encontrado en la casa de Wilson Rubiano situada en el corregimiento de Herrera, así como otros elementos tales como estupefacientes en cantidad aproximada de media libra. La única referencia a la posible vinculación de Wilson Rubiano con las FARC consiste en el hecho afirmado por el subteniente que suscribe el informe sobre una requisa que figura al folio 142. Aún admitiendo esa hipótesis, tal circunstancia solo puede predicarse de Wilson Rubiano, y no de los demás procesados. Por otra parte, Rubiano fue absuelto por el Consejo Verbal de Guerra.

El haber descubierto estupefacientes en cantidad aproximada de media libra en la casa de habitación de Wilson Rubiano, como se afirma en el informe sobre la requisa efectuada en su casa de habitación, sirve para demostrar que la circunstancia de tener una copia impresa del reglamento de la FARC no indica precisamente su vinculación a las actividades de ese movimiento subversivo, sino más bien al tráfico de estupefacientes. Pero esto tampoco resultó probado, ni fue materia del juzgamiento que se le hizo en el Consejo de Guerra Verbal.

Otros reparos pueden formularse a la actuación del Consejo de Guerra Verbal, tales como el hecho de que en el acta que recogió lo sucedido durante las reuniones que culminaron con los veredictos acogidos por las sentencias de primera y segunda instancia, no se incluyó copia de los cuestionarios, sino que al folio 520 aparece la esquemática afirmación de que la Presidencia declaró clausurada la etapa probatoria, "pasando a formular los cuestionarios". Y al finalizar dicho folio se repite que "formulados por la Presidencia los cuestionarios respectivos se procedió a su lectura, entregándolos a los señores Vocales para su correspondiente veredicto". Al folio 521 se expresa que el Fiscal "da lectura al cuestionario elaborado para el sindicado Egidio Castro". Y al folio 529 se afirma que los vocales profirieron veredictos condenatorios para los cuestionarios en relación con unos procesados, y absolutorios en favor de otros pero sin que tampoco se indique por qué delitos fueron condenados o absueltos los procesados mencionados en dicho folio.

Por otra parte, los cuestionarios que se le entregaron a los Vocales presentan la particularidad de que están escritos a máquina, pero no en original, sino en copias al carbón. Además, estos cuestionarios no tienen la firma del Presidente del Consejo Verbal de Guerra ni del Asesor Jurídico, sino únicamente la de cada uno de los Vocales, lo cual puede conducir a dudar sobre su autenticidad. En efecto, el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar dispone que "el Presidente del Consejo, con la colaboración del Asesor Jurídico, formulará, por escrito, y entregará a cada uno de los Vocales, el cuestionario o cuestionarios que se sometan a su decisión", los cuales deben ser redactados en la forma indicada en los artículos 559 y 560 del citado código.

Como los cuestionarios no fueron firmados por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, el Asesor Jurídico y el secretario de dicho Consejo, y como tampoco aparecen transcritos en el acta que recoge lo acontecido en la audiencia en que se juzgó a las personas vinculadas al proceso, resulta lógico llegar a la conclusión de que se ha violado una de las formas esenciales propias del juzgamiento por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, como lo es que el cuestionario o cuestionarios sean formulados por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra. Y este extremo no resulta probado ni por los cuestionarios, por cuanto en ellos no figuran las firmas del Presidente del Consejo de Guerra Verbal, del Asesor Jurídico y del Secretario del Consejo, ni por el acta que recoge lo acontecido en la audiencia del juzgamiento, porque en ella no quedaron transcritos.

La Corte ha sentado la reiterada jurisprudencia de que la violación de las garantías consagradas por el artículo 26 de la Consti-

tución constituye nulidad insubsanable, que debe declararse de oficio. La preexistencia de la Ley penal al acto que se imputa, el juzgamiento por juez competente, y la observación de la plenitud de las formas propias de cada juicio, encarnan un rígido contorno dentro del cual deben discurrir todos los procesos.

El debido proceso ha sufrido en el caso de autos evidente desmedro y por tal razón se está en presencia de una nulidad constitucional consistente en que los cuestionarios sometidos a la consideración del Consejo de Guerra Verbal carecen de las firmas que debieron autenticarlos, como demostración de que fueron elaborados por los funcionarios que determina el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar y, en su defecto, tampoco fueron insertados textualmente en el acta de audiencia sobre el juzgamiento, de lo cual hay que concluir que una de las formas propias del juicio no se cumplió.

Consecuente con esa jurisprudencia, se declarará la nulidad de lo actuado, desde cuando se incurrió en la grave irregularidad procesal antes anotada.

Los delitos que dieron origen al juzgamiento fueron cometidos por particulares, por cuya razón en la actualidad deben someterse al procedimiento ordinario que establece el Código de Procedimiento Penal. Como la nulidad abarcará desde la resolución de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra, el proceso queda en estado de sumario.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

CASAR la sentencia de 12 de marzo de 1975 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso a que se refiere la parte motiva de esta providencia, y declarar la nulidad de toda la actuación a partir de la Resolución número 59 de noviembre 10 de 1973 sobre convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, inclusive, quedando el proceso en estado de sumario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Magistrados Alvaro Luna Gómez y Mario Alario Di Filippo

Aunquando aceptamos que la omisión de firmas apuntada por la sentencia de la cual disentimos es causal de nulidad, no compartimos el criterio consistente en que la Corte, en sede de casación puede decretar, *ex-offici*, nulidad alguna, en atención a los siguientes razonamientos que hemos expuesto en ocasiones anteriores y los cuales, a nuestro entender, conservan plena vigencia:

"No debe olvidarse que una cosa es el proceso penal con sus etapas de sumario y juicio, dentro del cual se busca establecer la inocencia o responsabilidad de un sindicado y, otra, el recurso extraordinario de casación, dentro del cual lo que se pone en tela de juicio no es aquella inocencia o responsabilidad, sino el mérito mismo de la sentencia. Es, en realidad, un juicio distinto al primero, que se sigue con relación a ésta. Cosa diferente es el que ella sirva, por ejemplo, para unificar la jurisprudencia. Este juicio que se sigue contra el fallo por medio del recurso extraordinario de casación, tiene su ámbito propio, su reglamentación propia, su propio procedimiento, al cual es imperativo sujetarse, tanto más cuanto que hay claridad meridiana en su ordenamiento. Entonces el juzgador, al igual que las partes recurrentes están en la obligación de someterse a él, sin que puedan invocarse analogías que no han sido previstas por la ley.

"Dentro de las normas generales del procedimiento penal, es decir, en la etapa en que se cuestiona la inocencia o irresponsabilidad de un sindicado, se encuentran los artículos 212 y 213 que disponen:

"ARTICULO 212. Oportunidad para decretarlas. En cualquier estado del proceso en que el juez advierta que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, decretara la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga el proceso para que se subsane el defecto, salvo que se trate de falta de querella o ilegitimidad en el querellante.

"ARTICULO 213. Oportunidad para alegarlas. Salvo disposición legal en contrario, las causales de nulidad establecidas en los artículos 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación".

"Esta última regla es de una claridad manifiesta, la cual, si es posible, aparece más rutilante en su parte final: 'Pero dictada sentencia de segunda instancia, no se podrá ALEGAR sino en el recurso de casación' ".

"Luego, de acuerdo con este precepto para que, una vez dictada sentencia de segunda instancia pueda decretarse en casación una nulidad, es indispensable que ella sea ALEGADA, es decir, que el recurrente exponga las razones de hecho y de derecho sobre las cuales fundamenta su pretensión, según el sentido natural del vocablo 'alegar' Siendo conveniente observar que como en el pasaje anterior se hace mención expresa de su presentación en el recurso de casación, al fijarse por el legislador, dentro del procedimiento propio del recurso extraordinario de que se viene tratando, cuáles son los requisitos que debe llenar la correspondiente demanda, se hace mención expresa de los siguientes: presentación de los hechos, invocación de la causal o causales que se estimen pertinentes, argumentación clara y precisa de los fundamentos que las sustentan y cita de las normas sustanciales que se consideren infringidas (C. P. P., Art. 576). De manera que existe armonía entre

la parte final de la regla 213 del Estatuto Procesal Penal que hace referencia a la ALEGACION de la causal de nulidad en casación y, entre las normas propias de este recurso extraordinario.

"De otra parte, la ley limita la competencia de la Corte en casación al prohibir que ésta tome en cuenta 'causales de casación distintas de aquéllas que hayan sido EXPRESAMENTE ALEGADAS POR LAS PARTES' es decir, que en el juicio que se sigue contra una sentencia en desarrollo de recurso extraordinario, la competencia, por este aspecto, no es absoluta sino limitada a las causales expresamente invocadas y ALEGADAS por las partes.

"De ahí que con relación a las nulidades, pueda afirmarse: en dos normas distintas pero siempre referenciadas de manera expresa al recurso de casación, se exige que aquéllas sean ALEGADAS por los recurrentes (C.P.P., Arts. 213 y 576) so pena de no poder ser tenida en cuenta (íd. Art. 576).

"Cobra mayor fuerza el argumento anterior, al tener en consideración lo siguiente: Si al artículo 212 del Código de Procedimiento Penal pudiera dársele el alcance que se le asigna en la sentencia de la cual disentimos, es decir, que la Corte, en sede de casación puede decretar de oficio cualquier nulidad con solo advertirla, aunque no le haya sido propuesta ni alegada, entonces sobraría el aparte final de la norma siguiente (213), así como también la cuarta de las causales de impugnación: haberse dictado la sentencia 'en un juicio viciado de nulidad' (íd. 580, Núm. 4). Y, de otra parte, también sobraría la perentoria exigencia de que tales causales de nulidad, dentro del trámite propio del recurso extraordinario de casación, tuvieran que ser expresamente invocadas y alegadas (íd. Arts. 576 y 213).

"De todo lo cual se llega a la conclusión de que la Corte, en sede de casación, no puede entrar a conocer ni a decidir de oficio motivos de nulidad que no le han sido expresa y concretamente alegados".

Y como en ninguna parte de la demanda se invocó, como fundamento de las nulidades que se presentaron a la consideración de la Sala el que se hubiera incurrido en los cuestionarios en la omisión señalada por la sentencia de la cual disentimos, no podemos compartirla y ello explica el presente salvamento de voto.

Fecha ut supra.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo.

NULIDAD

Yerro en cuanto a la época en la que fue cometida la infracción. Debe ser de tal naturaleza que lleve oscuridad sobre el cargo que se le hace al acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo diecinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 23. Mayo 18/76.

Vistos

Agotada la tramitación del caso, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía 2ª del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga contra la sentencia de ese Tribunal, fechada el 20 de marzo de 1975, por la cual se le impuso a ALICIA ESCOBAR DE BRAVO, mediante condena condicional, la pena principal de doce meses y diez días de prisión, como responsable de los delitos de estafa y falso testimonio (Arts. 408 y 193 del Código Penal).

Conoció en primera instancia el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartago (Valle).

Hechos y desarrollo del proceso

El Fiscal recurrente hace, en cuanto a lo ocurrido y al trámite del negocio, la siguiente síntesis que acoge la Corte:

"Según las anotaciones contenidas en el expediente, en el proceso penal correspondiente se debatieron los siguientes aspectos:

"1º) En escrito presentado el siete (7) de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973) ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cartago, el señor Francisco Hurtado Arango estableció denuncia contra la señora Alicia Escobar de Bravo, a quien imputó la ejecución de diversos actos delictuosos que el suscribiente califica como Falso Testimonio, Abuso de Confianza y Estafa, cometidos por la sindicada con ocasión del cobro de una cantidad de dinero que hubo de pagar el denunciante al ser demandado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago.

"2º) Según los términos de la denuncia, el señor Hurtado Arango señaló a la sindicada como incursa en las infracciones señaladas, por cuanto declaró hechos falsos en el juicio civil propuesto contra él para cobrar la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.oo), representados en la letra de cambio girada el primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta y nueve (1969), pagadera el primero A (1º) de noviembre del mismo año, por Santiago Agudelo V. y Francisco Hurtado A; por haber cobrado así mismo intereses usurarios con ocasión del mutuo que originó el referido instrumento negociable, ya que habiéndose pactado la rata correspondiente al dos por ciento mensual (2%), en realidad le fueron pagados al tres por ciento (3%); y porque al proponerse la demanda judicial para el cobro ameritado, el demandado Hurtado Arango se vio obligado a pagar intereses sobre el capital ya enunciado por lapso de veintinueve meses y siete días, contado desde el mes de enero de mil novecientos setenta (1970) hasta el siete (7) de junio de mil novecientos setenta y dos (1972), a pesar de que el verdadero deudor, señor Santiago Agudelo, los había pagado hasta el veinticinco (25) de octubre de mil novecientos setenta y uno (1971), según lo afirmado por éste, con fun-

damento en los recibos que se llevaron a la controversia de orden civil ya mencionada.

"3º) Adelantado el diligenciamiento respectivo, el funcionario del conocimiento, que lo fue el Juez Primero Penal del Circuito de Cartago, previo el cierre de la investigación, procedió a calificar el mérito del sumario en cuestión, habiéndolo hecho mediante la providencia fechada el ocho (8) de mayo de mil novecientos setenta y cuatro (1974), visible a folios 130 y siguientes del cuaderno original, por la cual se llamó a juicio a la sindicada Alicia Escobar de Bravo como infractora del artículo 193 del Código Penal, al paso que se dictó sobreseimiento definitivo por las demás violaciones denunciadas, ya que el juez a quo estimó que no se configuraban los otros delitos, es decir el Abuso de Confianza y la Estafa, conforme lo había señalado con anterioridad en su providencia de marzo veintinueve (29) del año próximo pasado (fl. 118, c. original), en la que denegó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

"4º) El defensor de la acusada recurrió en apelación del auto calificatorio en referencia. En representación del Ministerio Público el suscrito pidió a la Sala de Decisión del Tribunal la correspondiente confirmación de dicho proveído. Empero, en providencia datada en agosto primero (1º) del año anterior (fl. 145, c. original), la nombrada Entidad, con argumentos espaciosos y notoriamente confusos, al tiempo que expresó en el punto segundo de la citada decisión 'Confirmar en todas sus partes la providencia materia de apelación y consulta' ya en el punto primero había dispuesto el llamamiento a juicio de la procesada, como autora del delito de Estafa.

"5º) Al ejecutoriarse la providencia de segunda instancia, después de haberse obviado las irregularidades originadas en el error a que dio lugar el equivocado procedimiento del Tribunal al ordenar un nuevo nombramiento de defensor, sin atender la designación, posesión y actuación del nombrado en su oportunidad por la acusada, el juicio se tramitó en el despacho del conocimiento, donde se realizó la audiencia pública el tres (3) de diciembre próximo pasado, acto en el cual el defensor de la procesada solicitó su absolución por carencia de la plena prueba para proferir sentencia condenatoria, ya que existían en el proceso serias dudas que no fueron oportunamente eliminadas acerca de la estructuración de los delitos imputados.

"6º) La causa culminó en primera instancia con el fallo condenatorio de que se hizo mención con anterioridad, mediante el cual se impuso a la procesada Alicia Escobar de Bravo la sanción principal de doce (12) meses diez (10) días de prisión y treinta (30) días de interdicción de derechos y funciones públicas, como infractora de los artículos 193 y 408 del Código Penal.

"7º) A pesar de haberse solicitado por el Ministerio Público, representado al efecto por el suscrito Fiscal, que el fallo sometido a consulta por el Juez a quo fuera modificado en el sentido de absolver a la acusada por el cargo de Estafa, el Tribunal ad quem le impartió plena confirmación al susodicho proferimiento, aduciendo los mismos fundamentos del auto de proceder de segundo grado, pues la providencia visible a folios 192 y siguientes del cuaderno original contiene prácticamente una exacta copia de la aludida decisión en que se resolvió sobre la apelación y consulta del calificatorio del mérito del sumario.

"8º) Recurrida en casación la sentencia referida, el Tribunal concedió el recurso el veintinueve (29) de abril del año en curso, y luego esa Corte de Casación lo admitió en su providencia fechada el veintidós (22) de mayo último, en la que se dispuso el traslado al suscrito para la formulación de esta demanda".

Demanda y observaciones del Procurador Delegado

Invoca el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Buga las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así:

a) Causal cuarta

Dos cargos presenta a través de este motivo de casación:

1º Error en cuanto a la época en que fue cometida la infracción.

2º Reforma en perjuicio de la sindicada, al ser confirmado en segunda instancia el auto de proceder, pues allí se agravó la si-

tuación de ésta, siendo la única recurrente del que se dictó por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartago.

b) Causal primera

Entiende el actor que el Tribunal Superior de Buga le dio a los hechos un alcance que no tienen, pues la sindicada solamente puede ser señalada como la persona que indujo en error al Juez que conocía del proceso ejecutivo, en cuanto a la cuantía de los intereses que debía pagar el ejecutado, pero no indujo en error a éste, no teniéndose, entonces, el delito de estafa porque fue condenada.

A los cargos que le hace el demandante al fallo impugnado se refiere el Procurador 3º Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

"Aparece del proceso que Alicia Escobar de Bravo demandó en juicio ejecutivo ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Cartago a Francisco Hurtado Arango, quien aparecía como codeudor de una letra por $ 20.000.oo junto con Santiago Agudelo Vásquez; dentro de dicho juicio se recibió declaración de parte a la ejecutante quien manifestó que los demandados eran codeudores y que había pagado Agudelo intereses únicamente durante los primeros seis meses a partir del 1º de julio de 1969, fecha del documento citado; en atención a esto se efectuó liquidación del crédito y se incluyeron intereses desde enero de 1970 hasta el 7 de junio de 1972, a pesar de que Agudelo los había pagado hasta el 25 de octubre de 1971, lo cual dio lugar a que presentara denuncia contra la ejecutante Escobar de Bravo por falso testimonio —en relación con afirmaciones inexactas en la referida diligencia— abuso de confianza y estafa, de conformidad con los recibos de pago de los intereses hasta la fecha ya indicada, cuyas copias auténticas obran en autos.

"Perfeccionada la investigación fue llamada a juicio la procesada por el Juzgado del conocimiento, por falso testimonio y sobreseída definitivamente en cuanto al cobro de intereses usurarios; apelada esta providencia, por el defensor el Tribunal confirmó dicha providencia y enjuició también a la misma por estafa, en relación con el cobro de los intereses referidos ya pagados.

"Los cargos contra la sentencia referida, se apoyan en la causal cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. En cuanto a la causal cuarta se alega nulidad por cuanto sin estar vigente el artículo 3º de la Ley 17 de 1975 que permite la 'reformatio in pejus' se agravó la situación de la acusada, al llamarla a responder también por estafa, cuando se resolvía apelación propuesta por su defensor; y porque se incurrió en error en cuanto a la época de ejecución de dicho delito, pues su fecha no fue la del 15 de diciembre de 1971, cuando la procesada declaró como parte en el juicio ejecutivo, pues no obtuvo en esa fecha el provecho, ni perjudicó en ese momento al denunciante Francisco Hurtado.

"En cuanto a la nulidad en atención a la 'reformatio in pejus' se considera que no procede, por cuanto si bien la Honorable Corte en sentencia de Casación de 27 de noviembre de 1972 (Casación de Salomón Mesa y Santiago Muñoz) decidió que no podía agravarse el cargo al acusado —con lo cual varió anterior jurisprudencia (Casación diciembre 6/44, G.J.T. LVIII, pág. 282)— al ser definido el punto por la Ley 17 de 1975 (artículo 3º), norma que debe aplicarse y que comprende esta situación, no existe nulidad; y en cuanto a la fecha, la sola imprecisión de ésta por referirla al momento en que se hizo la falsa afirmación que dio lugar a la liquidación y al pago, no produce efecto en cuanto a la época, ni en cuanto a la infracción misma atribuida a la procesada para su determinación y por tanto no tendría el alcance de nulidad.

"En relación a la causal primera se afirma que se incurrió en apreciación errónea de la prueba, pues según la sentencia se indujo en error no al ejecutado, sino al funcionario judicial que tramitaba el juicio y quien liquidó el crédito, lo cual carece de incidencia pues por la manifestación dicha de la ejecutante y por el error consiguiente, el Juez liquidó tales intereses no debidos por haberse pagado ya con perjuicio para el ejecutado y así existió error, aunque no en el demandado lo cual no hace desaparecer la infracción y se produjo daño patrimonial para el ejecutado.

"Así, no comparte esta Procuraduría las razones alegadas en la demanda.

"En consecuencia, se abstiene este Despa-

cho de ampliar la demanda, de conformidad con la facultad otorgada por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Corte

Está de acuerdo la Corte con las conclusiones a que llega el Procurador 3º Delegado en lo Penal, pues evidentemente ninguno de los cargos que hace el actor resultan comprobados y no prosperan, en consecuencia, ni la causal cuarta, ni la causal primera de casación que éste propone.

En efecto, se tiene lo siguiente:

1º Causal cuarta

Primer cargo

No se tiene la circunstancia de nulidad de que trata el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues el yerro en cuanto a la época en la que fue cometida la infracción debe ser de tal naturaleza, que lleve oscuridad sobre el cargo que se hace al encausado. En fallo de casación de 11 de agosto de 1941 (G. J. T. LI, pág. 681) dijo esta Corporación que, "si se indaga por el fundamento de la nulidad procesal originada en equivocación relativa a la época y lugar en que se cometió el delito o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, es necesario reconocer que el legislador estableció esos motivos de nulidad, no con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de los procesos, sino buscando el fin de identificar el delito y de evitar la injusta condenación de un inocente a quien las autoridades hayan podido confundir con el verdadero responsable a causa de una simple similitud de nombres o apellidos...".

Y en este caso, la época indicada en el auto de proceder comprende la de esa diligencia de absolución de posiciones, que dio pie al cargo de falso testimonio, infracción esta que resulta conexa con la de estafa, cargo este último también hecho a la señora Escobar de Bravo.

Ninguna posibilidad de injusticia surge del hecho agotado por el demandante y, por consiguiente, este cargo no tiene comprobación, como se dijo ya.

Segundo cargo

Falta de aplicación de la doctrina sobre "no reformatio in pejus", siendo así, anota el actor, que la Ley 17 de 1975 que rechazó ese alcance doctrinario, no había sido dictada.

El cargo, como anota el Procurador 3º Delegado en lo Penal, no tiene fundamento serio, pues las doctrinas de la Corte no son de obligatoria acceptación para los juzgadores de jerarquía inferior. Y si en este caso el Tribunal Superior de Buga modificó el auto de proceder proferido en primera instancia, agravando la situación de la procesada única recurrente, ello no permite concluir que se infringieron las formas propias del juicio, pues éstas las indica la Ley y no la doctrina de los jueces. Y, tanto menos, cuanto que esa jurisprudencia de esta Corporación sobre la "no reformatio in pejus" ya fue no solamente rectificada por la Corte, sino rechazada por la Ley mencionada.

2º Causal primera

Este cargo apenas pone de manifiesto una equivocación del demandante, en cuanto a que no siempre coincide el sujeto pasivo del daño causado con el delito de estafa y la persona inducida en error mediante engaños o artificios.

Así, no deja de tenerse el delito de estafa, por caso, cuando la persona llevada a error por el delincuente apenas tiene la calidad de vigilante de una cosa mueble, que en razón de tal error entrega, con perjuicio del dueño de ese bien.

Y en este negocio, si bien el señor Francisco Hurtado cubrió una cantidad superior a la que debía pagar como intereses a la demandante, señora Alicia Escobar de Bravo, en virtud del yerro en que ésta hizo incurrir al juez que liquidó el crédito, no por ello deja de tenerse el delito de estafa, pues el daño económico y el consiguiente beneficio ilícito fueron consecuencia de la maniobra engañosa puesta en juego con tal objeto, y es esto lo que se requiere para que se tenga el delito de estafa, siendo intrascendente el que coincidan o no el sujeto pasivo del engaño y la víctima del delito.

Basta observar la forma como el demandante presenta este cargo, para tenerlo como infundado. Dice, en efecto:

"Expresó el Tribunal, luego de hacer referencia a las explicaciones de la acusada acerca de la existencia de otros créditos suyos contra el señor Agudelo, por la época del pago a que aluden los recibos ameritados, lo siguiente: '...La anterior consideración muestra de bulto la mala fe con que actuó la Escobar de Bravo, llevada por su avidez de lucro hasta el punto de inducir en error al funcionario de la justicia que liquidó las costas del juicio ejecutivo adelantado contra Francisco Hurtado, haciéndole pagar, a fin de librarse del embargo de cuantiosos bienes, sumas que no correspondían por cuanto y como está demostrado en este proceso, los intereses no se le adeudaban a la demandante que ampliamente los había recibido a un interés mayor al que a última hora se le puso en la casilla correspondiente del instrumento de cambio. En esta forma la Escobar Arango (sic) obtuvo un provecho ilícito con perjuicio de los intereses de Francisco Hurtado, incurriendo en el delito de estafa, que consagra el artículo 408 del Código Penal'. Como bien puede apreciarse..." (comenta el actor) ..."por la transcripción que antecede, el Tribunal entendió configurado el delito de estafa por el error en que incurrió el funcionario de la justicia civil que realizó la liquidación de los intereses pagados finalmente en el juicio ejecutivo por el demandado Hurtado Arango. Así, pues, es protuberante el error cometido, ya que en verdad no se determinó el ilícito imputado a la acusada por su actividad personal en orden a inducir en error a Hurtado Arango para obtener de éste un provecho ilícito, sino que el engaño de que trata el artículo 408 del Código Penal fue ejecutado en la persona de la justicia que liquidó las costas, según la clara y expresa manifestación del Tribunal en las providencias referidas".

Se repite que este cargo no tiene comprobación.

No prosperan las causales de casación aducidas y, por tanto, debe desecharse el recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto de su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 20 de marzo de 1975, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior de Buga.

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

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO

Uso indebido. Artículo 151 del Código Penal y Decreto 1858 de 1951. Definición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E. mayo veinte de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 24 de 20 de mayo de 1976.

Vistos

En sentencia de treinta de julio del año próximo pasado, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, impartió integral confirmación al fallo pronunciado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, en contra de LUIS ERNESTO ARAUJO CHAVARRO, a quien por la comisión de un delito de "Peculado", en perjuicio del Tesoro Departamental, cuando actuaba como Contralor General, interino, le impuso veinticuatro (24) meses de presidio, así como las accesorias pertinentes (fls. 33 y ss.).

Oportunamente el defensor de ARAUJO CHAVARRO, doctor Antonio José Cancino, interpuso el recurso de casación, sustentado en debida forma al surtirse el trámite de rigor.

Actuación procesal

El Procurador del Distrito Judicial de Neiva, doctor Hernando Bocanegra, fue informado el 19 de mayo de 1973, por el Jefe de la Policía Judicial, doctor Octavio Medina de las noticias difundidas por "La Voz del Huila", por el doctor Julio Bahamón Vanegas, sobre comportamientos irregulares y delictuosos que se venían sucediendo en la Contraloría General del Departamento, servida por el señor ARAUJO CHAVARRO, concretamente el suministro de dinero oficial a Esteban Cleves Cleves, Director de la Regional 8ª del IDEMA. De inmediato produjo una investigación administrativa, confirmando la naturaleza ilícita de los hechos atribuidos a ARAUJO CHAVARRO. La misma incluyó una visita realizada en dos sesiones a la mencionada dependencia oficial, por el Abogado Visitador de la Procuraduría General de la Nación, doctor Diógenes Henríquez Pereira, la que terminó por demostrar la realidad de las denuncias formuladas de modo público por el doctor Bahamón Vanegas.

De ahí que todo lo practicado en esta averiguación disciplinaria, pues con esta característica se dio principio a la indagación, se pasó al Director Seccional de Instrucción Criminal de Neiva, quien comisionó al Juez 12 para abrir el correspondiente proceso, el cual se inició el 14 de junio del año en referencia.

La investigación que no tenía nada de compleja, logró rápidamente su perfecta culminación, aunque el aludido Juez 12 de Instrucción Criminal no definió la situación jurídica del procesado. El Juzgado Quinto Penal del Circuito, a quien le fuera repartido este expediente, sobreseyó temporalmente en favor de ARAUJO CHAVARRO, en auto de 18 de marzo de 1974. La nueva calificación, cumplida en auto de 14 de junio de este último año, encontró motivo suficiente para residenciar en juicio criminal a LUIS ERNESTO ARAUJO CHAVARRO, para responder del delito de "Peculado", en su modalidad de uso indebido de los caudales públicos del departamento (artículo 151 del Código Penal y Decreto 1858 de 1951,

artículo 3º). En la misma providencia se hizo igual cargo a Beatriz Tovar Fierro (pagadora habilitada de la Contraloría) y José Domingo Garzón Losada (auditor fiscal de esta dependencia oficial).

La reposición cursada por el defensor de Garzón Losada, no prosperó en el sentido deprecado por éste. Se concedió, entonces, la conjunta apelación interpuesta por los tres enjuiciados, recurso que fue definido por el Tribunal, en auto de 16 de noviembre de 1974, en el sentido de confirmar el vocatorio a juicio de LUIS ERNESTO ARAUJO CHAVARRO y revocar lo relacionado con Beatriz Tovar Fierro y José Domingo Garzón Losada, quienes fueron sobreseídos definitivamente, pues éstos no tuvieron deliberante participación o acuerdo en lo realizado y se limitaron a cumplir una orden de imperativa aplicación (Art. 25, 1 del Código Penal).

La tramitación de la causa se surtió normalmente y en ella se observaron todas las formas propias del juicio. Esta etapa concluyó con los fallos condenatorios de primera y segunda instancia, ya mencionados en el comienzo de esta providencia.

Hechos

Se toma, por ajustada a las constancias procesales, la versión que compone el sentenciador colegiado, quien escribe: "...Narra el expediente que por Decreto número 528 de primero (1) de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972), el Gobierno Departamental nombró a LUIS ERNESTO ARAUJO CHAVARRO como Contralor General del Departamento, se posesionó veinte (20) días después y laboró hasta el dos (2) de julio de mil novecientos setenta y tres (1973), según se deduce de los documentos que obran a folios 89, 90 y 91. Durante el lapso de su gestión ordenó girar y entregó a favor de ESTEBAN CLEVES CLEVES, el veintisiete (27) de febrero de mil novecientos setenta y tres (1973), el cheque número 574148 de la Cuenta Corriente número 2391 perteneciente a la Contraloría Departamental en el Banco Ganadero de la ciudad por la suma de diez mil pesos ($ 10.000.oo) y por ventanilla lo hizo efectivo al beneficiario quien por su parte, extendió el cheque número 259037 por igual valor a cargo del Banco Comercial Antioqueño y a favor de la Contraloría que fue consignado el nueve (9) de marzo en la cuenta que la Entidad tenía en el Banco Ganadero y que resultó efectivo. El veintisiete (27) de abril del mismo año, nuevamente se repitió la operación cuando ESTEBAN CLEVES CLEVES recibió el título valor número 574192 de la citada cuenta corriente 2391 del Banco Ganadero de la ciudad por la suma de diez mil pesos ($ 10.000.oo) que fue cobrado por ventanilla CLEVES CLEVES entregó otro instrumento de su propiedad por igual valor a favor de la Contraloría y que no fue recogido por el Banco sino en efectivo acatando una sugerencia del girador que posteriormente lo pagó en efectivo como se desprende del documento que obra a folio 153 y de la exposición juramentada del acápite 165...".

Aspectos probatorios

La providencia acusada verifica un exacto escrutinio de las probanzas incriminadoras y concierta su efecto responsabilizador. Brevemente, fijando atención a los aspectos más sallentes y de mayor mérito, se indica lo siguiente:

Beatriz Tovar Fierro, pagadora habilitada, manifiesta haber recibido la orden, por dos ocasiones, para entregar sendos cheques, por valor de $ 10.000.oo cada uno, al doctor Cleves Cleves, recibiendo a su vez dos títulos-valores, de la cuenta corriente de éste. Los cheques de Cleves Cleves, no se pudieron hacer efectivos inmediatamente pues el primero (259037, Banco Comercial Antioqueño) se consignó infructuosamente a finales de febrero y fue devuelto por insuficiencia de fondos. Ya en el mes de marzo (9) se logró su cobro; y, el segundo (la declarante, acudiendo a su memoria, lo determina como perteneciente al Banco Ganadero. Número 1049892) permaneció varios días depositado en la Contraloría, verificándose su retiro por consignación en efectivo que se hiciera en la cuenta corriente de este despacho (número 3838, Banco de Bogotá) (fls. 18, 19, 38, 40).

Esta testigo de excepción sostiene sus afirmaciones en careo con ARAUJO CHAVARRO, quien sólo atina, como exculpación de su conducta, a señalar que su empleada malentendió su gestión, pues lejos de orde-

narle cumplir tal actividad, se limitó a hacerle una insinuación en este sentido.

El auditor fiscal, José Domingo Garzón Losada, coincide con la Tovar Fierro, en cuanto a explicar su intervención, sin oponerse como era su deber a esta clase de malos manejos, porque mediaba la coactante orden del Contralor, autoridad superior en este ámbito administrativo.

Las Actas levantadas por el Visitador de la Procuraduría, fls. 9 a 12 y 18 a 21, especialmente la segunda, demuestran la verdad y modalidades de estas viciosas y delictivas transacciones.

No es necesario abundar en mayores referencias, porque surge, con meridiana claridad que, ARAUJO CHAVARRO, por su amistad con Cleves Cleves, al punto que en el mes de abril fue designado aquél como Asistente Regional II en la Dirección Regional 8ª del IDEMA, servida por éste (fls. 35 y 40), requirió a sus subalternos, directamente a Beatriz Tovar Fierro y por intermedio de ésta a José Domingo Garzón Losada, para que se entregara dinero a Cleves Cleves, por valor total de $ 20.000.00, recibiendo en cambio títulos valores por igual suma pero de cobro diferido. En este uso indebido del dinero oficial, que requería liquidez permanente y no podía distraerse en servicios extraoficiales de la índole anotada, reside la conducta delictiva que los juzgadores de primera y segunda instancia, consideraron suficiente para proferir un fallo condenatorio como el recurrido en casación.

La demanda de casación

Se invocan los siguientes motivos contra la susodicha sentencia:

1. Violación indirecta de la Ley. El sentenciador atribuyó a algunas pruebas, un valor del cual carecen.

Los falladores tuvieron en cuenta las Actas de 25 y 29 de mayo de 1973, emanadas del Visitador de la Procuraduría, porque sus comprobaciones no contradictorias, claras y coincidentes, no impugnadas ni tachadas por las personas a quienes podían afectar o por otros ciudadanos, constituye documento público auténtico. Además aquéllos acudieron al mérito de los testimonios recibidos durante la averiguación disciplinaria, concretamente a los que obran en los fls. 46 y 48.

En otras palabras, la sentencia radica su valor en pruebas realizadas antes del auto cabeza del proceso, aportadas con posterioridad a éste pero sin que fueran ordenadas o realizadas por el Juez, que sí por la Procuraduría.

"...En estas condiciones, dice el censor recordando un pronunciamiento de la Corte en caso que califica de similar, es obvio concluir que el fallador violó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, en el que se ordena que no se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, **legalmente producidas**, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamo a juicio y la de que el procesado es responsable de ella.

"No se desconoce que esos elementos puedan constituir documentos públicos, pero lo cierto es que el Código Procesal Penal dice muy claramente cuál es el procedimiento para que se alleguen las pruebas al proceso y si ese procedimiento no se cumple, las pruebas, por este aspecto de fondo, no pueden ser tenidas en cuenta por el Juzgador, porque de lo contrario, como lo dijo la Honorable Corporación, se limitan y violentan los más elementales principios que rigen el proceso, como son los de lealtad probatoria y posibilidad de contradicción.

"Es cierto que la visita daba muchos elementos de prueba para el Juez, pero éste ha debido verificar, con base en ellos, la actividad propiamente jurisdiccional, y no aceptar el procedimiento del trasplante automático de diligencias, tan peligroso dentro de un procedimiento como el nuestro.

"Así, si el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal dispone que no se practicará prueba sino por disposición del Juez o funcionario de instrucción, ya de oficio, o a petición de cualquiera de las personas indicadas en el artículo anterior, el juzgador, en este caso, violó indirectamente la norma, al haber otorgado pleno valor, a unas diligencias que no lo tenían, como fueron las practicadas por una entidad administrativa, la Procuraduría del Distrito.

"Si la Honorable Corte Suprema de Justicia considera pertinente este cargo, solicito se digne tomar la determinación corres-

pondiente, al tenor de lo estatuido por el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal...".

2. Violación indirecta de la Ley.

El sentenciador no tuvo en cuenta una prueba que era definitiva para la solución de la situación jurídica de ARAUJO CHAVARRO.

Esta prueba es la tarjeta que aparece a fl. 153 y que fue enviada por Cleves Cleves al sentenciado: "...te ruego el favor de dar orden de no consignarme el cheque hasta el jueves ya que me voy para el Caquetá y regreso el miércoles. Gracias...".

Esto lleva al recurrente a deducir que, cuando Cleves Cleves recibió el servicio de ARAUJO CHAVARRO, éste ignoraba el propósito de aquél de impedir el inmediato cobro del cheque suceso que fue posterior y modificó las circunstancias dentro de las cuales actuó o creyó actuar el procesado. Así las cosas no se produjo el uso indebido que destaca y reconoce el fallo.

El impugnador explana, en este punto, su tesis: "...el error de hecho de que aquí se trata, no puede surgir de complejos, elaborados o sutiles análisis de orden probatorio, sino de una antinomia nítida entre la verdad que el proceso reclama y la visión del fallador.

"En este caso concreto, la existencia de esa prueba que no se tuvo en cuenta para el fallo, indica que existe una antinomia clara, entre lo sostenido por el Tribunal, es decir, el conocimiento pleno de la inexistencia de fondos y el propósito definido de hacer uso indebido de caudales públicos con orden previa al cambio, y lo que se deduce de ese documento, esto es, que si existió alguna orden de no consignar el título valor, ello ocurrió con posterioridad al cambio de un título valor por otro.

"Al no tenerse en cuenta esa importante prueba, se violaron indirectamente, por error de hecho, los artículos 26 de la Constitución Nacional, como que se recortaron las garantías al sindicado y se omitieron las formalidades del juicio, y el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, por haberse proferido una providencia en la que no se consignaron todos los elementos de prueba...".

3. Violación directa de la Ley (subsidiaria).

Interpretación errónea.

Empieza por sentar que el daño es elemento integrante del peculado, debiéndose establecer no sólo la improbidad en la disposición de un objeto sino el perjuicio que a la administración pública se causa en concreto.

"...Consecuencia de lo anterior viene a ser, por un lado, que si no se ha demostrado la existencia del daño concreto, no puede darse por establecida la figura delictuosa y, de otra parte, que no se puede simplemente presumir la existencia del daño sino que debe ser concretamente establecido.

"En el caso de autos, no se puede afirmar con la propiedad pertinente, que ese cambio de cheques o títulos valores, hubiera generado un perjuicio o daño material concreto a la Contraloría del Huila. Y sin ese daño, como lo ha sostenido esa Honorable Corporación, no puede darse la figura del peculado denominado propio.

"El cheque, a pesar de todo lo que se diga en contrario, equivale a dinero, es medio de pago.

"Los cheques no adolecían de vicios de fondo o de forma y, en consecuencia, debían entenderse pagaderos a su presentación; presuponer que existió daño, no es jurídico, como lo anotó la Honorable Corte en providencia que se comenta.

"La conducta de ARAUJO consistió en solicitar a sus empleados subalternos que cambiaran un cheque por otro. De esa conducta, así aceptada, no puede deducirse por parte alguna el elemento correspondiente a la culpabilidad, como que si bien es cierto que sería discutible la estructuración del aspecto del conocimiento, no existe problema frente al aspecto de la voluntad. En ningún momento pretendió mi poderdante obtener un provecho ilícito, para sí o para terceros.

"Finalmente, en la sentencia que se recurre se dice que no es necesario el daño, sino que basta la simple conducta. Se contraría la esencia de la disposición que se trata de aplicar, como que, en verdad, ese daño debe ser consecuencia necesaria de esta clase de infracciones como lo sostuvo la Corte. No desprendiéndose de los hechos aceptados, la existencia de ese elemento daño, consideramos respetuosamente que es procedente la causal 1ª de casación, por infracción di-

recta, consecuencia de errónea interpretación, del Artículo 3º del Decreto 1858 de 1951...".

Consideraciones de la Sala y opinión de la Procuraduría

Del primer cargo

La Procuraduría enfrenta exitosamente este análisis al señalar: "...tales diligencias se cumplieron por la entidad encargada de la vigilancia administrativa, en cumplimento de su función y por tanto tienen autenticidad suficiente y como el mismo recurrente lo admite, la calidad de documentos públicos, esto es, con valor probatorio suficiente por sí mismos. Por otra parte, mediante el auto cabeza de proceso se ordenó tenerlos en cuenta para la iniciación de la investigación penal, por manera que fueron legalmente introducidos al proceso y las partes tuvieron oportunidad de conocerlos y rebatirlos y hacer con relación a los mismos las observaciones que considerara pertinentes, ya para que se aclararan o para que se desconocieran si realmente no correspondieran a la verdad de lo sucedido... Desde otro punto de vista, examinada dicha actuación, parece que se compone de varios testimonios, de documentos y de la visita referida. En cuanto a los primeros, los testigos fueron en su mayoría interrogados dentro del proceso, con lo cual se cumpliría plenamente la forma que exige el recurrente; en cuanto a los documentos, auténticos por ser públicos y con valor suficiente por lo ordenado al iniciar el proceso, esto es, tenerlos en cuenta; y la visita cumplida por el funcionario de la Procuraduría, en ningún momento fue desconocida, aparte de que se suplirla, aunque se desestimara, con otras informaciones del proceso, como son las manifestaciones de los procesados, las declaraciones de diferentes testigos y los documentos allegados, sin que en ningún momento se haya puesto en duda que efectivamente por parte del procesado se ordenó la entrega de dineros para cambiar cheques de otra persona, en lo cual consiste la infracción..."

A estas convincentes argumentaciones, que se apoyan en demostraciones ciertas, es poco lo que debe agregarse. El comentario del Ministerio Público enfoca la respuesta en los puntos exactos de la discusión. Pero conviene redondear la exposición en los siguientes términos: La violación indirecta de la ley, en su modalidad de error de derecho puesto que a una prueba ilegalmente incorporada al proceso se le atribuyó un valor de que carecía, no consigue una presentación adecuada y completa del tema.

En efecto, no niega que la actuación preprocesal criticada, cumplida por la Procuraduría del Distrito Judicial de Neiva tuviera plena validez en esa órbita administrativa y disciplinaria, ni tampoco que lograra resultados probatorios de notable eficacia. Lo que se cuestiona en su inserción en el proceso penal y su efecto persuasivo en el mismo.

Pues bien, el censor se cuida muy bien de indicar qué puede hacerse con una prueba válida surgida con antelación a la averiguación penal y se limita a recordar, acudiendo al artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, que no se practicará prueba sino por disposición del juez o funcionario de instrucción. En otras palabras, la prueba por hacerse es la única que puede llevarse al proceso en forma legal porque sólo ella está en condiciones de ser ideada por el Juez o admitida por éste a instancias de las partes y realizada mediante el correspondiente decreto de práctica. Pero las que ya existen y tienen un valor por sí, parece, por las glosas del recurrente, que tienen un alcance de bondad y eficacia restringido a la esfera extraprocesal. Solo en el grado que puedan rehacerse tendrán validez en el proceso penal. Esta consideración resulta inadmisible porque la investigación no sólo aprovecha lo que ella misma descubre y estructura sino lo que preexistiendo pueda utilizarse legalmente en la misma. ¿Qué sería, entonces, de la prueba documental pública que está dirigida a indeterminado número de destinatarios y tiene una vigencia plena y constante? Y ¿qué de la de índole privada que no es dable sustituir? Y ¿qué de cierta necesaria economía procesal que manda evitar repeticiones inútiles, en especial lo que dice relación a documentos?

La legalidad de la prueba, exigida por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, se satisface en casos como el comentado mediante la orden impartida por el Juez de considerar las actuaciones pertinentes como propias a la esfera probatoria del pro-

ceso, permitiéndose así su oportuno conocimiento y verificación por quienes pueden resultar afectados. En situaciones de esta índole, esta actividad traduce cabalmente lo que ordena el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Subsigue a esto la apreciación de esos elementos probatorios, bien que sobre los mismos se hubiera presentado debate, bien que hubieran permanecido en su estado y significación primeros.

El juez, como bien lo recuerda el señor Procurador 3º Delegado en lo Penal, integró esas probanzas mediante la orden impartida en el auto cabeza del proceso. Y a lo largo de éste, propició su enteramiento y discusión, finalizando este acontecer con una adecuada interpretación de su contenido y alcance.

De otro lado, y aquí la censura se muestra deficiente, la actividad investigadora se desplazó más ampliamente. Fue así como se aportó abundante prueba testimonial, en buena parte coincidente con la producida por la Procuraduría (Bahamón Puyo, Tafur Charry, Tovar Fierro), se cumplieron las confrontaciones de rigor y se verificaron otras múltiples diligencias. Todo esto, por sí y prescindiéndose de las piezas probatorias elaboradas por el Ministerio Público, demostraron la existencia de los hechos calificados como delictuosos y en virtud de los cuales se dictó sentencia condenatoria. Se estableció así la realidad de los cambios de cheques, la intervención de ARAUJO CHAVARRO, el comportamiento de la pagadora habilitada y el auditor de la contraloría, etc.

Mal puede prosperar, observándose la cuestión por este aspecto, una impugnación que deja a salvo numerosos fundamentos de la sentencia, ajenos en su eficacia a lo que es motivo de la censura.

La objeción no prospera.

Del segundo cargo

Valga como refutación eficiente estas apreciaciones de la Procuraduría: "...A tal planteamiento corresponde anotar, que no coincide con lo que aparece de autos, pues en realidad el cheque referido sólo se cobró posteriormente, en la fecha que se indicó antes; y que además en coincidencia con esta situación, no se explicaría cuál sería la razón del cambio en tal forma, al sustituir un cheque con fondos del girador por otro cheque igualmente válido de la Contraloría; para poder aceptar este razonamiento sería necesario que tal motivo apareciera claramente señalado, pues de lo contrario resultaría que la solicitud y actuación de Cleves Cleves carecería de explicación alguna.

"En tal forma, el documento o escrito dicho sólo tiene el valor de ratificar la solicitud de cambio del cheque que no ha sido desconocida.

"Por otra parte, debe recordarse que la prueba aludida sólo se refiere a uno de los cheques y que en cuanto al segundo, no se alega la misma razón, ni se aduce medio alguno de convicción para acreditar esta situación; así, por ambos aspectos se configura la infracción.

"No se demuestra por tanto que la omisión a la cual alude el recurrente —dado que a la prueba dicha no puede dársele el alcance indicado— conduzca a la violación de la Ley sustancial; ni aparece tampoco acreditado el error manifiesto en que se hubiera incurrido por el fallador...".

Esta es la interpretación que conviene a esta realidad. El aquo, cuando tomó estas circunstancias en este sentido, apenas adecuó una valoración lógicamente obligatoria. Intentos razonadores como los que prohija el recurrente, evidencian una forzada dirección de la conducta. O qué otra cosa puede decirse de la demora en el cobro de tales cheques, a más de la notable impresión que a este respecto causa, y ya tuvo ocasión de destacarlo la opinión fiscal, el recibir un título valor, inmediatamente convertido en dinero, y dejar otro? Si Cleves Cleves no hubiera sabido del condicionamiento de su cheque, si en él hubiera estado la idea de que su título valor se iba a hacer efectivo tan pronto lo entregase, pues deja de acudir para obtener estas sumas, a este trueque y hubiera preferido cambiar su instrumento por dinero contante y sonante en la propia Contraloría, o en el banco suyo o con persona diferente. Era él muy conocido en el lugar y contaba con posibilidades para procurarse tales sumas mediante emisiones de cheques de cobro a la vista. Es más, al folio 107 expresa que "...yo respaldé esa deuda...", manifestación que también apa-

rece en la versión de Beatriz Tovar ("...dejaba como respaldo... —fl. 81—), calificación que no se acomoda a un cambio de cheques en igualdad de circunstancias en cuanto a su cobro.

Por último, la interpretación que más se aviene al escrito de fl. 153, no es la que patrocina el recurrente, por los motivos anotados, sino la de prolongar más allá de lo convenido o previsto la dilación en el cumplimiento de ese pago. En otras palabras, Cleves Cleves y ARAUJO CHAVARRO, acordaron un tiempo durante el cual el segundo de los cheques no se presentaría para su cobro. Al sobrepasarse éste, el citado Cleves se vio impelido a dar cuenta de esta variación y a procurar un plazo mayor para evitar personales consecuencias. No las pudo superar y buena prueba de ello es que, a la postre, el cheque fue recogido y consignado su valor en cuenta de la Contraloría.

La censura tampoco prospera.

Del tercer cargo, presentado de modo subsidiario

El señor Procurador 3º Delegado en lo Penal, acierta igualmente cuando rechaza este cargo, ya que "...el posterior reintegro de los fondos, no hace desaparecer tal lesión pues los dineros salieron efectivamente de las arcas de la Contraloría Departamental, para beneficiar a otra persona...".

En este mismo sentido se pronunció el a quo, cuando recuerda la sostenida tesis de la jurisprudencia, sobre el uso indebido que contempla el artículo 151 del Código Penal y el Decreto 1858/51, o sea, entender por tal no sólo la utilización personal del funcionario de los bienes o caudales a su cargo, acorde con la naturaleza de los mismos, sino también si al usarlos, los consume, por tratarse de bienes fungibles. "Por esa razón lo mismo comete Peculado por uso indebido quien se apropia los fondos oficiales como quien los distrae para hacer préstamos, aunque los reintegre. El dinero, los licores, etc., son bienes fungibles que no pueden usarse sin consumirse. Lo cual quiere decir que quien hace de ello un uso conveniente a su naturaleza, se los apropia aunque después los reintegre o devuelva".

Y más notorio es su buen juicio al explicar que "...lo que se protege no es sólo el bien materialmente considerado o patrimonial, sino la Administración Pública, la fe que los particulares depositan en el Estado y en sus organismos, en lo relacionado con la seriedad y pulcritud en el manejo de los caudales fruto de su tributación para los fines sociales, máxime cuando la Administración Estatal no puede quedar sujeta al capricho de sus gestores con peligro de desorganización y anarquía pues la propia Constitución Nacional en su artículo 207 regula la forma y licitud del gasto público".

De otro lado el daño, en esta conducta de ARAUJO CHAVARRO, no puede ser más evidente. Este perjuicio no hay que empaparentarlo con una afectación tangible de la solvencia económica de un determinado organismo oficial. Bien puede ocurrir que la suma indebidamente usada, no repercuta en mengua de la capacidad patrimonial de la entidad, o que tales bienes o dineros no estuviesen comprometidos en una gestión o aplicación inmediatas. Para la figura comentada, esto resulta indiferente e inocuo.

Hay otros aspectos en los cuales puede radicarse el perjuicio en esta clase de infracciones y en modalidades como las que denota este proceso.

La Administración Pública tiene que estar cierta de la cuantía, naturaleza y destino de sus bienes, para saber de sus necesidades y de los recursos con que cuenta para afrontarlas. El Estado tiene derecho a que sus excepcionales bonanzas, que suelen ser fugaces, permanezcan sin el más mínimo menoscabo, evitando todo desvío hacia terceros que no tienen atribución legal para gozar de los mismos. La aceptación, más por benignidad que por intrínseca licitud, del cambio de algunos cheques de particulares por dinero de arcas oficiales, se condiciona a su concomitante efectividad, esto es, que entre la entrega de ese dinero y la recepción del correspondiente título-valor y su cobro, no se interponga ningún fenómeno condicionante o dilatorio. Porque cuando se introduce, como es una verdad incuestionable en el caso sub examine, una dilación o espera, el uso indebido es cuestión manifiesta. Los riesgos de ese cobro así supeditado, la alteración contable, los equilibrios ficticios de los dineros disponibles, la necesidad de contar siempre, en forma real, con esa posibilidad constante de disposición o de arbitrar

recursos para conjurar un déficit legalmente producido, constituyen consecuencias dañinas y nocivas para la Administración Pública.

No pocos de estos factores de daño se observaron en la conducta de ARAUJO CHAVARRO.

El cargo también debe rechazarse.

Conclusión

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judial de Neiva, en contra de LUIS ERNESTO ARAUJO CHAVARRO, señalada ya en su fecha y modalidades.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la Gaceta Judicial.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECUSACION

La causal cuarta de recusación del Art. 78 del Código de Procedimiento Penal se refiere, en lo pertinente, al hecho de que el Juez o Magistrado haya "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo veinte de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 24 de 20 de mayo/76.

Vistos

El procesado EDILBERTO KERGUELEN ARGUMEDO ha recusado al Magistrado doctor Enrique Caraballo Mogollón, por haber formado parte de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, que dictó la sentencia de fecha 5 de junio de 1974 por medio de la cual fue confirmada la del Juez Tercero Superior de la expresada ciudad, proferida el 22 de junio de 1973, que condenó al recusante como autor de los delitos de falsedad documental y peculado.

La Corte casó esa sentencia y declaró "la nulidad de la actuación a partir del auto de 23 de abril de 1971, inclusive, providencia mediante la cual se calificó por el Juez Tercero Superior de Montería el mérito del sumario".

La recusación la funda Kerguelén en la circunstancia de que el recusado "opinó sobre el asunto materia del proceso", al suscribir la sentencia de segunda instancia.

Se considera

La causal cuarta de recusación del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal se refiere, en lo pertinente, al hecho de que el juez o magistrado haya "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".

Tal opinión debe consistir en un pronunciamiento sobre materias procesales, como serían el cuerpo del delito la imputación, las circunstancias de agravación, o sobre cualesquiera de los requisitos esenciales que debe abarcar la investigación. Tal opinión fundada podría ser la que un apoderado, defensor o asesor jurídico, emita como consecuencia del ejercicio de sus deberes profesionales. También se daría el caso cuando el juez o magistrado, de manera extraoficial y como consecuencia del conocimiento que tenga del asunto materia del proceso, expouga su criterio jurídico sobre cualquiera de los puntos importantes que son objetivo de la investigación, del auto de calificación sobre el mérito del sumario, de la sentencia, o de cualquier otro de los asuntos vertebrales que sirvan para darle un rumbo definitivo a la decisión final.

El hecho de que un funcionario judicial haya proferido providencias a lo largo del proceso que requieran de análisis para determinar la clase del delito cometido, o la autoría o participación del acusado, o las circunstancias en que se realizó la infracción, no inhibe a ese mismo funcionario para continuar tramitando el proceso, siempre que se trate de actuaciones ocurridas dentro de una misma instancia. Porque si al mismo funcionario que profirió la providencia, contra la cual se ha interpuesto un recurso de apelación o uno extraordinario de casación o revisión, le correspondiere actuar como superior para tramitar y fallar

tales recursos, tendría que declararse impedido, por concurrir la causal 7ª de recusación.

Pudiera suceder que se trate de revisar una providencia, que no fue dictada por el superior, pero que encuentra fundamento en proveído del que fue autor cuando ejercía una magistratura inferior, como cuando se revisa una sentencia que tiene como antecedente un auto de proceder proferido por el mismo funcionario a quien le corresponda revisar la sentencia. En tal caso, el superior tendría que declararse impedido porque los fundamentos de la sentencia que se va a revisar son los mismos del auto de proceder. El impedimento descansaría no propiamente en la opinión jurídica emitida por dicho funcionario, sino en la circunstancia de que los elementos procesales que deben examinarse por el superior serían los mismos que fueron materia de análisis de otra providencia que como inferior habría dictado.

En el caso de autos no se presenta ninguna de esas hipótesis. El magistrado recusado, como miembro de la Sala Penal, contribuyó con su voto a dictar la sentencia condenatoria contra Edilberto Kerguelén Argumedo, como autor de los delitos de falsedad en documentos y peculado. Como el proceso fue anulado por la Corte, quedando en estado de sumario, para que el Juez del conocimiento proceda a calificarlo, teniendo en cuenta que no hubo peculado sino más bien estafa, el hecho de haber dictado la sentencia casada no implica la emisión de opinión que tenga la virtualidad de inhibir al magistrado que hizo parte de la Sala del Tribunal que dictó esa providencia. Si a la causal cuarta de recusación se le diera semejante alcance, la administración de justicia desaparecería, porque cada funcionario judicial que dictara cualquier providencia que requiriera análisis jurídico, quedaría impedido para continuar desempeñando sus funciones dentro del proceso. Si prosperara la tesis del recusante, los Magistrados de la Corte que contribuyeron con sus votos a casar el fallo del 5 de junio de 1974 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, también quedarían impedidos para conocer de cualquier eventual recurso extraordinario contra la sentencia que en el futuro dictara el Tribunal de segunda instancia.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara INFUNDADA la recusación que contra el Magistrado doctor Enrique Caraballo Mogollón ha propuesto el procesado Edilberto Kerguelén Argumedo dentro del proceso a que alude la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CASACION TECNICA

Es gravísimo error aducir que se ha violado la Ley simultáneamente por aplicación indebida o por interpretación errónea. O es lo uno o lo otro, pero no ambas cosas a la vez, porque la aplicación indebida ocurre cuando se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado, y la interpretación errónea, se presenta cuando se da a la Ley un alcance distinto del querido por ella.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo veintiocho (28) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 25.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia calendada el 4 de julio de 1975, que confirmó la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Bello, condenó a Miguel Gaviria Delgado y a Víctor José Vasco Alvarez a las penas principales de 62 y 96 meses de presidio, respectivamente, y a las accesorias consignas como responsables del delito de robo perpetrado en bienes de Judith Bedoya Henao.

Contra esta sentencia interpuso oportunamente el defensor de Vasco Alvarez y Gaviria Delgado recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala.

Dentro del término legal, el apoderado de los procesados presentó dos demandas sustentadoras del recurso interpuesto, que esta Sala declaró ajustadas a las exigencias legales, y se ordenó correr traslado de las mismas, por el término de quince días, a cada una de las partes no recurrentes.

Cumplidos, pues, los trámites correspondientes, procede la Corte a resolver el referido recurso.

Hechos y actuación procesal

El juzgador de primera instancia resume los hechos que dieron origen a esta investigación, así:

"En la carrera 49, Nº 53-44, del barrio 'Prado' se encuentran ubicados la fábrica de confecciones 'Jubella', planta baja y la residencia, planta alta, ambas pertenecientes a la señorita JUDITH BEDOYA HENAO. Resulta que a eso de las diez y media de la noche del veintiséis de mayo del año retropróximo, la citada dama salió de su domicilio con rumbo a la finca de su propiedad, dejándolo al cuidado de la joven MYRIAM ZAPATA GARCIA, empleada del servicio doméstico desde hacía varios días, pero siendo aproximadamente las once de la noche, se presentaron allí siete sujetos, quienes penetraron a la residencia, por el balcón, utilizando para ello una manila y sujetándola con un gancho de hierro, amarrando y amordazando la fámula, sustrayéndole objetos varios, para luego forzando la cerradura que une la casa con la fábrica y llevarse elementos de trabajo, confecciones, una caja fuerte, etc., avaluado todo ello pericialmente en la suma de ciento setenta y cuatro mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos con noventa centavos ($ 174.444.90), tal como puede observarse a fls. 107 fts. y

140 fte., empacando las mercancías en un vehículo, tipo jaula y conduciéndola con la criada hasta la casa del señor MIGUEL GAVIRIA DELGADO, de donde parte del botín y elementos con los cuales se perpetró la ilicitud fueron guardados en la residencia del señor PEDRO LUIS OCAMPO PATIÑO (fls. 189 y 190)".

Agotada la instrucción, se clausuró en virtud del auto del 10 de septiembre de 1974 (fl. 174). Ejecutoriado este proveído, se calificó el mérito del sumario por el Juzgado Penal del Circuito de Bello en providencia de 18 de octubre del mismo año, cuya parte resolutiva, en lo que respecta a los sindicados Miguel Gaviria Delgado y Víctor José Vasco Alvarez (conocido de autos también con otros nombres) es del siguiente tenor:

"Primero. Llamar a responder en juicio criminal a: Miguel Gaviria Delgado, de filiación conocida en la parte considerativa de esta providencia y Víctor José Vasco Alvarez o Ezequiel Taborda Avendaño o Javier Alvarez Rojo o Javier Taborda Vanegas, de condiciones civiles conocidas, por el delito de 'ROBO', previsto y sancionado en el Código Penal, Libro II, Título XVI, Capítulo 2º (Ley 21 de 1973). El hecho consistió en el apoderamiento, mediante violencia a la persona y a las cosas, de la mercancía, elementos de trabajo, caja de seguridad y objetos de uso doméstico pertenecientes a la fábrica de confecciones 'JUBELLA' y residencia, de propiedad de la señorita JUDITH BEDOYA HENAO, ubicadas en el barrio 'Prado', carrera 49 Nº 53-44, de la nomenclatura urbana de este Municipio a eso de las diez y media de la noche del veintiséis (26) de mayo del año en curso".

Apelado el proveído enjuiciatorio, lo confirmó el Tribunal. En consecuencia, se adelantó el plenario, que culminó con la sentencia condenatoria de primer grado, confirmada —como se ha dicho— por el Superior.

Las demandas de casación

Demanda a nombre de Víctor José Vasco Alvarez

Expresa el actor: "Acomodándome a la reglamentación que del recurso extraordinario de Casación contiene el Decreto-Ley Nº 528 de 1964, aduzco el motivo previsto en el ordinal primero del artículo 56 de ese estatuto, que equivale, dentro de la técnica del recurso invocado, en su orden las causales primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Al amparo de esta causal formula dos cargos a la sentencia recurrida, a saber:

"1º La sentencia viola la Ley Penal sustantiva (Código Penal), por aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos 402 y 404 y la Ley 21 de 1973, artículo 9º. Derivada esa violación, como lo demostraré, de haber incurrido el Honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, tanto en Error de Derecho como en Error de Hecho al hacer la evaluación de algunas de las pruebas del proceso.

"2º La sentencia, igualmente, viola las normas citadas por descansar la condenación sobre pruebas que se apreciaron indebidamente frente a los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, así mismo los artículos 233, 310, de la misma obra, tanto por lo que respecta al cuerpo del delito como a los elementos de responsabilidad penal (229, 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal)".

Cargo primero

Sustenta el demandante que "partir del supuesto que VICTOR JOSE VASCO ALVAREZ es sujeto de imputación concreta, de haber cometido o tomado parte en la comisión de un delito contra la propiedad en perjuicio de los intereses patrimoniales de la señora Judith Bedoya Henao, es aplicar indebidamente la norma e interpretarla erróneamente supuesto este no probado procesalmente; sin embargo las instancias erróneamente lo calificaron de un delito de robo en las circunstancias específicas contempladas en el artículo 404 numerales 3º y 4º, modificados por la Ley 21 de 1973, artículo 9º; aplicándolo indebidamente y violando los preceptos... Los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal constituyen el Cuerpo del Delito, de conformidad con el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal; cuya demostración tiene que ser plena para los efectos del auto de proceder y sentencia condenatoria (artículo 481 y 215 del Código de Procedimiento Penal)".

Hubo aplicación indebida o errónea de la

ley, "ya que se consideró que Víctor José Vasco Alvarez, por medio de violencias o amenazas se apropió de bienes muebles y así encontrar plenamente probado el cuerpo del delito y procesalmente tales elementos no se establecieron y probaron".

Aduce el demandante que "el hecho de haber sido capturado el señor VASCO ALVAREZ en la residencia de Miguel Gaviria, no prueba por sí solo la amistad y conocimiento y mucho menos la participación de Vasco Alvarez en los hechos delictuosos para concluir por ello cuasi flagrancia y mucho menos que estuviera custodiando los objetos del robo como sin prueba alguna lo sostuvo el a quo para concluir participación del encartado en los hechos y tenerse como plenamente probada tal participación cuando en el mismo texto de la providencia contradice la existencia de prueba al presumir lógicamente".

Dice también el actor: "Al condenar como partícipe al procesado Vasco Alvarez, sin establecer procesalmente tal participación, aplicó indebidamente el artículo 402 y 404 del Código Penal por falta de demostración del artículo 19 de la misma obra; lo que reclama una prueba idónea que establezca los elementos de participación de conformidad con la demostración del artículo 19 del Código Penal. No existiendo esa prueba de la participación, necesariamente hubo error al aplicar el artículo 404 del Código Penal, pues los elementos de juicio que obran en el proceso no conducen a la demostración de la autoría o participación por parte de Vasco Alvarez. Lo anterior permite concluir que en el auto de proceder se dedujo al justiciable VASCO ALVAREZ un cargo por un delito no comprobado, es decir, el Robo. No establecido en los términos de los artículos 402 y 404 del Código Penal y Ley 21 de 1973 artículo 9º en concordancia con el artículo 19 del Código Penal".

Argumenta que "si en la calificación de fondo del sumario se concretó la imputación por el delito de Robo, no fue por un error jurídico sustantivo del juez, sino por una estimación equivocada del recaudo probatorio especialmente en lo tocante al llamado Cuerpo del Delito, cuya comprobación procesal tiene que ser plena por expreso mandato del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal. El cargo que se viene haciendo a la sentencia del Honorable Tribunal de Medellín, Sala de Decisión Penal, no se vincula a la prueba de responsabilidad, se contrae a la prueba sobre los elementos que jurídicamente estructuran el delito de Robo y en lo que atañe a la autoría o participación".

Cargo segundo

Consiste "en errónea o indebida apreciación de la prueba, comportando una violación indirecta de la Ley Penal sustantiva, es decir, por error valorativo de los elementos del juicio que el proceso entraña y por la falta de apreciación de pruebas existentes dentro del plenario".

Sustenta el actor que "contra VASCO ALVAREZ no hay imputación directa bien por autoría, participación o complicidad en el hecho investigado. Su vinculación como sindicado primero y después la condenación recibida en las instancias, provinieron de los indicios 'que los falladores no sólo sobrevaloraron errada e indebidamente, sino que los desviaron en su contenido y alcance hasta desfigurar la verdad material del proceso' ".

Analiza el demandante el hecho de haber sido capturado Vasco Alvarez en la residencia de Miguel Gaviria, dándole una acepción probatoria diferente de la que se le adjudicó en el fallo recurrido, pues conceptúa que la versión de Vasco se encuentra ampliamente corroborada por las declaraciones de algunos deponentes que no fueron tenidas en cuenta por los sentenciadores, por lo que tal hecho "no alcanza a constituir indicio alguno y mucho menos la figura de la cuasi flagrancia". Concluye en este particular que "como consecuencia de la errónea interpretación del mismo hecho... se violentó flagrantemente el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal".

Termina la demanda solicitando que se case el fallo protestado y se proceda "como lo ordena el numeral 1º del artículo 58 del Decreto arriba citado, dictando la sentencia que deba reemplazarlo, que no podrá sino ser de carácter ABSOLUTORIO para el procesado VICTOR JOSE VASCO ALVAREZ...".

Demanda a nombre de Miguel Gaviria Delgado

Impugna el actor la sentencia recurrida al amparo de la causal primera y de la cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Dentro del ámbito de esta causal plantea tres cargos, a saber:

Cargo primero

"La sentencia impugnada es violatoria de la Ley Penal sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, desde el momento mismo en que se le dedujo al acusado Gaviria Delgado la comisión de un ilícito distinto al delito por el cual se le procesó, configurando el sentenciador una infracción cuyos elementos jurídicos no comportan la conducta cumplida por el agente Gaviria Delgado".

En el desarrollo del cargo asevera el demandante que "procesalmente se demostró que en la comisión del ilícito intervinieron siete individuos, cuya descripción dada por la testigo Myriam Zapata García, fls. 57 vto. a 59 idem no coincide en momento alguno con la filiación de mi defendido Gaviria Delgado, descartando en consecuencia toda autoría o participación directa en la conducta antijurídica. Incurrió el sentenciador en Error de Derecho, pues lo llamó a responder en juicio como autor, aplicando así indebidamente el artículo 402 y 404 del Código Penal y la Ley 21 de 1973, artículo 9º. Este error de derecho provino de un error de hecho o probatorio, pues a pesar de la claridad de la deponente Myriam Zapata García quien no filia a mi defendido Gaviria Delgado como autor...".

"Consta en el plenario que parte del botín sustraído en la casa de Judith Bedoya Henao, fue ocultado por los autores del ilícito en la residencia del Sr. Gaviria Delgado y allí fue decomisado por los agentes del F-2 como se desprende de: Informe de los agentes que intervinieron en el procedimiento, fls. 82 y 85: indagatorias de Nury Delgado Usma, fls. 40 a 42; Jhon Jairo Gaviria Usma, fls. 53 a 56; Luis Eduardo Gaviria Usma, fl. 84, como también la afirmación de la deponente Myriam Zapata García quien afirma que la Sra. Zoila Rosa Usma de Gaviria, esposa de Miguel Gaviria Delgado, a instancia de los hampones permitió que éstos guardaran la mercancía en su residencia, motivo por el cual hubo de protestar Miguel Gaviria a su llegada a su residencia horas más tarde".

Concluye este cargo con la afirmación de que "se incurrió pues en error de derecho, no sólo por aplicación indebida del artículo 402 y 404 del Código Penal y la Ley 21 de 1973 artículo 9º, sino también por haber dejado de aplicar el artículo 200 del Código Penal".

Cargo segundo

Se incurrió en error de hecho al tenerse como prueba incriminante "el hecho de haber sido hallado, debajo del colchón de la muchacha del servicio un papel en el que estaba anotado el teléfono de Gaviria, lo que no tuvo ninguna explicación plausible... La anterior afirmación que fue tenida en cuenta para condenar a Gaviria Delgado, provino de un error de hecho o probatorio, pues si bien es cierto que tal trozo de papel con el número del teléfono de Miguel Gaviria, no es menos cierto que fue la misma Myriam Zapata García quien lo recibió de los autores del robo como simple pretexto para poder entrar en la residencia robada, y no de Miguel Gaviria, quien no estuvo presente ni tampoco lo envió. Explicación a tal hecho la dio la deponente Myriam Zapata García", lo que le quitaba la naturaleza de indicio grave de responsabilidad que le dio el sentenciador.

Conceptúa el actor que es error de hecho el señalarse como prueba de responsabilidad el haberse decomisado la casi totalidad de los objetos robados en la casa de Miguel Gaviria, error que se estructuró por no haberse tenido en cuenta que no sólo éste vive en su casa y que no estaba en ella cuando los delincuentes llevaron dichos objetos allí, a donde entraron con permiso concedido por su esposa.

También es error fáctico decir que Gaviria envió a Pedro Luis Ocampo Patiño parte de la mercancía robada y decomisada por la Policía, cuando, en verdad, ella fue

llevada por el menor Luis Eduardo Gaviria Usma y remitida por los autores del hecho delictuoso, según se colige de varios testimonios que se citan en la demanda. Todo lo cual "significa que no puede considerarse siquiera como un leve indicio ya que el hecho indicador no está plenamente probado, artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, así, fue plenamente desvirtuado".

Concluye este cargo con la aseveración de que "los errores de hecho en que incurrió el sentenciador constituyeron violaciones indirectas de la Ley Penal sustantiva, pues a causa de tales errores se aplicó indebidamente los artículos 402 y 404 del Código Penal y la Ley 21 de 1973, artículo 9º".

Tercer cargo

Lo plantea el demandante así:

"Con apoyo en la causal primera transcrita, formulo contra la sentencia recurrida las siguientes acusaciones: Fundamento este cargo en la falta de apreciación de las siguientes pruebas, pues que ni siquiera las mencionó el fallador, si bien es cierto que en su mayoría la prueba testimonial está compuesta por los miembros de la familia Gaviria Usma, ello es apenas lógico pues fue a la residencia de éstos donde los autores del robo llevaron la mercancía sustraída a la Sra. Judith Bedoya Henao; y no puede considerárseles testigos sospechosos, pues más lo habrían sido si hubiesen llamado a las gentes para que presenciaran tal acto y declararan luego sobre ello.

Las pruebas que, según el actor, no tuvo en cuenta el sentenciador, son las siguientes:

a) Testimonio de Myriam Zapata García, que acredita que Gaviria no fue de los sujetos que perpetraron el delito. Conforme a tal declaración, éstos, con el pretexto de entrar a la residencia de Judith Bedoya Henao, le entregaron a la deponente un papel conteniivo del número de un teléfono y propiamente el de la residencia de Gaviria Delgado, y fueron estos mismos sujetos quienes llevaron la mercancía a la casa de éste, quien no había dado permiso para ello, por lo que se manifestó inconforme con su esposa por haberlo autorizado. Y fueron los mismos delincuentes los que enviaron parte de la mercancía a casa de Pedro Luis Ocampo;

b) Indagatoria de Gaviria Delgado, para la cual el demandante pide se 'admita en su valor legal', pues no ha sido desvirtuada".

Causal cuarta

Los fundamentos de la invocación de esta causal para impugnar el fallo censurado los expone el demandante así:

"Al proponer los cargos que pretendo desarrollar en este escrito, enderezados a demostrar la **invalidez e ilegitimidad** de la sentencia acusada, no se anidan tímidamente en la simple nulidad de incompetencia de jurisdicción, o error en la denominación jurídica de la infracción, contempladas en los ordinales 1º y 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, sino que se ampara airosa y reciamente en el artículo 26 de la Constitución Nacional, garantes de los derechos de la persona humana y de la propia organización institucional del Estado Colombiano, que ha garantizado como exigencia sustantiva del proceso criminal, la observancia de **las formalidades propias de cada juicio** para que sea legítimo el juzgamiento de las personas legalmente acusadas.

"Consecuente con los razonamientos contra los de la demanda en el sentido de que el fallador incurrió en un error de derecho, por violación directa de la Ley sustancial, al aplicar indebidamente el artículo 402 y 404 del Código Penal cuando el artículo aplicable sería el 200 del Código Penal incurriendo en las causales de Nulidad contempladas en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal ordinales 1º y 5º".

El Procurador Primero Delegado Penal sintetiza, con exactitud y fidelidad, los cargos que se formulan al amparo de esta causal, en los siguientes términos:

"El primer cargo se hace consistir en la incompetencia del juez, por cuanto, dentro del mismo proceso hay hechos de competencia de juez diferente. Pedro Luis Ocampo Patiño fue juzgado dentro del proceso por el delito de robo, como sindicado de encubrimiento, 'infracción que no se tiene como conexa según doctrina de la propia Corte, con los delitos principales', por lo cual el

juzgamiento de éste debió haber sido hecho, en proceso separado, por el Juez Penal del Circuito de Medellín, y no por el de Bello, toda vez que las mercancías, producto del delito, fueron decomisadas en la primera de dichas ciudades. Afirma que aunque la nulidad 'no interesa al recurrente y que el llamado a alegarla sería Ocampo Patiño...', no es razón valedera pues ellas, al no estar consagradas en beneficio de determinada persona, 'tienen un interés jurídico de orden público y tutelan la legitimidad del proceso penal por encima del interés personal'. Tangencialmente afirma que la misma causal de nulidad puede invocarse en favor de su patrocinado Gaviria Delgado, 'por cuanto incurrió en la misma infracción penal, Encubrimiento, y no Robo como por indebida aplicación de la Ley Penal sustantiva condenó el a quo y confirmó el ad quem'.

"El segundo cargo se hace consistir en error en la denominación jurídica de la infracción, aseverándose que 'esta causal de nulidad es apenas lógica consecuencia del error de derecho en que incurrió el fallador, al aplicar indebidamente el (sic) 402 y 404 del Código Penal en lugar del artículo 200 de la misma obra...'.

"Como tercero y último cargo se presenta violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, lo que se produjo 'como consecuencia de la errónea calificación jurídica de la infracción y la incompetencia de jurisdicción', 'quebrantándose las formas del juicio y eludiendo el expreso mandato del Inc. 1º del citado artículo'. De lo expuesto, deduce el actor que la sentencia se dictó sobre un juicio viciado de nulidad, incoada ella en el quebranto de las normas constitucionales y legales analizadas.

"Termina el libelo de la acusación solicitándose a la Honorable Corte que: a) Si prospera la primera causal de casación invocada, se dicte fallo absolutorio en favor de Gaviria Delgado o, b) de ser la segunda, 'que propongo como subsidiaria' al invalidarse el fallo recurrido 'se ordene reponer la actuación a partir del auto que decretó cerrada la investigación, para que se rituе la causa en debida forma o se separen los procesos que fueron confundidos bajo una misma actuación, sin haber conexidad en las imputaciones procediendo como lo estatuye el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, Inc. 3º.".

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado Penal, representante del Ministerio Público en esta oportunidad, hace un detenido análisis de las causales que le sirven al recurrente en sus demandas para impugnar el fallo del Tribunal de Medellín, análisis que lo lleva, discriminando los cargos, a no encontrar fundamento alguno para invalidar la sentencia. Por tratarse de un estudio a fondo, la Corte citará algunos de sus apartes en el cuerpo de esta providencia.

Consideraciones de la Corte

Demanda a nombre de Víctor José Vasco Alvarez

La casación —como lo ha dicho la Corte reiteradamente— no es una nueva instancia que comporte la revisión total del proceso en su aspecto fáctico y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante la confrontación del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el juzgador de segundo grado.

"Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo y comprobar si en éstos se ha violado la ley y por qué concepto".

Según reiteradas enseñanzas de la Corte, conforme a la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el quebranto de la Ley sustancial puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (la infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley

un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma, hecho por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

La violación indirecta de la Ley sustancial se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente en el sentido de demostrar que el Tribunal ha incurrido en error de derecho, o de hecho que aparezca ostensible y notorio en los autos. Trátase, por consiguiente, de una técnica precisa, establecida por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

A la violación directa de la Ley sustancial se refiere el apartado primero del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo objeto de la censura, esto es, acepta la fundamentación factual de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el apartado segundo del referido ordinal. En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

Como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces es grave error, por tanto, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta; pues —según se ha expresado— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, en propio ámbito de desarrollo, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y rechacen a la vez los hechos en que se apoya la decisión, y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, es decir, sobre una evaluación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación.

En el caso sub judice, la sentencia, según el demandante, viola la Ley Penal sustancial "por aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos 402 y 404 y la Ley 21 de 1973, artículo 9º", y tal violación se deriva "de haber incurrido el Honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, tanto en error de Derecho como en error de Hecho al hacer la evaluación de algunas de las pruebas del proceso". Esto en lo que toca al cargo primero.

En primer término, cumple observar que el actor confunde la violación directa con la indirecta, pues, al aducir que ha habido transgresión del precepto legal por "aplicación indebida o interpretación errónea", alega el quebrantamiento por la vía directa de la ley, que no puede ocurrir cuando a la transgresión da lugar el error de derecho o el de hecho, planteados por el demandante.

Es gravísimo error aducir que se ha violado la ley simultáneamente por aplicación indebida o por interpretación errónea. O es lo uno o lo otro, pero no ambas cosas a la vez, porque la aplicación indebida ocurre cuando se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado, y la interpretación errónea se presenta cuando se da a la ley un alcance distinto del querido por ella. De suerte que una norma se aplica indebidamente o se intrepreta erróneamente, mas no se cometen los dos tuertos a un mismo tiempo. También confunde el actor el error de derecho en la apreciación probatoria con el error juris in iudicando (infracción directa o aplicación

indebida o interpretación errónea), según se colige de lo expuesto.

Otra confusión de la demanda es la del error de derecho con el de hecho. El primero consiste en estimar el mérito de los elementos de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de convicción o las que reglamentan su aducción, y el fáctico o de hecho consiste en tener como existente un hecho que no ha acaecido, o en negar o distorsionar el que sí ocurrió siempre que la prueba erróneamente apreciada demuestre lo uno o lo otro, lo que entraña por este aspecto "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

En el desarrollo del cargo resalta aún más la confusión del demandante, pues al decir que la sentencia criticada es "violatoria de la ley penal" por "aplicar indebidamente la norma e interpretarla erróneamente" y por reconocer al mismo tiempo, por error de derecho o de hecho, que Víctor José Vasco Alvarez "es sujeto de imputación concreta, de haber cometido o tomado parte en la comisión de un delito contra la propiedad en perjuicio de los intereses patrimoniales de la Sra. Judith Bedoya Henao", hace un planteamiento contradictorio, porque, cuando se impugna un fallo por violación directa de la ley, se acogen explícita o implícitamente los supuestos de hecho de la decisión y los criterios del fallador respecto de la prueba, lo que no acontece cuando se propone la infracción indirecta, en la que se controvierten cabalmente las premisas fácticas del fallo o se hace una estimación de la prueba con elementos opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en la decisión protestada.

Las mismas objeciones que se han hecho al primer cargo es dable hacer al segundo, agregando lo que tantas veces ha expresado la Corte, es decir, que "cuando el error de derecho proviene de una equivocada apreciación de la prueba —porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna, o la desconoció el que ésta le otorga—, es preciso señalar, en primer término, la norma probatoria que se pretende infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la Ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdeñar".

Ocurre que en el libelo de demanda el actor, como lo destaca el Agente del Ministerio Público, plantea confusamente este segundo cargo, pues dice que se trata de un error de hecho en la apreciación de las pruebas, y luego, al referirse a éstas, las enjuicia al través de las normas que regulan su valor, calificándolo de "error de derecho", para deducir de este último aquél, como si cada uno no requiriera un específico planteamiento.

En conclusión, esta demanda no prospera.

Demanda a nombre de
Miguel Gaviria Delgado

Causal cuarta de Casación

La Sala acoge las consideraciones del Ministerio Público, por hallarlas rigurosamente ceñidas a derecho y a la realidad procesal, y por eso las transcribe a continuación:

"Acorde con el cuerpo doctrinario de la Honorable Corte, se estudia primero la segunda causal postulada para censurar el fallo con la demanda presentada a nombre del condenado Gaviria, y que corresponde a la cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto de salir airosa la acusación, al demostrarse la existencia de una nulidad en el proceso sobre el cual se dictó el fallo protestado, sería absurdo darse por cierta falla diferente en él.

"Acierta el actor al dejar por sentado, que 'las nulidades no están instituidas en beneficio o en favor de determinada persona; ellas tienen un interés jurídico de orden público y tutelan la legitimidad del proceso penal por encima del interés personal'.

"Mas, lo que no puede aceptársele es que oficiosamente, sin personería recibida en el proceso para ejercitar la defensa de uno de los condenados, o bien para cumplirla en el recurso extraordinario de Casación, pueda presentar como cargo la situación de quien ni siquiera fue recurrente, así su juzgamiento genere una nulidad, por cuanto para él el fallo quedó debidamente ejecutoriado, es decir, que al conformarse con él, permitió que se le colocáse el sello de la cosa juzgada. "Contrario sensu, si la nulidad por incompetencia de jurisdicción fuera creada con base en el juzgamiento de uno de los

recurrentes, al prosperar, sus efectos se extenderían a los demás coprocesados, así no hubiesen recurrido el fallo.

"Entonces, aunque en el primer cargo, de manera tangencial y tímida, se insinúa que la misma nulidad se presenta en favor de Gaviria Delgado, no se puede aceptar, pues ninguna demostración cabal se hace en lo tocante a que éste no podía ser colocado bajo la imputación por el delito de robo, sino de encubrimiento, tema que pretende desarrollar el censor en el segundo cargo pero de manera improcedente, toda vez que su razonamiento en manera alguna demuestra haberse calificado erradamente el delito por el que se juzgó a Gaviria Delgado, ya que apenas se indica aplicación indebida de normas sustanciales por 'error de derecho en que incurrió el fallador', como también impotente planteamiento por quitarle piso a la evaluación probatoria vertida en la calificación del sumario.

"Muy seguramente creyó el demandante que con el simple enunciado de la inobservancia plena de las formas propias de juicio quedaba demostrado el quebranto al artículo 26 del Estatuto Supremo, sin que le mereciera consideración la identificación y prueba de cuales fueron las formalidades omitidas, que por cierto no pueden tenerse como tales algunas irregularidades procesales, sino aquéllas que socavan la estructura misma del proceso, cercenan su legalidad, conculcándose, en tal forma, de manera consecuencial, los derechos del incriminado.

"Como el recurrente Gaviria Delgado fue juzgado por juez competente y por delito calificado de manera justa y precisa, la protesta del censor no tiene cabida, lo que demerita en forma total los cargos analizados".

Causal primera de Casación

Como observa el Procurador, los cargos formulados en esta demanda al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal son idénticos a los planteados con la alegación del mismo motivo en la demanda presentada a nombre de Víctor José Vasco Álvarez. Estos cargos fueron rebatidos plenamente, por lo cual "sería tautológica" ahora su confutación, de suerte que se dan por analizados y rechazados los de este libelo.

De todo lo expuesto fluye que se debe desechar el recurso, conforme al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, y ordenar devolver el expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de julio de 1975, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Álvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD PROCESAL

Para que una nulidad procesal pueda ser tenida en cuenta en sede de casación, se requiere que se demuestre por el impugnante la relación de causalidad que existe entre ella y el fallo condenatorio, de tal manera que si esa nulidad no se hubiere presentado, el fallo habría sido absolutorio o la condena no habría tenido la gravedad de la sentencia acusada en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. Bogotá, D. E., junio cuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado Acta Nº 26., de tres de junio/76.

Vistos

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por CANDIDO ROA SEGURA contra la sentencia de 28 de agosto de 1975 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Penal, por medio de la cual confirmó la del Juzgado Tercero Superior de la mencionada ciudad, que impuso al impugnante la pena principal de once años de presidio, y las accesorias de rigor, como autor del homicidio de José Guillermo Guerrero.

Antecedentes y actuación procesal

1. Alrededor de las 7 p.m. del día 14 de noviembre de 1973, Cándido Roa Segura penetró a la tienda de Francelina Mendivelson de Landacta, donde se expenden bebidas alcohólicas, situada en el Corregimiento Intendencial de Puerto Rondón (Arauca). Después de consumir algunas bebidas, y de haber manifestado que las personas que se encontraban en el establecimiento de cantina serían testigos de lo que pasaría allí, salió hacia la calle, y en los momentos en que abandonaba dicho lugar, hirió mortalmente, con dos disparos de revólver, a José Guillermo Guerrero, quien falleció en la mañana del día siguiente a consecuencia de las lesiones de que fue víctima.

2. El Juzgado Tercero Superior de Villavicencio calificó el mérito del sumario que se adelantó para averiguar lo relacionado con la muerte violenta de José Guillermo Guerrero, con un auto de proceder en contra de Cándido Roa Segura como autor de dicho delito.

3. Apelado el auto de enjuiciamiento, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio le impartió aprobación, por providencia del 6 de noviembre de 1974.

4. El juicio se tramitó normalmente. Al Jurado de Conciencia se le sometió el siguientes interrogante:

"¿El encausado, Cándido Roa Segura, natural de Chinavita (Boyacá), identificado con la cédula de ciudadanía Nº 1.094.994, de 35 años de edad cuando rindió indagatoria, alfabeto, casado, ex-empleado oficial, es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte, con intención de matar, a José Guillermo Guerrero, mediante dos disparos con arma de fuego de pequeño calibre (revólver), hecho que verificó en la noche del catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres (1973), en el sector urbano del corregimiento de Puerto Rondón —Intendencia Nacional de Arauca—, comprensión de este Distrito Judicial?".

El pliego en que aparece el cuestionario

transcrito fue suscrito por el juez y su secretario, y en el acta de la audiencia pública consta que el Jurado de Conciencia rindió veredicto unánime del siguiente tenor: "Sí es responsable".

5. El Juzgado Tercero Superior de Villavicencio, con fecha 7 de junio de 1975, dictó sentencia condenatoria contra Cándido Roa Segura, a quien le impuso la pena principal de once años de presidio como autor de la muerte de José Guillermo Guerrero, y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal; la pérdida de la patria potestad, por el mismo lapso, y la publicación especial de la sentencia. También fue condenado al pago, en abstracto, de la indemnización por los perjuicios materiales y morales provenientes del delito de homicidio.

6. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, con fecha 28 de agosto de 1975, dictó sentencia para confirmar la de primera instancia.

Demanda de casación

El sentenciado Cándido Roa Segura interpuso recurso de casación, y su apoderado, el doctor Alcides Calonje Idroho, presentó la respectiva demanda en la cual impugnó la sentencia condenatoria como pasa a sintetizarse.

Causal cuarta

La enuncia así: "El proceso adelantado contra el recurrente Cándido Roa Segura, ante el señor Juez Tercero Superior y Tribunal de Villavicencio resultó ser violatorio del artículo 26 de la Constitución Política por falta de observancia plena de las formas propias del juicio".

Para fundamentar la causal invocada, alega los siguientes cargos:

Primero. La diligencia de levantamiento del cadáver es inexistente porque a los peritos no se les dio posesión conforme lo establece el artículo 270 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso tercero: "Se considera inexistente la peritación, por la omisión de cualquiera de las formalidades prescritas en este artículo", como serían la amonestación sobre la trascendencia moral del juramento, la responsabilidad que tal acto acarrea, lo mismo que las sanciones establecidas contra el perjuro y el prevaricador, y la lectura de la fórmula del juramento.

Segundo. El procesado no fue asistido por un abogado inscrito durante el sumario.

Para demostrar este cargo manifiesta:

Cuando rindió indagatoria ante el Juez Promiscuo Territorial de Puerto Rondón fue asistido el procesado por persona que no es abogado inscrito, por no haberlo en la localidad, lo cual está conforme con lo ordenado por el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal.

Pero, rendida la indagatoria, el funcionario instructor estaba en la obligación de darle cumplimiento al artículo 431 del citado código, en cuanto le prescribe la obligación de nombrarle apoderado "para que asista al sindicado en todas las diligencias subsiguientes, dejando constancia escrita de ello", pero que "si no quiere o no puede designar apoderado, el instructor se lo nombrará de oficio".

Cuando el funcionario instructor dictó auto de detención contra el sindicado, tampoco cumplió la obligación de designarle apoderado de oficio, según lo dispone el artículo 431, por cuya razón esa providencia solamente se le notificó al detenido Cándido Roa Segura.

Cuando el Juzgado Tercero Superior de Villavicencio avocó el conocimiento del asunto, ordenó la ampliación de la investigación mediante providencia en la cual dispuso la práctica de numerosas pruebas, pero ese auto únicamente se le notificó al procesado porque el juez no le nombró apoderado de oficio.

"Fue así como el procesado —agrega la demanda—, resolvió nombrar como su apoderado al doctor Epaminondas Franco Avila, quien tomó posesión del cargo con fecha 18 de enero de 1974 (folio 103 del cuaderno principal)".

Durante la práctica de la ampliación, el funcionario comisionado tuvo que designarle al sindicado apoderado de oficio, "en razón de que el profesional del derecho nombrado y posesionado no asistió". Culmina la enumeración anterior con el planteamiento de que "las diligencias de careo y en general, todas las diligencias que se cumplen a

partir de la diligencia de indagatoria, resultan nulas por no haberse llenado las formalidades exigidas por el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal razón por la cual surge la nulidad prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal".

Sigue argumentando en ese mismo sentido, para lo cual sostiene que la diligencia de reconstrucción de los hechos también es nula porque "el procesado no fue asistido por un abogado titulado", agregando:

"En la etapa sumaria el procesado no estuvo asistido por un abogado titulado, ya que el abogado que tomó posesión del cargo no ejercitó el Ministerio de Defensa a favor de su defendido, cargo que previamente había jurado cumplir. Las diligencias así adelantadas son completamente nulas por falta del nombramiento del apoderado que tanto la Constitución Política como las leyes de procedimiento penal exigen".

"La censura que me permito formularle a la sentencia recurrida dentro del marco de la causal de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la hago consistir en que las diligencias adelantadas por el señor Juez Promiscuo Territorial de Puerto Rondón caen bajo la sanción de la nulidad procedimental prevista por el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal denominada 'inexistencia del acto procesal' por cuanto que los funcionarios que adelantaron las diligencias sumarias no cumplieron con lo preceptuado por el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal".

Concluye la demanda afirmando que "no aparece en el expediente actuación alguna tendiente a defender los intereses" del sindicado, pues el apoderado no pidió pruebas; no hizo ninguna alegación tendiente a mejorar la situación del procesado, por cuya razón "el señor apoderado no cumplió con su deber profesional, y el sindicado quedó huérfano de defensa en la etapa sumaria".

En el resumen de la argumentación, expresa la demanda que la impugnación consiste en que durante el sumario a Cándido Roa Segura no se le nombró apoderado de oficio, como lo manda expresamente el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, de donde extrae la conclusión de que son nulas todas las diligencias que se evacuaron sin el "lleno de este requisito fundamental de la defensa del sindicado", tal como lo disponen los artículos 214 del citado Código Procesal y el 26 de la Constitución Nacional por "falta de observancia plena de las formas propias del juicio".

Causal segunda

"La sentencia recurrida está en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Para sustentar el cargo afirma la demanda que en el auto de proceder se le dedujeron al sindicado varias circunstancias calificadoras del homicidio, las cuales debieron ser sometidas a la consideración del jurado. Considera que tales circunstancias fueron enunciadas en el siguiente párrafo de esa providencia:

"El análisis probatorio que se ha hecho descarta totalmente la falta de dolo. Antes bien, es muy claro el propósito homicida de CANDIDO ROA SEGURA; el aseguramiento para el éxito de su intención homicida, la forma como consumó el delito, su ubicación al frente donde se hallaba su víctima, la vigilancia que ejerció sobre ella, la rapidez de la acción que no le permitió a aquélla defensa alguna porque el ataque fue sorpresivo, todos estos son factores para ser evaluados a tiempo de proferir sentencia para el caso de un veredicto condenatorio, y para ser considerados por los jueces de conciencia" (folio 184 del Cuaderno Principal).

Sostiene la demanda que las circunstancias calificadoras a que se refiere el párrafo transcrito son las que describe el artículo 363 del Código Penal en sus ordinales 2º, 5º y 6º

Como dichas circunstancias no fueron incluidas en el cuestionario que se le sometió al jurado, tal omisión apareja la consecuencia de que éste las negó por cuanto el veredicto condenatorio se limitó a declarar la responsabilidad de Cándido Roa Segura como autor de un homicidio voluntario o intencional. Además, esa negativa apareja la consecuencia de que el juez de derecho no puede transformar en circunstancias de mayor peligrosidad las circunstancias calificadoras del homicidio que el jurado de conciencia tácitamente negó al limitarse a declarar responsable a Cándido Roa Segura como autor de un homicidio intencional, por cuanto, como se ha dicho, el

Juez Superior no le interrogó sobre la existencia de las circunstancias calificadoras del homicidio.

En el resumen de la alegación sostiene el impugnante que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, "y que el desacuerdo consiste en que habiéndose pronunciado el jurado en el cuestionario sobre un homicidio sin agravantes, implícitamente negaba las circunstancias calificadoras incluidas en el auto de proceder, y el señor juez de derecho no podía transformarlas como lo hizo en circunstancias de mayor peligrosidad para agravar la pena, por cuanto que ello invadiría la facultad que tiene el jurado de apreciar o de negar las circunstancias calificadoras de acuerdo a lo establecido por el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal".

Causal primera

Se enuncia en la demanda diciendo que "la sentencia recurrida es violatoria de la Ley sustancial por infracción de los preceptos reguladores de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad", agregando que fueron quebrantadas por el Tribunal fallador los artículos 36, 37 y 39 del Código Penal, "los que por evidente error de derecho fueron aplicados indebidamente en la sentencia acusada".

Para demostrar el cargo, hace un análisis de las circunstancias de mayor peligrosidad que aparecen descritas en los numerales 3º, 4º, 5º, 6º y 15 del artículo 37 del Código Penal, en el sentido de sostener que algunas no tienen respaldo procesal y otras no son más que repetición de circunstancias calificadoras del homicidio, reiterando la argumentación de que como el jurado de conciencia no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de las circunstancias calificadoras del homicidio, porque el juez de derecho no las incluyó en el cuestionario que le fue sometido, hay que hacer una interpretación benigna y favorable, la cual hace consistir el impugnante en la aseveración de que el jurado las negó precisamente por no haberse pronunciado sobre ellas. También repite la argumentación de que el juez de derecho no podía transformar esas circunstancias calificadoras en otras de mayor peligrosidad.

Termina solicitando que se case la sentencia impugnada y se le dé cumplimiento al artículo 573 del Código de Procedimiento Penal, sin que determine con exactitud cuál debe ser el sentido de la sentencia de la Corte, por cuanto únicamente lo hace en relación con la causal segunda alegada.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal descorrió el traslado que se le dio de la demanda, con la solicitud de que ésta sea desechada. Esta petición la formula como consecuencia de un minucioso análisis de todos los cargos que la demanda formula contra la sentencia impugnada. Como varios de los argumentos de la Procuraduría se tendrán en cuenta para decidir el recurso de casación, de ellos se hará mérito a continuación.

Se considera

En el mismo orden en que fueron propuestas las impugnaciones a la sentencia condenatoria, se analizarán.

Causal cuarta

El primer cargo lo hace consistir la demanda en la afirmación de que en la diligencia de levantamiento del cadáver no se cumplió lo ordenado por el artículo 270 del Código de Procedimiento Penal, porque no se le dio a los peritos que actuaron en ella la debida posesión ni se los amonestó sobre la "trascendencia moral del juramento, sobre la responsabilidad que ese acto impone ante Dios y ante la sociedad, y sobre las sanciones establecidas contra el perjuro y contra el prevaricador por la leyes de la República".

Este cargo no puede prosperar porque en la diligencia de levantamiento del cadáver consta que "a los peritos los amonestó el señor Corregidor, sobre la trascendencia moral del juramento, sobre la responsabilidad que este acto les impone ante Dios y la sociedad, y sobre las sanciones establecidas contra el perjuro y el prevaricador por las leyes de la República y luego los juramentó usando para ello la fórmula consagrada en los artículos 157 y 158 del Código de Procedimiento Penal.

No se requiere ninguna argumentación distinta a la lectura de la constancia transcrita, para llegar a la conclusión de que la impugnación de la diligencia de levantamiento del cadáver carece de seriedad, porque según ella los peritos fueron posesionados con el lleno de todos los requisitos exigidos por los artículos 270 y 157 del Código de Procedimiento Penal.

Tal vez el impugnante lo que quiso decir fue que como no se transcribió en el acta de levantamiento del cadáver la fórmula del juramento que para los peritos ha dispuesto el artículo 157 del Código Procesal, debe entenderse que los peritos no fueron juramentados. Pero ese reparo tampoco sería viable porque el artículo 270 lo que ordena es que se le reciba juramento al perito en los términos establecidos por el artículo 157, pero en ninguna parte dispone que tal fórmula sea transcrita en la diligencia de posesión. Para que la posesión se entienda tomada de conformidad con los preceptos procesales, basta que se haga referencia en la respectiva diligencia de posesión, que se le dio cumplimiento a lo ordenado por los artículos 157 y 158 del Estatuto Procesal, tal como aparece en la diligencia de levantamiento del cadáver de José Guerrero, visible a folio 3 del cuaderno principal.

De otra parte, la supuesta nulidad de la diligencia de levantamiento del cadáver carece en absoluto de incidencia sobre la sentencia condenatoria. Para que una nulidad procesal pueda ser tenida en cuenta en sede de casación, se requiere que se demuestre por el impugnante la relación de causalidad que exista entre ella y el fallo condenatorio, de tal manera que si esa nulidad no se hubiera presentado el fallo habría sido absolutorio, o la condena no habría tenido la gravedad de la sentencia acusada en casación. Pero, el impugnante guardó absoluto silencio al respecto, de donde se concluye que el cargo se enunció de manera incompleta, por cuya razón no prosperará.

El segundo cargo esgrimido para tratar de demostrar la nulidad procesal, por falta de la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, lo hace consistir la demanda en dos argumentaciones distintas, aun cuando relacionadas entre sí:

En primer lugar, se afirma que el procesado no fue asistido de un abogado inscrito, a partir de la fecha en que rindió su indagatoria, lo cual apareja la nulidad de todas las diligencias que se llevaron a cabo a partir de ese momento.

La Procuraduría ha refutado este cargo alegando que los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal no han erigido en causal de nulidad la falta de designación de un abogado inscrito para que asesore en el sumario al procesado.

En la indagatoria que rindió el sindicado Cándido Roa Segura ante el Juez Promiscuo Territorial de Puerto Rondón (Arauca), el 18 de noviembre de 1973, o sea a los cuatro días de haber cometido el delito de homicidio por el cual fue condenado, consta que "el señor juez le hizo saber al por indagar el derecho que tiene de nombrar un apoderado para que lo asista en el curso de esta diligencia, y manifestó que designaba como tal al señor José Cuevas Manosalva quien estando presente aceptó el cargo", y después de haberse identificado con su respectiva cédula de ciudadanía "el señor Juez le dio legal posesión de conformidad con el artículo 118 del Código de Procedimiento Penal", haciendo constar que "el Despacho acepta a tal ciudadano como apoderado del sindicado en virtud de no existir en el lugar abogados y ser la persona de reconocida honorabilidad".

Desde el momento de su captura, el procesado ha permanecido detenido como consecuencia del auto que en tal sentido se profirió con fecha 20 de noviembre de 1973, sin que desde entonces hubiera hecho uso del derecho de designar un abogado inscrito para que lo asesorara, no obstante que en la indagatoria, se le hizo saber tal facultad. Claro que como en el Corregimiento de Puerto Rondón no existe abogado inscrito, como se hizo constar en la diligencia de indagatoria, el procesado no habría podido designar a un abogado domiciliado en dicho lugar, que ostentara esa calidad. Pero consta en el proceso que al llegar el sumario al Juzgado Tercero Superior de Villavicencio, el detenido Cándido Roa Segura designó como su apoderado al doctor Epaminondas Franco Avila, quien fue aceptado como tal y tomó la debida posesión el 18 de enero de 1974 (folios 102 y 103 del Cuaderno Principal).

También sostiene el impugnante que el

procesado careció de una defensa técnica y adecuada, porque el abogado que designó como su apoderado no solicitó pruebas ni concurrió a la práctica de ninguna de las diligencias del sumario, como tampoco formuló ninguna alegación en favor de Cándido Roa Segura.

Este cargo resulta incompleto porque ha debido determinarse cuáles pruebas dejó de solicitar el apoderado, y cuál habría sido la repercusión de ellas en favor del condenado, bien para asegurar su absolución, bien para obtener una condena de menor entidad.

Tampoco indica el impugnante las tesis jurídicas que dejó de alegar durante el sumario, el apoderado que designó Cándido Roa Segura, y cuál habria sido el resultado posible del fallo si esas tesis se hubieran expuesto ante el juez.

No basta afirmar que un procesado ha carecido de defensa porque ni se solicitaron pruebas ni se produjeron alegatos en su favor, para que sea viable la nulidad constitucional fundada en la carencia de una defensa técnicamente eficaz. Para que esta clase de nulidades pueda prosperar se requiere que el impugnante exprese cuáles pruebas debió solicitar el apoderado, y cuáles alegaciones debió esgrimir ante los funcionarios encargados de la investigación, o del juicio, pero en uno y otro caso debe el impugnante manifestar cuál seria la incidencia en la sentencia, de las pruebas que no se practicaron, y de las tesis jurídicas que no se alegaron.

Por otra parte, no está en lo cierto el impugnante cuando sostiene que el apoderado del procesado no tuvo ninguna intervención en favor de éste, porque cuando fue cerrada la investigación, el doctor Epaminondas Franco Avila produjo un alegato en el cual analizó el acervo probatorio, y solicitó que el sumario fuera calificado con un sobreseimiento definitivo, porque, en su concepto, Cándido Roa Segura actuó en situación de legítima defensa. Y tal alegación fue analizada en el auto de proceder, como se desprende del siguiente aparte de esa providencia:

"Cuanto hace a la legítima defensa no basta alegarla, es necesario probarla; cuando menos que haya una o alguna prueba para que el juzgador pueda entrar a analizarla si existe o no dicha justificación del hecho. Acá ni siquiera se barrunta alguna por ello sobre toda consideración al respecto aunque el señor Fiscal se ha referido a ello con gran acierto jurídico. Para el despacho, el antecedente de la investigación por supuesto abigeato contra José Guillermo Guerrero, como motivo de animadversión por parte de éste para con Cándido Roa Segura está descartado. Bien leídas las copias de los folios 115 a 134 se acredita que Cándido Roa Segura en ningún momento denunció o actuó en contra de José Guillermo Guerrero como para que éste le tomara inquina por acción alguna. Y de otro lado, no existió el tal cacareado abigeato. De paso es bueno advertir que la reputación de José Guillermo Guerrero está incólume como ciudadano en el proceso, no obstante la aseveración en contrario de su victimario, quien sí registra, como lo advierte en su indagatoria, proceso anterior, cuyo fallo debe traerse al proceso, dentro del término probatorio del juicio, como otras pruebas que deben decretarse y practicarse, caso que este proceso se convierta en causa". (Folios 184 y 185 del cuaderno principal).

Por último el impugnante estima que, no haberle notificado personalmente al apoderado del sindicado las providencias que se dictaron, durante el sumario, constituye el desconocimiento de una formalidad sustancial que acarrea la nulidad de la actuación. La Procuraduría refuta esta impugnación recordando que el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal reglamenta la manera de hacer las notificaciones. Tal norma dispone que las notificaciones se harán en forma personal al procesado que estuviere detenido y al ministerio público; que también se harán personalmente al procesado que no estuviere detenido y a los apoderados y defensores "si se presentaren a la secretaría dentro de los dos días siguientes a la fecha de la providencia", pero que "pasado ese término sin que se haya hecho la notificación personal, las sentencias se notificarán por edicto y los autos por estado".

Como este cargo tampoco prospera, no habrá lugar a declarar la nulidad del proceso, tal como lo plantea la demanda de casación.

Causal segunda

Se hace consistir en que la sentencia desbordó los precisos límites del veredicto del

jurado, porque habiendo sido declarado responsable el procesado como autor de un homicidio sin agravantes, el juez de derecho no podía tener en cuenta las circunstancias calificadoras que le dedujo en el auto de vocación a juicio, y que por interpretación benigna, deben ser consideradas como implícitamente negadas por los jueces populares, al no poder pronunciarse sobre ellas porque no fueron incluidas en el cuestionario que les fue sometido.

Fundamenta el cargo la demanda de casación en el párrafo que el auto de proceder dedica a cuestionar si el procesado actuó con dolo o con intención acorde con el ordenamiento jurídico. Se afirma por el juez de primera instancia que "es muy claro el propósito homicida de Cándido Roa Serrura", como se desprende de que el buen éxito de su intención homicida dependió de la forma como consumó el ilícito, ubicándose frente al lugar donde se encontraba la víctima, vigilándola, y actuando con rapidez y de manera sorpresiva.

Tal argumentación la orientó el juez hacia la demostración de que el procesado actuó en un plano antijurídico. Las modalidades del hecho le sirvieron al juez para extraer la consecuencia de que fue el dolo lo que dirigió la actividad delictuosa del victimario de José Guillermo Guerrero. Pero, como tal razonamiento lo culmina el juez diciendo que "todos estos son factores para ser evaluados a tiempo de proferir sentencia para el caso de un veredicto condenatorio, y para ser considerados por los jueces de conciencia", el impugnante estima que con dicha frase, que la Procuraduría califica de exabrupto, en el auto de proceder se le estaban contabilizando al enjuiciado varias circunstancias calificadoras del homicidio, en consonancia con las voces del artículo 363 del Código Penal.

La realidad es que lo que se dice en el auto de proceder no es cosa distinta a que como el procesado actuó dolosamente, sería al Jurado de Conciencia a quien le correspondería pronunciarse sobre tal extremo, esto es, si era responsable o inocente de la incriminación que se le hacía en el auto de vocación a juicio de ser autor de un homicidio intencional o simplemente voluntario. Y tal cosa fue lo que hizo el Jurado al declarar al procesado responsable del homicidio simple, o sin agravantes, de José Guillermo Guerrero.

El cuestionario que se sometió a los jueces populares no habría podido incluir en su texto circunstancias de asesinato, porque tales ingredientes no figuran en el auto de proceder. El artículo 534 del Código Procesal dispone que el cuestionario debe determinar el hecho materia de la causa tal como aparece delimitado en el auto de proceder, indicando las circunstancias constitutivas, aun cuando sin darle denominación jurídica, precisamente porque el jurí no cuestiona asuntos de derecho, sino que se pronuncia únicamente sobre hechos.

En tratándose de un homicidio, si el juez, al proferir auto de proceder, estima que se encuentra establecida probatoriamente alguna de las circunstancias que transforman el homicidio en asesinato, tiene la obligación de describir con exactitud los hechos que sirven de soporte a la circunstancia calificadora, a fin de compararla con la descripción que de ellas se hace en el artículo 363 del Código Penal. Así como hay una tipificación del ilícito, también la hay de las modalidades y circunstancias que integran el delito, en su concreción fáctica. El auto de proceder no puede inventar circunstancias de agravación. La enumeración que hace el artículo 363 de ellas, es taxativa y no meramente enunciativa. Para que un hecho adquiera el rango de circunstancia calificadora del homicidio, es condición indispensable que coincida con la descripción legal del artículo 363. Precisamente el auto de proceder se abstuvo de considerar la existencia de la segunda causal de agravación porque el hecho en que pudiera fundarse, no coincidía con la descripción que de esa circunstancia hace la Ley Penal, según se desprende del siguiente párrafo:

"Desgraciadamente este agravante de la premeditación no se le puede proponer al jurado, porque el numeral 2º del artículo 363 del Código Penal exige además estar 'acompañada de motivos innobles o bajos' y esto no tiene plena prueba" (folio 183 del Cuaderno Principal).

En la demanda se afirma:

"Las circunstancias calificadoras deducidas en el auto procesatorio, no son otras que las previstas en los ordinales 2º, 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal, que hacen

que el homicidio se eleve a la categoría de asesinato. Y el señor juez del conocimiento dejó expresa constancia de que tales circunstancias de suyo eran calificadoras del delito y que deberían ser consideradas por los señores Jueces de Conciencia".

Tal interpretación es a todas luces errónea porque la única circunstancia calificadora que analizó el auto de proceder fue la segunda del artículo 363, pero que fue descartada porque no, existía la plena prueba de los motivos innobles o bajos que deben acompañar a la premeditación para que funcione como circunstancia de agravación del homicidio. No acierta el impugnante en su afirmación de que también las circunstancias quinta y sexta fueron analizadas en el auto de proceder, porque, como se dejó dicho, las consideraciones que hizo el juez no se referían a la posibilidad de que el agresor hubiera actuado por haber puesto a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión, o por haberse aprovechado de ellas, sino que ellas tenían la finalidad de probar que el procesado actuó dolosamente, y por lo tanto, de manera antijurídica.

En la hipótesis de que echa mano el impugnante, relacionada con la omisión del juez, al no incluir en el cuestionario tres supuestas circunstancias de agravación, que dizque se dieron por probadas en el auto de proceder, pudiera beneficiar al procesado a través de la casación de la sentencia condenatoria, lo que está planteando es una conclusión contraria a la defensa adecuada y técnica del condenado, porque si se casara la sentencia con base en la argumentación de que Cándido Roa Segura fue condenado como autor de un homicidio simplemente intencional, en vez de un asesinato, su apoderado en sede de casación, lejos de haberlo defendido, se habría constituido en un acusador, lo cual implicaría la comisión de un delito por parte del abogado. Afortunadamente para éste no es esa su situación, porque en el auto de proceder no se hace ningún planteamiento sobre la existencia de tres de las circunstancias calificadoras del homicidio. Como lo apunta la Procuraduría con sumo acierto, el juez de primera instancia no fue lo suficientemente claro cuando dijo que a los jueces de conciencia se les debía someter los hechos que analizó para demostrar que el procesado había actuado con dolo, porque su frase podría prestarse a interpretaciones aberrantes, tal como lo ha hecho el impugnante en la demanda de casación.

Además, en la hipótesis de la demanda, si el jurado no se pronunció sobre supuestas circunstancias de agravación que se tuvieron por existentes en el auto de proceder, porque el juez de primera instancia no las incluyó en el cuestionario, por simple omisión, no puede sostenerse que tal omisión equivalga a un pronunciamiento negativo del jurado sobre ellas. Tal vez ese planteamiento a lo que podría conducir sería a una investigación contra el juez de derecho para averiguar si habría prevaricado al elaborar el cuestionario.

Parte del cargo de que se viene hablando radica en la afirmación de que las circunstancias calificadoras deducidas en el auto de proceder, y las cuales negó implícitamente el jurado de conciencia, al no tener oportunidad de pronunciarse sobre ellas debido a que no fueron incluidas en el cuestionario, no podían ser transformadas por el juez de derecho en circunstancias de mayor peligrosidad.

Para respaldar tal aserto, el impugnante transcribe varias jurisprudencias de la Corte, según las cuales, cuando el jurado de conciencia niega circunstancias de agravación, el juez de derecho no puede considerarlas como circunstancias de mayor peligrosidad. Tal planteamiento jurídico resulta exacto, pero no es aplicable al caso de autos porque ni en el auto de proceder contra Cándido Roa Segura se incluyeron circunstancias calificadoras del homicidio, ni el jurado que lo juzgó, declarando su responsabilidad como autor de la figura básica del homicidio, negó explícita o implícitamente la existencia de ellas.

La Procuraduría recuerda que las circunstancias de peligrosidad no le compete al jurado de conciencia, sino al juez de derecho, su reconocimiento, a no ser que ellas sean modificadoras de la responsabilidad o que se consideren como elementos constitutivos del delito, conforme al artículo 534 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el cargo en que se funda la causal segunda tampoco prospera.

Causal primera

El impugnante la enuncia diciendo que la sentencia es violatoria de la Ley sustancial porque incurrió en "evidente error de derecho" al aplicar indebidamente los artículos 36, 37 y 39 del Código Penal "reguladoras de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad".

La Procuraduría hace la atinada observación de que el impugnante ha confundido la violación directa de la Ley sustancial por aplicación indebida con el error de derecho, que únicamente es de recibo cuando la violación de la ley proviene de una apreciación errónea o de falta de apreciación de una determinada prueba, que genera la violación indirecta.

La sentencia condenatoria de primera instancia, después de haber analizado tanto el cuerpo del delito como la manera de la ejecución del homicidio y la responsabilidad declarada por el jurado de conciencia, llega a la conclusión de que la conducta de Cándido Roa Segura es la descrita por el "artículo 362 del Código Penal que determina una sanción privativa de la libertad personal de ocho a catorce años de presidio y las accesorias consiguientes".

En esa sentencia, que fue confirmada por el Tribunal de segunda instancia, se hacen las siguientes consideraciones para determinar la sanción imponible:

"Esta pena debe ser dosificada conforme al mandato del artículo 36 del Código Penal 'gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente'.

"Ya estos factores fueron enunciados y estudiados en esta sentencia así: Los motivos determinantes fueron la venganza; como circunstancias de mayor peligrosidad, dadas las modalidades del hecho y la personalidad del procesado se acreditan las previstas en los numerales 3 y 4 ya que era autoridad policiva en el momento de consumar el hecho; 5 acechó a su víctima hasta que salió para verificar el homicidio; 6 la manera como lo efectuó tomando por sorpresa al occiso habiendo herido sin dar lugar a defensa alguna; 15 en combinación con la 4 todas de mayor peligrosidad.

"De menor peligrosidad se hallan probadas: la 1 y la 9, puesto que no se ha demostrado mala conducta, aunque fue procesado por violencia carnal; y por cuanto esperó a que la autoridad lo capturara.

"De tal manera que, teniendo en cuenta lo anterior y lo que dispone el artículo 39 del Código de las Penas, al encausado le corresponde una pena privativa de la libertad de ONCE AÑOS DE PRESIDIO por existir, con exceso, más circunstancias de mayor que de menor peligrosidad. Y las accesorias del caso". (Folios 248 y 249 del Cuaderno Principal).

El artículo 39 del Código Penal suministra al juzgador un claro criterio para aplicar la sanción cuando concurran circunstancias de mayor y menor peligrosidad, de tal manera que se aplicará el máximo cuando concurran únicamente circunstancias de la primera clase, y el mínimo cuando se esté en presencia únicamente de las de segunda clase. De donde se deduce, que cuando hay simultaneidad de ambas categorías de circunstancias, el juez tiene poder discrecional para calcular la sanción imponible, teniendo en cuenta, además de ellas, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, lo mismo que los motivos determinantes, de acuerdo con el mandato del artículo 36 del citado Código.

Al examinar el proceso resulta fácil llegar a la conclusión de que el procesado Cándido Roa Segura actuó por el motivo innoble de la venganza cuando eliminó a José Guillermo Guerrero; que ejercía el cargo de Inspector de Policía Intendencial de la vereda denominada 'Marrero'; que acechó a su víctima para poder intimarla sin riesgo de su parte; que la atacó de manera sorpresiva; y que ocupaba en el medio social en que actuaba una posición distinguida, como se deduce de la circunstancia de desempeñar un cargo público. Al lado de esas circunstancias de mayor peligrosidad militan otras de menor peligrosidad como son la buena conducta anterior del procesado, y el no haber opuesto resistencia a su captura.

Todas las anteriores circunstancias resultan plenamente probadas en el proceso, de donde se deduce que no hubo aplicación indebida de los artículos 36, 37 y 38 del Código Penal, cuando el fallador las tuvo en

cuenta para calcular la pena privativa de la libertad.

Como tampoco prospera el cargo antes analizado, se desechará el recurso de casación y se ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen.

En mérito de las consideraciones hechas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación de que se ha hecho mérito en la motivación de esta providencia, y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., junio cuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 26 de 3 de junio de 1976.

Vistos

Este proceso se inició para averiguar la conducta omisiva (demoras) del doctor EDUARDO ALVARADO HURTADO, como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto (Nariño), en el negocio adelantado en contra de José Emiceno Absalón Arias, por el delito de "homicidio" en Alcides Chamorro.

Perfeccionada la investigación se clausuró en auto de ocho de marzo del presente año y se obtuvo el concepto de la Procuraduría, favorable al sindicado, pues estima esta agencia fiscal que debe sobreseerse temporalmente para establecer, como se indicará, algunos aspectos probatorios de interés que ahora se echan de menos.

Corresponde, entonces, calificar el mérito de estas probanzas y a ello se procede.

Hechos

El Tribunal Superior de Pasto, en proveído de julio 22 de 1966, revocó el sobreseimiento temporal proferido en favor de José Emiceno Absalón Arias, en el proceso ya mencionado, y en su lugar llamó a juicio. La intervención del jurado devino en absolución, la cual fue recogida por el Juzgado 2º Superior, en sentencia de 22 de junio de 1970.

En el Tribunal, este negocio correspondió inicialmente al Magistrado Solarte Alava (julio 21/70), quien se declaró impedido, manifestación que le fue aceptada por el Magistrado EDUARDO ALVARADO HURTADO (julio 30/73). Este, que asumió el trámite y definición de este asunto, lo pasó al fiscal (agosto 11/70) obteniéndose su opinión (septiembre 1/70) en el sentido de declarar contraevidente el veredicto, y, en consecuencia, ordenar nueva convocatoria de jurado de conciencia. A partir del 18 de septiembre de 1970, entró a estudio del Magistrado ALVARADO HURTADO. Hasta que fue reemplazado por el Magistrado Artemio Legarda Díaz (diciembre 6 de 1972) no produjo decisión alguna en relación a este referido proceso y en contestación al concepto fiscal que solicitaba la declaratoria de contraevidencia. El doctor Legarda Díaz tuvo en su poder el mismo expediente desde la fecha de su posesión hasta el 21 de julio de 1973, fecha en la cual pasó a repartimiento general, adjudicándosele al Magistrado Antonio Ordóñez A., quien admitió la petición fiscal en auto de octubre 22 de 1973.

Esto quiere decir, y aquí radica la imputación por delito de "abuso de autoridad", que el Magistrado doctor ALVARADO HURTADO, mantuvo en su poder el susodicho negocio contra Absalón Arias, por espacio de DOS AÑOS, TRES MESES, sin proferir la resolución a que estaba obligado.

Esto llevó al doctor Arnulfo E. Dávila, fiscal 1º de la Corporación, y quien interviniera en el trámite del mentado proceso, a solicitar la expedición de copias para abrirle investigación penal al Magistrado ALVARADO HURTADO, petición que reiteró y precisó en su escrito de 17 de octubre y que obra a fls. 15 y 16.

Concepto de la Procuraduría

Destaca el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la labor realizada durante

los años 1970, 1971 y parte de 1972, por el Magistrado ALVARADO HURTADO, conforme a los datos que indica la inspección judicial, trabajo que demuestra un constante rendimiento, una sobresaliente calidad y una responsabilidad notable en la definición de los procesos en los cuales actuara como Ponente. Pero lo que le lleva a recomendar un sobreseimiento temporal es que "...se advierte que a partir del mes de agosto de 1972 no se encontraron providencias de fondo, hasta el retiro del funcionario en 6 de diciembre siguiente, aunque en el mismo término sí aparecen numerosos autos de sustanciación; por otra parte, de acuerdo con las constancias del instructor, no se verificaron otras anotaciones. En vista del trabajo anteriormente cumplido por el funcionario acusado, no aparece claro que en el expresado lapso de cuatro meses y algunos días, hasta su retiro no hubiera dictado providencias de fondo, cuando como queda dicho, se observa con anterioridad un aceptable promedio de trabajos, lo cual no resulta explicable; y además significaría que en tales meses no se dictó resolución alguna en los procesos que debieron pasar al despacho del Magistrado citado. Este aspecto debe ser objeto de nueva comprobación, mediante la revisión correspondiente y ampliación de indagatoria al acusado, para que manifieste lo que sea del caso: así se considera necesario también en razón de lo que indica seguidamente. Niega el acusado haber procedido dolosamente; conforme al proceso, no aparece indicio alguno que demuestre o que conduzca a deducir que el ex-Magistrado citado, al no resolver oportunamente en el caso citado, lo hubiera hecho en consideración a un motivo irregular o por consideración distinta a la expresada por el mismo en su indagatoria, afirmación que por tanto, no aparece desvirtuada hasta el momento, en lo cual se funda para afirmar que no incurrió en delito, sino únicamente y en caso de que así se dedujera, en infracción disciplinaria. Pero con lo anterior guarda relación la situación atrás observada de no haber dictado providencias en el término dicho, pues si no existió actividad en dicho período las razones alegadas, relacionadas con recargo de asuntos recibidos para decisión, no tendrían validez en relación con el mismo...".

Consideraciones de la Sala

Hay un hecho incuestionable, precisamente el que funda la razón de ser de este proceso; el negocio por homicidio contra José Emiceno Absalón Arias, estuvo a despacho del Magistrado ALVARADO HURTADO, casi veintisiete meses, sin recibir atención. Este tiempo, tan intensamente prolongado, no lo explica ni menos lo justifica un recargo de trabajo, por abrumador que fuera éste, ni el mantenido rendimiento mensual que pueda deducirse en favor del procesado. Es de tanta magnitud este período de inercia que la Corte no puede acudir, como tradicionalmente lo hace en estos casos de demoras, a la calidad del trabajo judicial realizado y a la constancia en el mismo. Estos aspectos, que tienen suma importancia en esta clase de valoraciones, pierden todo efecto cuando el funcionario persiste en abandonar el estudio de un proceso, contando con oportunidad para hacerlo. Cuando el retardo es breve o de relativa duración, mal puede exigirse al juez o magistrado que sobrepase la disponibilidad de su tiempo, de sus físicas o intelectuales condiciones. El, como todo ser, está limitado por circunstancias múltiples y no puede ciertamente abrumar su humanidad ni crear aptitudes extraordinarias. Pero éste no es el caso.

¿Qué motivo tenía el Magistrado ALVARADO HURTADO para dar curso a buena parte de los negocios que le llegaran y abstenerse de definir el que ha originado este proceso? ¿Por qué podía realizar su trabajo en los demás y escatimarlo, irreductiblemente, en el de Absalón Arias? El derecho de este a que se dijera si se aceptaba o no el fallo absolutorio de primera instancia, sufrió notable perjuicio, sin existir razón valedera y admisible en contrario. Solo el extravío del expediente o factor de análoga eficacia, podría ofrecer explicación a esta conducta de evidente desidia y despreocupación. Por parte alguna se ha insinuado ocurrencia de esta índole y, por tanto, no es dable admitir como lícito el comportamiento comentado. La obligación primordial del Magistrado ALVARADO HURTADO, era evacuar este proceso que permaneció en su poder durante casi veintisiete meses. Mientras este compromiso no fuera satisfecho, resultaba y resulta verdadero contrasentido alu-

dir a la eficacia de su trabajo, a la magnífica composición de sus providencias o al constante rendimiento de su labor. Todos estos aspectos los contrapesa sobradamente su renuencia a estudiar y definir el proceso contra José Emiceno Absalón Arias, que ha dado motivo a la iniciación de este sumario. De no, pues se estaría enseñando que hay expedientes que pueden permanecer indefinidos bastando la solución de otros.

Esto indica, a las claras, que el Magistrado ALVARADO HURTADO omitió la ejecución de un acto al cual estaba obligado, o sea, que conoció y quiso la situación de inercia que en forma manifiesta se produjo en el negocio adelantado contra Absalón Arias. El no podía ignorar que estaba a estudio suyo, pues se encontraba en su oficina y figuraba entre los negocios que estaba conociendo y debía diligenciar. Esa omisión fue, pues, voluntaria y estuvo precedida de un suficiente enteramiento, aspectos estos que conforman la actividad dolosa del hecho delictuoso que debe advertirse en la conducta del Magistrado ALVARADO HURTADO.

Ninguna influencia tiene en cuanto a desvirtuar la ostensible significación de estos hechos, el aludir a una posible represalia del Ministerio Público, pues bastaría destacar la tardanza de la solicitud y la imparcialidad de ésta, para excluir tan perverso ánimo, el mismo que ni existió ni se proyectó en la adulteración de circunstancias. Tampoco presenta trascendencia, en el sentido que lo quiere el Magistrado ALVARADO HURTADO, su invocación a la calidad de su ejercicio judicial, el cual no niega la Sala, ni el rendimiento de su labor. Estos dos puntos se comentaron en párrafo anterior, debiéndose agregar que el promedio mensual de labores, entre diez y seis y veintitrés en los años 1970, 1971 y parte de 1972, no constituye una actividad tan excepcional como para impedir el reproche que suscita el injustificado abandono del negocio de Absalón Arias. De otro lado, en los últimos cuatro meses de su cargo (agosto a diciembre de 1972), su actuación de fondo se puede decir que resultó inexistente. Además, obsérvese que el Magistrado Antonio José Ordóñez, el 22 de octubre de 1973, a escasos tres meses de efectuarse un repartimiento general de negocios (julio 21/73), que por sí significaba un notorio recargo de trabajo, despachó el negocio contra Absalón Arias, el mismo que no logró resolver el Magistrado ALVARADO HURTADO, en casi veintisiete meses. (fls. 43, 95, 99, 107, 120, 133). La prescripción de la acción penal, invocación que hace el sindicado en su indagatoria de fl. 156, no ha ocurrido a la fecha. Muy acertada resulta la réplica del señor Procurador 3º Delegado en lo Penal: "...el término respectivo sólo puede contarse a partir del momento de su retiro del cargo, ya que hasta tal día subsistió la situación de mora referida y de acuerdo con sus funciones, le correspondía decidir en el proceso citado; y como desde el 6 de diciembre de 1972 no ha transcurrido el término de cinco años, la acción no se ha extinguido por prescripción...".

En cuanto a la situación del Magistrado ARTEMIO LEGARDA DIAZ y en relación a este mismo asunto, conviene anotar que las indicaciones de fls. 144 a 151, así como el tiempo que permaneciera el susodicho negocio a conocimiento suyo, no señalan la conveniencia de vincularle a este proceso mediante indagatoria ni ordenar que se abra investigación por separado en su contra. El recargo de trabajo que afrontó y el reducido término que permaneció tal negocio en su poder, no dan margen para una averiguación de carácter penal. A lo sumo, en su caso, se trataría de una cuestión disciplinaria, por falta de ordenación en sus actividades, a efecto de evacuar los negocios de más antigüedad.

Conclusión

Están satisfechos los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, debiéndose residenciar en juicio criminal al doctor EDUARDO ALVARADO HURTADO, para que responda del delito de "Abuso de Autoridad", contemplado en el artículo 172 del Código Penal.

A fls. 70 y 71, aparece demostrada la designación del doctor ALVARADO HURTADO, como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto (Nariño), y su respectiva confirmación; a fl. 90, su posesión el 1º de agosto de 1969; y, según su indagatoria de fl. 155, desempeñó tal cargo desde agosto de 1969 a diciembre de 1972, lo cual guarda cabal armonía con el nombramiento del doctor Artemio Legarda Díaz, quien le

sustituyera, y se posesionara a partir del 6 de diciembre del año últimamente mencionado (fls. 72, 73 y 89).

El doctor EDUARDO ALVARADO HURTADO, es hijo de Clelio y Judith, natural de Túquerres y vecindado en Pasto, 50 años de edad, casado y abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA SALA DE CASACION PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con la opinión de su colaborador fiscal,

Resuelve:

Llamar a responder en juicio criminal al doctor EDUARDO ALVARADO HURTADO, de las condiciones civiles ya indicadas, del delito de "Abuso de Autoridad", definido y sancionado en el Código Penal, libro segundo, título III, Capítulo VI, consistente el cargo en que, como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, omitió despachar el negocio seguido a José Emiceno Absalón Arias, por "homicidio", expediente que estuvo a su conocimiento desde el 13 de septiembre de 1970 a 5 de diciembre de 1972.

Durante el término probatorio de la causa se practicarán las diligencias que la Procuraduría 3ª Delegada en lo Penal, indicó en su concepto.

Para las notificaciones pertinentes, se comisiona al Tribunal Superior de Pasto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón. Gustavo Gómez Velásquez. Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

RAPTO. — VIOLENCIA CARNAL. — SECUESTRO

Definiciones

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., junio siete (7) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 26.

Vistas

Procede la Corte a resolver de plano la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia y el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali, en cuanto al conocimiento del proceso que por un presunto delito de violencia carnal se adelanta contra Gustavo Peña.

Planteamiento de la Colisión

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, en providencia de tres de marzo último, esbosa su criterio, así:

"Al entrar a estudiar las piezas que integran el expediente, nos encontramos con que el Juzgado no es el competente para proceder a calificar el mérito del sumario, las razones son las siguientes:

"El señor Juez Primero Penal del Circuito de Manizales adujo en su auto que la investigación contra el implicado Gustavo Peña, se trataba de un delito de Rapto y Violencia Carnal y que como el menor fue sustraído de Armenia correspondía la competencia a dicha ciudad.

"En el caso sub judice, no se puede de ninguna manera hablar de la existencia de un ilícito del Rapto porque tratándose de un varón esta infracción no se tipifica ya que soolo (sic) puede ocurrir en una mujer. Al respecto dice Antonio Vicente Arenas, lo siguiente:

" 'En Colombia solamente puede ser sujeto pasivo del delito de rapto 'una mujer'. Ya vimos en el punto anterior, que el ideal, en esta materia, consiste en dar mayor amplitud al sujeto pasivo. Pero en el estado actual de nuestra legislación no puede aceptarse el delito sino cuando la acción recae sobre una mujer, no sobre un hombre, aunque la sustracción o retención se obtenga por medio de la violencia o el fraude y con el propósito de satisfacer deseos erótico-sexuales o matrimoniales...'.

"Con lo puntualizado, se demuestra claramente que no se configura de ninguna manera el resto DEL RAPTO y que en consecuencia, solo queda por investigar la presunta VIOLENCIA CARNAL de que habla el menor Cárdenas Pabón.

"De acuerdo a (sic) la narración hecha por Marco Tulio Cárdenas Pabón, éste fue víctima del acto sexual por parte del incriminado en la ciudad de Cali. Veamos lo que éste dijo textualmente:

" '... Llegamos a Cali a una casa es como un hotel él ya tenía la pieza yo no sé cómo se llama el hotel ni dónde queda porque yo no conozco a Cali, allá llegamos de noche y nos acostamos y como la pieza no tenía sino una sola cama nos acostamos, él me decía que me quitara la ropa y esa primera noche me dijo que si le daba culo y yo le dije que no y me dijo entonces que si no le daba culo me mataba y yo le decía que no y él entonces cogió a la brava y me quitó la ropa y cogió y me metió 'El chichi' por el culo y yo ahí mismo grité porque sentí dolor, él me

voltió boca abajo y estuvo un momentico encima...'.

"Queda así patentizado que la única infracción por la cual debe responder, si es que evidentemente hubo delito, sería LA VIOLENCIA CARNAL, hecho que sin lugar a dudas tuvo ocurrencia en la ciudad de Cali.

"Estos breves razonamientos son suficientes para indicar que este despacho no es competente para conocer de este negocio y que la competencia radica en la ciudad de Cali, en los Juzgados Penales del Circuito de dicha ciudad.

"En consecuencia, las diligencias se enviarán a la ciudad de Cali por competencia al Juzgado Penal del Circuito, Reparto, en caso de no compartir nuestros argumentos se le provoca colisión de competencia negativa".

A su turno, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali, en auto de primero de abril último, expresa:

"Al estudiar detenidamente la conducta del inculpado Gustavo Peña, vemos cómo, éste, para mantener consigo al menor Marco Tulio Cárdenas Pabón, no sólo lo trasladó desde Armenia hasta esta ciudad, con engaños, sino que, mediante violencia física y moral, logró retenerlo en su poder por espacio de ocho días, hasta que logró liberarse de su acción, al evadirse del hotel, en Manizales y solicitar el auxilio de la Policía, la cual en forma diligente le prestó la colaboración, lográndose la captura del sindicado.

"Que Gustavo Peña castigó materialmente al menor Cárdenas, sin ningún derecho o autoridad para hacerlo, y con el solo propósito de infundir en su ánimo el suficiente temor como para que desistiera de cualquier intento de escapársele, es un hecho plenamente acreditado en el proceso, pues así lo reconoce el sumariado, aunque se cuida suficientemente de no dar a conocer los verdaderos fines que con su actitud perseguía.

"Esa versión del castigo y de la retención del menor para que diera cuenta de la pérdida de su maleta, a la altura del Municipio de El Zarzal, en este Departamento, a más de inverosímil, constituye un hecho totalmente ilícito por parte de Peña, pues si en realidad, el menor Cárdenas tenía alguna implicación en la sustracción de esa valija, no otro era el procedimiento para el acriminado que el de dar parte a la autoridad a efecto de que ésta tomara la decisión aconsejable con la persona del menor ofendido. ¿Cómo es eso, de mantener a Marco Tulio, privado de su libertad, separado de la tutela de sus padres y de la protección de los funcionarios adscritos a la defensoría de menores, hasta que apareciera la maleta?

"No es en boca del pequeño, como se establece la injusta retención de éste a manos de Peña. Basta leer los apartes que dan razón de ello, originarios del mismo procesado y visibles a fls. 9 fte. y 14 fte., para concluir que, a más de la sindicación que por violencia carnal le corresponde, surge otra, en concurso material y que el Código Penal en su Capítulo I, Título II, define como 'Del Secuestro'.

"Se secuestra a una persona no sólo con miras a la obtención de intereses económicos, y así se deduce de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, pues otros muy diferentes pueden ser los móviles que se persiguen con la injusta privación de la libertad de la víctima.

"Ante esta situación, y como quiera que el delito de Secuestro pasó a conocimiento de la Justicia castrense, según así lo dispuso el Decreto 1250 del 26 de junio de 1975, este reato debe ser investigado por las autoridades militares de Armenia, conjuntamente con el presunto delito de Violencia Carnal, por tratarse de un concurso material, y no por la justicia ordinaria, como erróneamente lo interpretó el Despacho que propone la colisión".

Se Considera

Según los hechos narrados por el ofendido, menor Marco Tulio Cárdenas Pabón, éste fue contratado en la ciudad de Armenia por el sindicado Gustavo Peña para que le ayudase a llevar una maleta con mercancías a Cali, ofreciéndole pagar diez pesos ($ 10.00) diarios y hacerlo retornar el mismo día, por la noche, a Armenia. Pero ocurrió que el menor permaneció varios días en Cali y otras poblaciones en compañía del sindicado, quien no quería dejarlo ir de su lado, sometiéndolo durante las noches a ac-

tos homosexuales, para lo cual se valía de su fuerza física hasta lograr quitarle los pantalones y, poniéndolo boca abajo, introducirle el pene por el recto a lo que debía acceder el menor, según la versión de éste, so pena de ser muerto o de que le cortara o rajara la cara y también las nalgas.

La denuncia correspondiente la formuló el menor ofendido ante la Comisaría Tercera Central de Policía de Manizales y la investigación la abrió el Juzgado Tercero Penal Municipal de la misma ciudad. Practicadas varias diligencias, tal Juzgado dictó auto de detención contra el sindicado Gustavo Peña y luego de notificada tal providencia, envió las instructivas al Juzgado Penal del Circuito (reparto) de Manizales por considerar que la competencia radicaba allí. Repartido el sumario, le correspondió al Juez Primero Penal del Circuito de dicha ciudad, quien después de examinar la actuación procesal, llegó a la conclusión de que se trataba de un concurso material de delitos, más concretamente los de rapto y violencia carnal, el primero de los cuales tuvo ocurrencia en Armenia, lugar de donde fue sustraído el menor, y el segundo en la ciudad de Cali, por haber sido allí donde fue sujeto el ofendido a los actos constitutivos de la violencia carnal o de la tentativa.

Se ha planteado por los distintos funcionarios que han actuado en este proceso tres ilicitudes, a saber:

Rapto, violencia carnal y secuestro.

El rapto. Este delito solo se puede cometer en una mujer. El artículo 349 del Código Penal es claro y terminante, cuando reza: "El que mediante violencia física o moral o de maniobras engañosas de cualquier género, arrebate, sustraiga o retenga a una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella, está sujeto a las siguientes penas...". Por tanto, se descarta de plano esta hipótesis delictiva, que fue la que erróneamente consideró tipificada el Juez de Manizales.

Violencia carnal. Conforme al artículo 316 del Estatuto Penal, perpetra este delito "El que somete a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral...". A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconciencia". (Subrayó la Sala). En el caso presente, el ofendido Marco Tulio Cárdenas fue sometido mediante violencia física al acceso carnal o a la tentativa del mismo, al proceder el sindicado a quitarle los pantalones, a volverlo boca abajo, y a introducirle o tratar de introducirle el miembro viril por el recto. Y como el ofendido es menor de catorce años, "se presume la falta de consentimiento, tanto por la falta de madurez, de juicio suficiente para prestarlo, como por la falta de desarrollo necesario que por lo común cabe suponer entonces para realizar ese acto", por lo cual hipotéticamente se dan los requisitos legales para la tipificación de este delito.

El secuestro. De acuerdo con el artículo 4º de la Ley 21 de 1973, que sustituyó el 293 del Código Penal, comete esta infracción quien "secuestre una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos...".

Y el siguiente artículo de la misma ley, establece: "Al que injustamente prive a otro de su libertad, fuera del caso previsto en el artículo anterior...".

No se dan en este sumario ninguna de las circunstancias a que se refieren las normas antes citadas, por cuanto el sindicado desde un principio y como bien lo anota el ofendido y lo corrobora el acusado, lo halló en la galería de Armenia, le propuso que le cargara la maleta, prometiéndole pagarle diez pesos ($ 10.oo) diarios e invitándole a que viajara con él a Cali, lo que el menor aceptó, pero con la condición de regresar el mismo día a Armenia. De suerte, pues, que el menor se hallaba en la calle, en la galería de Armenia, no fue llevado a la fuerza, no hubo propósito de conseguir para sí o para otro un "provecho o utilidad ilícitos", ni se le privó de su libertad, ya que éste andaba por la calle, y por varios lugares estuvo al lado del sindicado, pudiendo haberse escapado, ya que tampoco lo había inmovilizado físicamente ni coaccionado moralmente para ello. Así las cosas, queda descartada también este reato, —el del secuestro—.

Entonces se está frente, hasta ahora, a un delito de violencia carnal, cuya competencia corresponde a los Jueces Penales de Circuito.

Debe, pues, establecerse a cuál de los tres

funcionarios arriba nombrados, o sea el de Manizales, el de Armenia o el de Cali corresponde el conocimiento de este asunto.

Pues bien: de acuerdo con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, si la infracción se cometió en varios lugares o en el extranjero o en sitio desconocido, prevendrá en el conocimiento el juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule la denuncia, o en que primero se inició la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al procesado (subraya la Sala). De modo que el conocimiento de este asunto corresponde al Juez Primero Penal del Circuito de Manizales a quien se le repartió, ya que allí fue donde se formuló la denuncia, se inició la investigación y se aprehendió al sindicado, dándose así plenamente los tres requisitos contemplados en la norma antes citada.

Luego se concluye que el juez competente para seguir conociendo de estas sumarias es el Juez Primero Penal del Circuito de Manizales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —S. de C. P.—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencia planteada, en el sentido de que el conocimiento del presente proceso corresponde al Juez Primero Penal del Circuito de Manizales, a quien se le enviarán las diligencias, dando aviso de tal determinación al Juez Quince Penal del Circuito de Cali y al Juez Primero Penal del Circuito de Armenia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PREVARICATO

Conducta delictuosa prevista en el Artículo 2º del Decreto 2525/63 que sustituyó el texto del Artículo 168 del Código Penal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., junio diez (10) de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 27. Junio 10 de 1976.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena (B.), en auto de diez de marzo del año en curso, ha favorecido con sobreseimiento definitivo al doctor MIGUEL GUERRERO HURTADO, a quien como Juez Superior de Aduanas que fuera en esa ciudad, se le inició este proceso por los supuestos delitos de "Prevaricato y Falsedad en Documentos" (fls. 79 y ss.).

Se surte la consulta de rigor.

Hechos

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ha precisado en forma certera los aspectos salientes de la conducta de GUERRERO HURTADO, que permiten formar un exacto criterio sobre las modalidades de su comportamiento, las cuales dieron lugar a la denuncia presentada por su respectivo Agente del Ministerio Público. Valga entonces tan afortunada síntesis, a los fines de esta general enunciación:

"...1º En el Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena a cargo del doctor Miguel Guerrero Hurtado cursaba un proceso por contrabando contra Gil Gillén y otros, en el cual se habían retenido la embarcación denominada 'Henacca', el camión-remolque de placas TM-0733 y 574 bultos de cincuenta kilos de azúcar.

"2º En auto del 18 de marzo de 1975 el despacho mencionado dispuso la entrega de la embarcación a su propietario Jorge Gutiérrez porque éste la había arrendado a Enrique Trujillo desde el 19 de febrero de 1974 y la destinó al transporte del azúcar decomisado en febrero del año siguiente. Agregó Gutiérrez que en la noche en que fueron aprehendidos por las autoridades de aduana el automotor, la nave y la mercancía, se encontraba con su esposa y unos amigos en el restaurante 'Rincón Argentino' de Cartagena (fls. 42 a 46).

"3º Al momento de notificar al Fiscal del Juzgado Superior de Aduanas la providencia anterior, interpuso el recurso de apelación (fl. 46).

"4º El despacho judicial mencionado negó el recurso interpuesto en auto del 1º de abril porque de acuerdo con una doctrina del Tribunal Superior de Aduanas, es preciso distinguir entre los medios de transporte y la mercancía. Como el recurso de apelación tan solo está previsto para las providencias mencionadas en el artículo 21 del Decreto 520 de 1971, se concluye que la entrega de los vehículos utilizados como medios de transporte de mercancía considerada de contrabando no es apelable (fls. 47 y 48).

"5º El representante del Ministerio Público ante el Juzgado mencionado interpuso el recurso de reposición por escrito presentado el 5 de abril.

"Esta pieza procesal no aparece en el informativo pero del memorial que en copia

obra al folio 60 y siguiente de este expediente se deduce que las razones del Fiscal fueron éstas:

"El señor Jorge Gutiérrez Moore rescató la motonave de bandera panameña Henacca, haciendo acta de protesta la cual fue protocolizada ante la Notaría Tercera de Cartagena por Escritura Nº 124 del 20 de febrero de 1974. El hecho de ser el señor Gutiérrez salvador de la nave, comenta el Fiscal, no le da derecho de ser el propietario de la embarcación;

"El señor Gutiérrez reclamaba la devolución de la nave llamada Henacca pero los tripulantes la conocían con el nombre de 'Fortuna', y así también la llamó el Comandante del Resguardo cuando la puso a órdenes del Juzgado por oficio Nº 21 del 10 de febrero de 1975;

"Las circunstancias en que la nave fue aprehendida eran bastante sospechosas, ya que en horas de la noche pretendían cargar más de quinientos bultos de azúcar en los muelles de Cementos del Caribe en Cartagena.

"A pesar de que el señor Gutiérrez Moore negó toda participación en los hechos, y presentó como pruebas un contrato de arrendamiento de la Nave con Enrique Trujillo, fechado en Medellín el 19 de febrero de 1974, y un recibo de pago del restaurante 'Rincón Argentino', Nº 1811 expedido a su nombre por servicios prestados el 8 de febrero de 1975, el fiscal replicó así: el documento relativo al contrato de arrendamiento no está autenticado, es decir, su fecha es incierta, y en el recibo aparece timbrada como fecha la del diecisiete de enero y al parecer a mano la de febrero de 1975.

"6º El juez Guerrero Hurtado en el proveído que en copia aparece al folio 49 negó el recurso de reposición, sin analizar uno solo de los argumentos del representante del Ministerio Público. En cambio autorizó expedir las copias pertinentes para tramitar el recurso de hecho.

"7º Sin esperar siquiera la ejecutoria de esta última providencia, el funcionario acusado libró el 16 de abril de 1975 el oficio número 166 que en copia aparece al folio 59, en el cual ordenaba al almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cartagena entregar la lancha Henacca, por estar ya ejecutoriado el auto del 18 de marzo de 1975.

"La orden se ratificó por oficio número 167 de la misma fecha (fl. 59).

"8º El Agente del Ministerio Público ante el Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena sustentó el recurso de hecho en el escrito que obra a folios 60 a 63 del informativo que lleva fecha 26 de abril de 1975. Se ignora su resultado.

"9º En relación con la entrega del camión-remolque de placas TM-0733 ocurrió otro tanto:

"Por auto del 3 de abril de 1975 se ordenó entregarlo al abogado de quien aparecía como propietario del automotor (fls. 68 a 71). El Fiscal apeló al notificársele esta decisión y proveído del diecisiete de abril se le negó el recurso. Interpuso el recurso de reposición y se le negó el diecinueve, concediéndosele el de hecho...".

Consideraciones del a quo

El Juzgador de la Primera Instancia, acepta las explicaciones del procesado, esto es, que la decisión mediante la cual se ordenó devolver la lancha y el automotor de marras, no era susceptible de ser apelada, pues el Estatuto Penal Aduanero distingue muy bien, para ese efecto, si se trata de esta situación o de la restitución de "mercancía" objeto del contrabando. Aquellos elementos, según la doctrina que imperaba en esta órbita judicial, recibían igual tratamiento cuando el dueño de esos medios de transporte se vinculaba a la acción contrabandista debiendo operar cierta sanción sobre el empleo delictuoso de tales elementos.

Respecto de la comunicación al almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas (oficio 166, abril de 1975), en la cual se afirmaba que la providencia estaba ejecutoriada, el a quo anota que en ello "... incurrió el doctor GUERRERO HURTADO en un error de apreciación como surge de su indagatoria, al considerar que una providencia quedaba ejecutoriada cuando contra ella no cabe ningún recurso. Ciertamente que en relación con la providencia que dispuso la entrega de la lancha 'Henacca' se interpuso el recurso de apelación y que contra el que denegó la apelación se interpuso reposición para interponer el recurso de hecho, pero

esta providencia no quedaba ejecutoriada sino cuando el superior resolviera el recurso de hecho y no como lo estimó erradamente el juez GUERRERO HURTADO, en condiciones tales en que su conducta no puede adquirir la entidad delictiva por ausencia de dolo...".

Opinión de la Procuraduría

La cuestión de derecho de saber si los autos de 18 de marzo y 3 de abril de 1975 (entrega de la motonave "Henacca" y el camión-remolque TM-0733) estaban o no ejecutoriados y podía verificarse su ejecución, por estar en firme, la define la Procuraduría en sentido diferente y adverso al asumido por el juez GUERRERO HURTADO, al punto que solicita la revocación del proveído consultado y su sustitución por un llamamiento a juicio por los delitos de "Prevaricato y Falsedad en Documentos".

Es así como de los claros textos de los artículos 206 del Código de Procedimiento Penal y 378 del Código de Procedimiento Civil, se tiene que deducir que, mientras esté pendiente un recurso de hecho, asunto incuestionable en autos, no puede considerarse ejecutoriada la correspondiente providencia y menos mandarse cumplir.

"De otra parte, prescindiendo de toda consideración jurídica, resultaría absurdo, ilógico, por decir lo menos, que la ley reconociera el recurso de hecho para nada porque al conceder el superior el de apelación, la providencia impugnada ya estaría ejecutoriada.

"Al contrario, se repite, el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal declara enfáticamente que el superior al conceder la apelación determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior, quien procederá en la forma establecida en el artículo 200 del estatuto mencionado. (Art. 378 del Código de Procedimiento Civil).

Normas tan claras, tan evidentes, no pueden dar lugar a otra interpretación y menos a la del ex-juez Guerrero Hurtado la cual no solamente se aparta de claros textos legales (Art. 27 del Código Civil) sino de la simple lógica, como acaba de demostrarse.

"El Ministerio Público reconoce la buena fe del funcionario cuando se trata de cuestiones controvertibles, las cuales susciten interpretaciones más o menos válidas. Pero en relación con principios jurídicos tan obvios, universalmente reconocidos y definidos por el legislador como éste de la ejecutoria de las providencias judiciales, resulte francamente ilícito desconocerlos y sustituirlos por caprichosas consideraciones que tergiversan el contenido de los textos legales.

"Sorprende a esta Procuraduría Delegada que el Tribunal Superior de Cartagena y su Fiscal Colaborador reconozcan el dislate jurídico del ex-juez Guerrero pero a renglón seguido la califiquen como simple 'error de apreciación' que no les merece censura alguna;

"B) Igualmente es inaceptable para este despacho la teoría de que las providencias que en la jurisdicción de aduanas disponen la entrega de los medios de transporte de la mercancía, carecen del recurso de apelación.

"Los artículos 67 y 68 del Decreto 955 de 1970 reglamentan la apelación de las providencias trascendentales del proceso aduanero pero no de las demás que se rigen por las normas generales de procedimiento.

"Los vehículos en que se transporta la mercancía de contrabando son, en el concepto del artículo 59 del Código Penal, "...instrumentos y efectos con que se ha cometido el delito". Ellos están sometidos a las consecuencias jurídicas generales que de esa situación se derivan (Arts. 308, 350, 727 y 729 del Código de Procedimiento Penal) y a las especiales previstas en los artículos 71 del Decreto 955 de 1970 y 29 y 30 del Decreto 520 de 1971.

La interpretación del funcionario acusado conduciría a esta curiosa situación: como la legislación aduanera tan solo se ocupa de la entrega de la mercancía, (Art. 30 del Decreto 520 de 1971), los vehículos en que ella se transporta irremediablemente se pierden para su propietario porque ese estatuto no se ocupa de esa situación.

La orden de entrega de un vehículo o nave en el cual se ha transportado mercancía calificada de contrabando es un auto interlocutorio y por tanto susceptible del recurso de apelación. Los artículos 67 y 68 citados, se repite, reglamentan el recurso de alzada en relación con las providencias tras-

cendentales del proceso aduanero. Pero como las allí enumeradas no son las únicas de esa jurisdicción, las que tengan carácter interlocutorio gozan del recurso de apelación en los términos del artículo 196 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el 89 del Decreto 955 de 1970.

Repugna a los principios elementales del derecho que la orden de entrega de la mercancía calificada de contrabando a su negativa tenga recurso de apelación y la de los vehículos o naves en que ella se transportó, no: donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.

"C) Por último, destaca esta Procuraduría Delegada el menosprecio del ex-juez Guerrero por la tesis del Ministerio Público. El auto del 14 de abril de 1975 —un folio— ni siquiera dio a conocer las razones expuestas por el colaborador fiscal; la única motivación es ésta:

'El Despacho no concedió el recurso de apelación por las razones expuestas en el auto dictado el primero (1º) de abril y que obra al folio 34 del mismo cuaderno de Incidentes. El señor Agente del Ministerio Público, solicitó reposición del mencionado auto. 'Como las razones expuestas por el señor Agente del Ministerio Público no hacen variar el criterio del Juzgado fijado en el auto que ordenó la entrega de la mencionada embarcación, es del caso negar la solicitud de reposición...' (fl. 49).

"Esta Procuraduría Delegada no considera procedente en este momento ocuparse de las razones expuestas por el Fiscal en su memorial de reposición, las cuales reiteró al sustentar el recurso hecho (fls. 60 y ss.); apenas se remite al numeral 5º del capítulo anterior (fls. 2, 3 y 4 de la vista fiscal). Con criterio desprevenido no vacila en afirmar que los motivos expuestos por el representante del Ministerio Público eran bastante atendibles porque controvertían la propiedad y nombre de la nave e insinuaba con fundamento una posible participación del señor Jorge Gutiérrez en los hechos investigados...".

Consideraciones de la Corte

1. La negativa a conceder la apelación en el caso de los dos autos que ordenaron la devolución de los aludidos medios de transporte (marzo 18, abril 1º y 14: motonave "Henacca"; y abril 3, 17 y 28: camión-remolque) lo considera la Procuraduría como propio al delito de "Prevaricato", pues tales providencias pugnan con lo que tiene mandado la ley.

La Sala, en esta apreciación, discrepa de la indicada opinión. No se marca con la claridad exigible la disconformidad entre el derecho conocido y el derecho aplicado, base sustancial de esta modalidad del "prevaricato". El sindicado GUERRERO HURTADO, invoca en apoyo de su decisión la doctrina que imperaba en la esfera aduanera y que consistía en distinguir, para efectos de la apelación de providencias que ordenaban alguna devolución, entre la mercancía de contrabando, los medios de transporte utilizados maliciosamente a este fin y los medios de transporte empleados sin culpa. Y esta distinción, al menos en la doctrina de la época, no estaba huérfana de razones ni carecía de respaldo judicial. El control buscado mediante el recurso de alzada, y que imponía una espera en la ejecución del proveído, decía relación a las dos primeras hipótesis, pues la tercera se excluía de este tratamiento restrictivo, tal vez buscándose no perjudicar a quienes ocasionalmente afrontaban situaciones de esta índole, sin comprometer su buena fe ni la prestación de un servicio público como el transporte. Tan cierto resulta esto que el propio denunciante, en su alegato ante el Tribunal y en fundamento del recurso de hecho, alude a las tesis contradictorias que el tema ha suscitado y solicita un cambio de criterio (fls. 67 y 68).

Si el funcionario acató, de buena o mala fe, la sentencia predominante, no puede hablarse de un hecho delictuoso de las características del que se pretende deducir al exjuez GUERRERO HURTADO, porque la infracción, se repite, demanda oposición a un concepto preciso, constante e indiscutible. Y aquí se estaría, al menos, enfrentando una interpretación controvertible y compleja.

La actitud del incriminado, en este punto, no puede tomarse como demostración palmaria y plena del delito de prevaricato. La Sala no conviene con esta valoración de la Procuraduría. Pero, como se analizará adelante, la forma como actuó GUERRERO

HURTADO en el desarrollo y solución del incidente, sí contribuye a evidenciar el ánimo prevenido que le guiaba para desconocer el efecto perseguido por su Ministerio Público al recurrirle sus decisiones.

2. En cuanto a la providenca ordenada cumplir antes de su ejecutoria, pues sobre la misma pesaba el recurso de hecho interpuesto por el Ministerio Público, la conclusión de la Sala sí se aviene con la apreciación formulada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Las citas que el colaborador indica y destaca a este respecto, así como la adecuación de las mismas al caso de autos, no pueden ser más pertinentes. De ellas tiene que deducirse, tanto por lo que encierran los textos legales como por la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que sobre el punto existe, la inopinada celeridad con que actuara el ex-juez GUERRERO HURTADO. Este podia imponerle al fiscal de su despacho la negativa a la apelación, pero interpuesto en debida forma el recurso de hecho, concedido éste y estando pendiente su definición, no le era dable anticipar la vigencia de su proveído desconociendo así el categórico principio de que sólo se mandan cumplir las providencias ejecutoriadas, a no ser que exista norma específica que disponga lo contrario a título de excepción. No cabe la peregrina y forzada interpretación que invoca GUERRERO HURTADO, esto es, que en su instancia no se posibilitaban más recursos, aparente y errado criterio de la ejecutoria, puesto que esta noción no sólo se vinculaba a esta primera etapa sino a su integral evolución. La brevedad del trámite del recurso de hecho y la situación extrema que lo crea, así como el remedio que se busca con él, indican a las claras que la ejecutoria solo surge cuando se ha tomado decisión sobre el mismo. Alegación contraria no pasa de constituir afán de extrema defensa y propósito de convertir en confuso lo que es claro.

Aquí sí, el ex-juez GUERRERO HURTADO, aplicó noción jurídica distinta a la que encarnan los respectivos preceptos, unánimemente reconocida por la praxis judicial. Su desconocimiento incide en una situación como la que prevé el artículo 168 del Código Penal (Decreto 2525 de 1963, Art. 2º), o sea, proferir a sabiendas resolución contraria a la ley.

Contribuye a reforzar esta evidente manifestación de repugnancia a acatar el mandato legal, las siguientes circunstancias:

a) Dentro de la tesis acogida por el ex-juez GUERRERO HURTADO de distinguir la aplicación de los medios de transporte a una actividad de contrabando con o sin malicia, esquivó la controversia que le suscitara su fiscal en el propio terreno de su interpretación, porque al plantear la reposición del auto de 18 de marzo de 1975, el Ministerio Público escrutó numerosos factores para demostrar que el presunto dueño de la embarcación "Henacca", titularidad que también ofrecía para él serios y atendibles reparos, tenía conocimiento del contrabando y contribuía a él de modo eficiente, de donde mal podía considerarse ese medio de transporte como ajeno a la ideada empresa delictiva (fls. 60 a 63). Pues bien, a este esmerado y profundo estudio, el Juzgado respondió más que sintéticamente en auto de Abril 1º/75, soslayando por completo la cuestión que proponía el fiscal Clemente Patrón Sotomayor. Y así tenía que ser para adecuar su tesis al recóndito afán de entregar inmediatamente la embarcación;

b) El precipitado cumplimiento de la providencia relacionada con la embarcación "Henacca", se verificó mediante los oficios números 166 y 167 fechados el mismo día, o sea, el 16 de abril de 1975, en los cuales se apremiaba (y tanto era el afán del ex-juez GUERRERO HURTADO que envió dos despachos al mismo destinatario y en la misma oportunidad) al Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana de Cartagena, señor José Becerra Camargo, para la devolución de tal motonave. En el primero de ellos se atrevió a indicar, para reforzar su determinación e impedir renuencias, que la providencia que ordenaba la entrega de la "Henacca", estaba ejecutoriada (fl. 59).

3. Todo esto indica, entonces, que el sindicado al actuar en la forma como lo hizo, sabía a ciencia cierta que una determinación como la que tomó en relación a los medios de transporte inmovilizados, no podía cumplirse hasta tanto el Tribunal Superior no decidiese el recurso de hecho interpuesto en tiempo y forma debidos por su colaborador fiscal. Tan malicioso fue su actuar, en

este punto, que afirmó en su comunicando al Fondo Rotatorio de Aduanas que la resolución estaba ejecutoriada, cuando no podía desconocer, ni material ni jurídicamente, que sobre la misma incidía un recurso de hecho, que buscaba abrir la apelación; y, además, evitó responder adecuadamente los argumentos del impugnador, en cuanto ésta, de modo convincente, señalaba y comprobaba que quien se decía propietario de la embarcación "Henacea", en el cual se cargó la mercancía de contrabando, conocía y manejaba esta situación ilícita y punible. La actividad dolosa de su comportamiento es aspecto destacado y hasta evidente. Entraña, de otro lado, la conducta delictuosa del artículo 2º del Decreto 2525/63, que sustituyó el texto del artículo 168 del Código Penal, pues a sabiendas profirió resolución contraria a la ley.

4. La petición fiscal en el sentido conformar delito de "falsedad en documentos" la mención, en el oficio 166 de abril 16 de 1975, de estar ejecutoriado el auto de 18 de marzo de 1975, no puede ser atendida. En efecto, este comportamiento integra precisamente la figura del prevaricato pues mediante ese comunicado (resolución judicial) se materializó la intención de anticipar el cumplimiento de una decisión que todavía no estaba ejecutoriada, pues estaba sometida al recurso de hecho. No es dable, entonces, computar este elemento como propio a tal delito contra la fe pública sino considerarlo como requisito estructurante del resto contra la administración pública. En esta actividad culminó la prevaricación del funcionario y se manifestó su propósito doloso de contrariar lo ordenado por la ley en forma categórica e indiscutible.

5. El doctor MIGUEL GUERRERO HURTADO fue nombrado por el Tribunal Superior de Aduanas, mediante Acuerdo Nº 022 de 6 de agosto de 1974, para desempeñar el cargo de Juez Superior de Aduanas de Cartagena (fl. 34), tomando posesión el 6 de septiembre del mismo año (fl. 29) previa confirmación (fl. 36). La Jefatura de Personal de la Gobernación de Bolívar certificó el real ejercicio de sus funciones judiciales entre el 6 de septiembre de 1974 y el 30 de abril de 1975 (fl. 28).

6. El doctor MIGUEL GUERRERO HURTADO, es hijo de Efraín y María de Jesús, natural de Silvia (Cauca), casado, abogado de la Universidad Libre de Bogotá, con cédula de ciudadanía Nº 20.417 de Bogotá, y de unos 46 años a la época de esta providencia.

Conclusión

Reunidos como están los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, debe procederse de conformidad a su mandato.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL—, acatando en parte el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º Revócase el auto consultado, mencionado ya en su origen, fecha y naturaleza, y, en su lugar llámase a responder en juicio criminal a MIGUEL GUERRERO HURTADO, de las condiciones civiles anotadas, del delito de "Prevaricato", que define y sanciona el Código Penal, en su libro segundo, título III, capítulo V., consistente el cargo en que, actuando como Juez Superior de Aduanas de Cartagena, profirió resolución contraria a la ley, vale decir, ordenó la devolución de un medio de transporte empleado en una actividad de contrabando, y cumplió tal decisión antes de estar debidamente ejecutoriada la providencia respectiva.

2. El delito en referencia está sancionado con pena de prisión de uno a cinco años y está excluido del beneficio de excarcelatorio. De ahí que se ordene la detención preventiva de GUERRERO HURTADO sin que pueda gozar del mismo, ordenándose librar las correspondientes órdenes de captura.

3. En el término probatorio de la causa se ordenarán las siguientes diligencias: a). Informes sobre antecedentes judiciales o de policía de MIGUEL GUERRERO HURTADO sanciones penales o disciplinarias a él impuestas o procesos de una u otra naturaleza que estén en curso; b). Motivo por el cual dejó de ser Juez de Aduanas y fecha de esto; c) Copia integral de la actuación subsiguiente al auto de 3 de abril de 1975, mediante el cual se ordenó la entrega del camión-remolque de Placas TM.07-33 y su

cumplimiento, así como del resultado de los recursos de hecho interpuestos por el Fiscal de este Juzgado contra esta decisión y la que motiva el llamamiento a juicio.

4. El a quo activará el embargo y secuestro preventivo de bienes del procesado, procederá a verificar la notificación personal de este auto o, en su defecto, a emplazar al enjuiciado y designarle su defensor de oficio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

La revisión del proceso en base a hechos nuevos que desvirtúen la base fáctica de la sentencia ejecutoriada, se fundamenta en razones superiores de equidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E. junio dieciséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 28.

Vistos

Cumplidos los trámites legales, procede la Corte a resolver el recurso de revisión interpuesto por HERNANDO HERRERA, mediante apoderado especial, contra la sentencia de Marzo 22 de 1972 dictada por el Juzgado Superior de Garzón y que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva por medio de providencia de 13 de febrero de 1973 y que quedó ejecutoriada el 13 de marzo del mismo año, mediante la cual se condenó a HERNANDO HERRERA y otro "a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio... como responsable (s) de los delitos de homicidio, asesinato, robo y violencia carnal...", adicionada por el Tribunal para imponer a los condenados la accesoria de "relegación a una colonia agrícola penal por un tiempo de tres (3) años".

Antecedentes

En la noche del 26 de septiembre del año de 1950 en sitio denominado "Puerto Boyacá", margen colombiana del río Putumayo, comprensión de Tarapacá, Comisaría Especial del Amazonas, dos suietos conocidos en la región como ENRIQUE ARTEAGA y HERNANDO HERRERA, luego de consumir bebidas alcohólicas, se trasladaron a la casa de la señora Juana María Silva a quien dieron muerte violenta luego de someterla a violencia carnal; hirieron el indígena Santiago Mariano, raptaron a la menor Francisca Romelia González a quien igualmente hicieron víctima de violencia carnal, y después de apropiarse, mediante violencia contra las cosas y las personas de diversos objetos de propiedad de Juana María Silva, se embarcaron en una canoa llevándose consigo a la menor Francisca Romelia González a quien posteriormente abandonaron en territorio brasileño de donde fue enviada a las autoridades colombianas.

Por estos hechos fueron procesados los suietos mencionados, y ante la imposibilidad de su captura, se los juzgó en ausencia sin haberse logrado la identificación plena de los incriminados, por fallas protuberantes de la investigación que inicialmente fue adelantada por el Corregidor Comisarial del Amazonas.

El nombrado Hernando Herrera, fue sometido a juicio y condenado a la pena indicada antes, por habérsele hallado responsable de la muerte de Juana María Silva y de los delitos de robo y violencia carnal en la menor Francisca Romelia González, en la sentencia contra la que se interpuso recurso de revisión que se decide ahora.

La demanda

Mediante escrito que se declaró ajustado a las exigencias del artículo 585 del Código de Procedimiento Penal el actor invoca la causal 5ª del artículo 584 ibídem, con fundamento en la cual solicita la revisión del

juicio en cuanto a la condena impuesta a Hernando Herrera quien fue capturado por las autoridades de la Policía Judicial en la ciudad de Bogotá el día 29 de mayo de 1973, en cumplimiento de orden de captura emanada del Juzgado Superior de Garzón en junio 6 de 1970 fecha desde la cual se halla privado de la libertad para cumplir la sentencia que le fue impuesta.

Expresa el demandante, que "durante todo el curso de la investigación... el señor Comisario del Amazonas, no se preocupó por establecer la identidad de los autores materiales de estos crímenes, contentándose tan solo con averiguar la verdad histórica de lo ocurrido; mas no en averiguar la entidad ontológica de los autores, es decir, si esos seres humanos llamados por esas personas de la selva amazónica Hernando Herrera y Enrique Arteaga, correspondían en realidad vital de sujetos que existían en ese tiempo de los hechos con esos nombres".

Sigue el recurrente afirmando, que en las diversas declaraciones y exposiciones recogidas en la investigación, ninguno de los testigos, ni siquiera el denunciante, ni las personas que sobrevivieron a los hechos delictuosos "dan ni la más leve o ligera descripción de la persona que ellos y el expediente llaman 'Hernando Herrera' ni aproximan su edad, su estatura, el color de la piel, las señas particulares de su rostro, la conformación de su cuerpo, el color del cabello y la abundancia o escasez de éste, la forma de la frente, el iris de los ojos, el tamaño de la boca, la forma de la nariz, el tamaño de las orejas, conformación de las ceias, si sabe leer o escribir, su grado de instrucción, el origen, la vecindad, el oficio en que se gana la vida, y demás datos de identificación morfológica y cultural, o el número de la cédula de ciudadanía".

Que, por cuanto se trataría de un caso clásico de homonimia, considera que se está en presencia de un error judicial, por lo que solicita a la Corte ordene la revisión del proceso a fin de que se evite que se siga consumando la injusticia de que su patrocinado purgue una sanción por un hecho que no cometió.

Pruebas

El actor acompañó al escrito mediante el cual interpuso el recurso de revisión, copias de la sentencia impugnada con la correspondiente constancia de ejecutoria, así como numerosas declaraciones recibidas extraproceso, las cuales fueron ratificadas dentro del término probatorio; entre ellas, las de Aurelio Núñez (fls. 3 y 111); Lucrecia Núñez de Cortés (fls. 7 y 95); Luis Alberto Cortés (fls. 8 y 96); Genaro Mora Campos (fls. 8 vto. y 97 vto.); Daniel Rodríguez (fls. 10 y 97); Joaquín Díaz (fls. 10 vto. 11 y 98); Alirio Romero González (fl. 99); Ligia Cortés de Herrera (fl. 100); Nicolás Quiroga Barreto (fl. 101); Belarmina Martínez de Quiroga (fl. 101); María Celia Liévano de Quiroga (fl. 102).

Los testigos son acordes en cuanto afirman que el señor Hernando Herrera vivió siempre en la ciudad de Ibagué, y en que no le conocen antecedentes delictivos; varios de ellos son enfáticos al afirmar, que para la época de los hechos investigados, por ser el señor Herrera comerciante, lo vieron con relativa frecuencia en operaciones de esa naturaleza en la ciudad mencionada; son acordes así mismo en cuanto a que se trata de un hijo natural de la señora Juanita Herrera persona muy conocida también en los círculos de la clase de los declarantes.

En el curso de la investigación, el juez Superior de Garzón, dispuso la exhumación del cadáver de Juana María Silva, con el objeto de establecer las causas de su muerte. Como no fuera posible la práctica de dicha diligencia, el señor Corregidor de Tarapacá envió al Juzgado con fecha marzo 26 del año de 1957 una nota en la que informa al juez sobre el envío de "los restos de la occisa... que el señor juez solicita", e igualmente expresa que "estoy en persecución de los sindicados. Se sabe que Enrique Arteaga fue matado en Puerto Alfonso sobre el río Amazonas en el Brasil" (fl. 108). Pese a esta notificación, no existe evidencia ninguna que indique que se hubiera hecho cualquiera diligencia para verificar esta información.

Así mismo, debe tomarse en cuenta para los fines de la decisión que habrá de tomarse, los siguientes hechos sobresalientes del proceso;

a) En las órdenes enviadas por el Corregidor de Tarapacá a las autoridades brasileñas solicitando la captura de Hernando Herrera, se dice que se trata de una persona

"de edad veintiocho años, moreno claro, estatura un metro con sesenta y cinco centímetros, lee y escribe, le faltan los tercios superiores, trabajó en el vapor Ciudad de Pasto como celador" (fl. 20. C. Nº 1);

b) En el edicto emplazatorio ordenado por el juez Superior de Garzón referente a la diligencia de indagatoria de Hernando Herrera y Enrique Arteága, fechado el once de septiembre de 1958, se dice que se trata de personas de "filiación desconocida" (fl. 126 cuaderno Nº 1);

c) Igual afirmación respecto de la "filiación desconocida" hace el Juzgado Superior de Garzón en cuanto a la identificación de Hernando Herrera cuando fue emplazado para que se notificara del auto de llamamiento a juicio, el 18 de febrero de 1958 (fl. 163 cuaderno Nº 1);

d) De la misma manera, en la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Superior de Garzón, expresamente se hace referencia a la situación de que los condenados son "de condiciones civiles desconocidas" (fl. 228 cuaderno Nº 1);

e) En el momento de recibir la notificación de la sentencia condenatoria y luego de su captura, que como se vio ocurrió en la ciudad de Bogotá el día 29 de mayo de 1973 y en obedecimiento a una orden emanada el 21 de julio de 1970, el señor Hernando Herrera afirmó, que en el año de 1950 y en el mes de enero, se vio involucrado en un proceso por el delito de robo en la Joyería "Barrero" de la ciudad de Ibagué. El Juzgado Superior dispuso se comprobara la afirmación del condenado, y al efecto, el Juzgado Primero Penal Municipal de Ibagué certificó que al revisar los libros radicatores del Juzgado se habían hallado estas constancias:

"Junio 27 de 1950. Sumario Ct... HERNANDO HERRERA... y otro. Robo a la Joyería de Daniel Barrero, iniciado el 25 de enero de 1950 en la Inspección Primera Municipal. Procedente del Juzgado 1º Superior en Comisión en 20 días con dos presos. 6 SET. 1950. Desanotado. Sale para el Juzgado comitente-cumplida la comisión" (fl. 298 cuaderno Nº 1);

f) El recurrente, acompañó para que fuera tenida como prueba, "la ficha dactiloscópica de Hernando Herrera a Luis Hernando Herrera, Juzgado por el Tribunal Superior de Ibagué y sentenciado también por el Juzgado Superior de Ibagué... con quien confundió la Dirección General de Prisiones para mandar a mi patrocinado a la Isla Prisión de Gorgona" (fls. 78 y 15);

g) Así mismo, se solicitó al Departamento Administrativo de Seguridad informara sobre los antecedentes delictivos de Hernando Herrera, con la indicación de la cédula de ciudadanía, y al funcionario a quien correspondía dar la certificación solicitada respondió que con el nombre de Hernando Herrera figuran homónimos civiles y delictivos (fls. 118 y 147);

h) Finalmente, la Registraduría Nacional del Estado Civil División de Identificación, certificó que con el nombre de Hernando Herrera fueron hallados nueve (9) homónimos en personas mayores de cuarenta (40) años (fl. 14).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal al descorrer el traslado de ley y luego de referirse a la actuación cumplida dentro del proceso, y en forma pormenorizada a la prueba acompañada a la demanda y a la que se practicó, hace consideraciones de diverso orden así:

Primeramente, expresa que el hecho alegado por el recurrente relativo a la no identificación e individualización del condenado Hernando Herrera "en cuanto vendría a demostrar la inocencia del peticionario o condenado, ya que no sería el autor de los hechos y se le habría confundido con el autor real, es susceptible de alegarse como nuevo y tiene cabida dentro de la causal invocada para su demostración mediante las pruebas pertinentes; si bien se considera que acreditado o demostrado en cualquier momento que se trata de persona diferente, o sea que se trata simplemente de un homónimo, no podría aplicársele o hacérsele efectiva la sentencia en cuanto al mismo".

Examina, en los párrafos siguientes el contenido de las diversas declaraciones rendidas dentro del proceso y que se refieren a las actividades y a la presencia de Hernando Herrera en la ciudad de Ibagué, para la época en que según se ha demostrado, fueron consumados los ilícitos que se imputan. Y sobre el alcance probatorio de dichos testimonios expresa el Colaborador Fiscal:

"Las declaraciones dichas, si bien se refieren a la permanencia de Herrera en Ibagué en determinado período, no son suficientemente concluyentes para demostrar que en la fecha de los hechos se encontraba en otro lugar, como se requiere establecer en forma indubitable para que proceda la revisión del proceso, esto es, para concluir en forma definitiva que no se encontraba en el lugar de los hechos y que consecuentemente es persona diferente al autor de los mismos; para lo cual podrían tener eficacia las comprobaciones dichas, en cuanto acreditaran que el procesado y condenado residió por largo tiempo en Tarapacá, trabajó en un barco y estuvo detenido. En el recurso de revisión se requiere demostrar en forma suficiente la causal alegada... en el presente caso, como se concluye de lo dicho las pruebas no son suficientes para demostrar en forma plena el supuesto alegado", premisas que le dan base para solicitar a la Corte niegue la revisión impetrada.

Consideraciones de la Sala

Acentado está por los tratadistas de Procedimiento Penal, que la revisión constituye un medio de impugnación de naturaleza extraordinaria dirigido al fin, exclusivamente jurídico, de eliminar los efectos de la sentencia condenatoria que ha hecho tránsito a cosa juzgada, cuya injusticia se haya revelado por hechos o pruebas desconocidas por el juez que la pronunció. Es, como escribe Da Marsico, el remedio que la ley suministra contra el peligro de que el rigor de las formas sean sacrificadas, las exigencias de la verdad y de la justicia real.

La revisión del proceso, en base a hechos nuevos o medios nuevos de prueba que desvirtúen la base fáctica de la sentencia ejecutoriada, causal que aquí ha sido invocada, ha dicho esta Sala, se fundamenta en razones superiores de equidad y de justicia, pues, como dice Florián, "al interés social de que la cosa juzgada sea respetada e intangible como presunción absoluta de la verdad, se sobrepone el interés individual y social al mismo tiempo que de la verdad efectiva triunfe y que la inocencia no sea inmolada sobre el altar de una injusticia simbólica y aparente" (Revisión de 21 de febrero de 1969).

No se trata por tanto, y tal como está dicho claramente en el texto del numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, de realizar un reexamen del proceso y sobre todo de los elementos de juicio sobre los cuales se ha basado la decisión irrevocable del juez, porque de ser ello así, se pondría en grave peligro la exigencia de la seguridad jurídica y de la paz social logradas con el fallo. La eliminación del error judicial que se persigue a través de la revisión, no proviene por tanto, de una nueva valoración de las pruebas sino del efecto de sobrevenir de nuevas pruebas. La ley, expresamente se refiere a hechos o pruebas nuevas "no conocidas al tiempo de los debates", y a través de las cuales se pueda establecer la inocencia o la irresponsabilidad del condenado, o que, por lo menos constituyan indicios graves de su inocencia o de su irresponsabilidad.

Hechos nuevos o nuevos elementos de prueba que aparezcan después de la condenación, es decir, elementos de prueba de los cuales el juez no haya tenido conocimiento en el momento en que pronunció el fallo objeto de la impugnación. Lo que está a significar, que tal impugnación debe considerarse inadmisible si está fundada sobre elementos que, por haber sido ya valorados por el juez, en sede procesal, hayan influido en alguna forma sobre su decisión, ya que de aceptarse tal hipótesis, se repite, se estaría en presencia de una nueva valoración de los mismos elementos de prueba, cosa que resulta incompatible con la naturaleza y la ratio de la revisión.

Igual razonamiento debe hacerse para la hipótesis de que la prueba haya sido aportada al proceso antes de dictarse la sentencia, pero que no fue valorada por el juez. Tal no puede considerarse como prueba nueva. Igual que no es posible revisión para el caso de que se alegue una errónea valoración de las pruebas, como tampoco por falta de valoración de las mismas. En uno y otro caso la garantía de la justicia está en la facultad de la contradicción de la prueba, y en los poderes que la ley otorga a las partes para impugnar las decisiones del fallador.

Para que una prueba pueda considerarse como "nueva", al fin de la admisibilidad de la revisión, escribe Gaetano Foschini, es necesario pero no suficiente, que haya sido,

procesalmente aportada al proceso, solo después de la condena. A pesar de esto, tal prueba sería absolutamente irrelevante si fuera idéntica a otra prueba aportada antes. Para que una prueba sea nueva ocurre por tanto, que sea igualmente "diversa" de las otras; con el momento formal debe concurrir también en sustancia de la "novedad".

¿Qué debe entenderse precisamente por prueba "diversa", se pregunta el tratadista? La diversidad entre dos pruebas —responde— es diversidad entre las valoraciones respectivas, que es como decir entre dos respectivos valores. Una prueba es diversa de otra cuando tiene un diverso valor probatorio. Por consiguiente, una prueba, para los fines de la admisibilidad de la revisión, sólo podrá considerarse sustancialmente nueva, es decir, de valor diverso de aquéllas precedentemente aportadas al proceso, cuando ella, si hubiera sido conocida antes de la sentencia, habría modificado la cadena silogística en base a la cual el juez ha acertado el hecho, es decir, en palabras más simples, cuando habría hecho una comprobación diversa del hecho (G. Foschini, "La novità della prova per l'ammissibilità della revisione". Revista Italiana de Derecho Penal, 1948, págs. 56, ss.).

El recurrente contradice las afirmaciones del Procurador en cuanto afirma que la ley exigiría la plena prueba de la situación nueva alegada para que la impugnación a la sentencia por este medio excepcional tuviera viabilidad jurídica. Evidentemente, y tal como lo afirma el memorialista, la ley no exige que se aporte una prueba "nueva" que tenga el valor de plena, ya que es suficiente que su examen constituya "siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad", lo cual es diverso de la exigencia de la plena prueba de una y otra circunstancia.

Para que tengan ingreso a la revisión no es necesario, entonces, que los nuevos elementos demuestren ictu oculi la injusticia de la condena y conduzcan por sí solos al resultado final de la absolución plena, sino que es suficiente que tales elementos contengan los requisitos de la novedad y de la idoneidad para influenciar, en sentido favorable, el examen de los recogidos y valorados en el precedente proceso, de tal suerte que se pueda, en virtud de los mismos, preverse la posibilidad de una decisión conclusiva diversa.

En el caso de autos, las pruebas aportadas por el demandante, y que no fueron valoradas y menos conocidas por el juez, en los debates de instancia, crean una duda razonable con respecto a si Hernando Herrera, persona contra quien se dictó la sentencia de condena que se está ejecutando, y cuya revisión ha sido impetrada, participó o no en la comisión de los hechos de que da cuenta el proceso; y si es el mismo sujeto que fue procesado y condenado como Hernando Herrera en la causa cuya revisión se pretende.

En suma, se halla plenamente demostrado en el expediente, que los sujetos autores de los crímenes que dieron origen a la investigación, entre quienes se afirma está Hernando Herrera, jamás fueron identificados tal y como lo dispone el artículo 113 del Código de Procedimiento Penal, comprobación que debe ser uno de los temas fundamentales del proceso, si se consideran además, normas como las contenidas en los artículos 309, según la cual el sumario estaría constituido por la reunión de las diversas diligencias encaminadas fundamentalmente a la comprobación de la existencia del delito y al descubrimiento de sus autores, con el fin de establecer su personalidad y acomodar a ella la calidad y la cantidad de la sanción prevista en la ley; con el artículo 319 del mismo estatuto, según el cual en auto cabeza de proceso tiene, entre otras finalidades, el descubrimiento del autor o autores del hecho delictuoso comprobado previamente; con el artículo 334 ibidem, que dispone que el objeto de la investigación buscará, entre otros objetivos fundamentales, establecer "quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción", etc.

En el caso sub examine no se ha logrado a plenitud la identificación de los sujetos que consumaron los delitos que dieron origen al proceso. Se afirma que uno de los autores de esos hechos es Hernando Herrera. ¿Pero quién es Hernando Herrera? ¿Cómo se le ha identificado? ¿Qué prueba se ha aportado al proceso para demostrar que Hernando Herrera, a quien se imputó el hecho-delito en el curso de la investigación es el mismo Hernando Herrera que está purgando la sanción de condena? Si por una

parte, no existe prueba que evidencie esa identidad entre las dos personas —si es que en realidad son diferentes— por otra, se han aportado elementos nuevos, suficientes para crear la duda razonable de que esa identidad no existe. Los declarantes han expresado que Hernando Herrera, el ciudadano que se encuentra detenido purgando una pena en donde se condenó a Hernando Herrera, es, posiblemente, persona distinta del imputado en el proceso. Los archivos policiales indican, de otra parte, que con el nombre de Hernando Herrera figuran diversas personas con antecedentes delictivos. ¿Cuál de esos diversos antecedentes delictivos corresponden a Hernando Herrera el sindicado, y a cuáles a Hernando Herrera el condenado, y cuáles a Hernando Herrera ajeno a los hechos investigados?

Los vacíos evidentes de la investigación relativos a la identificación e individualización del procesado, sumados a las pruebas presentadas por el actor que constituyen, sin lugar a dudas, hechos nuevos, crean esa razonable duda que en la práctica llevaría a que se castigue a un inocente y se deje impune el verdadero responsable, por lo que, encontrando la Corte justificada la causal 5ª de revisión contemplada en el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, procederá a dictar el fallo que corresponda a esta realidad, y haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 588 del mismo estatuto, decretará la libertad provisional del condenado recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, ORDENA LA REVISION de la causa seguida contra HERNANDO HERRERA y otro, únicamente en cuanto respecta a aquél, y señala para efectuarla al Juzgado Primero Superior de Neiva, al cual le serán enviados todos los autos por conducto del Juzgado de origen. Igualmente decreta la libertad provisional del condenado Hernando Herrera, previa constitución de fianza por valor de cien pesos ($ 100.00), con la cual garantizará su presentación a la autoridad que lo requiera por razón de este proceso.

Para la notificación personal al condenado quien se encuentra detenido en la Penitenciaría Nacional de Ibagué, y para la constitución de la caución referida, se comisiona al Juzgado Primero Superior de Ibagué, al que se librará el despacho con los insertos del caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Error en la denominación jurídica del delito. Numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., junio diez y seis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 27 de junio 11/76.

Vistos

Contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 18 de julio del año pasado, por medio de la cual condenó a LUIS OCTAVIO HERNANDEZ FRANCO a la pena principal de seis años de presidio, al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, calificada como ROBO, y a las sanciones accesorias correspondientes, según hechos ocurridos el 19 de agosto de 1972 en el perímetro urbano de la ciudad mencionada, interpuso el procesado recurso de casación que le fue concedido por el ad quem y declarado admisible por esta Sala, tramitado el cual se procede a resolver lo que sea del caso.

Hechos y actuación procesal

En la fecha últimamente citada y entre las doce del día y la una de la tarde se presentaron en las dependencias de "Acción Cultural Popular de Medellín", cuatro sujetos que luego de amenazar de muerte con un cuchillo al celador Emilio Tabares Valencia, maniatarlo y amordazarlo, penetraron en las instalaciones de la referida entidad en donde se apoderaron de nueve (9) radios transistores, una (1) máquina de escribir marca "Olivetti", otra de marca "Remington", una sumadora "Olimpia", un chasis de radio, algunos otros objetos y dinero perteneciente a los empleados todo lo cual se avaluó en la suma de diez y seis mil seiscientos pesos ($ 16.600.00) moneda corriente.

Cuatro días después los agentes secretos llevaron a cabo una requisa en la casa Nº 18-25 de la calle 52, ocupada por Efraín Hernández Franco en donde encontraron la sumadora y la máquina de escribir "Remington" habiendo sido informados por la señora María Victoria Ospina, esposa de Efraín que esos artefactos habían sido llevados el 19 de ese mes, o sea el mismo día del robo, por Octavio Hernández, hermano de su esposo y quien fue capturado posteriormente.

La investigación de los hechos narrados se inició por la Inspección de Permanencia de Policía Norte de Medellín que la pasó al Juzgado Tercero Penal Municipal de esa misma ciudad el cual la remitió luego a los Juzgados de Circuito, por competencia, habiéndole correspondido el Cuarto de esa categoría que adelantó el proceso por medio de comisionado quien, a más de practicar otras diligencias recibió declaración indagatoria a Luis Octavio Hernández Franco el cual manifestó, entre otros cosas, que a casa de su hermano Efraín había ido a llevar una caja que un muchacho llamado Humberto y conocido por el apodo de "El Montañero" le dijo que le guardara, sin que el exponente se hubiera dado cuenta del

contenido de la caja ni recordara tampoco la fecha en que la llevó.

Perfeccionada la investigación se cerró por auto de 21 de septiembre de 1974 y se calificó en providencia de 29 de octubre de ese mismo año por medio de la cual se llamó a juicio a Luis Octavio Hernández Franco "por el delito de robo calificado que consumó en esta ciudad en las primeras horas de la tarde del 19 de agosto de 1972, en unión de dos individuos que no se conocen, en perjuicio de la 'Acción Cultural Popular'".

En la misma providencia se sobreseyó definitivamente en favor de Inés Hurtado de Rivera y de modo temporal en el de Efraín de Jesús Hernández Franco.

De ella apeló el procesado y el Tribunal desató el recurso por medio de la que lleva fecha 17 de enero del año pasado que confirmó en todas sus partes la decisión materia de la alzada.

En la parte de la providencia referente a la responsabilidad del procesado, manifestó el ad quem:

"En cuanto a los autores, a pesar de saberse que fueron varios, es cierto que hasta el momento no se ha podido establecer sino la participación de LUIS OCTAVIO HERNANDEZ, ignorándose quiénes fueron sus compinches en la empresa delictiva. La prueba que contra él milita no es directa, pero en realidad los variados y fuertes indicios que contra él existen lo señalan indefectiblemente como coautor del grave ilícito cumplido".

"En efecto, el simple hecho de haber llevado en la misma tarde del día de los hechos, las máquinas a la casa de su hermano y a poco más de la hora de cumplidos, es suficiente para predicar de él su compromiso; por ajustadas y verosímiles que fueran sus explicaciones, sería difícil aceptarlas como satisfactorias ante esta ocurrencia, dentro de un tiempo tan reducido, que una persona, según lo alegado por el procesado, tras de acabar de cumplir el delito, se dirija a buscar a otra que apenas conoce, le entregue la mercancía costosa para que la guarde y que ésta lo haga en casa que aunque es de su hermano nunca lo había empleado para tales efectos, es cosa enteramente insoportable. Tanto más lo es frente a la consideración de que su hermano estaba recientemente casado y él no había llegado a ir a su casa ni, por tanto le había pedido favores a su señora. Lo anterior está indicando simplemente que fue uno de los autores del ilícito cumplido y que al verse en grave riesgo de ser descubierto y ante el afán de asegurar la parte de su botín, se dirigió a la casa de su hermano como la única manera de conjurar el decomiso del mismo".

Luego de algunas otras consideraciones concluye el Tribunal afirmando que no se puede aceptar la existencia del individuo denominado por el procesado como "Humberto" y de quien dice que le entregó los objetos que fuera a guardar en casa de su hermano y que, agregado esto a lo anterior se concluye que hay en los autos la prueba para llamar a juicio por lo cual confirma la decisión, en tal sentido, del inferior.

Rituada la causa, se convocó para audiencia pública la cual tuvo lugar en los días 22 y 27 de mayo del año pasado.

Concluido ese trámite procesal, se produjo sentencia de primera instancia el 10 de junio del año pasado. En ella el juzgador pone de resalto, en primer término, el tiempo que el recurrente y su concubina tuvieron, durante su fuga, para preparar la defensa y luego reitera la circunstancia ya anotada de haber ido, el mismo día del robo, a casa de su hermano a dejar un paquete que, según resultó después, contenía elementos provenientes de la ejecución de ese ilícito.

Continúa luego haciendo un análisis comparativo de las diversas declaraciones, entre ellas las del procesado y termina afirmando, con base en dicho examen, que el juzgado tiene la certeza de la responsabilidad que a Hernández Franco le corresponde en la consumación del ilícito por el cual se le llamó a juicio.

Y concluye diciendo: "Convencido como está el Despacho de la responsabilidad que tiene el enjuiciado, naturalmente tiene que rechazar porque se lo impone la Justicia y el derecho, considerarlo como simple contraventor a los artículos 52 y 53 del estatuto correspondiente. Hay que reparar como lo hace el Juzgado los dos últimos renglones del artículo 53 que se refieren al hecho de ser el sindicado responsable de delito, lo que significa de manera implícita que mal pue-

de tenérsele como autor de contravención", (fl. 162).

En la providencia materia del presente recurso extraordinario, el Tribunal luego de afirmar que la materialidad del ilícito está perfectamente comprobada, expresa lo siguiente sobre la responsabilidad que en aquél corresponde al recurrente: "Los autores del delito fueron varios, pero no se pudo establecer sino la participación de Luis Octavio Hernández, pues se ignora quiénes fueron los otros compañeros de la empresa delictiva. No existe prueba directa que comprometa a Hernández, pero resultan en su contra varios indicios graves que lo están señalando fehacientemente como autor y responsable en la calidad de coautor del grave ilícito investigado".

Y luego señala entre esos indicios el de haber llevado las máquinas de escribir a casa de su hermano cuando apenas había transcurrido poco más de una hora de cometido el ilícito, así como también su fracaso al tratar de señalar a un tal "Humberto" como la persona que le entregó dichos elementos. Agrega a los anteriores el indicio de la capacidad moral para delinquir consistente en haber sido, con anterioridad, sindicado tanto por delitos contra la propiedad como por homicidio así como su evación luego de cometido el ilícito por el cual se le sometió a juicio.

Demanda de casación, contestación del Ministerio Público y consideraciones de la Corte

Con el objeto de evitar inútiles reeticiones y de exponer con mayor claridad los fundamentos de la decisión que se va a tomar, la Sala habrá de hacer un resumen tanto de los cargos enderezados a la sentencia por el recurrente como de los argumentos expuestos, a propósito de aquéllos, por el Procurador Tercero Delegado Penal, hecho lo cual pasará a exponer los razonamientos de la Corte.

Cuatro cargos dentro de la causal cuarta de casación y dos en el marco de la segunda hace el demandante a la sentencia. Se lo expondrá y analizará en el orden en que los presenta:

Cargos con fundamento en la causal cuarta de casación

Primer cargo

Considera el demandante que la sentencia ha sido pronunciada en un juicio viciado de nulidad constitucional por no haberse llenado la plenitud de las formas propias del juicio, ya que el recurrente careció de asistencia profesional tanto en su indagatoria como en las diligencias de careo llevada a cabo con María Victoria Ospina de Hernández (fl. 64) en las cuales se le nombró como apoderado a una persona que no tenía carácter de abogado titulado, siendo así, dice el demandante, que si bien para la indagatoria se permite tal cosa, no existe la misma autorización para el careo, con lo cual se violó lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta.

La Procuraduría replica a este cargo diciendo que si el juez no nombró como apoderado a un abogado titulado, lo hizo posiblemente porque no lo encontró a mano y debía cumplir tales diligencias dentro del término que señala la ley.

La Sala observa, en primer término, que, como lo acepta el propio demandante, la ley permite en ciertos casos (Art. 123 del Código de Procedimiento Penal) que al sindicado lo asista, en la indagatoria, un apoderado que no sea abogado inscrito cuando no hubiere uno que pudiere asistirlo.

Es decir, no se requiere que no haya abogados inscritos en el lugar donde aquella diligencia se lleve a cabo sino que no pueda obtenerse la presencia de uno que acuda dentro de los términos rigurosos que para indagar señala la norma pertinente (Art. 434 *ibidem*).

O sea que no se violó ningún precepto en el presente caso cuando para asistir al recurrente en su injurada no se le nombró abogado inscrito.

No existe, también es verdad, autorización expresa para que el sindicado sometido a careo pueda estar asistido por persona no inscrita como abogado. Pero el llevar a cabo dicha diligencia sin que esté presente un profesional del derecho no causa nulidad en la diligencia ni menos en el proceso ya que tan grave sanción debe estar señalada por expresa disposición de la ley lo que no sucede en este caso.

En otras palabras, la ocurrencia que se menciona no pasa de ser una simple irregularidad, que debe evitarse en lo posible pero que no anula el proceso. Además, no se trata de la única prueba de cargo cuya inexistencia dejara sin sustento la condenación.

Segundo cargo

Estima la demanda que la sentencia se pronunció en un juicio viciado de nulidad, tanto de carácter legal como de aspecto constitucional, consistente en haber llamado a juicio al recurrente por un delito de robo agravado cuando, en concepto del demandante no se trata de ese ilícito sino "en el peor de los casos, de una simple contravención policiva, reprimida con pena de arresto" y que consistiría en posesión de objetos robados.

Agrega que en tal caso no solo se violó el artículo 210 numeral 5º del Código de Procedimiento Penal sino el ya citado artículo 26 de la Constitución pues, estima que hubo tanto falta de observancia de la plenitud de las formas propias del juicio como falta de aplicación de la ley permisiva o favorable.

Responde el Ministerio Público que las pruebas examinadas por los falladores llevan a la conclusión de que Luis Octavio Hernández Franco participó en el robo, a la cual llegaron luego de haber examinado las manifestaciones de éste sobre la presencia en su poder de los artículos robados y de rechazarlas con base en los argumentos resumidos en otro lugar de la presente sentencia.

Sobre las censuras que en este lugar hace el demandante a la sentencia recurrida, observa, en primer lugar, la Sala que no hay lugar a alegar error en la denominación jurídica del delito cuando se considera que se ha condenado por un delito cuando debió, a lo sumo, condenarse por una contravención.

Porque la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal bajo la denominación que se deja expresada sólo opera cuando los hechos configuran un delito diferente de aquél por el cual se llamó a juicio, como, v. gr. corresponden a la descripción de un hurto y no a la de un robo.

Pero no se incurre en esa causal de nulidad cuando se está frente a una conducta que constituye no un delito sino una contravención porque la norma citada se refiere muy claramente a delitos y no a infracciones de carácter contravencional.

Si se ha llamado delito a lo que configura una contravención, se ha incurrido en una violación directa de la ley, acusable en el marco del apartado primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal mas no por error en la denominación jurídica del delito (causal cuarta de casación) como lo ha hecho en el presente caso el demandante.

Tampoco se puede aceptar la acusación que éste ha hecho dentro del cargo que se examina de haber violado la sentencia, lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta Política pues, la denominación errónea de la infracción no puede considerarse como formalidad del juicio sino como un vicio de la materia juzgada, es decir, un dislate sustancial que no una omisión formal.

Y, menos, cabe acudir a la falta de aplicación de la norma más favorable pues, como en repetidas ocasiones lo ha dicho la Sala, tal alegato no cabe sino cuando se trata de un cambio de legislación en que se suceden dos leyes, una de las cuales es más favorable al sindicado y, en vez de aplicarle ésta, se le ha dado aplicación a la menos favorable.

No se aceptan, en consecuencia, los cargos examinados.

Tercer cargo

Como en los casos anteriores, también considera que se ha violado el artículo 26 de la Constitución por falta de la observancia plena de las formas propias del juicio omisión que hace consistir en que mientras en el auto de proceder, según dice, se llamó a Hernández Franco a responder en juicio como coautor de un delito de robo agravado, sin que se hubiera identificado a los cuatro restantes autores del ilícito, en la sentencia se le condenó por el mismo delito pero teniendo en cuenta una modalidad diferente de la responsabilidad o sea que se le consideró como autor directo del robo, circunstancia, dice el demandante, que no

había sido deducida en el proveído calificatorio. Por lo cual, añade, se le juzgó y condenó por una modalidad criminal de la que no tuvo oportunidad de defenderse en lo que hace consistir la ya anotada censura de violación de la Carta por inobservancia de las formas propias del juicio.

Arguye a este respecto la Procuraduría que en el auto de proceder se llamó a juicio a Hernández Franco como coautor del delito de robo y que en ese mismo carácter se le condenó o sea que no hubo discrepancia entre el llamamiento a juicio y la sentencia.

Agrega que carece de la significación que el demandante le atribuye el hecho de que no se hubiera precisado, a lo largo del juicio la identidad de los otros partícipes en el delito ya que la responsabilidad, como lo ha dicho en forma reiterada la Corte, es individual y el no lograr establecer la identidad de los demás participantes en el robo no podía impedir que se adelantara proceso contra quien, según se estableció, tomó parte en el ilícito.

Niega finalmente el Ministerio Público que pueda desprenderse violación de la norma constitucional que se ha venido citando del hecho de que se llamara a juicio por un cargo y se condenara por el mismo.

La Sala hace suyos los argumentos de la Procuraduría Tercera Delegada Penal por la forma certera como ha rebatido el cargo que se examina y, además, observa que éste ha sido formulado con visible falta de técnica por cuanto debió encuadrarlo el demandante, no en la causal cuarta de casación como lo ha hecho, sino en la segunda puesto que su argumento es el de que hubo discrepancia entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder, vicio que es el que contempla, precisamente, la causal últimamente mencionada.

Se desecha, por lo tanto, el cargo.

Cuarto cargo

Con nueva invocación del artículo 26 de la Carta Política, la demanda ataca la sentencia diciendo que, por no haberse ceñido el auto de proceder a los requisitos exigidos por los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal se han quebrantado los formas propias del juicio.

Sustenta esta censura diciendo que no existen en el proceso indicios graves de que su representado sea responsable del hecho juzgado, que los llamados así por el ad quem no merecen ese nombre y que además no fueron concordantes ni se trata de lo que se llama indicios necesarios.

Hace, a este propósito, el análisis de las pruebas tenidas en cuenta tanto por el Tribunal como por el Juzgado para considerar demostrada la responsabilidad de Hernández Franco y expresa sobre ellas su opinión en el sentido que se acaba de exponer.

Con apoyo en doctrinas de esta Sala, la Procuraduría rebate el cargo resumido diciendo que las deficiencias del auto de proceder que violan las formas propias del juicio deben ser de carácter sustancial que se traduzcan en imprecisión de los cargos que haga imposible la defensa pero que no es ese el caso de autos ya que no hubo anfibología alguna en la formulación de ellas pues los argumentos del Tribunal fueron claros.

Agrega que el examen de pruebas hecho por el demandante para sustentar esta censura no corresponde a la causal cuarta de casación sino al cuerpo segundo de la causal primera, esto es, a la infracción indirecta de la ley por lo que está mal formulado el cargo.

En un todo de acuerdo está la Sala con lo expresado por el Ministerio Público.

En efecto, la infracción a las formas propias del juicio cuando se quiere afincar en vicios del auto de proceder, no puede basarse sino en fallas de tal entidad que desnaturalice la función que esta pieza tiene en el proceso como pliego de cargos que se le hace al procesado fijando nítidamente en él los agravios que éste haya hecho a la Ley penal en forma que aparezcan claramente las pretensiones del Estado para que aquél pueda organizar sobre bases indubitables su defensa.

La inconformidad con los razonamientos que en esa providencia expongan los juzgadores, basada en un enfoque personal de la prueba, no le quita a dicho auto las calidades mencionadas siempre que el análisis que el juez haga de las pruebas y el juicio lógico-jurídico que estructure sobre tal examen sean expuestos con absoluta claridad.

Es esto lo que ha ocurrido en el caso de autos, pues las providencias que llamaron a juicio, tanto en primera como en segunda instancias, no pueden calificarse en forma alguna de oscuras o de equívocas. Ellas por el contrario, contienen un estudio claro, sistemático, jurídico de las pruebas y unas deducciones que no dejan dudas sobre los cargos que se le hacen al procesado.

No prospera esta censura.

Cargos con fundamento en la causal primera de casación

Primer cargo

En el marco del segundo aparte de la mencionada causal formula el demandante un primer cargo consistente en haber incurrido el juzgador en error de derecho en la apreciación de la prueba al tomar como indicios graves de la responsabilidad del procesado, según afirma el actor, la falta de credibilidad de éste respecto a las afirmaciones que hizo en su injurada sobre la procedencia de los objetos que dejó en casa de su hermano, lo mismo que las demás circunstancias mencionadas en la sentencia.

Asevera, además, el demandante que la condena se basó sobre ese solo indicio por lo cual se violaron los artículos 215 y 217 del Código de Procedimiento Penal lo que condujo a la violación de los artículos 404 y concordantes del Código Penal así como de la Ley 21 de 1973.

La Procuraduría refuta esta censura diciendo, luego de un detenido estudio de las pruebas de cargo, que no aparece demostrado el error que el censor atribuye al fallador en la interpretación de los referidos elementos de juicio y que las alegaciones de aquél solo representan sus personales puntos de vista pero que no lograron establecer la falla alegada.

La Sala nuevamente hace suyos los razonamientos del Ministerio Público por encontrarlos sólidamente fundados tanto en el proceso como en los principios de derecho que rigen la prueba indiciaria.

A los argumentos expuestos por la Procuraduría añade que no es posible alegar error de derecho en la interpretación de la prueba, como repetidamente lo ha sostenido la Corte, sino cuando el legislador ha atribuido un valor especial a determinados elementos de convicción, es decir ha fijado el alcance probatorio de los mismos y esta valoración ha sido desconocida por el juzgador. O bien, cuando se ha violado por parte de éste el rito procesal señalado para la asunción de la prueba.

Ninguna de las dos cosas ha ocurrido en el presente caso. El Código de Procedimiento Penal al tratar de la prueba de indicios solo fija el valor de convicción del indicio necesario y de la presunción (artículos 230 y 231 del C. P. P.) y para los demás de una norma general que es la contenida en el artículo 229 ibídem.

En tratándose de indicios no necesarios es al juzgador a quien corresponde señalar su valor por medio de constataciones de orden pragmático, o lógico teniendo en cuenta por ejemplo, los datos de la experiencia sobre la proximidad del hecho indicado respecto al indicante, la frecuencia con que se presentan juntos uno y otro, el mayor o menor número de hechos indicados que se relacionan con el indicante, la posibilidad de que varios indicios puedan acumularse, esto es, que señalen un mismo hecho indicado, etc., etc.

Para rebatir las valoraciones del juzgador sobre estos distintos aspectos en la apreciación de los indicios, es necesario presentar, no simples afirmaciones, sino razonamientos serios y vigorosos que muestren el error de aquél.

No ha hecho eso el demandante pues, como lo anota la Procuraduría, a los razonamientos del juez ha opuesto sus personales opiniones pero sin afianzarlas en ningún fundamento concreto.

No es cierto, por otra parte, que el Tribunal hubiera basado la condena de Hernández Franco en un solo indicio.

Basta leer la sentencia para cerciorarse de que a más del hecho de haber llevado los objetos robados a casa de su hermano, el ad quem dedujo en contra del procesado los indicios consistentes en su fuga, el fracaso de sus explicaciones y la capacidad moral para delinquir basado este último indicio en sus antecedentes.

No es, por lo tanto, admisible este cargo.

Segundo cargo

Con fundamento en la causal que se viene mencionando pero en el marco de su primer

inciso, acusa el demandante la sentencia por violación directa de la ley ya que, según afirma, se infringió el precepto contenido en el artículo 36 del Código Penal así como el artículo 19 del mismo al aumentar la pena con base en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, concepto por el cual se condenó a su poderdante a seis años de presidio en vez de los cinco a que lo había sentenciado el juzgador de primera instancia.

Considera el demandate que, puesto que no fueron identificados los otros sujetos que concurrieron al robo, no se puede agravar la pena de su patrocinado por haber procedido, en unión de esas personas, a atar y a amordazar al celador y amenazarlo con cuchillo.

Dentro de este mismo cargo también endereza contra la sentencia, si bien en forma subsidiaria, la censura de haber violado los artículos 36 y 19 del Código Penal por indebida apreciación de las pruebas sobre la coautoría del delito la que considera no estaba establecida de autos.

No ensaya, empero, ninguna clase de fundamentación de este cargo.

La Procuraduría replica al mismo reiterando que el hecho de que no se hubiera establecido la identidad de los restantes autores del ilícito no impide que la pluralidad de agentes se considere como una circunstancia agravante de la pena.

Y por lo que hace al cargo presentado en forma subsidiaria, anota el Ministerio Público que hay falta de técnica al proponerlo dentro del ámbito de la violación directa de la ley, pero como una falla en la interpretación de las pruebas, planteamiento que corresponde a la violación indirecta de las normas legales.

Encuentra la Corte que, en verdad el cargo principal formulado en este aparte a la sentencia, ha sido planteado contrariando la técnica de casación.

Porque la censura por violación directa de la ley, implica, como tantas veces lo ha dicho la Sala, que se aceptan los hechos, es decir, no se discute la base fáctica de la sentencia sino solo la aplicación de la ley por considerar que, o se dejó de aplicar la norma legal pertinente, o se aplicó una que no contemplaba el hecho juzgado, o se le dio a la norma correspondiente un alcance que no le había señalado el legislador.

Pero en el presente caso, el demandante basa su censura en la pretendida falta de prueba sobre la pluralidad de agentes del ilícito. Es decir, desconoce los hechos, situación que corresponde al ámbito del segundo aparte de la causal primera de casación, es decir, a la violación indirecta de la ley.

No más afortunado fue al plantear el cargo subsidiario pues si bien lo presentó como infracción indirecta de la norma por error de hecho en la apreciación de las pruebas sobre la coautoría, no presentó ningún razonamiento para sustentar la censura ni indicó las normas tanto procesales como sustanciales infringidas ni indicó el modo de la violación, lo que quiere decir que el cargo carece de fundamentación por lo cual no puede ni siquiera examinarse.

Tampoco, pues, prosperan los dos cargos mencionados.

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

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, José Bernal Pinzón, José Ignacio Talero Lozada. (Conjuez), *Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.*

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD POR LA FALTA DE FIRMA DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE GUERRA Y SU SECRETARIO EN LOS CUESTIONARIOS SOMETIDOS A LA CONSIDERACION DE LOS VOCALES

La Corte no puede abstenerse de examinar las nulidades de índole constitucional, a la luz de otras consideraciones, pues no debe admitirse sea tan restringida su competencia que le impida reconocer las fallas procesales de fondo en que se haya incurrido y que vicien de manera sustancial, el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., junio diez y ocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 25 de junio 3/76.

Vistos

Agotada la actuación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores ANSELMO CHAVEZ NARVAEZ, ARMANDO SOLANO BARRIGA, RAFAEL LATORRE FONSECA, MARIO URIBE, PEDRO APDILA BELTRAN y por los procesados JULIO CALVACHE SAMUEL ROMERO MEDINA, GILBERTO CHINOME BARRERA, BENJAMIN BENTHAN FERRER, CALIXTO PINO SILVA, URSINO OSPINO LIDUEÑAS, ALFONSO FLOREZ HERNANDEZ, UBACEL PUENTES BETTIN, FABIO ACUÑA CAMPANELA, JOSE FRANCISCO QUINTERO, VICTOR HERNANDO DURANGO SILVA, PABLO MIGUEL ACEVEDO ACEVEDO, LUIS ROJAS MORELO y OSCAR LLEWLYN HUSBANDS CLAXTON, contra la sentencia del 13 de diciembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior Militar por medio de la cual, al reformar en parte y, en parte confirmar la de primera instancia de fecha 23 de octubre de 1971 dictada dentro de estas diligencias por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal respectivo —Juez de 11ª instancia, 5ª Brigada—, en lo pertinente al caso que ahora ocupa a la Sala, resolvió: "SEGUNDO. REFORMAR la sentencia apelada en los siguientes términos:

"CONDENAR a RICARDO MANTILLA PATIÑO, ELIBERTO BAUTISTA GOMEZ, MANUEL SALVADOR TAMAYO, ADALBERTO SALGADO PALENCIA, FABIO ACUÑA CAMPANELA JOSE WILLIAN VILLARREAL, JOSE FRANCISCO QUINTERO, OSCAR HUSBANDS CLAXTON, PARMENIO DE JESUS ARIAS OROZCO, MERCEDARIO ESCOBAR SARMIENTO a la pena principal de diez años de presidio, como responsables de los delitos de SEDICION (Huelga en los Servicios Públicos) y MULTIPLE SECUESTRO.

"CONDENAR a GILBERTO CHINOME BARRERA a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, como responsable de los delitos de SEDICION (Huelga en los Servicios Públicos) y MULTIPLE SECUESTRO.

"CONDENAR a BENJAMIN BENTHAN FERRER, CALIXTO PINO SILVA, JOSE IGNACIO MARTINEZ PEÑUELA, URSINO OSPINO LIDUEÑAS, LUIS ROJAS MORELO a la pena principal de seis años y seis meses de presidio, como responsables de los delitos de SEDICION (Huelga en los Servicios Públicos) y MULTIPLE SECUESTRO.

"CONDENAR a ALFONSO FLOREZ HERNANDEZ y JOHEL DE JESUS GOMEZ TORRES a la pena principal de siete años seis meses de presidio, como responsables de los delitos de SEDICION (Huelga en los Servicios Públicos) y MULTIPLE SECUESTRO.

"CONDENAR a SAMUEL ROMERO MEDINA, VICTOR HERNANDO DURANGO SILVA, JULIO ALBERTO CALVACHE, ARNULFO SANCHEZ VILLORIA a la pena principal de ocho años de presidio, como responsables del delito de MULTIPLE SECUESTRO.

"CONDENAR a JORGE ENRIQUE REYES RUEDA, LUIS CASTRO MARIN, ARNOLDO DE JESUS URAN LOPEZ a la pena principal de siete años de presidio, como responsables del delito de MULTIPLE SECUESTRO.

"CONDENAR a WILLIAM GARCIA NOREÑA a la pena principal de seis años de presidio, como responsable del delito de MULTIPLE SECUESTRO.

"CONDENAR a PABLO MIGUEL ACEVEDO ACEVEDO a la pena principal de cinco años y seis meses de presidio, como responsable del delito de MULTIPLE SECUESTRO.

"CONDENAR a HELIO DE LEON DE LA ESPRIELLA, UBADEL PUENTES BETTIN, FRANCISCO RODRIGUEZ MUÑOZ, MANUEL ORTIZ BRAZO, a la pena principal de cinco años y seis meses de presidio como responsables del delito de MULTIPLE SECUESTRO.

"Las anteriores penas principales sustituyen las que fueron fijadas como tales en la Sentencia de Primera Instancia.

"TERCERO. CONFIRMAR la Sentencia apelada, mediante la cual se RESOLVIO:

"CONDENAR a TITO ALBERTO SILVA LOZADA a la pena principal de tres años de prisión, como responsable de los delitos de SEDICION (Huelga en los Servicios Públicos) y LESIONES PERSONALES.

"CONDENAR a GUSTAVO ARMANDO SANCHEZ BARRIENTOS a la pena de ocho meses de prisión y multa de QUINIENTOS PESOS ($ 500.00) como responsable del delito de SEDICION (Huelga en los Servicios Públicos).

"CONDENAR a MAURICIO HERNANDEZ GARCIA a la pena de diez meses de prisión y multa de quinientos ($ 500.00) pesos, como responsable del delito de SEDICION (Huelga en los Servicios Públicos).

"CONDENAR a FRANCISCO MARTINEZ LOPEZ y JULIO CESAR GONZALEZ TOVAR a las penas de dos meses de arresto y a DIEZ ($ 10.00) pesos de multa, como responsables de los delitos de DAÑO EN BIENES DEL ESTADO, a que se refiere el Decreto 1518 de 4 de agosto de 1971. ORDENASE la Libertad Provisional de los mencionados procesados, por pena cumplida".

Sostuvieron el recurso de casación el abogado Anselmo Chávez Narváez en nombre del sentenciado JULIO ALBERTO CALVACHE MARTINEZ, el abogado Armando Solano Barriga en nombre de los sentenciados PARMENIO DE J. ARIAS, LUIS CASTRO MARIN, JOSE IGNACIO MARTINEZ PEÑUELA y FRANCISCO RODRIGUEZ MUÑOZ, el abogado Rafael Latorre Fonseca en representación de los sentenciados URSINO OSPINO LIDUEÑAS, UBADEL PUENTES BETTIN, ALFONSO FLOREZ HERNANDEZ, CALIXTO PINO SILVA, GILBERTO CHINOME BARRERA, PABLO MIGUEL ACEVEDO, FABIO ACUÑA CAMPANELA, VICTOR HERNANDO DURANGO, JOSE FRANCISCO QUINTERO y SAMUEL ROMERO MEDINA, el abogado Gustavo Rendón Gaviria en represenación de los sentenciados BENJAMIN BENTHAN FERRER y OSCAR LLEWLLYN HUSBANDS CLAXTON, el abogado Mario Uribe en representación del sentenciado, JOSE WILLIAM VILLARREAL y, el abogado Pedro Ardila Beltrán en representación del sentenciado ARNOLDO DE JESUS URAN LOPEZ. En consecuencia, las respectivas demandas se declararon ajustadas a las exigencias legales y, en cuanto hace relación al sentenciado Luis Rojas Moreno, se declaró desierto el recurso, puesto que no fue sustentado.

Hechos

Tanto en las sentencias de primera como de segunda instancia, se reseñan así: "Dan cuenta los medios de convicción traídos al proceso que el día 25 de julio de 1971 se presentó un daño imprevisto e intempestivo en el horno de la planta viscorreductora del Complejo Industrial de Refinación y Petroquímica, haciéndose necesario iniciar inspección de emergencia y requiriéndose el

concurso de unos 40 trabajadores de mantenimiento, por turnos de 12 horas, para realizar las labores de inspección y reparación, iniciándose ésta en las horas de la tarde del mismo día. Al día siguiente, 26 de julio, se continuaron los trabajos, y, se avisó a los trabajadores de mantenimiento asignados a la reparación de dicha planta que el almuerzo les sería suministrado en el Casino a las 11:30 horas de la mañana, para mayor comodidad de ellos y en vista de la limitación de cupo del casino y la gran cantidad de usuarios de servicio. Siendo las 10:20 horas, los trabajadores intempestivamente suspendieron sus labores y exigieron que se les suministrara el almuerzo a las 10:30 horas de la mañana. A pesar de habérseles explicado que ya no era posible complacerlos por haberse programado el almuerzo para las 11:30 a. m., los trabajadores capitaneados por los dirigentes sindicales MANUEL SALVADOR TAMAYO, HELIBERTO BAUTISTA, RICARDO MANTILLA y FABIO ACUÑA CAMPANELA, exigieron que se les llevara a un restaurante de la ciudad en el acto, para almorzar y se negaron a seguir trabajando. Esta situación continuó sin mayores variaciones hasta las cuatro y diez minutos de la tarde, en que pretendieron apoderarse de la planta eléctrica, consiguiéndolo parcialmente, y pretendieron paralizar el Complejo Industrial; accionando las alarmas y suspendiendo los suministros de energía eléctrica. En estos hechos tomaron también parte líderes del Distrito de Producción del Centro. Las directivas del Complejo Industrial sancionaron a los responsables, y, con la debida autorización despidieron a los dirigentes sindicales RICARDO MANTILLA, MANUEL SALVADOR TAMAYO, HELIBERTO BAUTISTA, PARMENIO ARIAS y FABIO ACUÑA CAMPANELA Esto motivó que al día siguiente, 27 de julio de 1971, con la disculpa de que la Empresa Colombiana de Petróleos estaba violando varios puntos de la Convención Colectiva del Trabajo pactada con sus trabajadores el 5 de noviembre de 1970, por un período de dos años, bajo la dirección de los líderes sindicales del Distrito de Producción de 'El Centro' y del 'Complejo Industrial de Refinación y petroquímica', pertenecientes a la Unión Sindical Obrera USO, afiliada a Fedepetrol, se reumiera una Asamblea General de trabajadores de Ecopetrol en la que por Resolución Nº 02 decidieron autorizar a la Junta Directiva para decretar un cese de actividades 'a partir del día y la hora en que lo considere necesario', y, para que nombrara a los comités y comisiones que considere necesarios para el organizado desarrollo de la huelga. Al día siguiente la Asamblea General de Trabajadores de la Empresa Colombiana de Petróleos, distritos de 'El Centro' y Barrancabermeja o Refinería, afiliados a la Unión Sindical Obrera 'USO', resolvieron: 'Si la Empresa Colombiana de Petróleos 'Ecopetrol' no entra a cumplir de inmediato todos los puntos violados de la Convención Colectiva vigente, que dieron origen a la protesta del 26 de julio y si toma represalias contra quienes intervinieron en ella, la Asamblea General autoriza a las Juntas Directivas de la Unión Sindical Obrera 'USO' para que decrete el 'CESE DE ACTIVIDADES' en el momento que lo considere conveniente' Conviene advertir, para mejor comprensión de los hechos, que la USO en la ciudad de Barrancabermeja, tiene una Directiva Central con sede en el Distrito de Producción de 'El Centro', y, una subdirectiva en el Complejo Industrial de Refinación y Petroquímica con sede en el área urbana de Barrancabermeja, conocidas como Directiva Sindical de 'El Centro', y, subdirectiva de 'Refinería o Barranca', que son las juntas directivas a que se refieren las Resoluciones a que nos hemos referido. La Directiva Central, estaba compuesta, conforme con los medios probatorios del proceso así: Presidente BENJAMIN BENTHAN FERRER, Secretario General, HERNANDO ARRIETA, Tesorero, CALIXTO PINO SILVA, Fiscal, URSINO OSPINO LIDUEÑAS, JOSE IGNACIO MARTINEZ PEÑUELA secretario de actas, Vicepresidente, EDILBERTO AVILA ESTRADA quien en nada participó por encontrarse hospitalizado, suplentes LUIS ROJAS MORELO, JOAQUIN SUAREZ RUBIO, ALFONSO FLOREZ HERNANDEZ, y AQUILES CONTRERAS. Por vacaciones SUAREZ RUBIO, no estuvo presente. La subdirectiva de Refinería era la siguiente: Presidente, RICARDO MANTILLA, Vicepresidente, PARMENIO ARIAS, Fiscal, HELIBERTO BAUTISTA, Tesorero, GUSTAVO SANCHEZ, Secretario General MANUEL SALVADOR TAMAYO,

Secretario actas, ADALBERTO SALGADO, Secretario Educación, HABER MELO, Secretario de Deportes, FABIO ACUÑA, Secretario estadística, LUIS MORENO (ausente). Secretario Vivienda, AFRANIO MONTT (ausente). Por manera pues que un cambio de horario en el almuerzo, y, unas sanciones a varios trabajadores, fueron el verdadero origen de la Huelga General, si bien se disimuló pretextando incumplimiento de la Empresa a varios puntos de Convención Colectiva del Trabajo. Continuando con el relato sintético de los hechos, el día cuatro de agosto, de este año, hacia las seis de la mañana, trataron nueva e infructuosamente, las Directivas sindicales de realizar un paro. El día cinco de agosto de mil novecientos setenta y uno, a las seis de la mañana, fecha y hora convenidas de antemano para el cese general de actividades en el Complejo Industrial de Refinación y Petroquímica, se inicia la huelga y la toma de instalaciones, siendo la única que no pudieron tomarse la Planta Eléctrica que era su principal objetivo, pues Unidades Militares la ocuparon velozmente, y, se mantuvieron en ella hasta el final del ilegal paro. Estos hechos y todos los que se desarrollaron en Refinería durante los días 5 y 6 de agosto de 1971, tenían la dirección de los líderes sindicales y de varios obreros, como se verá más adelante al entrar al análisis probatorio. Al mismo tiempo que se producía la toma de las Instalaciones y Plantas de Ecopetrol, se procedía a la apagada de éstas, y, a levantar pronta y estratégicamente numerosas barricadas, a las que se dotan de piedras, palos, varillas de hierro, mangueras para los hidrantes de contra incendio, ácidos, cocteles Molotov, gasolina, vapor de agua, con los que se ataca a la Fuerza Pública con el ánimo de desalojarla. Este proceder, el deseo de salvar la maquinaria hasta donde fuera posible, hace que varios directivos de Ecopetrol, principalmente Ingenieros, se vean obligados a colaborar en la apagada de las Plantas. Como la Fuerza Pública no cede y el dominio de la Planta Eléctrica es vital, pues supone hacerse al funcionamiento total de la Refinería, incluso de los más elementales servicios de las zonas residenciales y hospitalarias deciden secuestrar el mayor número de directivos que sea posible, y al efecto, los dirigentes sindicales apoyados por un buen número de trabajadores, divididos en verdaderas brigadas de choque, se reparten por toda el área, y, logran secuestrar a los señores EDUARDO ESCAÑO, MARCO TULIO RESTREPO, MEDARDO GAMBOA, CARLOS CEPEDA, HERNANDO PAEZ, EDUARDO CORREAL, ALIRIO PEÑA, OLIVEROS VALDEZ, HERNANDO ORTIZ, JORGE LARA, ROBERTO VARGAS, JOSE TEODORO RINCON, ARIEL PEREZ, RAFAEL JAIME, RAUL MUÑOZ, CARLOS GUERRERO, HERNAN NEIRA, CARLOS MORENO, AUGUSTO RANGEL, ENRIQUE GOMEZ, secuestros que tienen por objeto lograr una eficaz defensa personal en la invasión indebida de las plantas, impidiendo que las tropas pudieron tomar una más decidida acción, o al menos defenderse en forma proporcionada a la agresión, tratar de obtener que las Fuerzas del Orden abandonaran la Refinería y de consiguiente poder tomar la Planta Eléctrica, presionar a las Directivas de Ecopetrol para que pidieran a las Tropas desalojar el lugar, ante el inminente peligro de que los secuestrados fueran muertos. Con estos rehenes en su poder, exhibidos y torturados como se dirá más adelante, la turba amotinada cobra nuevas fuerzas y atacán con más tesón que antes a las Unidades Militares, con toda clase de elementos, desde el agua hasta los compuestos químicos como feno y ácido sulfúrico. Resultan lesionados con ácidos el soldado JULIO ENRIQUE BELLO DIAZ, quien aún está sometido a tratamiento, pues las quemaduras le cubrieron un 18% del área corporal, y le produjeron una desfiguración facial reparable, y, el cabo DANIEL COLLAZOS LOPEZ que le reconocieron 7 días de incapacidad. Estos militares fueron lesionados por el trabajador TITO A. SILVA LOZADA. Fueron lesionados también el Cabo 1º ABELARDO MEDINA TRIVIÑO con ácidos, y , los soldados VALOYES CALDERON JOSE, GARZON VALBUENA ELISINDO, SANCHEZ MARQUEZ URIEL, VASCARAN FLOREZ CRISTOBAL, por personas que no pudieron ser identificadas, con piedras y pedazos de tubos. A más de estos lesionados hubo otros de ninguna gravedad, y, la gran mayoría de los elementos uniformados fueron totalmente empapados con agua y AGREDIDOS EN TODAS FORMAS.

En uno de estos ataques el trabajador FERMIN AMAYA trató de desarmar a un soldado encontrando la muerte, y, quedando de cargo del Juzgado 26 de Instrucción Penal Militar la investigación de este hecho. FERMIN AMAYA. RECIBIO el disparo mortal hacia las trece o catorce horas del día cinco de agosto de mil novecientos setenta y uno. Antes y después de este lamentable hecho, las directivas sindicales y los obreros que les secundaban sometieron a los secuestrados a torturas, vejámenes, malos tratos, y en fin a violencia física y moral casi permanente. Fue así como a todos ellos se amenazó de muerte, se les pasó por diversas plantas, se les llevó a las barricadas y, a buen número de ellos, los pusieron al sol durante horas, les amarraron y regaron gasolina, los subieron a tambores y les colocaron en el cuello lazos de nudo corredizo, tales como a MARCO TULIO RESTREPO, ALIRIO PEÑA, ENRIQUE GOMEZ, JOSE RINCON, CARLOS CEPEDA, EDUARDO ESCAÑO, entre otros. A más de exhibirlos y hacer pública manifestación de que serían ahorcados, eran obligados a llamar a las directivas de la Empresa para que retiraran las tropas y les salvaran la vida, y a sus respectivos hogares para intranquilizarlos y lograr que sus familiares presionaran a las directivas. A pesar de todo, en aras de la legalidad y la justicia, tanto los Directivos de Ecopetrol como las Tropas se mantuvieron firmes, lo que destrozaría posteriormente el movimiento. Viendo los amotinados la imposibilidad de hacerse al dominio de la Planta Eléctrica, optaron por destruir, inutilizar y dañar buena parte de la maquinaria y de los elementos de producción, ocasionando pérdidas mayores a los cien millones de pesos. Esta vandálica actividad no fue obra en manera alguna de una masa amorfa e incoherente. Por el contrario, la precisión con que todos estos hechos se desarrollaron, la perfecta sincronización en el desarrollo de los mismos, el sorprendente y ágil dispositivo observado, en fin, el organizado desarrollo de los sucesos, indican que hubo planeamiento previo, división del trabajo, y, una perfecta organización, que vino a fracasar por disenciones entre los trabajadores que no estaban de acuerdo con la violencia, y, los violentos que hoy se juzgan. Como en el Distrito de Producción del Centro, la hora de iniciar el cese general de actividades sería la de las tres de la tarde los dirigentes sindicales y de huelga, repartieron boletines, anoticiaron a los trabajadores de la novedad, y, a la hora indicada accionaron las sirenas de alarma, y se dirigieron a tomarse la Planta Eléctrica, consiguiendo tal objetivo. Se cumplía así el plan trazado por las Directivas sindicales, y, continuaron cumpliéndolo cuando secuestraron a seis ingenieros, señores SAMUEL SNEIDER, JUAN ULISES RUEDA, HECTOR ARANGO, ALFREDO ACEVEDO, ALFONSO RAMIREZ y RAUL DURAN, con el objeto de poder perpetuarse en el dominio de la Planta eléctrica, pues la Fuerza Pública no podría actuar sin grave riesgo para los rehenes a quienes pondrían de escudo llegado el caso. Acontece que los ilegales huelguistas, acosados por el hambre, propusieron un canje consistente en que dejaban salir tres ingenieros a cambio de un pase o tránsito libre para seis trabajadores, lo que fue aceptado saliendo los ingenieros SAMUEL SNEIDER, RAUL DURAN y ALFONSO RAMIREZ, y, obteniendo libre tránsito los trabajadores RAFAEL ESCUDERO, HELIO DE LEON DE LAESPRIELLA, URSIÑO OSPINO LIDUEÑAS, CALIXTO PINO SILVA, LUIS ROJAS MORELO y otro. En el amanecer del día seis de agosto de este año, los tres ingenieros que aún permanecían secuestrados, fueron rescatados, en operación llevada al efecto por militares y por el particular JAIME ECHEVERRY. Una vez que los promotores y dirigentes de la huelga en 'El Centro', quedaron sin rehenes, burlados por afortunada operación de rescate, a la primera insinuación del personal militar resolvieron abandonar la planta, no sin antes, causarles daños numerosos que fueron avaluados pericialmente, junto con el lucro cesante y el daño emergente, en la suma de cinco millones sesenta y un mil setecientos noventa y siete pesos. Volviendo al Complejo Industrial de Refinación y Petroquímica, el día seis de agosto de este año, se presentaron numerosas deserciones entre los trabajadores, ocasionadas por el hambre, la fatiga, y, el rechazo a procederes tan violentos e injustificados como los observados por los líderes sindicales y quienes con ellos promovieron, encabezaron y dirigieron la huelga. Ante estas

deserciones, y las divisiones internas, el movimiento fue perdiendo intensidad hasta que hacia las cinco de la tarde terminó, quedando en libertad los secuestrados, y, abandonando los trabajadores que quedaban, las plantas" (Cd. Nº 11, fls. 186 ss., Cd. Nº 12, fls. 10 ss.).

Con relación a la anterior presentación de los hechos, cabe destacar: el demandante Chávez Narváez se acoge a ellos (Cuaderno de la Corte, fl. 32), el demandante Solano Barriga dice: "me atengo a la versión que, a su manera, consigna la sentencia de primer grado en los siguientes apartes", faltando poco para que sea en su integridad (id. fl. 95), el demandante Latorre Fonseca expresa: "Me remito a la relación de hechos que se hace en la sentencia de segunda instancia, versión que puede no ser totalmente ajustada a la realidad, pero que por tratarse precisamente de la impugnación de esa sentencia, permite llenar la exigencia legal de la demanda" (id. fls. 130 ss.), el demandante Rendón Gaviria manifiesta: "Me resigno a copiar la versión del fallador, cuya poca fidelidad no interesa, dado que la controversia se contrae a cuestiones eminentemente jurídicas" (id. fl. 177), el demandante Mario Uribe, expresa: "Acojo la misma versión contenida en el fallo, así no sean ejemplares su veracidad y exactitud, ya que solo se trata de llenar un requisito formal de la demanda" (id. fl. 242) y el demandante Ardila Beltrán dice: "Aunque los hechos que dieron origen al proceso están ampliamente expuestos, siempre me ocuparé de reseñarlos, eso sí en forma más sucinta, para evitar la redundancia en un aspecto que es simplemente formal" (id. fl. 276), reseña que enseguida presenta.

Actuación procesal

El 7 de agosto de 1971 la Inspección Municipal de Permanencia de Barrancabermeja practicó las primeras diligencias de este expediente. Al día siguiente el Comando de la Quinta Brigada, con sede en Bucaramanga, como Juez de Primera Instancia, comisionó "con amplias facultades al JUZGADO PRIMERO DE INSTRUCCION PENAL MILITAR, presente en la guarnición, para que inicie y perfeccione la investigación correspondiente por los hechos ocurridos en la REFINERIA DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS (ECOPETROL) EN BARRANCABERMEJA en los primeros días del mes y año en curso" y dispuso poner a disposición de tal funcionario "los antecedentes que sobre el particular existan" (Cd. Nº 1, fl. 18). En esa misma fecha el juez comisionado se trasladó a la ciudad donde ocurrieron los hechos y dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 19). En desarrollo de él practicó algunas pruebas (fls. 20 ss.) y, el día 14 de los mismos mes y año profirió auto de detención por "los delitos de Secuestro, contra la Integridad de los Bienes del Estado, Lesiones Personales y Delitos contra Funcionarios Públicos (Militares)", contra "Gilberto Chinome Barrera, Benjamín Benthan Ferrer, Fabio Acuña Campancla, Pablo Miguel Acevedo Acevedo, José William Villarreal, Heliberto Bautista, Mercedario Escobar, Manuel Tamayo, Ricardo Mantilla, Víctor Durango, Donel Noguera, Julio González, Francisco Martínez, Oscar Husbands, Gustavo Sánchez, Adalberto Salgado, Samuel Romero Medina, Joel Gómez y Ubadel Puentes" (fls. 161 ss.). Luego de practicadas algunas otras diligencias, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Militar ordenó enviar las diligencias "al señor Brigadier General, Comandante de la Quinta Brigada para lo que estime conveniente" (fl. 177). Este dispuso enviar a la Auditoria Auxiliar Once de Guerra, "para que rinda concepto de que trata el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar" (fl. 179). La pieza solicitada finaliza así: "Por el trámite de los Consejos de Guerra Verbales previsto en el Código de Justicia Penal Militar en su Libro IV, título VI, capítulo II, deben ser juzgados por los delitos de múltiple secuestro, múltiple de lesiones personales, y, los traídos por el Decreto 1518 de agosto 4 de 1971, a los señores GILBERTO CHINOME BARRERA, BENJAMIN BENTHAN FERRER, FABIO ACUÑA CAMPANELA, PABLO MIGUEL ACEVEDO ACEVEDO, JOSE WILLIAM VILLARREAL, HELIBERTO BAUTISTA, MERCEDARIO ESCOBAR, MANUEL TAMAYO, RICARDO MANTILLA, VICTOR DURANGO, DONEL NOGUERA, JULIO GONZALEZ, FRANCISCO MARTINEZ, OS-

CAR HUSBANDS, GUSTAVO SANCHEZ, ADALBERTO SALGADO, SAMUEL ROMERO MEDINA, JOEL GOMEZ, UBADEL PUENTES y otros, conforme con lo investigado hasta este momento por el Instructor, por hechos que ocurrieron en Jurisdicción del Municipio de Barrancabermeja, los días cinco y seis del presente mes y año. Bien entendido que la investigación está incompleta, lo que no es obstáculo para la convocatoria del Consejo de Guerra, como quiera que en desarrollo de él hay oportunidades procedimentales para perfeccionarla" (fls. 180 ss.).

Por Resolución número 254 de 17 de agosto de 1971 el Comando de la Quinta Brigada resolvió: "Convocar en la guarnición de Barrancabermeja (SS) un Consejo Verbal de Guerra para que mediante el trámite legal correspondiente, juzgue a los particulares: GILBERTO CHINOME BARRERA, BENJAMIN BENTHAN FERRER, FABIO ACUÑA CAMPANELA, PABLO MIGUEL ACEVEDO ACEVEDO, JOSE WILLLIAM VILLARREAL, HELIBERTO BAUTISTA, MERCEDARIO ESCOBAR, MANUEL TAMAYO, RICARDO MANTILLA, VICTOR DURANGO, DONEL NOGUERA, JULIO GONZALEZ, FRANCISCO MARTINEZ, OSCAR HUSBANDS, GUSTAVO SANCHEZ ADALBERTO SALGADO, SAMUEL ROMERJ MEDINA, JOEL GOMEZ, UBADEL PUENTES y OTROS, por los delitos de SECUESTRO, LESIONES PERSONALES y de los que trata el Decreto 1518 del 4 de agosto de 1971". En esa misma providencia se señaló el personal que integraría el Consejo y se dispuso que éste se reuniera "en la guarnición de Barrancabermeja (SS) en el lugar, fecha y hora que considere el señor Presidente del Consejo de Guerra, de conformidad con lo establecido en el artículo 567, literal d), del Código de Justicia Penal Militar" (Cd. Nº 3, fls. 1 ss.). La diligencia respectiva se inició el 1º de agosto de 1971 y se prolongó por varios días (Cd. Nº 4, fls. 1 ss.).

Verificado el escrutinio de los cuestionarios propuestos a la consideración de los Vocales y, con relación a los sentenciados recurrentes en casación, su resultado fue el siguiente: **Para Julio Alberto Calvache Martínez:** Condenatorio, por mayoría de votos, por los delitos de secuestro en Eduardo Correal Morales, Enrique Gómez, Oliveros Valdés Camacho, Marco Tulio Restrepo Alvarez, Hernando Páez, Hernando Ortiz Ortiz, Alirio Angel Peña, Eduardo Escaño Rodríguez, Carlos Eduardo Moreno, Carlos Cepeda, Jorge Enrique Lara, Roberto Hernán, Neira Sánchez, Ariel Pérez, Roberto Vargas Duarte, Carlos Norberto Guerrero Bernal, Augusto Rangel, Medardo Gamboa Maldonado, José Teodoro Cincón (sic) Sierra, Rafael Antonio Jaime Martínez y Saúl Muñoz Osorio (Cuaderno Nº 11, fls. 59 ss.); **Para Parmenio de J. Arias:** condenatorio, por mayoría, por los delitos de sedición y múltiple secuestro (Cuaderno Nº 10, fls. 107 ss.); **Para Luis Castro Marín:** condenatorio, por mayoría por múltiple secuestro (Cd. Nº 11, fls. 19 ss.); **Para José Ignacio Martínez Peñuela:** condenatorio por mayoría, por los delitos de sedición y múltiple secuestro (Cd. Nº 10, fls. 15 ss.); **Para Francisco Rodríguez Muñoz:** condenatorio, por mayoría, por múltiple secuestro (íd. fls. 62 ss.); **Para Ursino Ospino Lidueñas:** condenatorio, por mayoría, por los delitos de sedición y múltiple secuestro (íd. fls. 22 ss.); **Para Ubadel Fuentes Bettin:** condenatorio, por mayoría, por múltiple secuestro (íd. fls. 56 ss.); **Para Alfonso Flórez Hernández:** condenatorio, por mayoría, por sedición y múltiple secuestro (íd. fls. 36 ss.); **Para Calixto Pino Silva:** condenatorio, por mayoría, por sedición y múltiple secuestro (íd. fls. 8 ss.); **Para Gilberto Chinome Barrera:** condenatorio, por mayoría, por sedición y múltiple secuestro (íd. fls. 254 ss.); **Para Pablo Miguel Acevedo:** condenatorio, por mayoría por múltiple secuestro (Cuaderno Nº 11, fls. 140 ss.); y, el mismo fue absuelto, por mayoría, por el delito de daño en bienes del Estado (Decreto 1518 de 1971) (íd. fl. 139); **Para Fabio Acuña Campanela:** condenatorio, por mayoría, por sedición y múltiple secuestro (Cuaderno Nº 10, fls. 122 ss.); **Para Víctor Hernando Durango:** condenatorio, por mayoría, por múltiple secuestro (Cuaderno Nº 11, fls. 39 ss.); **Para José Francisco Quintero:** condenatorio, por mayoría, por sedición y múltiple secuestro (Cuaderno Nº 10, fls. 275 ss.); **Para Samuel Romero Medina:** condenatorio, por mayoría, por múltiple secuestro (íd. fls. 379 ss.); **Para Benjamín Benthan Ferrer:** condenatorio, por mayoría, por sedición y múltiple secuestro

(id. fls. 1 ss.); **Para Oscar Eusbands Claxton:** condenatorio, por mayoría, por sedición y múltiple secuestro (id. fls. 296 ss.); **Para José William Villarreal:** condenatorio, por mayoría, por sedición y múltiple secuestro (id. fls. 233 ss.), y, **para Arnoldo de Jesús Urán López:** condenatorio, por mayoría, por múltiple secuestro (Cuaderno Nº 11 fls. 79 ss.).

Luego se profirieron las sentencias de primera y de segunda instancia indicadas en los vistos de esta providencia. Contra la última de ellas se interpuso en tiempo oportuno el recurso de casación que ahora ocupa la Sala.

En este punto debe destacarse que los cuestionarios que fueron sometidos a la consideración individual de cada uno de los Vocales, cuestionarios que, en esencia, constituyen el pliego de cargos contra los acusados, fuera de la firma del propio Vocal, no tiene ninguna otra, como se comprueba con la vista de los cuadernos números 6, 7, 8 y 9, siendo de advertir que el cuaderno número 5, que contiene copias de ellos, no está firmado por nadie en ninguno de sus folios ni en ellos aparece copia de decisión alguna.

Demandas de casación

Considera la Sala que el resumen de ellas hecho por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas refleja fielmente el contenido de los escritos en cuestión y por ello lo transcribe en seguida para los efectos pertinentes:

I

La presentada por el doctor Anselmo Chávez Narváez

"Representa en esta ocasión el distinguido abogado al procesado JULIO ALBERTO CALVACHE MARTINEZ, quien fue condenado a la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de 'MULTIPLE SECUESTRO'.

"En su libelo el doctor CHAVEZ NARVAEZ aduce como causales del recurso, las enumeradas como CUARTA y PRIMERA en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

1) Cargos dentro de la causal cuarta

"Aduce como primer cargo, en resumen, que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto que se le menoscabó gravemente el derecho de defensa al no habérsele dejado responder en juicio, de manera personal, toda vez que se presentó a las sesiones del Consejo de Guerra, a su defendido y que se le informó que no era necesaria su presencia, habiendo sido luego condenado. Que el juicio continuó sin su presencia —del sindicado CALVACHE MARTINEZ—, con un defensor de oficio y que sin observar la plenitud de las formas propias del juicio, se le impuso nueve años de presidio en la sentencia de primera instancia.

"2) El segundo cargo en esta misma causal lo hace consistir en que la elaboración de los veinte cuestionarios formulados para su representado están incursos en la causal de nulidad contemplada en el ordinal 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, por cuanto allí se le dio denominación jurídica al delito.

"3) El tercer cargo lo hace enunciando una presunta violación al artículo 26 de la Carta Fundamental, por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio, haciendo una disquisición bastante confusa sobre el desarrollo del proceso verbal de guerra, para culminar, cuando pretende demostrar ese cargo, con que se aplazó 'la lectura de los cuestionarios ya elaborados, para oír una indagatoria'. Ello lo lleva a concluir que con ese procedimiento se vulneró el derecho de defensa del sindicado.

"4) El cuarto cargo que se le hace a la sentencia impugnada, es que fue dictada dentro de un juicio viciado de nulidad por carencia de 'competencia o jurisdicción', ya que considera los particulares no están sometidos a la Jurisdicción Penal Militar. Para llegar a esta conclusión, hace un preámbulo en relación con una posible mala redacción o concepción del Decreto Legislativo 254 del 26 de febrero de 1971, dictado por el Ejecutivo Nacional en base a las facultades otorgadas por el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto 250 del mismo mes y año.

Cargos dentro de la causal primera

"1) Como primer cargo dentro de esta causal aduce que hubo violación directa del artículo 298 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se le dejó de aplicar a su patrocinado; y al resumir el cargo (fl. 85 cuaderno de la Honorable Corte), se refiere a infracción directa del artículo 298 del Código Penal. (Renglón 16).

"2) El segundo cargo que se hace dentro de este Capítulo de causatividad es el que se contrae a la violación directa del artículo 294 del Código Penal, por infracción directa, porque se dejó de aplicar a su poderdante. Cuando pretende demostrar el cargo, hace advertencia de que éste y el anterior 'en el fondo forman uno sólo. Unicamente por claridad y orden los separé'. Y lo resumen arguyendo que es la disposición que se ha debido aplicar a su mandante en la sentencia de 13 de diciembre de 1972.

"3) El tercer cargo lo hace aparecer como se interpretó erróneamente el artículo 293 del Código Penal por habérsele dado un alcance distinto en la sentencia en relación con los hechos atribuidos a JULIO ALBERTO CALVACHE MARTINEZ. En la demostración del cargo hace una elucubración sobre lo que es para el demandante el provecho o utilidad ilícitos derivado del secuestro, haciendo diferencia, dentro de esta figura delictiva, del secuestro extorsivo y el secuestro simple, rematando con una cita del doctor LUIS CARLOS PEREZ (quien hoy integra la Sala de Casación Penal de esa Alta Corporación).

"4) El cuarto cargo lo enuncia 'en íntima relación con los otros cargos, consecuencialmente', por aplicación indebida del artículo 293 del Código Penal. Direce relación a la demostración del cargo, prácticamente en idéntica forma que el anterior y él lo manifestó 'en intima relación', por cuanto que anota 'no hay el provecho o utilidad ilícitos por lo dicho y analisado (sic)'. Y resume, tal como se dijo al comienzo, en que hubo violación directa por haberse aplicado indebidamente la disposición citada.

"La consecuencia de las causales invocadas y los cargos que dentro de ellas formula contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar el 13 de diciembre de 1971, son las peticiones finales de que se case la sentencia con base en la causal primera de casación (inciso 1º) y que se declare la invalidación de la misma de conformidad con las dos causales invocadas".

II

La presentada por el doctor Armando Solán García

"Este profesional del Derecho invoca en su demanda, al igual que en la anterior, las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en ese orden, y para ello aduce los siguientes cargos:

Cargos dentro de la causal cuarta

"1) Que hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por falta de competencia de la Jurisdicción Penal Militar.

"2) Que se violaron los artículos 11 y 16, nuevamente el 26, el 55, y concordantes de la Carta Fundamental por incompetencia de jurisdicción, según el resumen de este segundo cargo haciendo una extensa cita de la sentencia dictada por esa Honorable Corporación el 4 de octubre de 1971, para resolver sobre la inexequibilidad de algunas disposiciones del Decreto 250 de 1958, según demanda del doctor JOSE RIOS TRUJILLO. Cuando acusa la sentencia dentro de esta causal cuarta, hace referencia al ordinal 6º del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar, el cual fue declarado inexequible por la mencionada sentencia.

"3) Nuevamente señala violación del artículo 26 de la Carta porque dice que el Decreto 254 de 1971 no dijo de manera expresa qué personas debían juzgarse por la Jurisdicción Penal Militar. Indica, pues, como normas violadas los artículos 441, ordinal 1º del Código de Justicia Penal Militar y el 20 del Código de Procedimiento Penal (falta de competencia o jurisdicción).

"4) Se remite a los cargos segundo y tercero aducidos por el doctor ANSELMO CHAVEZ NARVAEZ en su demanda, dentro de esta causal cuarta.

Cargos con base en la causal primera

"1) Hace el primer cargo por aplicación indebida o interpretación errónea en relación con el supuesto delito de Sedición, lo cual incide en cuanto al delito de secuestro, porque no se hizo referencia al primero de los delitos citados en la Resolución de Convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, habiendo sido formulado por disposición de la Presidencia del mismo lo cual encajó el sentenciador en el artículo 126 del Código de Justicia Penal Militar sin estar señalado, expresamente, en el Decreto 254 de 26 de febrero de 1971.

"2) Inicia este segundo cargo dándole una posible aplicación al referido artículo 126 del Estatuto Penal Castrense 'por simple generosidad', para concretarlo por errónea interpretación del mismo. Para ello singulariza en cuanto a los servicios públicos se refiere, diciendo que si bien el artículo en cuestión se refiere a servicios públicos, 'la acción promovida por los encausados se concretaba exclusivamente a un paro en esa Empresa (Ecopetrol), sin pretender en momento alguno promover un cese de actividades en los diversos servicios reputado como públicos...'. Que por ello la conducta no encuadra 'dentro de las previsiones y requisitos de ese artículo'.

"3) Que es inválida la sentencia porque se condenó a sus defendidos por delito diferente al que pudiera imputárseles. En tales términos hace la concreción de este tercer cargo. Cuando hace la enunciación del mismo, cita el secuestro extorsivo haciendo referencia a un 'daño patrimonial, y que la Resolución de Convocatoria de Consejo de Guerra Verbal 'habló del delito de secuestro de varios ingenieros y directivos de la Empresa' sin insinuar que, ello estuviera dirigido a obtener utilidad o provecho ilícitos.

Que lo que podría constituir esa actuación de sus defendidos hubiera sido un delito contra la autonomía personal, de acuerdo con el artículo 298 del Código Penal y no un secuestro.

"4) Dice que hubo violación de los artículos 123, y 127 del Código de Justicia Penal Militar y del 293 del Código Penal, porque si se cometió el delito de Sedición era perentoria la aplicación del artículo 123 del Estatuto Penal Castrense y que de consiguiente no habría lugar al procesamiento por otros cargos".

III

La presentada por el doctor Rafael Latorre Fonseca

"Diez personas son las defendidas por este distinguido profesional del Derecho, y en su demanda, al igual que los doctores CHAVEZ y SOLANO, aduce como causales de casación, para impugnar la sentencia dictada por el Tribunal Superior el 13 de diciembre de 1972, la cuarta y la primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

Cargos que aduce con base en la causal 4ª

Primer cargo

"Que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque dentro del debate oral se recibieron indagatorias antes de la lectura del proceso, alterando en esa forma el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales y consiguientemente menoscabando el derecho de defensa.

Segundo cargo

"Que se dictó la sentencia en juicio viciado de nulidad por mala elaboración de cuestionarios (ordinal 6º, artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar), ya que allí se preguntó por hechos 'que no realizaron a más de que ninguno ejecutó las tres acciones (PROMOVER, ENCABEZAR, DIRIGIR), a la vez o sucesivamente...'.

Tercer cargo

"Nuevamente aduce aquí la nulidad consagrada en el ordinal 6º del artículo 441 del Estatuto Penal Castrense por mala elaboración de cuestionarios y porque se consideró el secuestro como extorsivo, al haberse hecho alusión al provecho o utilidad ilícitos, y que al elaborarse los cuestionarios por el delito de secuestro no ha debido emplearse la expresión 'con terceros' sino 'junto con otros', porque considera que terceros son personas extrañas a los hechos.

Cuarto cargo

"Se remite a los motivos de impugnación que hacen los doctores Anselmo Chávez N. como cargo cuarto dentro de la causal cuarta que invoca y el doctor Armando Solano B. como tercer cargo dentro de la causal cuarta, por cuanto que la sentencia violó el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 441, numeral 1º del Código de Justicia Penal Militar y ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que, no obstante el hallarse turbado el orden público en el momento del presente juzgamiento, por una omisión en los decretos que adscribieron a la justicia castrense el conocimiento y fallo de determinados delitos, no se estableció qué personas podrían ser juzgadas por esa jurisdicción, y entonces el principio general de que es la justicia ordinaria la que rige, no llegó a excepcionarse; quedando fuera de esa organización jurisdiccional especial a los particulares. No se puede en materias procesales hacer analogías ni dar interpretaciones extensivas, mucho menos cuando ellas son restrictivas".

Cargos que aduce con base en la causal 1ª

"1º Que hubo aplicación indebida del artículo 126 del Código de Justicia Penal Militar: para sustentar el cargo se remite a la sentencia dictada por esa alta Corporación el 4 de octubre de 1971 (demandante el doctor JOSE RIOS TRUJILLO).

"2º Que hubo aplicación indebida por errada interpretación del artículo 293 del Código Penal, que fue el aplicado, cuando debió serlo el artículo 13 de la Ley 16 de 1969, 'por cuanto que el hecho considerado como secuestro no pudo ser llamado extorsivo', ya que el hecho a que se contrae el artículo 293 es de orden puramente económico y patrimonial".

IV

Las presentadas por los doctores: Gustavo Rendón Gaviria, Mario Uribe y Pedro Ardila Beltrán

"En este último Capítulo, habrán de resumirse las demandas presentadas por los doctores arriba mencionados por cuanto que en ellas no difieren, por qué no decirlo, absolutamente en nada.

"Se aducen en las demandas las causales enunciadas por los otros demandantes y en el mismo orden (cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal).

Cargos que se hacen con base en la causal 4ª de casación

"1º Que hay vicio de nulidad consistente en el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional en relación al artículo 170 ibídem 'y con toda la normación constitucional de que se ocupa el Título V de la Carta, referente a las Ramas del Poder Público'.

"Dentro de esta causal se hace una disquisición sobre el contenido de la sentencia, ya tantas veces citada a lo largo de esta vista fiscal, proferida por esa Corporación el 4 de octubre de 1971 y que se contrae a la inexequibilidad de algunas disposciones del Código de Justicia Penal Militar demandadas por el doctor JOSE RIOS TRUJILLO con fundamento en el Artículo Constitucional 214.

"2º En este cargo el principal demandante, doctor RENDON GAVIRIA, y quienes lo secundan (Drs. URIBE y ARDILA BELTRAN), se remiten al que bajo el mismo número y dentro de la misma causal se enunció en la demanda presentada por el doctor ARMANDO SOLANO BARRIGA.

"3º El tercer cargo se hace consistir en nulidad legal y supralegal, concretándose directamente a la redacción de los Decretos 254 del 26 de febrero de 1971, 1888 y 1518 de 1971, porque no se dijo respecto de qué personas iría a conocer la Jurisdicción Penal Militar en relación con los delitos allí enunciados y que ello debió quedar expresamente consignado.

"4º Se remiten los demandantes a los cargos 2º y 3º de los formulados dentro de esta causal por el doctor CHAVEZ NARVAEZ.

"5º El quinto cargo se hace consistir en nulidad consistente en mala elaboración de cuestionarios, con basamento en los artículos 441 (ordinal 6º) y 559 del Estatuto Penal

Castrense, porque consideran los demandantes que se les dio denominación jurídica al hecho y que aparte de ese no ha debido insertarse la palabra TERCEROS, por cuanto ello implica personas extrañas.

"En este mismo cargo se acusa la sentencia porque el cuestionario por el delito de SEDICION no se ajusta al artículo 559 citado, ya que el artículo 126 de la misma obra describe es una 'huelga' en los 'servicios públicos', haciendo también diferencia entre el plural y el singular de esta clase de servicios.

Cargos que se hacen con base en la causal 1ª de casación

"1) Dicen que el fallo es violatorio de la Ley sustancial por aplicación indebida y esa violación incide por infracción directa en relación con el delito de Secuestro, concretando el cargo, luego de una larga disquisición de tipo eminentemente jurídica, en el sentido de que al sancionar como Sedición y con aplicación del Código de Justicia Penal Militar un hecho configurado en el Código Penal Común el sentenciador no podía aplicar el artículo 126 de la primera obra citada, debiendo haber aplicado la norma de la Ley común que expresamente señaló el Decreto 254 de 26 de febrero de 1971.

"2) En este cargo se remiten a la impugnación que en iguales términos hace el doctor SOLANO BARRIGA.

"3) Se remite en igual forma al tercer cargo expuesto dentro de esta causal por el doctor SOLANO BARRIGA.

"4) También en la misma forma que lo expuso el doctor SOLANO BARRIGA.

Consideraciones de la Corte

Corresponde, en primer término, y de acuerdo con la lógica que gobierna el recurso de casación, entrar a examinar si en la tramitación del proceso se ha incurrido en nulidades ya de rango constitucional, ora de índole legal que lo vicien en forma grave, examen al cual dan pie las reiteradas acusaciones que en tal sentido formulan los demandantes, censurando la providencia recurrida de haber violado tanto el artículo 26 de la Constitución Política como el 441 del Código de Justicia Penal Militar.

Es verdad que la Sala, acorde en esto con la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas, no encuentra fundados tales cargos en la forma como fueron formulados, por las razones que el Ministerio Público expresa en su concepto y que sobra repetir ahora en vista de lo que se expone a continuación.

Porque si bien estima la Corte no demostrados tales ataques a la referida providencia, no puede eximirse de examinarla a la luz de otras consideraciones, pues no debe admitirse sea tan restringida su competencia que le impida reconocer las fallas procesales de fondo en que se haya incurrido y que vicien, de manera sustancial, el proceso.

Estudiado el trámite procesal en el presente caso se encuentra una de esas fallas consistente en no haberse firmado por el Presidente del Consejo de Guerra ni por el Secretario del mismo los cuestionarios sometidos a la consideración de los Vocales, omisión que se puso de resalto en uno de los anteriores apartes de la presente providencia y que la Sala considera violatoria del artículo 26 de la Carta por cuanto con ese procedimiento se dejó de llenar una de las formas propias del juicio.

Sobre este particular, la Corte ha expuesto reiteradamente la tesis de que la señalada omisión constituye vicio insubsanable del proceso que afecta toda la actuación a partir del momento en que la falla se presenta.

Entre las providencias que tal cosa asientan, está la de 26 de febrero del año en curso, en la cual expresó la Sala, en lo pertinente:

"1. En varias oportunidades la Corte ha declarado que son nulos y carecen de existencia los cuestionarios sometidos a los Vocales en los Consejos de Guerra Verbales cuando no tienen la firma de quien preside éstos.

"Así lo ha dicho la Sala en sentencia de 19 y 23 de junio del año pasado, entre otras, en la primera de las cuales se expresó que cuando el cuestionario se pasa a los vocales sin la firma del Presidente del Consejo 'se trata de un simple escrito, sin carácter documental por cuanto no expresa, ni de su texto aparece, el autor. O sea que carece de uno de los requisitos fundamentales, pa-

ra que se le considere documento cual es el de señalar por sí mismo la persona de quien proceda'.

"Agregaba la Sala que la actuación consistente en formular a los vocales debe llevar la firma del Presidente del Consejo Verbal de Guerra por cuanto constituye, dentro de un acto complejo como es la audiencia, una diligencia autónoma, que se incorpora en un documento público independiente, es a saber, el cuestionario, motivo por el cual éste debe llenar todos los requisitos de un escrito documental de esa especie, en primer término la firma de quien lo emite como autor.

"A lo dicho en ese entonces debe agregarse la siguiente consideración igualmente importante:

"Dentro del procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales que se pueden convocar, según establece el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar 'exista o no investigación previa', uno de los actos fundamentales es el de la formulación de los cuestionarios, ya que es en ese momento cuando se harán a los sindicados los cargos de que éstos tendrán que defenderse.

"Así lo indica claramente el artículo 576 del ordenamiento citado al decir:

"Artículo 576. Terminada la etapa investigativa, el Presidente del Consejo con la colaboración del Asesor Jurídico, formulará, por escrito, y entregará a cada uno de los Vocales, el cuestionario o cuestionarios que se someten a su decisión.

"El cuestionario o cuestionarios se redactarán en la forma indicada en los artículos 559 y 580 de este Código.

"Cuando se procede por varios delitos o cuando son varios los sindicados el Presidente hará preguntas separadas para cada delito".

"Confirma lo dicho el contenido del artículo 577 del ordenamiento en cita que permite, en el mismo momento procesal indicado, formular cuestionarios por delitos no indicados en la Resolución de Convocatoria, pero que, al terminar la etapa investigativa, resultaren demostrados y que aparecieren como conexos con los mencionados en dicha Resolución.

"Lo que significa que no es ésta la que en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, equivale al auto de proceder, sino que tal función la tienen los cuestionarios.

"Allí es donde, como expresa el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, citado por el artículo 576 ibidem, se debe determinar el hecho materia de la causa, especificando los elementos que lo constituyen y las circunstancias en que se cometió aunque sin darle denominación jurídica.

"Esos cuestionarios constituyen el pliego de cargos que se hace al acusado y de ahí que deban reunir requisitos especiales que, en el procedimiento ordinario, son materia de minuciosa reglamentación, tanto en lo sustancial como en lo formal (Arts. 481 y siguientes del Código de Procedimiento Penal).

"Esencial a su naturaleza es, sin lugar a duda, la calidad de acto acusatorio de carácter jurisdiccional, esto es, actuación propia del juez que expresa, en la forma prescrita por el Código de Justicia Penal Militar, la decisión del Estado de acusar a un individuo, así como también la descripción clara y completa de los cargos que le hace.

"Se trata, en consecuencia, de un verdadero acto jurisdiccional de indudable importancia dentro del proceso, pero cuya reglamentación formal ofrece en el Código que se acaba de mencionar vacíos que deben ser llenados acudiendo ya a las disposiciones de otros códigos o bien a los principios generales que gobiernan los procedimientos.

"Y es indudable que entre estos últimos está el de que la formulación del pliego de cargos se lleve a cabo con el lleno de los requisitos que garanticen su autenticidad, entre ellos, la firma del juez.

"No habría razón para considerar que si en el procedimiento ordinario, tanto civil como militar, este acto debe llenar todas las formalidades de un auto, en el Consejo de Guerra Verbal pueda hacerse mediante un simple papel, sin firma, esto es, que revista siquiera carácter documental.

"Y no es dable acentar que el acto que recoge las respuestas de los vocales y hace el escrutinio de ellas (Art. 581 ibidem), supla la falta de firma del cuestionario en razón de que allí se acostumbra que la pregunta formulada a los vocales vaya firmada por el Presidente del Consejo, pues ésta es una actuación posterior, de carácter distinto, ya que, como se deja dicho, tiene por objeto

contar los votos, examinar su sentido y constatar si ha habido unanimidad o mayoría de los mismos respecto a la pregunta que se les ha hecho.

"Este acto, posterior a la formulación del cuestionario, no puede convalidar los vicios de éste.

"Ni menos pueden tener esa consecuencia las firmas que se ponen al pie del acta de la audiencia, ya que ese documento contiene un relato de lo ocurrido en ella y no garantiza sino la veracidad de que lo que se dice fue lo sucedido pero no certifica, ni tal cosa puede pretenderse, la autenticidad de los documentos en ella presentados o la legalidad de las actuaciones que tuvieron lugar.

"2. Constatada la existencia de la nulidad mencionada, corresponde a la Sala declararla en guarda de una de las garantías fundamentales que la Constitución establece en el artículo 26, cual es la del debido proceso, cuyo objeto primordial es el de amparar el derecho de defensa gravemente lesionado cuando se omite la observancia de actos procesales básicos al juzgamiento de una persona como la debida formulación del pliego de cargos.

"Débase recordar entonces, ha dicho la Sala en otra oportunidad, que el recurso extraordinario de casación ha sido instituido para preservar el contenido de la ley y darle alcance y sentido ajustados al derecho objetivo, al través de la unificación de la jurisprudencia, y también para desagraviar a las partes de los perjuicios que les hubiere irrogado la sentencia.

"Si tales son los objetivos del recurso extraordinario de casación y entre ellos cobra significación especial la guarda de la ley, en sí misma considerada, independientemente del interés que en los resultados del recurso acusan las partes, el derecho de defensa implícito en las garantías fundamentales que, en su conjunto, preserva el artículo 26 de la Carta Política, no obliga al recurrente a demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por él personalmente, ni la magnitud de sus consecuencias, puesto que el derecho se viola sustancialmente cuando se quebrantan las formas propias del juicio. La Constitución las prescribe y preserva como garantías fundamentales de los derechos ciudadanos, cuyo perjuicio cierto consiste, sin más en la violación de aquéllas. El debido proceso es derecho público y sus garantías son del mismo carácter.

"Su violación agravia el orden público instituido y entraña de nulidad subsanable solamente por la reposición del proceso con la observancia plena de sus formalidades legítimas" (Sentencia de 26 de noviembre de 1975. Proceso contra Alberto Mendoza Bermúdez y otros).

2. Las consideraciones que se dejan transcritas son plenamente aplicables al caso de autos, ya que la falla procesal que en ellas se examina es la misma de que adolece el presente proceso.

A virtud de tales razones habrá de declararse nula la actuación que se deja señalada, pero como el Consejo de Guerra Verbal es un acto jurídico complejo que, según puede verse por el trámite que para él señalan los artículos 566 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar, comienza con su convocatoria y termina con la sentencia, la nulidad que vicia una de sus partes se extiende necesariamente a las demás.

O sea que como se ha incurrido en el presente caso en nulidad que invalida la formulación de los cuestionarios, tal invalidez comprende desde la resolución de convocatoria que dio comienzo al trámite de la audiencia en adelante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia motivo del presente recurso extraordinario y ORDENA reponer el procedimiento a partir, inclusive, de la Resolución por medio de la cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal, en adelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero, Pedro I. Cúmacho, Conjuez.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Magistrados Gustavo Gómez V. y Julio Salgado Vásquez

Respetuosamente solicito, en esta nueva oportunidad, a que se tenga por salvamento de voto las razones expuestas en el escrito que figura a folios 359 y ss., expresión reiterada de mi criterio sobre uno de los controvertidos temas de la providencia. Solo debo agregar en relación al punto de autenticidad y seguridad que ofrecen los veredictos emitidos, los cuales han merecido severa crítica de la mayoría de la Sala, lo siguiente: repárese cómo el Cuaderno Nº 5 contiene las copias de los cuestionarios que fueron sometidos a los vocales, que concuerdan en un todo con los que éstos usaron, cuestionarios que en número de 586 aparecen en los cuadernos 6, 7, 8 y 9, debidamente firmados por cada uno de los tres vocales, con indicación de su grado militar. Y, en los cuadernos Nos. 10 y 11 (hasta el folio 185) figura el escrutinio de esos 586 veredictos, realizado por el Presidente del Consejo, el Asesor Jurídico y el Secretario. De esto también da cuenta en la respectiva Acta (Cuaderno Nº 4), y siendo remate de todo ello, la sentencia que obra a folios 186 y ss. del Cuaderno Nº 11.

(Fdo.), GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ

Adhiero a las razones jurídicas que contiene el salvamento de voto del Honorable Magistrado Gustavo Gómez Velásquez.

(Fdo.), JULIO SALGADO VASQUEZ

SALVAMENTO DE VOTO

De los magistrados Alvaro Luna Gómez y Mario Alario Di Filippo

Aun cuando aceptamos que la omisión de firmas apuntada por la sentencia es causal de nulidad, no compartimos el razonamiento que la lleva a concluir que ésta deba decretarse de oficio.

Para nuestro criterio serían llamados a prosperar los cargos formulados al amparo de la causal primera de casación, en cuanto se acusó a la sentencia por violación de los artículos 123 y 127 del Código de Justicia Penal Militar, mas nos abstenemos de profundizar en este salvamento de voto sobre el particular, en atención a que la nulidad decretada por la Corporación es mucho más amplia y cobija también, el punto de ataque por nosotros aceptado.

No compartimos el criterio de que la Corte, oficiosamente, en sede de casación, pueda decretar nulidad alguna, en atención a los siguientes razonamientos que nos hemos permitido exponer en ocasiones anteriores y que, a nuestro entender, conservan plena vigencia:

"No debe olvidarse que una cosa es el proceso penal con sus etapas de sumario y juicio, dentro del cual se busca establecer la inocencia o responsabilidad de un sindicado y, otra, el recurso extraordinario de casación, dentro del cual, lo que se pone en tela de juicio no es aquella inocencia o responsabilidad, sino el mérito mismo de la sentencia. Es, en realidad, un juicio distinto al primero, que se sigue con relación a ésta. Cosa diferente es el que ella sirva, por ejemplo, para unificar la jurisprudencia. Este juicio que se sigue contra el fallo por medio del recurso extraordinario de casación, tiene su ámbito propio, su reglamentación propia, su propio procedimiento, al cual es imperativo sujetarse, tanto más cuanto que hay claridad meridiana en su ordenamiento. Entonces el juzgador, al igual que las partes recurrentes, están en la obligación de someterse a él, sin que puedan invocarse analogías que no han sido previstas por la ley.

"Dentro de las normas generales del procedimiento penal, es decir, en la etapa en que se cuestiona la inocencia o irresponsabilidad de un sindicado, se encuentran los artículos 212 y 213 que disponen:

"**ARTICULO 212. Oportunidad para decretarlas.** En cualquier estado del proceso en que el juez advierta que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga el proceso para que se subsane el defecto, salvo que se trate de falta de querella o ilegitimidad en el querellante.

"**ARTICULO 213. Oportunidad para alegarlas.** Salvo disposición legal en contrario, las causales de nulidad establecidas en los artículos 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación".

"Esta última regla es de una claridad manifiesta, la cual, si es posible, aparece más rutilante en su parte final: "Pero dictada sentencia de segunda instancia, no se podrá ALEGAR sino en el recurso de casación'.

"Luego, de acuerdo con este precepto para que una vez dictada sentencia de segunda instancia pueda decretarse en casación una nulidad, es indispensable que ella sea ALEGADA, es decir, que el recurrente exponga las razones de hecho y de derecho sobre las cuales fundamenta su pretensión, según el sentido natural del vocablo 'alegar'. Siendo conveniente observar que co-

mo en el pasaje anterior se hace mención expresa de su presentación en el recurso de casación, al fijarse por el legislador, dentro del procedimiento propio del recurso extraordinario de que se viene tratando, cuáles son los requisitos que debe llenar la correspondiente demanda, se hace mención expresa de los siguientes: presentación de los hechos, invocación de la causal o causales que se estimen pertinentes, argumentación clara y precisa de los fundamentos que las sustentan y cita de las normas sustanciales que se consideren infringidas (C. P. P., Art. 576). De manera que existe armonía entre la parte final de la regla 213 del Estatuto Procesal Penal que hace referencia a la ALEGACION de la causal de nulidad en casación y, entre las normas propias de este recurso extraordinario.

"De otra parte, la ley limita la competencia de la Corte en casación al prohibir que ésta tome en cuenta 'causales de casación distintas de aquéllas que hayan sido EXPRESAMENTE ALEGADAS POR LAS PARTES'. Es decir, que en el juicio que se sigue contra una sentencia en desarrollo de recurso extraordinario, la competencia, por este aspecto, no es absoluta sino limitada a las causales expresamente invocadas y ALEGADAS por las partes.

"De ahí que con relación a las nulidades, pueda afirmarse: en dos normas distintas pero siempre referenciadas de manera expresa al recurso de casación, se exige que aquéllas sean ALEGADAS por los recurrentes (C. P. P., Arts. 213 y 576) so pena de no poder ser tenida en cuenta (id. Art. 576).

"Cobra mayor fuerza el argumento anterior, al tener en consideración lo siguiente: Si al artículo 212 del Código de Procedimiento Penal pudiera dársele el alcance que se le asigna en la sentencia de la cual disentimos, es decir, que la Corte, en sede de casación puede decretar de oficio cualquier nulidad con solo advertirla, aun cuando no le haya sido propuesta ni alegada, entonces sobraría el aparte final de la norma siguiente (213), así como también la cuarta de las causales de impugnación: haberse dictado la sentencia 'en un juicio viciado de nulidad' (id. 580, núm. 4). Y, de otra parte, también sobraría la perentoria exigencia de que tales causales de nulidad, dentro del trámite propio del recurso extraordinario de casación, tuvieran que ser expresamente invocadas y alegadas (id., Arts. 576 y 213).

"De todo lo cual se llega a la conclusión de que la Corte, en sede de casación, no puede entrar a conocer ni a decidir de oficio motivos de nulidad que no le han sido expresa y concretamente alegados".

Entonces, como ninguno de los censores invocó en ninguna parte de sus respectivas demandas, como fundamento de las nulidades que presentaron a consideración de la Sala el que se hubiera incurrido en los cuestionarios en la omisión señalada por la sentencia de la cual disentimos, no podemos compartirla y ello explica nuestro presente salvamento de voto.

Fecha ut supra.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo.

FALSEDAD. — PECULADO

De acuerdo con el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, se entiende por documentos públicos o auténticos "los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., junio veinticuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 30, junio 24/76.

Vistos

Agotada la etapa investigativa en este proceso que se inició contra el doctor JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ en su carácter de Contralor General de la República, en atención a la denuncia que en su contra formulara el señor Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa, corresponde a la Sala calificar su mérito, a lo cual procede previos los siguientes resultandos y considerandos:

Hechos

En la denuncia son presentados y sintetizados así:

"1º El doctor JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ, en su calidad de Contralor General de la República, dictó varias resoluciones mediante las cuales impartió comisión a la señorita AMPARO MORENO OSORIO, Sub-Auditora ante el Ministerio de Obras Públicas, así:

"Resolución Nº 01340 del 26 de marzo de 1974, para que durante el término de treinta (30) días, comprendidos entre el 1º y el 30 de abril, se trasladara a la ciudad de Medellín y analizara en forma detallada el funcionamiento Contable y Almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 1, con sede en dicha ciudad, devengando viáticos a razón de $ 250.oo diarios.

"Resolución Nº 02142 del 30 de abril de 1974, aclarada por la Resolución Nº 2149 del 6 de mayo, para que durante el término de treinta y un (31) días, comprendidos entre el 1º y el 31 de mayo, se trasladara la (sic) ciudad de Cali y analizara en forma detallada el funcionamiento Contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 18, con sede en la misma ciudad, devengando viáticos diarios de $ 250.oo.

"Resolución Nº 02536 del 31 de mayo de 1974, para que durante el término de treinta (30) días, comprendidos entre el 1º y el 30 de junio, se trasladara a la ciudad de Cartagena y analizara en forma detallada el funcionamiento Contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 3, con sede en dicha ciudad, devengando viáticos diarios de $ 250.oo.

"En dichas providencias se ordenó pagar, y efectivamente se cancelaron viáticos a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.oo) diarios, con infracción de lo dispuesto en el literal c), ordinal 1, inciso último del artículo 17 de la Resolución Orgánica número 2261 del 26 de marzo de 1972, de la Contraloría, en concordancia con el literal a) de la misma disposición y el artículo 18 ibídem.

"En efecto, la señorita AMPARO MORENO OSORIO fue comisionada por el señor Contralor General de la República doctor JULIO ENRIQUE ESCALLÓN ORDOÑEZ, para efectuar visitas en los Distritos de Obras Públicas de las ciudades de Medellín, Cali y Cartagena, sin solución de continuidad por el término de noventa y un días (91) comprendidos entre el 1º de abril y el 30 de junio de 1974, a razón de $ 250.oo diarios, cuyas sumas correspondientes ordenó pagar en las Resoluciones Nos. 01340 del 26 de febrero, 02142 del 30 de abril, y 02536 del 31 de mayo de 1974, no obstante que de conformidad con el literal e), numeral 1º inciso final del artículo 17 de la Resolución Orgánica Nº 2261 de 1972 emanada de su Despacho, debía autorizar tales pagos únicamente por la suma de $ 200.oo diarios, escamoteando al Tesoro Nacional en provecho de un tercero la suma de cuatro mil quinientos cincuenta pesos ($ 4.550.00).

"2º De otra parte, el doctor JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ, en su condición de Contralor General de la República al proferir la Resolución Nº 02142 del 30 de abril de 1974, aclarada mediante Resolución Nº 02149 del 6 de mayo, por la cual se comisionó a la misma funcionaria tantas veces citada, para que en el término de treinta y un (31) días, comprendidos entre el 1º y el 31 de mayo, se trasladara a la ciudad de Cali y practicara diligencias en el Distrito de Obras Públicas con sede en la misma ciudad, benefició en desmedro del patrimonio estatal, a la señorita MORENO OSORIO, en la suma de siete mil setecientos cincuenta pesos ($ 7.750.oo), por cuanto que, según certificación expedida por el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, en Cali no existe sede de Distrito de Obras Públicas ni Seccional del mismo. Además, se estableció, mediante las declaraciones del Almacenista, Auditor y Pagador del Distrito de Obras Públicas de Palmira y por medio de las fotocopias de los boletines diarios de almacén de la farmacia del Ministerio de Obras Públicas en Bogotá, que la citada Sub-Auditora no cumplió comisión alguna en dicha ciudad y por el contrario, durante el término de la comisión permaneció en el lugar de su sede, ejerciendo las funciones propias de Auditora ante el citado Ministerio" (Cuaderno Nº 1, fls. 56 ss.).

Actuación procesal

PRIMERO: Junto con la denuncia se presentaron algunos documentos (fls. 1 ss.). Por auto de 4 de julio del año pasado se declaró abierta la investigación y se decretaron numerosas pruebas (fls. 59 ss.), las cuales fueron practicadas. El 23 de enero de este año, el Magistrado sustanciador se declaró impedido para seguir conociendo de las diligencias (fls. 388 sgt.), mas los restantes integrantes de la Sala no le aceptaron el impedimento (fls. 390 sgt.). El apoderado del sindicado había solicitado a favor de éste aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por considerar que "los hechos investigados no son constitutivos de delito alguno" (fls. 367 ss.), petición a la cual no se accedió (fls. 393 ss.). El 4 de marzo siguiente se declaró cerrada la investigación (fl. 399) y, recogido como se encuentra el concepto del Ministerio Público, representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal (fls. 400 ss.) y el alegato del señor apoderado defensor (fls. 456 ss.), ha llegado la oportunidad procesal de calificar el mérito del sumario.

SEGUNDO: Que el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez ejercía las funciones de Contralor General de la República para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos materia de estudio, se establece con los siguientes documentos: Copia del Decreto número 028 de 1971 —18 de enero— por medio del cual se le nombró interinamente para el cargo indicado (fl. 88), copia de la respectiva acta de posesión (fl. 80) y Certificación expedida por el Sub-secretario General de la Presidencia de la República, con la cual se acredita que para la fecha de ella (30 de julio de 1975) y desde el 22 de enero de 1971, el doctor Escallón Ordóñez estaba en ejercicio de las funciones de su cargo (fl. 81).

Que la señorita Amparo Moreno Osorio era empleada pública, se establece así: Por Resolución número 01714 de 1973 —18 de abril— fue promovida "del cargo de Sub-Auditor V de la Auditoría General ante el

Ministerio de Obras Públicas, al cargo de Sub-Auditor VII de la misma Auditoría, dependiente de la División del Sector Transportes y Comunicaciones" (fl. 91), empleo del cual tomó posesión el 23 de abril de 1973 (fl. 92) y, al folio 93, se encuentra una constancia expedida por el Abogado Sub-Jefe de la División de Personal de la Contraloría General de la República, de acuerdo con la cual se establece "Que la señorita AMPARO MORENO OSORIO, viene trabajando en la Contraloría General de la República desde el 16 de noviembre de 1963. Que en el lapso comprendido entre el 1º de abril de 1972 y el 23 de febrero de 1975, desempeñó las funciones de SUB-AUDITOR V en la AUDITORIA GENERAL ANTE EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS", mas debe tenerse en cuenta que de acuerdo con los dos documentos primeramente relacionados en este párrafo, el 23 de abril de 1973, tomó posesión del cargo de Sub-Auditor VII, como queda expresado.

TERCERO: Comisiones conferidas, duración de ellas, viáticos y demás gastos decretados:

1º) Por Resolución 01340 de 26 de marzo de 1974, se comisionó "por el término de treinta (30) días comprendidos entre el 1º y el 30 de abril del año en curso, a la señorita AMPARO MORENO OSORIO, Sub-Auditora VII de la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional, para que se traslade a la ciudad de Medellín y analice en forma detallada el funcionamiento contable y de almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 1, con sede en la citada ciudad". Se le fijaron viáticos de $ 250.oo diarios "más los gastos de transportes, los cuales serán cancelados por la Pagaduría de la Contraloría General de la República, previa presentación de las respectivas cuentas de cobro debidamente legalizadas" (fls. 1, 182).

2º) Por Resolución 02142 de 30 de abril de 1974, se comisionó "por el término comprendido entre el 1º y el 31 de mayo del presente año", a la misma señorita Moreno Osorio y con el mismo carácter, "para que se traslade a la ciudad de Palmira y analice en forma detallada el funcionamiento contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 18 con sede en la citada ciudad", fijándole como viáticos $ 250.oo diarios, más los gastos de transporte (fls. 2, 290, 209, 191).

La anterior Resolución fue aclarada por la número 02149 de 6 de mayo siguiente, en el sentido de que la comisión en ella conferida "es para la ciudad de CALI y no a PALMIRA como allí se dijo" (fls. 3, 291, 183).

3º) Por Resolución número 02536 de 31 de mayo de 1974, se comisionó "por el término comprendido entre el 1º de junio y el 30 del mismo mes del presente año" a la funcionaria Moreno Osorio, "para que se traslade a la ciudad de Cartagena y analice, en forma detallada el funcionamiento contable y de almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 3, con sede en la citada ciudad", fijándosele como viáticos $ 250.oo diarios, más los gastos de transportes (fls. 4, 292, 184).

Cada una de las Resoluciones anteriores, originarias de la Contraloría General de la República, llevan las firmas del doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, como Contralor General y de Bolívar Alberto Acosta como Secretario General de la misma entidad.

CUARTO: Disponen los artículos 17, 18 y 19 de la Resolución 02261 de 24 de marzo de 1972, Orgánica de la Contraloría General de la República y que tiene las firmas de Julio Enrique Escallón Ordóñez como Contralor General y de Héctor David Name Terán, como Secretario General, lo siguiente:

"ARTICULO 17. Cuando a un funcionario le sea concedida una comisión oficial dentro del territorio nacional, fuera de su sede habitual de trabajo y en cumplimiento de lo previsto en esta Resolución, se le podrá autorizar viáticos en proporción a su asignación mensual y al lugar donde deba desempeñarse, con arreglo a las siguientes escalas:

"... ... ...

"... ... ...

"a) Asignaciones mayores de $ 5.500.oo.. $ 250.oo diarios.

"... ... ...

"c) Cuando se autorice una comisión de duración superior a treinta (30) días, las escalas se reducirán así:

"... ... ...

"Asignaciones mayores de $ 5.500.oo... $ 200.oo diarios".

"ARTICULO 18. Para efectos del literal c) del artículo 17 de esta Resolución, se considerarán como continuadas o prorrogadas las comisiones que se ordenen con un lapso menor de ocho (8) días entre una y otro".

ARTICULO 19. Cuando por circunstancias especiales un funcionario de la Contraloría General y con autorización previa del Jefe de Oficina o División respectiva, deba trasladarse a lugar distinto de su sede habitual por cuenta de un organismo del Estado, no podrá devengar por concepto de viáticos o transportes sumas superiores a las fijadas en esta Resolución" (fls. 6 ss., 185 ss.).

QUINTO: Pago de los viáticos decretados:

En cada una de las Resoluciones anteriormente citadas, se señaló el término de la comisión, la ciudad en donde debería ser cumplida, el objeto de ella y los viáticos de $ 250.oo diarios.

El folio 306 del primer cuaderno está constituido por la copia del COMPROBANTE DE PAGO por $ 7.750.oo de fecha 2 de mayo de 1974, correspondiente al pago hecho a la señorita Amparo Moreno Osorio por los viáticos correspondientes a 31 días, comprendidos entre el 1º y el 31 de mayo de ese mismo año y, con relación a la comisión que le fue conferida mediante Resolución 02142 para trasladarse a Palmira (aclara: a Cali).

El folio 310 está constituido por la copia del COMPROBANTE DE PAGO por $ 7.500 de fecha 31 de mayo de 1974, correspondiente al pago hecho a la misma señorita Moreno Osorio por viáticos pertenecientes a 30 días, comprendidos entre el 1º y el 30 de junio de ese mismo año y, con relación a la comisión que le fue conferida por Resolución 02536 para trasladarse a Cartagena.

A los folios 307 y 311 se encuentran sendas constancias expedidas por el Secretario General de la Contraloría General de la República, señor Bolívar Alberto Acosta, según las cuales la señorita Amparo Moreno Osorio "cumplió a cabalidad" las comisiones que le fueron conferidas por medio de las Resoluciones 02142 y 02536 a las cuales se ha hecho referencia anteriormente.

El Pagador General de la Contraloría General de la República, en documento dirigido al Juez 52 de Instrucción Criminal, quien por comisión adelantaba la investigación, en respuesta a un Oficio suyo, el 4 de agosto de 1975 entre otras cosas le informa: "A.- A la señorita Amparo Moreno Osorio se le pagó por esta Oficina sueldo durante los meses de abril, mayo y junio de 1974 en su calidad de Sub-Auditor VII de la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas, en base a una asignación mensual de Siete mil ochocientos veinte pesos M/cte. ($ 7.820.oo).

"B. Durante los meses citados se le pagaron viáticos así:

"Del 1º al 30 de abril a $ 250.oo diarios, según Resolución Nº 1340 de marzo 26/74 $ 7.500.oo.

"Del 1º al 31 de mayo a $ 250.oo diarios, según Resoluciones 2142 y 2149 de abril 30 de 1974, $ 7.750.oo.

"Del 1º al 30 de junio a $ 250.oo diarios, según Resolución Nº 2536 de mayo 31/74, $ 7.500.oo.

"Notas:

"1) Según Recibo de Caja Nº 9580 de junio 4/74 la mencionada funcionaria reintegró a esta Pagaduría Tres mil cincuenta pesos ($ 3.050.oo) por concepto de mayor valor pagado correspondiente a las comisiones de los meses de mayo y junio, ya que de acuerdo con la Resolución Orgánica 2261 de 1972 que reglamenta el pago de viáticos a los Empleados de la Contraloría General de la República, le correspondía un diario de $ 200.oo y no de $ 250.oo.

"2) Según Recibo de Caja Nº 10437 de julio 17/75 reintegró las siguientes sumas:

"Tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.oo) por concepto de 18 días del mes de mayo de 1974 a razón de ($ 200.oo) diarios.

"Dos mil pesos ($ 2.000.oo) por concepto de 10 días durante el mes de junio de 1974 a razón de ($ 200.oo) diarios" (fls. 78 sgte.).

Con lo expuesto en los apartes correspondientes a las letras A) y B) del documento anterior se establece el sueldo mensual devengado y pagado a la señorita Moreno Osorio durante los meses de abril, mayo y junio de 1974 y los viáticos que, a razón de $ 250.oo diarios, durante ese mismo lapso, o sea 91 días, se le cubrieron, viáticos que dan un total de $ 22.750.oo.

SEXTO: Ahora bien: de acuerdo con lo

dispuesto en los artículos 17, 18 y 19 de la Resolución número 02261 de 24 de marzo de 1972, Orgánica de la Contraloría General de la República, proferida por el mismo funcionario doctor Escallón Ordóñez, a la comisionada Moreno Osorio, en atención a su sueldo devengado y a la periodicidad con que se le otorgaban las comisiones, sólo podían señalársele $ 200.oo diarios como viáticos. Y ya se ha establecido cómo, por medio de Resoluciones originarias del Despacho del prenombrado Contralor, se le fijaron de $ 250.oo por día.

Debiéndose tener en cuenta con relación a lo anterior, lo siguiente:

a) Lo ordenado pagar y pagado de más a la señorita Moreno Osorio por concepto de viáticos por comisiones a las ciudades de Medellín, y Cartagena, durante 61 días fue la suma de $ 3.250.oo; y,

b) Como en la ciudad de Cali no existe Distrito de Obras Públicas ni Seccional del mismo, según se establece con la certificación expedida por el Ministerio de Obras Públicas (fls. 95 ss.), entonces, al ser comisionada la señorita Moreno Osorio para practicar una visita a dependencias inexistentes, se le pagó por concepto de viáticos, indebidamente, y por orden del Contralor General de la República, durante 31 días, la suma de $ 7.750.oo, o sea a $ 250.oo diarios. El que realmente se efectuaron estos pagos relacionados en las letras a) y b), se encuentra plenamente probado en el expediente como se puede constatar a los folios 78 y siguiente.

SEPTIMO: Cumplimiento o incumplimiento total o parcial de las comisiones:

1º) Al folio 307 se encuentra el siguiente documento:

"EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL DE LA CONTRALORIA —HACE CONSTAR:— Que la señorita AMPARO MORENO OSORIO, Sub-Auditor VII de la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional, cumplió a cabalidad la comisión conferida por Resolución Nº 02142 del 30 de abril del presente año, 02149 DE MAYO 6/74. (Fdo.) BOLIVAR ALBERTO ACOSTA, Secretario General".

Al folio 311 se encuentra el siguiente documento:

"EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL DE LA CONTRALORIA —HACE CONSTAR:— Que la señorita AMPARO MORENO OSORIO, Sub-Auditor VII de la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional, cumplió a cabalidad la comisión conferida por Resolución número 02536 del 31 de mayo de 1974. (Fdo.) BOLIVAR ALBERTO ACOSTA, Secretario General".

De acuerdo con los documentos anteriores, el Secretario General de la Contraloría General de la República, señor Bolívar Alberto Acosta, hace constar que la señorita Moreno Osorio "cumplió a cabalidad" las comisiones que le fueron conferidas por medio de las Resoluciones indicadas en ellos, o sea en las ciudades de Cali y Cartagena.

Además, el folio 112 de este proceso está constituido por una comunicación de fecha 3 de junio de 1974, por medio de la cual Amparo Moreno Osorio, en su carácter de Sub-Auditor VII ante el Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial, le informa oficialmente al señor Jefe de la División de Auditorías —Sector Transporte y Comunicaciones— de la Contraloría General de la República que, "En cumplimiento a la comisión conferida por medio de la Resolución número 02142 del 30 de abril de 1974, me permito informar al señor Jefe de la División que me trasladé a la ciudad de Cali donde realicé las siguientes diligencias: "... y, a continuación da cuenta de cuáles fueros ellas (Cfr. fl. 276).

Y, el folio 111 lo constituye un "Informe comisión en Cartagena", fechado el 3 de julio de 1974, por medio del cual la misma señorita Moreno Osorio, en su carácter ya indicado, se dirige al Jefe de la División de Transportes y Comunicaciones, encabezando dicha comunicación así: "Cumplo con el deber de informar a esa División, sobre los resultados de la comisión que me fuera conferida por Resolución número 2536 de fecha 31 de mayo del corriente año, para practicar inspección sobre el funcionamiento Contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 3 de la ciudad de Cartagena, diligencia que llevé a cabo entre el 1º y el 30 del mes de junio...". Luego da cuenta de cuáles fueron las diligencias llevadas a término, (Cfr. fl. 277).

En este aparte cabe agregar que a los

folios 113 y siguiente se encuentra otra comunicación dirigida por la misma señorita Moreno Osorio el 7 de mayo de 1974, al Jefe de la División de Transportes y Comunicaciones, la cual encabeza así: "En atención a la comisión conferida por Resolución número 01340 de 26 de marzo pasado, para que analizara en forma detallada el funcionamiento Contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 1 de la ciudad de Medellín, tengo el agrado de informar a usted sobre las labores a mí encomendadas:....". En seguida detalla cuáles fueron sus actividades sobre ese particular a ella confiado (Cfr. fl. 274).

2º) Pero ocurre que las aseveraciones anteriores no se ciñen íntegramente a la verdad.

En efecto:

A) Cumplimiento de la comisión en Cali

Ya se indicó cómo por Resolución 02142 de 30 de abril de 1974, se comisionó "por el término comprendido entre el 1º y el 31 de mayo" de ese año, a la señorita Moreno Osorio, "para que se traslade a la ciudad de Palmira y analice en forma detallada el funcionamiento contable y de almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 18 con sede en la citada ciudad". Viáticos: $ 250.oo diarios (fls. 2, 191, 209, 290). Siete días más tarde se produjo la Resolución 02149, por medio de la cual se aclaró la 02142, en el sentido de que la comisión por ésta conferida, "es para la ciudad de CALI y no a PALMIRA como allí se dijo" (fls. 3, 183, 291).

Pero enfáticamente hay que sentar que esta comisión, conferida por la indicada Resolución, no fue cumplida ni podía serlo. En efecto:

a) En respuesta a un Oficio dirigido por el funcionario instructor, el 2 de agosto de 1975 el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas envía una lista de los Distritos de Conservación, en el cual figura: "Distrito Nº 18 —Palmira" y, en el último párrafo clara y concretamente dice: "Finalmente le manifiesto que la ciudad de Cali, no es ni sede del Distrito Nº 18 ni de seccional dentro del mismo Distrito" (fls. 95 ss.).

En consecuencia, no siendo la ciudad de Cali sede de Distrito de Obras Públicas ni existiendo allí Seccional de tal naturaleza, mal podía comisionarse en la forma en que se hizo por medio de las Resoluciones números 02142 y 02149 y, también mal podía cumplirse una comisión de la naturaleza de la conferida, en Oficinas inexistentes;

b) Sobre este mismo punto el Ministerio Público, representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, haciendo una acertada síntesis de las pruebas que obran al respecto, expone:

"PALMIRA. El Juez Instructor recibe en Palmira, sede del Distrito de Conservación Nº 18, las siguientes declaraciones.

"Bernardo Rojas Agudelo, Almacenista General del Distrito niega conocer a Amparo Moreno Osorio, expresando no haberle practicado a su Despacho ninguna visita entre el primero y el 31 de mayo de 1974, añadiendo que 'ella no se ha presentado en ningún momento a este almacén ni a practicar visitas, ni hacer actas ni estudios'. Al preguntársele: 'Sírvase decirnos, si este Distrito Nº 18 tiene oficinas en la ciudad de Cali, caso afirmativo, cuáles son estas oficinas, CONTESTO: En la ciudad de Cali existe una oficina que se encuentra localizada en el Palacio Nacional y que se encuentra a cargo de una administradora. Ella se entiende de las aseadoras, ascensoristas, porteros, no sé que otras funciones le hayan fijado por parte del Jefe del Distrito. PREGUNTADO: ¿En las oficinas que funcionan en Cali, hay archivo de almacenes? CONTESTO: Que yo sepa no por cuanto los archivos de los almacenes se encuentran localizados en la Planta de Palmira' (fl. 153).

"Manuel Correa Valencia, Auditor ante el Distrito Nº 18 expresa al preguntársele si conoce a Amparo Moreno Osorio, dónde y cuándo la conoció: 'A la señorita Amparo Moreno la conozco porque estuvo en mi oficina el año pasado, (la declaración es rendida el 22 de agosto de 1975) no recuerdo exactamente la fecha y no he tenido posteriormente ningún negocio ni entrevista ni amistad con ella'. 'PREGUNTADO: Sírvase decirnos, teniendo en cuenta sus vacaciones, si fue antes o después de ellas que la señorita Moreno Osorio se presentó a su oficina y cuánto duró esa visita? CONTES-

TO: 'La visita de la señorita Moreno ocurrió antes de mi salida de vacaciones y estuvo un día en mi oficina'. En pregunta anterior el declarante explica que el 25 de junio de 1974 salió a vacaciones. En respuestas posteriores el deponente manifiesta que no le consta personalmente ni conoce nada al respecto sobre que Amparo Moreno haya hecho arqueos de fondo, de caja, ni de bancos en las dependencias del Distrito Nº 18, ni tampoco haberla acompañado "a ninguna de las demás dependencias del Distrito, ni tuve información de mis revisores tal como se pregunta' (fl. 164 a 166).

"Germán Bolaños Marulanda revisor de documentos de la Auditoría del Distrito Nº 18 niega conocer a Amparo Moreno Osorio y al preguntársele si ésta 'en su calidad de Sub-Auditora VII General ante el Ministerio de Obras Públicas, practicó del 1º al 31 de mayo de 1974, visita de orden fiscal o administrativa a este almacén de repuestos del Distrito 18 CONTESTO: 'A este almacén de Repuestos nunca durante la revisoría efectuada por mi persona ha llegado algún funcionario mujer (sic) a practicar visita' (fl. 179).

"Aristóbulo Gómez Quiroga, Pedro Arguello Siabato, Jorge Enrique González Molina, Almacenista de Drogas en el Distrito Nº 18, Cajero Principal del mismo Distrito y Jefe de Sección de Contabilidad, respectivamente, declaran a los folios 172, 174 y 176 expresando que Amparo Moreno Osorio durante los meses de abril, mayo o junio de 1974 no practicó visita a los despachos de ellos, y que ni siquiera la conocen.

"Las diligencias de Inspección Judicial practicadas al almacén de repuestos, al de drogas y a la oficina de Caja y Pagaduría, como también de Contabilidad del Distrito Nº 18 demuestran plenitud que Amparo Moreno Osorio no practicó visitas a esas dependencias en los meses de abril, mayo y junio de 1974, toda vez que no hay constancia o copia de acta que dé fe de dichas visitas.

"CALI. En la ciudad de Cali le fue recibida declaración a la señora Gloria Roca de Reyes administradora del Edificio Nacional del Distrito 18 del Ministerio de Obras Públicas y al preguntársele sobre 'si la señorita Amparo Moreno Osorio en su calidad de Sub-Auditor VII de la Auditoría General del Ministerio de Obras Públicas, practicó visita Fiscal o Administrativa del 1º al 31 de mayo de 1974, caso afirmativo, sírvase, indicar si dejó acta de la misma'. CONTESTO: 'No en ninguna fecha se ha presentado esa señorita a este despacho' (fl. 178).

"Practicada diligencia de inspección judicial en las oficinas de la administración del Edificio Nacional del Distrito 18 del Ministerio de Obras en la ciudad de Cali y, 'Revisados minuciosamente estos libros y fólderes no se encontró firma alguna de doña Amparo Moreno Osorio en su calidad de Sub-Auditora General ante el Ministerio de Obras Públicas y que correspondan al año de 1974', como tampoco se encontró en el archivo ninguna acta de visita fiscal o administrativa practicada por la dicha Moreno Osorio durante el año de 1974 (fl. 179)". (fls. 430 ss.).

De todo lo anterior es preciso concluir que la señorita Amparo Moreno Osorio, no practicó ni podía practicar en las ciudades de Palmira y Cali la comisión que le fue conferida mediante las Resoluciones números 02142 de 30 de abril de 1974, aclarada por la número 02149 de 6 de mayo de ese mismo año;

B) Cumplimiento de la comisión en Medellín

Por Resolución 01340 de 26 de marzo de 1974 se comisionó "por el término de treinta (30) días comprendidos entre el 1º y el 30 de abril del año en curso, a la señorita AMPARO MORENO OSORIO, ...para que se traslade a la ciudad de Medellín y analice en forma detallada el funcionamiento contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 1, con sede en la citada ciudad". Viáticos: $ 250.oo diarios (fls. 1, 182).

Sobre este particular el Ministerio Público precisa las pruebas recaudadas en la siguiente forma, que la Sala encuentra exactas:

"MEDELLIN. — Respecto a la comisión que le fue dada para que 'por el término de treinta (30) días comprendido entre el 1º y el 30 de abril del año en curso (1974) ...para que se traslade a la ciudad de Mede-

llín y analice en forma detallada el funcionamiento contable y de almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 1, con sede en la citada ciudad' — 'se constató lo siguiente:

"Jesús Antonio Ciro Duque Secretario y Auditor encargado ante el Distrito Nº 1 del Ministerio de Obras Públicas, al preguntársele 'si durante los meses de abril, mayo o junio de 1974, empleados de la Contraloría General de la República o funcionarios de la misma estuvieron practicando visita de inspección a esta Auditoría' CONTESTO: "funcionarios de Contraloría, AMPARO MORENO, pero no recuerdo la fecha en que vino'. PREGUNTADO: Qué tiempo permaneció la señorita Amparo Moreno en esta ciudad? CONTESTO: 'Permaneció como entre ocho o quince días, unas dos semanas" (fl. 148).

"Luis Eduardo Cuartas Jaramillo almacenista General del Distrito de Conservación Nº 1 dice conocer a Amparo Moreno quien le fue presentada por el Auditor Orlando Montoya. Al preguntársele si recordaba la fecha en que la conoció y cuál el motivo de la presencia de ella en compañía del Auditor Orlando Montoya contestó: 'la fecha precisa no la recuerdo, pero sí fue como en el mes de abril del año de 1974, me encontró elaborando un boletín diario de almacén y me preuntó si todos los registros estaban, se corrige, los registros de kárdex estaban al dia y si elaboraban pruebas selectivas con frecuencia, a lo cual contesté que la prueba selectiva se hacía mensualmente y que la parte contable del almacén estaba al día como podía observarlo en el kárdex, acto seguido se dirigió al kárdex y abrió dos o tres gavetas y me dijo esto como que marcha muy bien se demorarían unos diez minutos, luego salió con el señor Auditor hacia los lados de la farmacia. La volví a ver a ella como unos seis meses después de ese mismo año, estaba yo parado en la puerta de la oficina pasó y me saludó y me dijo vea voy enferma voy para donde el médico y no entró al almacén, esa fue la segunda vez que la vi' (fl. 149).

"Orlando de Jesús Montoya Montoya Auditor Fiscal ante el Distrito de Obras Públicas Nacionales Nº 1 al preguntársele "Sírvase decirnos, cuándo le practicó visita a Ud. la señorita Amparo Moreno, cuál el fin de esa visita y si Ud. tiene copia de esa Acta de visita relacionada con el año de 1974'. CONTESTO: 'Durante el año de 1974 la señora MORENO OSORIO me visitó en varias ocasiones y en ninguno de los casos dejó acta de visita, en los meses de marzo, julio, noviembre y diciembre, estas son fechas aproximadas, la que más estoy seguro es la de diciembre, no recuerdo bien las fechas por son (sic) varias las veces que ha venido'. 'PREGUNTADO: Díganos si durante asos diferentes (sic) visitas que ha tenido de doña Amparo, cual es la duración de ellas en esta ciudad de Medellín? CONTESTO: La visita más prolongada fue durante el mes de diciembre, alrededor de un mes, las otras fueron cortas, digamos una semana' (fl. 150).

"Félix Antonio Palacios Mesa almacenista de Repuestos Nº 1, al preguntársele si durante el año de 1974 fue visitado por funcionarios de la Contraloría General de la República, y de ser cierto quiénes lo fueron y el tiempo de visita manifestó: 'A este almacén no vino ninguno el año pasado' (la declaración es rendida en agosto de 1975). Niega conocer a Amparo Moreno o haber sido visitado por ella (fl. 153).

"Marco Aurelio Olarte Zapata Jefe del Grupo de Pagaduría en el Ministerio de Obras Públicas al preguntársele sobre si funcionarios de la Contraloría General de la República le practicaron visita fiscal o administrativa durante el año de 1974. CONTESTO: 'Durante el año de 1974, visita fiscal de Contraloría no, ni adminisstrativa por parte de la Contraloría'. Dice el declarante que Amparo Moreno Osorio sí estuvo en la ciudad de Medellín, mas no visitó su oficina ni recuerda con exactitud cuánto tiempo permaneció en dicha ciudad (fl. 157). Ramón Horacio Castillo Zapata almacenista de Farmacia en el varias citado (sic) Distrito Nº 1 dice que Amparo Moreno estuvo en la ciudad de Medellín a principios de 1974, a mediados y a final. 'En la primera vez estuvo como media hora o un poquito más y en la segunda ella vino fue enferma y me preguntó cómo marchaba esto y le dije que más o menos porque ya habían dado un ayudante'.

"Las diligencias de inspección judicial practicadas al almacén general del Distrito de Conservación Nº 1, al almacén de re-

puesto del mismo Distrito, a la sección de contabilidad y a la sección de Pagaduría constatan que no existe acta de vista practicada por Amparo Moreno Osorio en el año de 1974 (fls. 151, 152, 156 y 158 respectivamente)" (fls. 426 ss.);

C) Cumplimiento de la comisión en Cartagena

Por Resolución 02535 de 31 de mayo de 1974, se comisionó "por el término comprendido entre el 1º de junio y el 30 del mismo mes del presente año" a la señorita Moreno Osorio "para que se traslade a la ciudad de Cartagena y analice, en forma detallada el funcionamiento contable y de almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 3, con sede en la citada ciudad". Viáticos: $ 250.oo diarios (fls. 4, 184, 292).

También sobre esta materia el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un extracto de las pruebas pertinentes, para llegar a la conclusión inequívoca de que la comisionada, señorita Amparo Moreno Osorio ni siquiera fue vista en las dependencias respectivas de la ciudad de Cartagena, para darle cumplimiento a la Resolución indicada en el párrafo inmediatamente anterior. Dice así el señor colaborador:

"CARTAGENA. — Al folio 133 declara el señor Alvaro Morales Elles. Almacenista General del Ministerio de Obras Públicas Distrito Nº 3 quien desempeñó tales funciones desde el mes de enero de 1974, y según lo manifiesta 'durante el año de 1974, no tuve vacaciones, ni licencia ni dejé de faltar a la oficina'. Al preguntársele si 'recuerda si en los meses de abril, mayo y junio de 1974. practicaron alguna visita la Contraloría General de la República a través de sus visitadores o auditor o sub-auditor General ante el Ministerio de Obras Públicas' CONTESTO: 'Durante los meses de abril, mayo, junio y julio de 1974 este almacén no tuvo visitas por parte de los visitadores de la Contraloría General de la República, durante este tiempo y el resto del año, ni el Auditor ni sub-auditor tampoco estuvieron'. Más adelante se le pregunta si conoce a la señorita AMPARO MORENO OSORIO sub-auditora General ante el Ministerio de Obras Públicas, dando la siguiente respuesta: 'la señorita AMPARO MORENO OSORIO no el (sic) tenido el gusto de conocerla ya que a este Distrito no ha venido'. Esta respuesta la reafirma en frente a otras preguntas que en igual sentido se le hacen.

"El señor Hugo Nel Vásquez Mestre almacenista de repuesto del Distrito Nº 3, de igual manera al anterior declarante, niega haber sido visitado por la señorita Amparo Moreno Osorio durante el mes de junio de 1974 (fl. 136).

"Alfredo Ferrer Martínez (fl. 140), Vicente Diego Rentería Arias (fl. 141), Roberto del Río Muñoz (fl. 142), Humberto Blas Ballestas (fl. 143), Reinaldo Covo Martínez (fl. 146), Cajero Pagador, Contador General del Distrito Nº 3 del Ministerio de Obras Públicas, Almacenista de Drogas del Distrito Nº 3 del Ministerio de Obras Públicas, Secretario de la Auditoría ante el Distrito 3 del Ministerio de Obras Públicas, y Auditor V. ante el Ministerio de Obras Públicas, respectivamente, son acordes en sus declaraciones al afirmar que en el mes de junio de 1974 la señorita Amparo Moreno Osorio no visitó ninguna de las dependencias de ellos, negando, igualmente, conocerla, o haberla visto en la ciudad de Cartagena.

Además de las declaraciones citadas se constató en diligencia de inspección judicial practicada por el Juez Instructor al Almacén General del Distrito Nº 3 del Ministerio de Obras Públicas, al almacén de repuestos de la misma Dependencia y a la Auditoría Fiscal ante el mismo Distrito 3, que Amparo Moreno Osorio no practicó ninguna visita durante el mes de junio de 1974, así ella informe sobre el cumplimiento de su comisión al Jefe de División de Transportes y comunicaciones de la Contraloría General de la República en nota de julio 3 de 1974 según copia que reposa al folio 111" (fls. 424 ss.).

Conviene anotar ahora cómo, en comunicación de fecha 14 de julio de 1975, dirigida por Amparo Moreno Osorio, al doctor Guillermo Orozco, Jefe de la División de Transportes y Comunicaciones, y que en la REFERENCIA titula "Ampliación informe de comisión", la signataria manifiesta, entre otras cosas, las siguientes: 1) Que la comisión a Cali "la cumplí en un término menor de 18 días al señalado, durante el

cual efectivamente realicé las labores en él (se refiere al informe anterior) consignadas" y 2) Que la comisión a Cartagena la "cumplí evidentemente, desarrollando las labores en él explicadas, pero en un término inferior en 10 días al que me fue fijado".

Y, recuérdese cómo en su primitivo informe que rindió sobre cumplimiento por parte suya de la misma comisión a Cartagena, dijo refiriéndose a ella: "diligencia que llevé a cabo entre el 1º y el 30 del mes de junio" (fls. 111, 277). Con relación al tiempo empleado en las comisiones a Cali y Medellín, guardó silencio en los primitivos informes (fls. 112 y 113, respectivamente);

D) Pero con relación a lo anterior, hay algo más

De acuerdo con las Resoluciones 01340, 02142, aclarada por la 02149 y 02536, de 1974, la señorita Amparo Moreno Osorio fue comisionada, en su orden, por todo el mes de abril, por todo el mes de mayo y por todo el mes de junio, respectivamente, de ese mismo año, para practicar Visitas a Medellín, Palmira (Cali) y Cartagena. Pero ocurre que el 5 de abril de ese año se encontraba en Bogotá haciendo autenticar su firma ante el Banco Cafetero —Can— (fl. 120).

Y, de acuerdo con la Inspección Judicial practicada en la División del Centro Operacional del Banco Cafetero, Amparo Moreno auditó cheques correspondientes a la Cuenta Corriente número 02601569X3, en los siguientes días del mes de abril de 1974: 8, 15, 16 (fls. 125 ss.).

Y, según documentos a los cuales se refiere el "ACTA DE VISITA ESPECIAL PRACTICADA A LAS OFICINAS DE CONTABILIDAD Y CAJA DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS EN BOGOTA", la Sub-auditora Amparo Moreno Osorio "en fechas en que esta última funcionaria debía estar cumpliendo comisiones en otras ciudades del país", auditó aquí en los siguientes días: 1974: mes de abril: días 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 16, 19 y 22; Mayo: días 2, 3, 8, 10, 11, 15, 17, 21, 22, 26, 27, 28, 29, 30 y 31: Junio: días 3, 10, 11 y 28 (Anexo Nº 9, véase también Anexo Nº 13).

También figura auditando en la ciudad de Bogotá el comprobante de pago Nº 2988 de fecha 30 de abril de 1974 (Anexo Nº 6, fl. 7).

OCTAVO: De todo lo expuesto hasta ahora, se sacan las siguientes conclusiones:

1º) Que el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, para los meses de abril, mayo y junio de 1974, desempeñaba las funciones de Contralor General de la República.

2º) Que para la misma época la señorita Amparo Moreno Osorio, hasta el 23 de abril de 1974, desempeñó las funciones de Sub-Auditor V en la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas y, de esa fecha en adelante, la de Sub-Auditor VII ante la misma Auditoría;

3º) Que por medio de las Resoluciones números 01340 de 26 de marzo de 1974, 02142 de 30 de abril del mismo año, aclarada por la número 02149 de 6 de mayo siguiente y 02536 de 31 de mayo del año acabado de indicar, la Moreno Osorio fue comisionada, en su orden, para que practicara visitas por los términos de 30, 31 y 30 días, correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de dicho año, a los Distritos de Obras Públicas números 1, 18 y 3, con sede en las ciudades de Medellín, Cali (porque se aclaró que no era a Palmira) y Cartagena y que en esas mismas Resoluciones se le fijaron viáticos de $ 250.oo diarios;

Todas las Resoluciones antes indicadas llevan la firma del doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez en su carácter de Contralor General de la República y de Bolívar Alberto Acosta como Secretario General de ella.

4º) Que los viáticos de $ 250.oo diarios le fueron cubiertos a la señorita Moreno Osorio en su integridad.

5º) Que de acuerdo con la Resolución número 02261 de 24 de marzo de 1972, Orgánica de la Contraloría General de la República, expedida por el propio doctor Escallón Ordóñez, artículos 17, 18 y 19, habida consideración del sueldo que devengaba la Sub-Auditora Moreno Osorio y de la periodicidad con que le fueron conferidas las comisiones, así como también de las ciudades donde debía cumplirlas, a ella no se le podían fijar viáticos superiores a los $ 200.oo diarios.

6º) Que la Sub-Auditora Amparo Moreno Osorio no cumplió en su integridad,

durante el tiempo fijado, cada una de aquellas comisiones.

7?) Que habida consideración de todo lo consignado, a la señorita Amparo Moreno Osorio indebidamente se le ordenó pagar y efectivamente se le pagaron, también de manera indebida los siguientes viáticos:

1) Por las comisiones a Medellín y Cartagena, durante 60 días, señalándose en exceso de $ 50.oo diarios $ 3.000.oo.

2) Por la comisión a Cali, que no podía cumplir, a $ 250.oo diarios, durante 31 días $ 7.750.oo. Total $ 10.750.oo.

NOVENO: Indagatoria del doctor Escallón Ordóñez:

En ella el sindicado manifestó: Que conoció a la señorita Amparo Moreno Osorio desde "diciembre de 1967, después de haberme posesionado de Contralor Auxiliar", cuando fueron a saludarlo los empleados; que la señorita Moreno Osorio, por los meses de abril, mayo y junio de 1974 "Desempeñaba el cargo de Sub-Auditora en la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas"; que las Resoluciones 01340, 02142, 02149 y 02536 de 1974 que se le leyeron y pusieron de presente, "son auténticas", que "se produjeron dentro del normal funcionamiento de la Contraloría General, en la cual desde su fundación hasta la fecha, el Contralor General, bien a solicitud de los jefes de división, de los auditores generales o de manera directa puede comisionar por resolución, por oficio y aún verbalmente a los funcionarios de la Entidad para cumplir determinadas comisiones de trabajo". Al ser interrogado acerca del por qué en las Resoluciones indicadas se le fijaron a la señorita Amparo Moreno Osorio viáticos por $ 250.oo diarios, "CONTESTO: Debo ante todo explicar al Honorable Magistrado que el sinnúmero de resoluciones diarias que el Contralor firma se proyectan en las divisiones o en la Secretaría que es físicamente imposible hacer el chequeo de cifras o valores cuando se trata de comisiones. Además las resoluciones de comisiones ordenan avances de viáticos que son tramitados por el jefe de la división Administrativa que es el funcionario ordenador, el pagador General de la Contraloría y el Auditor de la misma Entidad, siendo a ellos a quien corresponde hacer estas verificaciones. Ahora bien, hay claras órdenes de procedimiento administrativo que cuando suceden fenómenos como estos o cuando el funcionario comisionado no cumple totalmente la comisión debe hacer el reintegro de las diferencias recibidas, en el caso de la pregunta la señorita Amparo Moreno Osorio reintegró esta diferencia de viáticos como consta en un certificado expedido por el pagador general de la Contraloría y cuya fotocopia con todo respeto me permito solicitar al Honorable Magistrado sea agregada a esta diligencia (Se deja constancia de que el indagado hizo entrega de la fotocopia a la cual acaba de hacer referencia)". A la misma explicación se remite en cuanto al exceso en los viáticos diarios fijados para Palmira, y, cuando se le interroga por qué, en la Resolución aclaratoria se fijó para cumplir la comisión, a la ciudad de Cali, siendo que allí no hay Distrito ni Seccional de Obras Públicas, "CONTESTO: Permítame repetir que estas resoluciones son proyectadas por los jefes de división o en la Secretaría y la citada en esta pregunta debió hacerse para corregir lo dispuesto en la Resolución original. Además tengo entendido que como un caso especial el distrito de obras número 13 es el Distrito para el Departamento del Valle y las visitas no sólo fiscales sino también administrativas pueden hacerse viajando directamente a Palmira o por Cali". Manifestó que "No tengo ninguna observación" qué hacer, cuando se le interrogó si la tenía ante el hecho de que en principio y en realidad le fueron cubiertos viáticos a $ 250.oo diarios, a la señorita Moreno Osorio, en cumplimiento de las Resoluciones antes indicadas. Al ser interrogado sobre si tenía conocimiento de que las comisiones conferidas por las Resoluciones 01340, 02142, 02149 y 02536 de 1974 tuvieron estricto cumplimiento, manifestó: Que las Resoluciones, una vez firmadas por el Contralor y el Secretario y numeradas, "continúan su trámite sin intervención ninguna del Contralor. Son los jefes de la división administrativa, que es el funcionario ordenador de la Contraloría, el Pagador General y el Auditor ante la Entidad, quienes tramitan los pagos hasta producir el cheque (sic) se entregue al beneficiario. El jefe de la divisón de la cual depende el funcionario comisionado y el auditor general,

son los encargados de vigilar y controlar el cumplimiento de estas comisiones y es ante ellos, especialmente ante el jefe respectivo que el comisionado rinde el correspondiente informe. Esto corresponde a la organización de la entidad que dirijo desde su fundación hasta hoy, ya que el Contralor General dentro de los múltiples trabajos que debe atender, a diario no podría ocuparse de estas materias". Agrega que cuando supo de las irregularidades, por Resolución 03555 de 8 de junio de 1975, ordenó la correspondiente investigación administrativa; que cuando las comisiones no se cumplen en su totalidad, el comisionado debe reintegrar el excedente de los viáticos y que en el caso concreto de la señorita Moreno Osorio, ésta el 17 de julio de 1975 reintegró de los avances $ 11.850.oo, según recibo de caja número 10467 de 17 de julio de 1975. Al preguntársele quién ordenó el pago de la integridad de los viáticos por 30 días, a razón de $ 250.oo diarios, a la ciudad de Medellín, siendo así que esa comisión no había sido cumplida en su integridad, "CONTESTO: Me permito reiterar al Honorable Magistrado que el Contralor no es el funcionario ordenador de pagos de la Contraloría, por tanto no sé cómo se produjo ese pago". Al formulársele igual pregunta en relación con el pago de viáticos por la comisión a Cartagena, que no tuvo cumplimiento, "CONTESTO: Por las mismas razones que me permití dar en la respuesta anterior manifiesto al Honorable Magistrado que no puedo decir quién ordenó este pago. Sinembargo el recibo de caja cuya fotocopia me permito presentar, aparece un reintegro por este concepto". Al interrogársele de igual manera sobre el mismo punto, con relación a la comisión a Palmira (Cali), "CONTESTO: Los pagos de los viáticos se hacen de acuerdo con el procedimiento que anteriormente me he permitido exponer. Al saber del incumplimiento parcial de estas comisiones ordené la investigación administrativa interna". Agrega que hubo reintegro de viáticos recibidos por esta comisión. Dice que el ordenador de pagos es y siempre ha sido el Jefe de la División Administrativa de la entidad; que los funcionarios comisionados están obligados a rendir informe, generalmente escrito, de los resultados de la comisión, ante el jefe respectivo; que el informe puede ser verbal, especialmente cuando se trata de asuntos reservados o cuando la buena marcha del control fiscal así lo reclame. Que espera el resultado de la investigación administrativa para ver si es el caso de aplicar sanción a la señorita Moreno Osorio por el tardío reintegro del exceso en los viáticos. Pero que en cuestión de reintegros por avances, no interviene el Contralor. Que tuvo conocimiento de las irregularidades anotadas por "informaciones de los jefes inmediatos y luego me llegó en el mes de junio un pliego de cargos de la Procuraduría General de la República sobre estas posibles irregularidades". Interrogado sobre "las funciones del señor Contralor General de la Nación con relación a las cuentas de viáticos, su ordenación, su verificación y pago? CONTESTO: No hay funciones específicas para el Contralor General, porque todo este trámite lo cumplen funcionarios de la división administrativa, comenzando por su jefe" (fls. 198 ss.).

En síntesis, el indagado manifiesta que el sinnúmero de resoluciones que diariamente debe firmar, proyectadas en las divisiones o en la Secretaría, le imposibilitan físicamente hacer el chequeo de cifras o valores cuando se trata de comisiones; que una vez firmada la Resolución por el Contralor, él no tiene ninguna ingerencia sobre su trámite posterior; que cuando supo de las posibles irregularidades, ordenó la correspondiente investigación administrativa; que ignora cómo se produjeron los pagos, porque "el Contralor no es el Funcionario ordenador de pagos de la Contraloría"; que la señorita Moreno Osorio reintegró lo recibido en exceso por concepto de viáticos, según el recibo que adjunta y, que el Contralor no tiene funciones específicas en lo relacionado con las cuentas de viáticos, su ordenación, verificación y pago.

DECIMO: El Ministerio Público:

En su concepto de rigor solicita que se llame a juicio al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez "como autor responsable de los delitos de Peculado y Falsedad en Documentos Públicos".

Para llegar a tal petición, hace una detenida presentación de las pruebas que obran en el expediente, según ya en buena parte

se transcribió; señala los motivos que, a su entender movieron al Contralor Escallón Ordóñez a conferir las comisiones que han sido materia de análisis; rechaza las explicaciones contenidas en la indagatoria ya que las encuentra deleznables por pecar contra la realidad procesal y la más elemental lógica y precisa, con fundamento en pruebas que obran en el proceso, que el Contralor tenía pleno conocimiento de las comisiones y que él es el máximo ordenador, concretando, por ejemplo, en el caso de la comisión a Palmira, cambiada luego a Cali, que, de acuerdo con la declaración de Tomás Emilio Vásquez Vélez "el ordenado (sic) de esta cuenta es el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez con cargo a una cuenta denominada depósitos especiales oficiales Contranal porque seguramente no había fondos en el rubro destinado a viáticos y gastos de transporte y el único que podía ordenar contra esa cuenta era el doctor Escallón como Contralor por existir una resolución al respecto desde 1960". Por lo cual afirma que el Contralor Escallón no sólo fijaba el valor de los viáticos para la Moreno Osorio, sino que también específicamente ordenaba la cancelación de algunos de ellos "con fondos especiales, cuenta sobre la cual sólo el Contralor General de la República podía ordenar el pago de viáticos". Afirma enfáticamente que fue ilícito el reconocimiento y pago de los viáticos a Amparo Moreno; que a ésta "se le daban sucesivas comisiones sin haber cumplido las anteriores".

Concluye su estudio sentando que está demostrado que el acusado incurrió en los delitos de Peculado, con fundamento en jurisprudencia de esta Corporación y, también en delito de falsedad en documento público, pues tenía conocimiento de que se estaba alterando la verdad en forma que tal alteración venía a producir consecuencias jurídicas "pues que las mismas Resoluciones adquirían cabal fuerza probatoria para hacer surgir un derecho en favor de la Moreno Osorio, que sin ellas o anterior a las mismas no existía", con lo cual se conforma el elemento subjetivo de este delito. Agrega que hubo daño a los fondos públicos puestos bajo su vigilancia privativa.

Considera que el tardío reintegro que hizo la Moreno Osorio de los fondos que ilegalmente le fueron reconocidos, no puede librar de responsabilidad al sindicado, pues él solo incide en la fijación de la pena cuando se hace oportunamente, toda vez que el delito ya había sido agotado a plenitud. También recuerda que la investigación administrativa la ordenó el Contralor, cuando "ya la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, con preciso rastreamiento de los hechos, había abierto la puerta a la investigación de carácter penal ordenada por la Honorable Corte Suprema de Justicia".

Finaliza manifestando que los delitos se realizaron en forma continuada (Código Penal, artículo 32) y en concurso material (íd. 33).

DECIMOPRIMERO: Alegato del apoderado del sindicado:

En su alegato de defensa el representante del doctor Escallón Ordóñez solicita como principal sobreseimiento de carácter definitivo, de conformidad con el numeral 1º del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal y, de manera subsidiaria, sobreseimiento temporal, con fundamento en el numeral 2º de la norma 489 del mismo estatuto.

A tal efecto, luego de señalar cuáles son los requisitos exigidos por la ley para dictar auto de proceder, manifiesta que el estudio del expediente no arroja ninguno de ellos.

Después de presentar una muy apretada síntesis de la indagatoria del sindicado, dice que él fue quien dictó la resolución tendiente a investigar las irregularidades que se presentaron en el cumplimiento de las comisiones conferidas a Amparo Moreno Osorio. Expone que esa confesión es indivisible "ya que nadie ha infirmado su dicho y sí por el contrario se allegaron suficientes elementos de juicio que la confirman en todas sus partes". Acepta que el Contralor Escallón, en ejercicio de sus funciones, dictó las resoluciones sobre comisiones a la empleada Amparo Moreno y si ésta no las cumplió o apenas lo hizo en parte, "ello, obviamente escapó a la voluntad del señor Contralor", quien al tener conocimiento de lo anterior ordenó la correspondiente inves-

tigación administrativa, la cual culminó con el reintegro que Amparo Moreno hizo "antes de que se iniciara la investigación que dio origen a este proceso", de donde se concluye que el Contralor Escallón "ninguna ilicitud cometió ni por vía de acción ni de omisión", lo cual está demostrado en autos por diversas pruebas, por lo cual se está frente a una confesión indivisible, que debe aceptarse, por mandato legal "tanto en lo que lo favorece como en lo que no".

Manifiesta que el hecho de haber firmado Escallón Ordóñez las Resoluciones sobre comisiones y viáticos para la empleada Moreno no constituye delito de peculado, puesto que para que éste se estructure "en cualquiera de sus modalidades —doloso y culposo— se requiere como requisito esencial, bien el elemento intención —dolo específico— para el resto de Peculado propio; o bien descuido y negligencia para el delito de Peculado denominado Culposo". Si no concurren esos requisitos, no hay peculado de ninguna de esas clases.

Aun considerando a Escallón Ordóñez como máximo "ordenador" de gastos, mal podía "tener la intención de violar la ley penal sustantiva cuando firmó, convalidó, entre los miles de documentos que en razón de sus funciones (sic), los referentes a las comisiones a la empleada AMPARO MORENO OSORIO, funcionaria ésta que no cumplió a cabalidad con sus funciones". Y, como al tener conocimiento de esta irregularidad diligentemente logró que la empleada "reintegrara al erario público los valores no devengados en forma correcta", síguese que Escallón en ningún momento "incurrió en causal de culpa como para incrustarse en su contra una posible negligencia o descuido que daría base a hablarse de un presunto delito de peculado culposo en su contra".

Finaliza reiterando su petición principal de sobreseimiento definitivo en favor de su defendido y, en subsidio, la del de carácter temporal para calificar posteriormente, con mayores elementos de juicio, el fondo del mérito probatorio del sumario.

Consideraciones de la Corte

Primero: Falsedad en documento público:

1. De acuerdo con el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, se entiende por documentos públicos o auténticos "los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones".

De consiguiente, las Resoluciones números 01340 de 26 de marzo de 1974, 02142 de 30 de abril del mismo año, aclarada por la 02149 de 6 de mayo siguiente y la 02536 de 31 del mismo mes de mayo por las cuales se comisionó a Amparo Moreno Osorio para trasladarse a las ciudades de Medellín, Palmira —se aclaró que a Cali— y Cartagena para que analizara "en forma detallada el funcionamiento contable y de almacenes" en los Distritos de Obras Públicas números 1, 18 y 3, con sedes en esas ciudades, respectivamente y se le fijaron viáticos de $ 250.oo diarios, como fueron proferidos por el Contralor General de la República en ejercicio de sus funciones, son documentos públicos.

2. Ahora bien: Según ya se anotó, por la 02142 se comisionó a la empleada Moreno Osorio para trasladarse a Palmira con el fin de que "analice en forma detallada el funcionamiento contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas Nº 18 con sede en la citada ciudad", fijándosele en ella misma como viáticos la cantidad de $ 250.oo por cada día. Allí mismo se dispuso como término para tal comisión el "comprendido entre el 1º y el 31 del mes de mayo". Pero ocurrió que habiendo sido dictada esa Resolución el 30 de abril de 1974, seis días más tarde, por Resolución 02149, se dispuso: "Aclárase la Resolución Nº 02142 de abril 30 de 1974, en el sentido de que la comisión conferida a la señorita AMPARO MORENO OSORIO, Sub-Auditora VII de la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional es para la ciudad de CALI y no a PALMIRA como allí se dijo".

Consta en el expediente, según ya se indicó, que el Distrito de Obras Públicas número 18 tiene su sede en la ciudad de Palmira (fl. 95) y que "la ciudad de Cali, no es ni sede del Distrito Nº 18 ni de seccional dentro del mismo Distrito" (fl. 98).

Esta circunstancia de lugar, en cuanto a la ciudad sede del Distrito de Obras Públicas número 18, que venía desde tiempos muy anteriores, no podía ser ignorada por

el doctor Escallón Ordóñez quien, desde el 22 de enero de 1971 ejercía las funciones de Contralor General de la República (fls. 80 y 81), puesto que entre las del Despacho a su cargo se encontraba y encuentra la de auditar tales Distritos de Conservación. Tan cierto es lo anterior, que en la primera de las Resoluciones a las cuales se viene haciendo referencia, fue la ciudad de Palmira, es decir, la que real y verdaderamente es sede de tal Distrito, la fijada para el cumplimiento de la comisión conferida.

De ahí que en la diligencia de indagatoria el sindicado, al solicitársele alguna explicación sobre lo anterior, apenas si pudo manifestar: "Tengo entendido que como un caso especial el Distrito de Obras número 18 es el Distrito para el Departamento del Valle y las visitas no solo fiscales sino también administrativas pueden hacerse viajando directamente a Palmira o por Cali" (fl. 201). Lo anterior, por una parte, no explica nada, por otra, está dando a entender perfectamente, que él no ignoraba, como era su deber no ignorarlo, que era Palmira y no Cali la ciudad sede de ese Distrito número 18 y, finalmente ha de anotarse que el hecho de que se pueda viajar a Palmira ya sea directamente, ya pasando por Cali, no justifica la conducta imputada y sí pone de presente una vez más, su conocimiento de cuál era la verdadera ciudad sede.

Síguese de lo anterior que cuando en la Resolución aclaratoria 02149 de 6 de mayo de 1974 se fijó como sede para cumplir la comisión de visita al Distrito número 18 a la ciudad de Cali, se estaba alterando la verdad en el sentido de afirmar que Cali era la sede de ese Distrito, cuando en realidad lo era y lo es Palmira. Esta alteración de la verdad, de una parte y por las razones anotadas en los párrafos anteriores, era producida de manera consciente por el Contralor Escallón, puesto que no ignoraba ni podía ignorar cuál era la ciudad sede de tal Distrito 18 y, por otra, esa alteración de la verdad no era inocua, sino que estaba llamada a producir consecuencias jurídicas, pues al ordenar la comisión, señalar término para su cumplimiento y fijar viáticos, se estaba produciendo un documento público que hacía nacer un derecho en favor de la empleada Amparo Moreno Osorio, derecho que a su favor anteriormente no existía y que produjo su efecto, toda vez que con base en aquella Resolución obtuvo el pago de los viáticos, como anteriormente se demostró, con perjuicios de los intereses del Estado por los cuales él estaba legalmente obligado a velar con diligente celo. Con el aditamento de que ese derecho que, apelando a la circunstancia falsa de señalar a Cali como ciudad sede en que debía cumplirse la comisión, también estaba viciado de dolo en cuanto a sabiendas de que la cuantía de los viáticos no podía exceder de $ 200.oo diarios, se señaló, como ya se dijo en $ 250.oo.

Se está, pues, frente a una falsedad de las denominadas ideológicas o intelectual, "que consiste en hacer aseveraciones contrarias a la verdad y productoras de efectos jurídicos, en un documento público o privado violando la obligación de consignar en él lo verdadero", falsedad que se encuentra contemplada en el ordinal 4º del artículo 231 del Código Penal.

Segundo: Peculado:

1. Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su carácter de Contralor General de la República, estaba en la obligación legal de administrar debidamente los bienes, los dineros del Estado. Ese mandato legal fue violado por dicho funcionario, pues se apropió de parte de ellos en provecho de un tercero, en este caso, de la empleada Amparo Moreno Osorio.

Esta apropiación indebida, en la forma acabada de indicar, se cumplió cuando el Contralor Escallón Ordóñez, con violación de lo dispuesto en la Resolución 02361 de 1972, Orgánica de la Contraloría General de la República, artículos 17, 18 y 19, señaló como viáticos para la Sub-Auditora Amparo Moreno Osorio, durante 91 días, la suma de $ 250.oo diarios, siendo así que tales no podían exceder de $ 200.oo también por día. Tal malversación de los fondos públicos se consagró al expedirse las Resoluciones números 01340 de 26 de marzo, 02142 de 30 de abril, 02149 de 6 de mayo, aclaratoria de la anterior y 02536 de 31 de mayo, todas del año de 1974.

Los viáticos no podían exceder de $ 200.oo diarios, habida consideración de lo dispuesto en el artículo 18 de la Resolución Orgá-

nica, atrás transcrita, puesto que las comisiones a las cuales se refieren tales Resoluciones, se fijaron "con un lapso menor de ocho (8) días entre una y otra".

Y, recuérdese que el pago de los viáticos ilegalmente decretados, tuvo estricto cumplimiento, según se demostró con los documentos anteriormente relacionados sobre este particular. Y, la apropiación indebida por parte de Escallón Ordóñez en provecho de un tercero, es decir, en el caso concreto de Amparo Moreno Osorio, ascendió a la suma de $ 10.750.oo, según también se ha dejado plenamente establecido.

2. Otra cosa perfectamente distinta es la relacionada con el reintegro llevado a término por la Moreno Osorio, puesto que éste hace relación a la fijación de la pena, pero no tiene la virtualidad suficiente de hacer desaparecer el delito, el cual ya se había consumado.

Dispone el Decreto 1858 de 1951 en su artículo 3º

"El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor.

"Esta pena se reducirá hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio; pero si tal no hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia".

Conviene destacar aquí lo siguiente:

Esta investigación penal en contra del doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su carácter de Contralor General de la República y por los hechos a los cuales ella se refiere, se declaró abierta el día 4 de julio de 1975 (fls. 59 ss.). Siendo de advertir que tuvo su origen en la que la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa ordenó abrir contra la empleada Amparo Moreno Osorio por auto de 2 de enero de ese mismo año (fl. 56).

De otra parte el reintegro verificado por la Moreno Osorio en atención a los efectos de las Resoluciones 2142 y 2149 de 30 de abril y 6 de mayo de 1974, respectivamente y a la 2536 de 31 de mayo de ese mismo año, se verificó el 17 de julio de 1975, es decir, después de iniciada la investigación penal (fls. 324, 197, 270).

Debe advertirse que con fecha 4 de junio de 1974, aparece el recibo de caja 9580 para establecer que Amparo Moreno Osorio reintegró por mayor valor pagado por concepto de viáticos $ 3.050.oo, con abono a depósitos oficiales y avances (fls. 325, 268).

Mas con relación al reintegro verificado el 17 de julio de 1975, que obra al folio 324, es preciso hacer las siguientes anotaciones:

1º) Con referencia a la comisión a Cali, reintegró lo correspondiente a 18 días, teniendo como base viáticos de $ 200.oo diarios, o sea la suma de $ 3.600.oo (fl. 324).

Pero lo cierto es lo siguiente:

a) Que a Amparo Moreno Osorio para tal comisión se le fijaron indebidamente $ 250.oo diarios de viáticos;

b) Que a ella por tal concepto se le pagaron efectivamente $ 7.750.oo (fl. 306); o sea $ 250.oo diarios;

c) Que se ha demostrado plenamente que la Moreno Osorio no estuvo en Cali cumpliendo comisión ninguna.

2º) Con referencia a la comisión a Cartagena, reintegró lo correspondiente a 10 días a razón de $ 250.oo diarios de viáticos.

Mas debe tenerse en cuenta:

a) En el Recibo Nº 1046 de la fecha indicada, en vez de figurar como reintegrados los $ 2.500.oo que sería la suma a esa partida correspondiente, apenas se puso la de $ 2.000.oo. Y,

b) Se dejó demostrado plenamente cómo Amparo Moreno Osorio no estuvo en la ciudad de Cartagena en ningún momento para cumplir la comisión que le fue conferida por Resolución número 02536 de 31 de mayo de 1974.

3º) Se halla plenamente establecido en este proceso el delito de peculado cometido por el funcionario público Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su carácter de Contralor General de la República, encargado de administrar bienes del Estado, al apropiarse de parte de éstos, en provecho de un tercero, en este caso de Amparo Moreno Osorio.

En recientes ocasiones ha sostenido esta Sala lo siguiente con relación a los elementos del delito de peculado:

"a) Un sujeto activo calificado. Como bien sabido es, el peculado es un delito propio, calificado o exclusivo, por cuanto su autor sólo puede ser, por definición típica, un empleado o funcionario público, o un empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado. Se trata de una calificación jurídica que en el caso sub examine está plenamente demostrada, pues el Dr. Julio Enrique Escallón Ordóñez era para la época de ejecución de los hechos investigados, Contralor General de la República, tal como se dijo anteriormente;

"... ... ...

"b) Que el sujeto activo, por razón de sus funciones, esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar caudales u otros bienes. Como bien se vé, se trata de un tipo legal que especifica varias circunstancias modales como razón o fundamento de la tenencia de los bienes. Resulta inútil y superfluo tratar de establecer diferencias capitales entre los diversos verbos que adopta el precepto penal, porque todas las actividades que ellos describen encajan perfectamente dentro del infinitivo "administrar", pues por tal se entiende una serie de acciones que consisten, entre otras, precisamente en cuidar, pagar, recaudar, organizar, etc. Dentro de este orden de ideas, el Contralor, por razón de sus funciones, tiene la facultad de administrar los dineros asignados a la Contraloría General de la República en el presupuesto nacional para cada vigencia fiscal. Es decir, tiene la disponibilidad mediata o inmediata de los caudales que debe administrar. Es que lo relevante para el Derecho Penal en relación con el delito de peculado no es que el sujeto activo sea 'empleado de manejo', u 'ordenador', en el sentido de que deba dedicarse funcionalmente en forma exclusiva a recibir (recaudar) y pagar dineros, o que tenga bajo su inmediata vigilancia esos bienes, o, en fin, que directamente sea él quien ordene los pagos, sin mediación de otros. Lo realmente importante es que el funcionario o empleado público tenga la **disponibilidad material o jurídica**, o la posesión de la misma (tenencia), en sentido jurídico-penal, vale decir entendida simplemente como 'posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la esfera de vigilancia de otro, sea en virtud de una situación de hecho, bien a consecuencia de la función jurídica desarrollada por el agente en el ámbito de la Administración', como la define ANTOLISEI (MANUALE DI DIRITTO PENALE, Vol II pág. 66). Así la posesión deba entenderse **nomine alieno**, es decir, como titular de una función administrativa, se concibe como un **poder autónomo** sobre los bienes, sin sujeción a otra potestad, para disponer de ellos, bien sea materialmente, como ocurre en muchos casos, o por medio de uno o varios actos administrativos creadores de una situación jurídica que concreta la apropiación de los caudales. Hay entonces una **facultad de custodia**, mediata o inmediata, que puede perfectamente desarrollarse a través de actividades reglamentarias. Así escribe también BERNAL PINZON, quien afirma que: 'Contrariamente a cuanto se piensa por nuestros magistrados y jueces, no es necesario que los 'caudales u otros bienes', que constituyen —como se ha dicho y repetido— el objeto material del peculado, los tenga el funcionario con una tenencia material o directa, sino que puede existir en relación con tales bienes la llamada disponibilidad jurídica; es decir, aquella posibilidad de libre disposición que por virtud de la ley tiene el funcionario público... Así, por ejemplo, un ministro, un gobernador, el Presidente de la República, etc., pueden ser sujetos activos de peculado, en relación con los bienes que forman el patrimonio de sus respectivas dependencias o entidades sin que sea necesario exigir que ellos tengan la administración material de las cosas; basta con que puedan disponer legalmente de ellas' (DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA, pág. 23)";

"... ... ...

"c) Que el empleado o funcionario pú-

blico se apropie de los bienes o caudales. El verbo rector tiene una importancia capital en la estructura del tipo legal, porque define claramente la conducta o comportamiento del sujeto activo. En el peculado como en el abuso de confianza los bienes se hallan en poder del agente en virtud de una situación jurídica clara y consolidada. Pero mientras en el primero esa 'posesión' se tiene por razón de una relación funcional que dimana de la administración pública, en el segundo la tenencia se funda en cualquier título no traslativo del dominio que excluye toda vinculación con los órganos de la administración estatal. Pero en ambos la conducta es la misma, pues consiste en 'apropiarse' de los bienes que se hallan bajo su custodia. El acto de apropiación se cumple, en muchos casos, mediante una actividad psicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de la tenencia, sin que inmediatamente esa conducta trascienda a una realidad fenoménica objetivamente constatable, actividad que se traduce en la interversio possessionis, y el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño. Así, para ANTOLISEI, 'apropiarse' de una cosa significa comportarse en relación con ella uti dominus, es decir ejercitar sobre ella actos de dominio incompatibles con el título que justifica su posesión (ob. cit. pág. 608)";

"... ... ...

"d) El objeto jurídico. El peculado es una infracción contra la administración pública y en su estructura típica se establece claramente que los caudales u otros bienes que están bajo el cuidado de un empleado o funcionario público, no tienen que ser de propiedad del Estado, pudiendo perfectamente pertenecer a cualquier ciudadano. Aunque en veces se lesiona con el hecho punible el interés fiscal del Estado, el daño desde el punto de vista del tipo consiste en la infidelidad del empleado con la función que se le encomendó y con los deberes que tiene hacia la administración y para con la comunidad social. Resulta, pues, completamente inexacta la afirmación de la defensa en el sentido de que si el Contralor no obtuvo provecho personal alguno, la imputación se cae por su base. La norma incriminadora tutela fundamentalmente el interés de la administración pública en sus manifestaciones de lealtad, fidelidad, eficacia, prestigio, etc. ANTOLISEI sostiene que 'objeto de la incriminación es no sólo la tutela del interés estatal a la probidad y corrección de los funcionarios públicos, sino también la defensa de los bienes de la admmistración pública' (ob. cit., pág. 604). En el mismo sentido expresa SOLER que '...la expresión administración pública no está empleada aquí en el sentido técnico corriente propio del derecho administrativo, sino con mucha mayor amplitud... De tal modo, resulta manifiesto que la expresión está empleada más que para designar a la 'administración', para referirse al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes. Ese es el bien jurídico protegido' (ob. cit., pág. 99)" (autos de 2-X y 2-XII/75).

Tercero: De todo lo expuesto se concluye que se hallan reunidos a cabalidad los requisitos que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para llamar a responder en juicio criminal, por la vía ordinaria, al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su carácter de Contralor General de la República que fue, por los delitos de falsedad en documento público y de peculado. Aquél, teniendo en cuenta lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 231 del Código Penal y éste, en atención al artículo 8º del Decreto 1858 de 1951.

Y, como la falsedad documental que se dejó analizada, vino a ser un delito medio en relación con el peculado que se originó en la Resolución número 02142 de 30 de abril de 1974, aclarada por la 02143 de 6 de mayo del mismo año, síguese que se presenta el nexo del concurso material de delitos (Código Penal artículo 33), puesto que media relación de causalidad entre ellos, sin que cada uno pierda la calidad de delito autónomo.

Mas como surge de manera clara que los ilícitos obedecieron a la ejecución de un mismo designio criminoso, se está frente a la modalidad del delito continuado (Código Penal artículo 32).

Sobre este particular conceptuó con toda razón el Ministerio Público: "Como las conductas del sindicado Escallón Ordóñez se agotaron en diferentes hechos, prolon-

gándosen sucesivamente en el tiempo, adecuándosen cada una de ellas a los tipos legales que responden a los delitos ya analizados, facturándose para cada uno de ellos la totalidad de los presupuestos que les dan vida, dirigida o inspirada por una unidad de designios criminosos, nacida en la reiterada intención de quebrantamiento al ordenamiento legal con el propósito único de mantener a Amparo Moreno Osorio usufructuando, al margen de la ley, de fondos públicos, se concluye que esa continuidad de las conductas adecuantes a la descripción de los delitos agotados, responde al llamado del Art. 32 del Código Penal.

"Además, como tales conductas, fuera de su autonomía y ejecución separada, vale decir, que de una parte fueron génesis para el nacimiento del delito de Peculado, y de la otra, para la Falsedad, en documentos Públicos, estaban atadas por fuerte nexo de concurso material, deben ser colocadas bajo la orden del artículo 33 del Estatuto Punitivo.

"Quedan establecidos, entonces, el concurso, material de los delitos de Peculado y Falsedad y la cronicidad de ellos o calidad de continuados" (fls. 453 sgt.).

Cuarto: Detención preventiva:

Como en el expediente se llenan a cabalidad los requisitos que exige el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal para dictar auto de detención, según se ha visto, ella habrá de decretarse contra el procesado Julio Enrique Escallón Ordóñez, cuya filiación es la siguiente: hijo de Benigno y Dolores, nacido en Iscuandé (Nariño), de 54 años de edad para cuando rindió indagatoria, casado, abogado de profesión.

Quinto: Orden de adelantar otras investigaciones:

a) Como esta Sala carece de competencia para calificar la conducta de la señorita Amparo Moreno Osorio, si ya no se está adelantando la correspondiente investigación de carácter penal en su contra, se sacarán copias de lo pertinente para enviarlas al juez competente, para los efectos de ley;

b) Se ordenará sacar copias de lo pertinente, las cuales serán enviadas a la autoridad competente, para que se investigue si son ilícitas las actuaciones de Bolívar Alberto Acosta quien aparece firmando como Secretario General de la Contraloría General de la República las Resoluciones números 01240 de 26 de marzo, 02142 de 30 de abril, 02149 de 6 de mayo y 02536 de 31 de mayo, todas de 1974, así como también las de quienes firman las cuentas de cobro para hacer efectivos los viáticos decretados en las resoluciones anteriores y las de quienes expidieron constancias o certificaciones acerca de cumplimiento de las mismas Resoluciones.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del colaborador fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

PRIMERO: ABRIR CAUSA CRIMINAL contra el doctor JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ, de las anotaciones civiles ya dichas, por el delito de FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO de que trata el Capítulo III del Título VI del Libro Segundo del Código Penal y por el delito de PECULADO de que trata el Capítulo I del Título III del Libro Segundo del mismo Código y el Decreto 1858 de 1951, delitos cometidos en concurso material y en forma continuada, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo fijadas en los Vistos de esta providencia.

SEGUNDO: DECRETASE LA DETENCION PREVENTIVA del enjuiciado Escallón Ordóñez. En consecuencia, impártanse las órdenes del caso a las autoridades, para lograr tal fin.

TERCERO: Se harán al enjuiciado las prevenciones de ley.

CUARTO: SAQUENSE COPIAS de lo pertinente para que por las autoridades competentes, a quienes se enviarán, se inicien las investigaciones penales a cargo de AMPARO MORENO OSORIO, si es que ella aún no se está adelantando: de BOLIVAR ALBERTO ACOSTA, por haber firmado como Secretario General de la Contraloría General de la República las Resoluciones que adelante se indicarán y de quienes expidieron constancias o certificaciones acerca del cumplimiento de las Resoluciones

números 01240 de 26 de marzo, 02142 de 30 de abril, 02149 de 6 de mayo y 02536 de 31 de mayo, todas de 1974, así como también de quiénes firmaron las cuentas de cobro para hacer efectivos los viáticos decretados en esas Resoluciones.

QUINTO: DECRETASE el embargo preventivo de los bienes inmuebles y el embargo y secuestro preventivo de los bienes muebles de propiedad del sindicado doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

CASACION.-CAUSAL 4ª

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio primero de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 32, Julio 1º/76.

Vistos

Esta Sala de la Corte entra a desatar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de marzo de 1975 originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que confirmó, con adiciones, el fallo proferido contra LUIS EDUARDO BERRIO MANCO, quien fue condenado a la pena principal de 13 años de presidio, como autor responsable de los delitos de homicidio perfecto y homicidio tentado, a más del punible contra funcionarios públicos.

La reforma introducida al fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 12 Superior de Medellín consistió en el aumento de la penalidad de 13 a 15 años.

Hechos

Dicen los autos que el día 23 de abril de 1971, siendo aproximadamente las cuatro de la madrugada, en la población de San Pedro —Departamento de Antioquia— se presentó un tiroteo entre los ocupantes de un campero y los agentes del orden acantonados en dicha población, dando como resultado las muertes de Francisco Javier Gómez, agente de la Policía Nacional, Octavio Ochoa Quevedo, Francisco Luis Pulgarín, Laureano Vinasco Giraldo, ocupantes del automotor; y lesiones en Iván de Jesús Martínez y Luis Fernando Amaya Restrepo. El hoy sentenciado Luis Eduardo Berrío Manco hacía parte del grupo que se enfrentó a la autoridad y allí fue lesionado.

Desde el principio se vinculó al proceso como sindicado a Berrío Manco quien por la época de los acontecimientos, prestaba sus servicios como Agente de la Policía.

Actuación procesal

Inició la investigación la Justicia Penal Militar por cuanto se consideró que en la ejecución de los hechos el Agente Berrío Manco se encontraba en función del servicio. Después de practicar varias diligencias se decretó la detención preventiva de Berrío Manco y del particular Luis Fernando Amaya Restrepo. Durante la etapa de instrucción se reciben múltiples pruebas, hasta llegarse a la de convocatoria de Consejo de Guerra Verbal que culminó con veredicto condenatorio para Berrío Manco, el cual fue acogido por la sentencia. En cuanto al particular Luis Fernando Amaya Restrepo se ordenó compulsar las copias respectivas a fin de adelantar su juzgamiento por la justicia ordinaria.

El Tribunal Superior Militar al conocer por alzada del fallo condenatorio decretó la nulidad de lo actuado a partir de la providencia de convocatoria del Consejo de Guerra, por considerar que Berrío Manco no participó en los hechos en función del servicio, ni con ocasión ni por causa del mismo.

Se envió el proceso a la justicia ordinaria y le correspondió su conocimiento al Juzgado 12 Superior de Medellín. El 6 de junio de 1972 al calificar el mérito del sumario, entre otras determinaciones se tomó la de llamar a juicio a Luis Eduardo Berrío Manco por los delitos de homicidio agotado en Francisco Javier Gómez Herrera y homicidio imperfecto en Iván de Jesús Martínez. Apelado este auto por la defensa, el Tribu-

nal lo confirmó, adicionándolo en el sentido de llamar también a juicio al reo Berrío Manco por doble delito contra funcionarios públicos.

En el período de la causa se allegan algunas pruebas al expediente y culmina el proceso con sentencia condenatoria por los ilícitos especificados en el pliego de cargos. El juzgador además, de las penas accesorias correspondientes, impuso al procesado la principal de 13 años de presidio. Recurrida la sentencia el Juez ad quem la modifica para imponer al procesado como pena principal la de 15 años de presidio.

La demanda

El demandante postuló las causales 4ª, 2ª, 3ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, señalando la primera de las citadas como principal y las restantes como subsidiarias.

Los cargos son del siguiente tenor:

Primera causal invocada

"...Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad".

La sustentación del cargo se hace consistir en el quebrantamiento de los artículos 26 y 28 de la Constitución por violación de las formas propias del juicio. Manifiesta el actor que al surtirse la notificación del auto procesatorio, Berrío Manco apeló de tal pronunciamiento por lo cual el Tribunal debía conocer exclusivamente por vía de apelación y no de consulta, debiendo pronunciarse únicamente sobre la parte desfavorable al apelante, sin agravar su situación, como se hizo, pues no sólo confirmó los cargos por los cuales el juez superior lo conminaba a comparecer en juicio "sino que además —le encimó otros dos enjuiciamientos por sendos delitos contra funcionarios públicos, violándose el principio de la no *Reformatio in peius*". El actor hace referencia a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de noviembre 27 de 1972, en el sentido de que en materia penal no cabe la reformatio in peius, ya que su violación implica una nulidad supralegal por quebrantamiento de las formas propias del juicio.

En cuanto se refiere a la apelación interpuesta por el señor Agente del Ministerio Público contra el auto de proceder, el impugnante opina que el recurso "No tocaba con el enjuiciamiento de LUIS EDUARDO BERRIO MANCO, sino con el sobreseimiento temporal decretado a favor del coacusado ACOSTA".

2º) Segunda causal impetrada: "No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

Para fundamentar el cargo el recurrente manifiesta: "...En resumidas cuentas mi defendido LUIS EDUARDO BERRIO MANCO fue enjuiciado tácitamente, es cierto, pero de todas maneras muy claramente, no menos cierto, por responsabilidad correlativa ó correspectiva (Art. 385 del Código Penal) hoy subrogado por el 14 de la Ley 21 de 1973. Si a lo largo y ancho del enjuiciamiento, en lo que a los homicidios se refiere, tanto el juzgado de instancia, como el Tribunal de Medellín, al confirmar esos enjuiciamientos y añadir otros enfocaron el caso y allí lo ubicaron, dentro de la esfera de la complicidad correlativa conforme al artículo antes citado".

Insiste en que el Tribunal se equivocó por cuanto se está frente al artículo 385 del Código Penal "No importa que esa circunstancia no se hubiera denominado así, exactamente, ni interesa tampoco que se hubiese citado o transcrito ese canon 385 en cita".

Tercera causal propuesta: "Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad".

Solicita el actor que por la Corte se decrete la nulidad constitucional o supralegal —dando las mismas razones— de la causal invocada anteriormente, porque el "Veredicto del jurado, está en contradicción con los cargos contenidos en el auto de proceder...".

Argumenta, además, que entre el veredicto y la sentencia, que es el caso de estudio, se "rompió la armonía procesal, lo que causó igualmente rotura de las formas propias de cada juicio, menoscabándose el artículo 26 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 580 numeral 3º del Código de Procedimiento Penal...".

Cuarta causal: "Ser la sentencia violatoria de la Ley sustancial".

Explica el demandante que la divide en tres partes las que propone así:

a) **Infracción directa de la ley.** Se enuncia en los siguientes términos:

"Cuando el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1º emplea la expresión, Ley sustancial, no se refiere exactamente a la Ley sustantiva (como oposición a la Ley adjetiva o procedimental), sino a la ley, que verdaderamente cause, de ser violada, con perjuicio o agravio al sindicado o a la sociedad, aun a la parte civil, quienes son partes dentro del proceso. Tanto en el Código Penal como en el Código de Procedimiento Penal, existen normas sustanciales (casi todas) y normas no sustanciales (por excepción): aquéllas tutelan derechos fundamentales o esenciales, al paso que éstas delimitan facultades no fundamentales o esenciales sino apenas de conveniencia practicada. Por ello, solicito a la Corte, desapartarse del criterio de considerar que la Ley sustantiva es la descrita o contemplada en el Código Penal Sustantivo y no en el Código de Procedimiento Penal";

b) **Aplicación indebida.** El censor hace consistir la aplicación indebida en el hecho de haber ordenado el Tribunal cuando conoció de la providencia enjuiciatoria, que el reo Berrío Manco respondiera además de los cargos que el juez superior le hizo, por el delito contra funcionarios públicos, "Cuando ha debido en vez de agregar dos nuevos cargos, modificar los cargos primitivos con base en el artículo 186 del Código Penal norma que sería una circunstancia modificadora del homicidio consumado y del homicido imperfecto, y no como equivocadamente lo entendió el Tribunal, como una circunstancia que configura otro u otros hechos independientes".

Concretiza el recurrente, que existió aplicación indebida del artículo 184 del estatuto represor, porque "lo que se ha debido aplicar es el artículo 186 del Código Penal";

c) **Interpretación errónea.** Se dice en la demanda:

"A más de la indebida aplicación tácita o expresa del artículo 184 del Código Penal, (porque en su lugar ha debido aplicarse el artículo 186 *ibídem*), el Tribunal incurrió en una interpretación errónea de la Ley por la equivocada interpretación que le dio al inciso 2º del artículo 33 del Código Penal el cual se refiere al concurso material de delitos, en contraposición a otro fenómeno de pluralidad delictual denominado concurso ideal", contemplado en el artículo 31 de la misma obra. Se insiste por el recurrente en que hubo interpretación errónea de la ley pues el aplicable era el artículo 31 y no el 33 como lo enfatizó y consagró el sentenciador.

Respuesta del Ministerio Público

Descorrido el traslado, la agencia Fiscal, representada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se pronunció así sobre la demanda:

Considera que el primer cargo carece de toda validez y que, en consecuencia, debe rechazarse pues, si bien es cierto que se alegó por el actor el fenómeno jurídico de la no "**Reformatio in Peius**", no puede olvidarse que la Corte modificó su anterior jurisprudencia y que luego vino la Ley 21 de 1975 a despejar toda duda. Máxime si se tiene en cuenta que al reclamar el Ministerio Público la providencia enjuiciatoria, así igualmente lo haga el procesado, el ad quem adquiere plena competencia para reformar el pliego de cargos sin limitación alguna. Que conforme se constata en el expediente tanto el Fiscal como el reo apelaron del auto de proceder; que no existe constancia en el informativo de que la protesta del Fiscal contra el auto vocatorio a juicio hubiera sido parcial; que por ello el recurso interpuesto por el representante de la Sociedad es indivisible.

Sobre el segundo cargo se dice: "Del contexto de los pronunciamientos hechos en primera y segunda instancia para calificar el mérito del sumario y expedir como se hizo, la orden o demanda para que el sindicado compareciera a responder en juicio criminal por sus comportamientos delictuales, se colige, con claridad meridiana, que no es cierto que se le hubiera colocado tal como se afirma en la demanda, dentro de la situación especialísima del artículo 385 del Código Penal pues muy por el contrario, le fue reconocido en la parte resolutiva del enjuiciamiento el grado de coautor tanto en el homicidio consumado como en el homicidio imperfecto, reconocimiento que debe saber el señor demandante, es diametralmente opuesto al que él pretende darle, ba-

sándose únicamente en espíritu hermenéutico de generosidad defensiva, mas no de verdad procesal..."

Se hace hincapié por la Fiscalía que entre las exigencias legales, para proferir demanda enjuiciatoria está la de que el proveído no adolezca de ambigüedades o anfibología, toda vez que el cargo debe formularse con precisión absoluta a fin de no entorpecer el derecho de defensa

Sobre la tercera causal de impugnación se opina por la Procuraduría: Es un desatino insinuarse que entre el veredicto del jurí y el auto de enjuiciamiento suria contradicción, toda vez que las respuestas dadas a los cuestionarios son de deslumbrante claridad, traductoras, afirmativamente, de las preguntas que el juez de derecho hizo a los jueces populares sobre la responsabilidad del procesado, desatino que sube de grado al leerse, desprevenida y seriamente los cuestionarios cuyo contenido es el trasunto fiel de la providencia enjuiciatoria. Como en ésta, se repite, no se hizo siquiera alusión tangencial al artículo 385 del estatuto punitivo, no podrían llevarse esas circunstancias a las cuestiones indagantes sobre la responsabilidad.

Con relación a la cuarta causal de casación, se afirma por el Ministerio Público:

"...En cuanto a la violación directa de la ley, señalada por el recurrente, el actor encaja dentro de esta causal el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, o sea: Por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

Recuerda la Procuraduría que el juzgamiento de Luis Eduardo Berrio Manco se llevó a término con intervención del jurado de conciencia caso en el cual, el veredicto aceptado y desarrollado mediante las sentencias es intocable a través de la impugnación que hace el censor por medio del recurso extraordinario de casación ya que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal no estableció como motivo de ella la contraevidencia del veredicto, por lo cual la Corte carece de competencia para pronunciarse al respecto.

En cuanto a la segunda y tercera parte del cargo rechaza la actitud asumida por el recurrente teniendo en cuenta que no pueden interponerse ni plantearse coetáneamente la errónea interpretación de la ley y la indebida aplicación de la misma.

Consideraciones de la Corte

No solamente porque es el orden establecido y señalado por el recurrente, sino porque es lo que jurídicamente corresponde, entra la Corte a ocuparse en primer lugar del cargo que el censor propone a través de la causal cuarta de casación, porque en el evento de prosperar ésta, no cabe el estudio de los demás motivos impetrados por el recurrente.

No le asiste razón al actor cuando sostiene que el Tribunal, sentenciador violó los artículos 26 a 28 de la Carta cuando, en virtud del recurso de apelación contra el auto de proceder propuesto tanto por el Ministerio Público como por el procesado modificó la situación de éste al radicarlo en juicio criminal no solamente por los delitos de homicidio consumado y en tentado, sino también por doble delito contra funcionarios públicos. Para confirmar el anterior acerto, baste a la Corporación expresar que antes de la expedición de la Ley 17 de 1975 que reglamenta totalmente el punto de la "Reformatio in pejus", la Corte ya se había pronunciado doctrinariamente en el sentido de que la consulta le daba plena competencia al juzgador ad quem para decidir conforme a la ley.

En el caso sub judice, se constata que al folio 332 del cuaderno original el recurso de alzada contra el auto de proceder fue interpuesto por éste y por el Ministerio Público. Del examen del informativo se desprende que el señor Agente del Ministerio Público en ningún momento fraccionó o dividió su inconformidad con la providencia enjuiciatoria: es de entenderse que el representante de la sociedad interpuso la alzada en forma independiente del criterio que hubiera podido esgrimir el enjuiciado. Por ello no es aceptable el cargo que hace el actor cuando en la demanda de casación manifiesta: "...que la apelación del señor Agente del Ministerio Público, para nada tocaba con la situación de BERRIO MANCO sino con el sobreseimiento temporal dictado a favor del coacusado ACOSTA".

Debe entenderse dentro de una sana lógica que el recurso interpuesto por el Ministerio Público cubre la totalidad de la

providencia enjuiciatoria; si otro hubiera sido su pensamiento, hubiera concretado su inconformidad en el momento de la notificación de la providencia o en cualquier otro pertinente.

Se concluye, pues, con relación a este cargo, que el sentenciador no violó las formas propias del juicio, y por ende no se quebrantó bajo ningún aspecto el artículo 26 de la Constitución Nacional que consagra en forma perentoria las garantías ciudadanas dadas por la Carta.

No estando probado el cargo, debe descharse.

Segunda causal invocada

"...No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

Se recuerda que el fundamento de la acusación se hace consistir en que, según el censor, habiendo sido Berrío Manco "enjuiciado tácitamente —es cierto, pero de todas maneras muy claramente, no menos cierto— por responsabilidad correlativa o correspectiva (artículo 385 del Código Penal hoy subrogado por el 14 de la Ley 21 de 1973)", al no contemplarse esta modalidad en el veredicto ni en la sentencia, se incurrió en la causal invocada.

Frente a este cargo, se responde:

Por medio del auto de proceder se formulan cargos concretos al sindicado los cuales no deben adolecer de ambigüedades ni de anfibologías; deben ser claros y concretos de manera que el acusado sepa de qué se va a defender. El auto de enjuiciamiento constituye la espina dorsal del proceso ya que con base en éste el juez de derecho elabora los cuestionarios que deben ser respondidos por los jueces del pueblo, y este pronunciamiento popular es la base de la sentencia dictada por el juez de derecho. Entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia debe existir una correlación completa. Sentados estos principios se tiene que en el caso sub judice el procesado Berrío Manco fue radicado en juicio por el delito de homicidio agotado y por el punible de homicidio imperfecto, a más del doble delito contra funcionarios públicos. Los cargos formulados al reo lo fueron en forma meridiana, no ofrecen ambigüedades ni antagonismos. Se recaudó el material probatorio suficiente por el cual se consideró a Berrío Manco como autor de dichas ilicitudes.

El cargo que se contempla no es exacto, ya que no es correcta la afirmación contenida en la demanda de casación cuando se afirma que en el auto de proceder se ubicó a Berrío Manco en la conducta descrita por el artículo 385 del Código Penal, porque en él claramente le fue reconocida a Berrío su calidad de coautor de los reatos por los cuales fue llamado a juicio, reconocimiento éste que no concuerda con lo afirmado por el recurrente.

Como se demostró la sentencia condenatoria se edificó sobre los cargos hechos en el auto de proceder, el juzgador no hizo en la sentencia sino recoger las conductas descritas en la vocatoria a juicio y ubicarlas dentro de los preceptos penales correspondientes, teniendo en cuenta la correcta elaboración de los cuestionarios y los respectivos veredictos.

En el caso sub judice el sentenciador no vulneró la ley ni por acción ni por omisión cuando resolvió condenar a Berrío Manco por los delitos de homicidio consumado y tentado a más de la doble ilicitud contra funcionarios públicos. La sentencia objeto del recurso extraordinario de casación fue el trasunto fiel de los cargos operados en el vocatorio a juicio, y por consiguiente no es procedente casar la sentencia por razón de esta causal ya que el cargo no se probó.

Tercera causal invocada

"...Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad".

Se ataca la sentencia porque ésta, según el actor, se profirió en un juicio viciado de nulidad (numeral 3º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal). Se argumenta: "...que se decrete la nulidad constitucional o supralegal consistente en las mismas razones aducidas y argüidas en la causal anterior con razón no en que la sentencia esté en contradicción con los cargos contenidos en el auto de proceder, sino por otra razón, cual es la de que el veredicto del jurado está en contradicción con los cargos contenidos en el auto de proceder",

menoscabándose así el artículo 26 de la Constitución en armonía con el numeral 3º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

En relación con este cargo se considera:

Yerra el demandante cuando afirma que la sentencia dictada es violatoria de la ley por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. Por el actor se hace consistir la nulidad constitucional en que el veredicto del jurado está en contradicción con los cargos contenidos en el auto de proceder.

Es un desatino considerar en el presente caso que exista contradicción entre el veredicto del jurado y los cargos formulados en la demanda enjuiciatoria. El recurrente incurre al invocar esta causal en un círculo vicioso cual es el insinuar en forma persistente que existe nulidad porque no hay correlación perfecta entre auto de proceder, veredicto y sentencia.

De nuevo cae el recurrente en el error que a lo largo de su demanda expuso: que a Berrío Manco se le enjuició por complicidad correlativa en dos delitos; punto este suficientemente esclarecido en el epígrafe anterior cuando se recalcó que a Berrío Manco se le enjuició como coautor y no se ubicó su conducta dentro del fenómeno de la complicidad correlativa de que trata el artículo 385 del Código Penal.

No estando probado el cargo, debe desecharse.

Cuarta causal invocada

"...Ser la sentencia violatoria de la Ley sustancial".

Por la causal invocada se manifiesta que existió infracción directa de la ley por aplicación indebida y por interpretación errónea de la misma. Para fundamentar el primer cargo se dice que el sentenciador aplicó indebidamente la ley cuando en lugar de tener en cuenta el artículo 186 del Código Penal, aplicó el 184, y que existió el segundo caso; interpretación errónea, porque se erró al aplicarse el 33 del Código Penal y no el 31 como lo solicita el recurrente.

Frente a este cargo se manifiesta:

Como lo expresa la Procuraduría, "ha debido recordar el censor que el juzgamiento se hizo con intervención del jurado de conciencia, caso en el cual el veredicto, cuando es aceptado en las dos instancias, y en desarrollo suyo se dictan los fallos, es intocable a través de la impugnación que se hace al fallo del ad quem por los mecanismos del recurso extraordinario de Casación por cuanto al no establecer el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal como motivo de Casación la contraevidencia de él, la Honorable Corte no tiene facultad para pronunciarse al respecto, pues que dicha competencia privativamente le es dada a los sentenciadores de instancia (artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal) resultando, en consecuencia, inane pedirle a la Honorable Sala de Casación Penal la invalidación del fallo recurrido para dictar el que deba reemplazarlo, pues que este pedimento conlleva la declaratoria de contraevidencia de la veredicción y, tan grave como ello, que sin que un nuevo jurado se pronuncie al respecto, dado caso que no se ha anulado el enjuiciamiento, la misma Corte, usurpando la potestad reconocida al Juri, cumpliría sus funciones y dentro de una dualidad insólita, se pronunciaría al mismo tiempo como sentenciador en derecho, planteamiento que fatalmente desemboca en el absurdo jurídico".

En esta primera parte de la acusación por la causal cuarta se insiste en el mismo círculo vicioso del que se ha hecho mención o sea que, se violó la ley por haber llamado a juicio a Berrío Manco como coautor y no bajo la figura de la complicidad correlativa pensamiento patentizado por el censor.

También se arguye aplicación indebida de la ley por haber ordenado el Tribunal que Berrío Manco respondiera además de los cargos que el Juez Superior le endilgó, por delito contra funcionarios públicos, "... cuando ha debido en vez de agregar nuevos cargos, modificar los cargos primigenios del a quo con base en el artículo 186 del Código Penal, norma que sería una circunstancia modificadora del homicidio consumado y de la tentativa de homicidio no como equivocadamente lo entendió el Tribunal Superior de Medellín, una circunstancia que configurara otro y otros delitos independientes".

Esta parte del cargo adolece de protuberantes errores por cuanto que no puede plantearse simultáneamente indebida aplicación de la ley con errónea aplicación de la misma; cada una de estas causales tiene

su fisonomía propia: así existe aplicación indebida cuando al caso debatido se aplica una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado; existirá interpretación errónea cuando se da la norma indicada para el caso, pero con un alcance distinto del propio de ella. Por esto el recurrente no solamente debe concretizar y señalar por cuál de las dos hipótesis se opera el quebrantamiento directo a la Ley Penal sustancial, sino que también debe demostrar en qué consistió la indebida aplicación de aquélla o su interpretación errónea.

Reiteradas jurisprudencias de la Corporación han sentado en forma inequívoca cuando existe violación directa de la ley por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Así por ejemplo en casación de febrero 27 de 1976 (casación de Rito Antonio Pachón Mantilla) la Corporación manifestó: "Ha dicho la Corte repetidas veces que la violación directa de la ley se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa) o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se le ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega esta infracción en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas vale decir, critica únicamente la selección de la norma hecha por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia".

Es necesario que en todos estos casos se alegue que existió quebrantamiento del precepto legal por aplicación indebida o por errónea apreciación de una prueba siendo necesario en esta hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto, en el sentido de demostrar haberse incurrido por el Tribunal en error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Trátase por tanto de una técnica precisa señalada por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

Posteriormente la misma Corte expuso: "La violación directa de la ley se presenta cuando en la sentencia atacada, se yerra en cuanto a la existencia de la norma (se la ignora como realidad, se la admite como vigente cuando ya no tiene este carácter o nunca lo ha tenido), o en la selección de la norma (falta de coincidencia o adecuación entre lo que la norma prevé hipotéticamente y los perfiles de la conducta a que trata de aplicarse), o en la interpretación errónea (se le otorga un significado y alcance de que carece)". Aquí el demandante ha manifestado que se violó en forma directa la ley por aplicación indebida y por interpretación errónea, pero se ha visto cómo estas dos formas de violación de la ley no pueden plantearse simultáneamente ya que tienen su ámbito propio, porque como hasta la saciedad se ha dicho, una cosa es la indebida aplicación de la norma sustancial penal y otra muy distinta y que el demandante ha debido recordar, es la interpretación errónea.

No sobra recordar que la casación, como recurso extraordinario, está sujeto a una técnica especial; que si la demanda no se acomoda a determinados presupuestos, la Corte no puede suplir en ningún momento las deficiencias del recurrente y así, la Corporación debe abstenerse de examinar el cargo.

En consecuencia, no habiendo demostrado el recurrente en qué consistió la violación directa de la ley por indebida aplicación o por interpretación errónea, el cargo resulta inane y por ende ha de ser desechado.

Decisión

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de marzo de 1975 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en contra de Luis Eduardo Berrío Manco.

Cópiese, notifíquese cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero, Rafael Poveda Alfonso, (Conjuez).

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

Su procedencia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio cinco de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 32.

Vistos

Con fecha de 8 de octubre de 1975, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva profirió sentencia que confirma la de veintiuno de julio del mismo año y por la cual el Juzgado Tercero Superior del propio Distrito Judicial condenó a Jairo Vanegas Cediel a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Delfín Reyes Trujillo.

Contra el fallo de segunda instancia se interpuso el recurso extraordinario de casación, que se declaró admisible por auto de 3 de diciembre del año retropróximo. La demanda sustentatoria del recurso fue aceptada conforme a providencia de doce de febrero último, y se corrió el traslado de rigor al Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien, después de analizar la impugnación, solicita que no se case la sentencia censurada.

Los hechos

De lo consignado en autos se sabe que el 2 de junio de 1974, en las primeras horas de la noche, cuando se encontraban en la cantina de Edín Espinosa en el corregimiento "Anacleto García", jurisdicción del municipio de Tello (Huila), los hermanos Delfín, Alvaro, Emiliano y Ramón Reyes Trujillo y otras personas, se presentaron Jairo Vanegas Cediel y sus hermanos Alvaro y Benigno Vanegas con Jaime Caicedo, y luego de pedir algunas bebidas alcohólicas que consumieron, Jairo Vanegas Cediel lanzó algunas injurias y se desarrolló una riña, en el curso de la cual el nombrado Jairo hirió con cuchillo a Delfín Reyes Trujillo, causándole lesiones que le produjeron la muerte poco después, y Alvaro y Benigno Vanegas Cediel hirieron a Ramón Reyes Trujillo.

Actuación procesal

Las diligencias preliminares fueron adelantadas por el Corregidor Municipal de "Anacleto García". Abrió la investigación, dictando el auto cabeza de proceso, el Juzgado Promiscuo Municipal de Tello y la prosiguió el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal. El conocimiento del negocio, mediante reparto, le fue asignado al Juzgado Tercero Superior de Neiva. Practicadas las pruebas conducentes, se clausuró la instructiva y el calificatorio fue un llamamiento a juicio por homicidio simplemente voluntario para Jairo Vanegas Cediel y por lesiones personales para Benigno y Alvaro Vanegas Cediel y sobreseimiento definitivo para Jaime Caicedo Perdomo, proveído que, apelado, fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior de Neiva.

La audiencia pública se llevó a cabo el 9 de julio de 1975 y actuaron como jurados de conciencia Aura Camacho de Méndez, César Penagos Falla y Alvaro Méndez Mén-

dez, los que afirmaron la responsabilidad de los acusados, de conformidad con los cargos hechos en su contra. Al suscribirse el acta correspondiente, el doctor Alvaro Carrera Carrera, defensor del procesado Jairo Vanegas Cediel, dejó la constancia de que "... la jurado Aura Camacho de Méndez intervino activamente en la discusión suscitada entre el defensor Heriberto Carrera Valencia y el Fiscal, lo hizo en varias ocasiones el (sic) desmedro de la posición de los defensores en audiencia y en apoyo de los argumentos del Fiscal lo hizo vehementemente y en varias ocasiones...".

Por tal motivo el defensor de Jairo Vanegas Cediel, por escrito visible al folio 88, propuso nulidad de la audiencia pública, solicitud que le fue denegada por el Juzgado conforme a providencia obrante al folio 99. Con fecha 21 de julio se dictó sentencia de primer grado con resultados condenatorios para los reos Jairo, Alvaro y Benigno Vanegas Cediel, fallo que, recurrido en apelación, fue confirmado en todas sus partes por el Superior.

Así las cosas, se interpuso recurso de casación que, como ya se dijo, fue aceptado en providencia de tres de diciembre postrero.

La demanda

El actor, para sustentar el recurso, aduce la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque, según él, la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad supralegal (artículo 26 de la Constitución Nacional), "en razón a que de manera clara e incluso extravagante, se violó el derecho a la defensa..."

"El artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, —expresa el demandante—, que relata la fórmula del juramento para los jurados de conciencia, es una norma que exhibe al mismo tiempo la naturaleza acusatoria-defensiva de la audiencia pública con jurado en la etapa del juicio. Comienza la fórmula: 'Juráis y prometéis delante de Dios y de los hombres, examinar con la más escrupulosa atención tanto los cargos como la defensa que va a hacerse al acusado...'.

"Si bien es cierto que el agente del Ministerio Público debe buscar la aplicación de la ley de manera imparcial frente a las personas, y se presume que esa es su actitud, al actuar en una audiencia en la cual se juzga un acto humano, actúa como acusador. La ley exige que se coloque en la misma balanza los argumentos de la acusación y los de la defensa y la conciencia del jurado debe de (sic) estar abierta a esas dos fuentes.

"La Corte Suprema de Justicia en anteriores fallos ha sostenido que mientras las opiniones de los jurados no manifiesten en forma clara un alcance contradictorio con la posición de la defensa en el proceso y en la audiencia, no puede deducirse que se ha violado el derecho a la defensa.

"De lo anterior se puede inferir que si se da el presupuesto contrario, es decir, que si la opinión expresada sí corresponde a una posición ideológica prejuiciada contrariamente a los argumentos de la defensa, sí se está incurriendo en la nulidad constitucional por falta de garantías en la defensa del procesado.

"La jurado AURA CAMACHO DE MENDEZ ingresó a la sala de la audiencia con el criterio de que por ser imparcial el fiscal debía de (sic) ser digno de confianza. Para una persona no versada en derecho penal, es decir, para la mentalidad de un ciudadano corriente, la imparcialidad equivale a algo digno de aceptarse, a lo correcto. En el caso de la audiencia a que estamos haciendo referencia, la intervención de la jurado equivalía a declarar que el fiscal estaba solicitando lo justo, lo que era digno de aceptarse. La defensa, en ese momento, según tal criterio, sobraba, era innecesaria.

"Aunque el acta de la audiencia, conforme la aclaración que me permití hacer en el momento de firmar la misma, no describe ni la gran vehemencia y las varias y sucesivas intervenciones de la señora jurado, aun aceptándola tal como quedó, sí expresa claramente el sentido de la referida intervención, que desquició totalmente el sistema jurídico-procedimental, cercenando completamente el derecho a la defensa...".

A renglón seguido observa el demandante que no participa de la opinión expresada por los falladores de instancias, cuando no decretaron la nulidad que había solicitado por la intervención de la citada jurado Aura

Camacho de Méndez, que colocó a la defensa "en una situación confusa, precaria y hasta bochornosa", más grave aun "que si se tratara de emitir una opinión que recayera directamente sobre lo fáctico".

Concluye solicitando "la nulidad del proceso desde el momento de iniciarse la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia, conforme al artículo 26 de la CONSTITUCION NACIONAL".

Consideraciones de la Corte

Como lo ha dicho la Corte, la nulidad es la invalidez jurídica de la relación procesal, por carencia de presupuestos para su constitución, o por falta de actos realizados en el proceso deficiente o irregularmente a causa de inobservancia de condiciones de forma, de modo o de tiempo establecidas por la ley como esenciales para que la actuación produzca efectos.

No toda irregularidad en los actos del proceso o en el desarrollo de éste apareja sanción de nulidad. Para que ésta surja, es preciso que la ley normativa de la actuación comunine con nulidad la desatención de sus prescripciones, determinando que será nulo o no tendrá ningún valor o será inane el acto que no se ajuste a ciertas exigencias.

El principio doctrinario moderno de la taxatividad de las nulidades, con arreglo al cual es indispensable la conminación de la ley para que la inobservancia de sus ordenamientos pueda constituir nulidad, se halla consagrado en algunos códigos de procedimiento penal y se ha aseverado por esta Corporación en constante jurisprudencia (sentencias de 5 de diciembre de 1945, 29 de enero de 1947, 5 de febrero de 1947, 30 de julio de 1955 y 14 de agosto de 1970, entre otras).

Es labor privativa del legislador, no del juez, señalar las transgresiones de la Ley procesal que generan la nulidad de toda la actuación o de parte de ella o de un acto en particular. "El juzgador —ha dicho la Corte reiteradamente— no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que sólo constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una forma externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad". (Fallo de 5 de diciembre de 1945, entre otros).

Si fuese del arbitrio de los jueces crear nulidades, pocos serían los procesos que llegaran normalmente a culminar en sentencia, pues son raros aquéllos en que no se descubra alguna informalidad. La discrecionalidad del juzgador para deducir nulidades por vicios in procedendo sería un factor de incertidumbre en la administración de justicia, atentaría contra la seguridad del proceso penal, entrabaría la necesaria y delicada función pública de la represión punitiva y podría llegar a desconocer los derechos fundamentales de las partes.

En el derecho colombiano las causales de nulidad en los procesos penales se hallan establecidas en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal. De esas nulidades, la mayoría de las cuales son absolutas, unas producen la invalidez jurídica de todo el proceso (ilegitimidad en la personería del querellante en los asuntos en que no pueda procederse de oficio e incompetencia de jurisdicción en ciertos casos), y otras afectan parcialmente la actuación, desde el momento en que se presente la causal (indebida notificación del auto de proceder, o error cometido en relación con la denominación jurídica de la infracción y en esa providencia, verbigracia).

Además de esos motivos de nulidad del proceso o de una fase de él, el Código de Procedimiento Penal prevé la nulidad de determinados actos, por preterm isión de formalidad o requisitos condicionantes, de manera que la nulidad no se comunica o transmite a los demás actos, que son independientes de aquéllos. Tal ocurre, por ejemplo, con la inspección judicial no decretada como lo ordena el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, con la declaración del testigo no recibida conforme al artículo 247, con el dictamen de los peritos rendido sin el lleno de las formalidades indicadas en el artículo 270. En tales casos, el acto viciado se considera, para los efectos del juzgamiento y sin necesidad de resolución especial, como no verificado (Art. 214).

La ineficacia de aquella clase de actos (inspección judicial, testimonio, peritación,

etc.), por preterm isión de formalidades extrínsecas señalada por la ley con sanción de nulidad, y que opera de jure, no se extiende o comunica a los restantes actos procesales anteriores, contemporáneos o subsiguientes, por no ser consecuencia o presupuestos de éstos, ni tener con ellos vínculo de dependencia. Si al calificar el mérito del sumario o al tiempo de fallar un proceso, el juez advierte la nulidad de la declaración de un testigo o de una inspección judicial o de un dictamen pericial, aísla simplemente el acto defectuoso del resto de la actuación, no lo toma en cuenta por ser jurídicamente inexistente, y dicta la providencia con fundamento en la restante actuación legítima.

Sin embargo de lo expuesto acerca de la taxatividad de las nulidades, tanto de las que afectan todo el proceso o una serie de actos como de las previstas para actos procesales particulares e independientes, la Corte ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución y para casos extremos, nulidades no establecidas por la Ley procesal de modo expreso, inferidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta y a las que ha denominado nulidades supralegales o constitucionales, cuando "se trate de irregularidades procedimentales que impugnen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado". Como tales se han estimado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causa con aplicación de leyes sustanciales posteriores al delito (sentencia de 19 de febrero de 1943); la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formulación de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sentencias de 19 de febrero de 1943 y 24 de enero de 1960); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencias de mayo 18 de 1962, 15 de diciembre de 1950, 11 de julio de 1952, 23 de enero de 1953, 7 de diciembre de 1955 y 7 de noviembre de 1961, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencias de 25 de julio de 1964, 10 de noviembre de 1955 y 12 de noviembre de 1956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sentencia de 11 de febrero de 1948).

La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, contrahace el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a ese linaje de nulidad en defensa del artículo 26 de la Constitución, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desarrollo del proceso, aunque no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en casación.

Concretando la exposición al derecho de defensa, que el actor considera vulnerado en el caso sub judice, preciso es recordar que esta Sala, en varias providencias, ha sustentado la doctrina, que ahora reitera, de que dentro del artículo 26 de la Carta "se comprende el derecho del procesado a contradecir la imputación, a explicar su conducta, y que el efectivo ejercicio del derecho de defensa es principio básico del juicio y condición de legalidad del mismo". En tales ocasiones ha discurrido la Corte así:

"La garantía del derecho de defensa del procesado, que comprende la posibilidad en que éste debe estar de conocer oportunamente la imputación penal y sus pruebas, de rebatirlas, de contraprobar y de reclamar la efectividad de los derechos que la ley de procedimiento le reconoce en el desarrollo del juzgamiento, corresponde a uno de los principios rectores y básicos del proceso penal, cual es el denominado 'de la personalidad del imputado'.

"Como la defensa en juicio criminal requiere de conocimientos jurídicos, la ley exige que el incriminado sea auxiliado en todo caso por un abogado —elegido por el procesado o en defecto designado de oficio por el juez— cuya intervención efectiva en pro de la causa del acusado se estima necesaria para la legitimidad del procedimiento y para la correcta aplicación del derecho

penal sustancial. Esa es la razón de ser de los artículos 107 y 108 del Código de Procedimiento Penal (hoy los 117 y 118), normas que hacen obligatorio el cargo de apoderado o defensor y que imponen a éstos el deber de aceptar y desempeñar el encargo, asistiendo y representando al sindicado en los actos del proceso.

"La función de defensa que el abogado realiza en el proceso penal se considera como un servicio de necesidad pública, requerido como indispensable para mantener un razonable equilibrio con la función de acusación y en guarda de los derechos e intereses del procesado. De ahí que la Corte haya juzgado, en numerosos fallos, la falta de defensa formal o técnica del procesado, por manifiesta incapacidad o por inercia del llamado a servirla, como lesiva de un derecho primordial de la persona y motivo que afecta sustancialmente la estructura del juicio, que de ese modo queda viciado de nulidad supralegal o constitucional, por inobservancia de la plenitud de las reglas que presiden el juzgamiento, pues entre las garantías que el artículo 26 de la Carta consagra está el derecho del procesado a demostrar su inocencia, a explicar su conducta, a procurar que la Ley penal se le aplique en la medida de lo justo.

"La defensa en el proceso penal no se realiza por el mero hecho de oír notificaciones de las resoluciones judiciales, actitud esa pasiva e insustancial por sí sola para la suerte del inculpado. La representación judicial precisa una actuación dinámica, una verdadera asistencia jurídica del procesado, que se manifiesta en la solicitud de pruebas desagravatorias, en la intervención en el agorte de los elementos de convicción para controlar su autenticidad y legalidad, en la crítica del caudal probatorio, en la interposición de recursos y en alegaciones dirigidas a 'oponerse con medios jurídicamente admisibles a las molestias procesales y a las resoluciones injustificadas sobre el fondo, a los efectos legales y desfavorables al inculpado' ". (Sentencias de 11 de abril y 19 de septiembre de 1969).

En el asunto sub examine, se ataca la sentencia con el cargo de haberse dictado ésta en un juicio viciado de nulidad. Consiste concretamente la impugnación en que, en razón de la actitud expresada o asumida por la jurado señora de Méndez en la audiencia pública, se quebrantó el derecho de defensa del procesado, dando lugar a la nulidad supralegal del artículo 26 de la Constitución.

Frente al anterior planteamiento cumple revisar el contenido íntegral del acta de audiencia pública. Del contexto de tal pieza se desprende que cuando intervenía el defensor de los otros procesados, la jurado Camacho de Méndez solicitó la lectura de una declaración, más precisamente se pidió por ella que se leyera el testimonio de María Antonia Medina. Acto seguido el defensor del procesado distinto del recurrente hizo referencia a que el Agente del Ministerio Público parecía más bien un acusador particular y que éste en su intervención había tendido invariablemente a demostrar que los acusados eran responsables. Terminando este defensor, el Fiscal manifestó que no aceptaba lo expuesto por la defensa, ya que "no es su interés", y es en este preciso momento cuando la jurado Aura Camacho de Méndez expresó textualmente: "que el Fiscal no es un acusador ni tampoco un defensor porque en una audiencia pasada en la cual intervino ella también como jurado en su exposición manifestó dejar a conciencia al jurado para que decidiera libremente, ni acusó ni defendió". Esta fue la intervención de dicha jurado que motivó el recurso extraordinario de casación.

Examinadas tales manifestaciones y de conformidad con el acta de audiencia pública, hay que concluir en razón y en derecho que la afirmación de la juez de conciencia no tiene la importancia ni la relevancia que el censor quiso darle en el libelo. No pasó de ser la expresión de un criterio personalísimo de la jurado, sin incidencia enervadora en el derecho de defensa y por lo mismo no tenía por qué influir en la decisión que tomaron los jueces populares, ni en el fallo emitido tanto por el juez de primera instancia como por el tribunal sentenciador. La actitud de la jurado se limitó a solicitar se leyera una declaración y a expresar su personal concepto en cuanto a la discusión suscitada entre uno de los defensores y el agente del Ministerio Público y acerca de la personalidad de éste; más sin referirse en modo alguno "a los hechos di-

rectamente, sino a la imparcialidad del funcionario, sin que por tanto pudiera entenderse afectada la defensa en forma alguna".

"El señor apoderado admite lo anotado —apunta el Procurador—, pero alega que el alcance o significado de tal intervención o manifestación de la jurado fue aun más grave, puesto que suponía que el fiscal había solicitado lo justo o procedente y así la defensa resultaba inútil; sin embargo, no puede darse tal alcance a aquella actuación para hacer derivar de la misma una conclusión no establecida como apoyo de la nulidad impetrada; por otra parte, debe tenerse en cuenta que el jurado se integraba también por otros dos miembros, respecto a los cuales no se formuló observación ni tacha alguna, con poder decisorio suficiente en cuanto a la determinación que debía adoptarse.

"Debe recordarse por otra parte que si bien la Honorable Corte en numerosos fallos ha aceptado la nulidad por infracción a la norma constitucional, también ha anotado que sólo se afecta el proceso cuando la irregularidad anotada tiene entidad suficiente para desconocer o quebrantar las garantías procesales, reconocidas o que se desprenden de la misma norma, entre éstas el derecho de defensa; pero no a toda irregularidad puede reconocérsele efecto bastante para producir tal resultado, especialmente como en el presente caso en que no aparece claro que la manifestación dicha implicara un pronunciamiento anticipado sobre el hecho sometido a su respuesta".

Infiérese de lo dicho que con lo que apunta el actor no se omitió ninguna forma esencial para la validez del proceso, ni se recortó ninguna facultad procesal de las partes, ni se restringió de ningún modo el derecho de defensa, que se ejercitó con amplitud y tenacidad, por todo lo cual resulta inane la impugnación del fallo recurrido.

En conclusión, el cargo no puede prosperar y, en consecuencia, debe desecharse el recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de octubre de 1975 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de la cual se ha hecho referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez. Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

En casos muy concretos, tener como prueba un hecho legalmente inexistente puede constituir nulidad porque entraña ciertas inobservancias de las formas propias del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 33.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor y el procesado AGUSTIN FLOREZ YAÑEZ contra la sentencia de ocho de julio de mil novecientos setenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior de Montería que confirmó la de primer grado del Juzgado Segundo Superior de esa ciudad, de fecha 23 de abril de 1975 y por medio de la cual se impuso al sindicado la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en persona de Jarvey de Jesús Montiel Díaz.

El recurso se admitió por auto de diecisiete de noviembre pasado. Dentro del término legal, el doctor Felipe Herrera de los Ríos presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley mediante providencia de veinte de febrero del corriente año.

Hechos y actuación procesal

Jarvey de Jesús Montiel Díaz salió de su hogar, situado en el municipio de Ciénaga de Oro, en las horas de la noche del trece de octubre de mil novecientos setenta y tres. Transcurrió un lapso considerable de tiempo y no llegó a su residencia por lo que su padre y hermano salieron a buscarlo por los sitios en que presumiblemente se encontraría.

A la mañana siguiente —14 de octubre de 1973— fue hallado el cadáver de Jarvey de Jesús en el camino que de Ciénaga de Oro conduce a la región de "Ollas", presentando varias heridas que le causaron la muerte. Conforme al concepto médico, el deceso del menor se produjo aproximadamente 21 horas antes de la diligencia de necropsia, que se llevó a cabo ese mismo día a eso de las seis de la tarde.

El levantamiento del cadáver fue practicado por el Inspector de Policía de Ciénaga de Oro y la averiguación penal la inició el Juzgado Promiscuo Municipal de esa localidad.

El Juzgado Noveno de Instrucción Criminal dictó auto de detención contra AGUSTIN FLOREZ YAÑEZ, en el curso de la investigación que este despacho prosiguió.

El Juzgado Segundo Superior practicó algunas diligencias, cerró la investigación y dictó auto de proceder contra AGUSTIN FLOREZ YAÑEZ, por el delito de homicidio agravado. El Tribunal Superior confirmó esta providencia que fue apelada por el defensor.

El Jurado Popular contestó así, en relación con la responsabilidad del procesado: "...Sí es responsable, pero no se puede determinar si hubo sevicia de parte del sindicado o indefensión de la víctima...". De acuerdo con este veredicto el Juzgado de conocimiento profirió la sentencia de pri-

mera instancia, que confirmada por el Tribunal es objeto de este recurso extraordinario.

La demanda

Causal cuarta

Primer cargo

Con apoyo en el artículo 26 de la Constitución Política, se dicen quebrantadas las formas propias del juicio, al tenerse en cuenta prueba inexistente dentro del sumario porque no se dio posesión a la doctora Eucaris Rodríguez, quien actuó como perito. El artículo 270 del Código de Procedimiento Penal ordena ese requisito y sanciona con inexistencia el hecho de su inobservancia.

La prueba así practicada es inexistente, sin embargo de lo cual el sentenciador la apreció en sus alcances, configurándose de ese modo causal de nulidad supralegal.

Segundo cargo

El juez de la causa quebrantó, durante el debate en la audiencia pública, el derecho de defensa, porque refutó la tesis del apoderado del sindicado. Al juez le corresponde la dirección y encausamiento de la vista pública, pero le está vedado intervenir como tal. Tiene poder decisorio en cuanto a las pruebas que se soliciten practicar durante esa diligencia. El hecho de haber intervenido en ella el juez de conocimiento, configura causal de nulidad constitucional.

Concepto del Ministerio Público

Cargo primero

Se relaciona éste con un aspecto de apreciación probatoria, porque se discute el valor de una prueba que se dice ilegalmente aportada al proceso, que fue apreciada en sus alcances desfavorables para el recurrente. Por ello, el cargo no tiene cabida dentro de la causal cuarta invocada, sino que corresponde a la primera de casación de acuerdo con la técnica y naturaleza de este recurso.

Se agrega a lo anterior el que los juicios con intervención de jurado no admiten el cargo propuesto, pues llegaría a desconocerse su autonomía, consagrando la contraevidencia como motivo de casación.

Además, la prueba que se dice inexistente no fue la única apreciada por el Tribunal sentenciador, pues militan otras de diversa gravedad, que comprometen la responsabilidad del procesado en el hecho que se le atribuye.

Cargo segundo

"De conformidad con el Código de Procedimiento Penal ... 'corresponde al Juez la dirección de la audiencia pública'..., dentro de la cual tiene amplias facultades para suscitar careos, oír o interrogar a peritos y testigos, practicar las diligencias que considere necesarias 'para aceptar o rechazar según su conducencia, las peticiones o interpelaciones propuestas por las partes' (Art. 512). En desarrollo de esta norma y aunque no se exprese concretamente, en la dirección de la audiencia puede hacer las observaciones que considere necesarias en relación con las afirmaciones de las partes que se aparten de las constancias procesales y aun está en la obligación de objetarlas, por cuanto se requiere que el debate se desarrolle de conformidad con lo que aparezca establecido en autos; y aunque no puede, como lo considera el señor apoderado intervenir para impugnar las alegaciones de la defensa, sí le corresponde impedir que se hagan manifestaciones o afirmaciones concretas en contra de lo que aparece demostrado debidamente o resulte del proceso, pues esto forma parte de su facultad y obligación ya mencionadas".

Solicita el Ministerio Público, finalmente, desechar la demanda con base en las consideraciones anteriores.

Consideraciones de la Corte

Cargo primero

La nulidad supralegal invocada por el recurrente consistiría en que el sentenciador otorgó valor a la prueba de peritos sin embargo de que omitió dar posesión a uno de ellos, la doctora Eucaris Rodríguez, con menosprecio de las prescripciones del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal. Pero las consecuencias de un hecho

así no son otras que las indicadas por el mismo censor, o sea, la inexistencia de la prueba. En este caso, como lo apunta el Procurador, el cargo ha debido formularse al amparo de la causal primera de casación, como violación indirecta de la Ley sustancial, originada en el desconocimiento por el sentenciador de la norma que regula la forma de asunción de la prueba, en que consiste el error de derecho, y también en el desconocimiento del preciso valor otorgado por el legislador a un medio de prueba.

En casos muy concretos, tener como prueba un hecho legalmente inexistente puede constituir nulidad porque entraña ciertamente inobservancia de las formas propias del juicio. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se tiene como probado, sin estarlo, un hecho que incide fundamentalmente en la calificación del delito: la violencia en la sustracción de cosa mueble ajena, u otros de naturaleza semejante.

Y no cabe olvidar que en los juicios cuyo trámite exige la presencia del jurado no es de recibo formular cargos por errores de hecho o de derecho, no solamente por que de prosperar la censura se desconocería la soberanía del jurí, sino por cuanto, en ese supuesto, la Corte habría de convertirse en sentenciador de instancia para sustituir con el suyo el fallo recurrido, lo cual haría con prescindencia del jurado, incurriendo, entonces sí, en violación de las formas propias del juicio. El cargo no prospera.

Segundo cargo

No dice el recurrente que el Juez de la causa intervino en la audiencia para impugnar las alegaciones de la defensa o excediendo las facultades que le otorga el artículo 512 del Código de Procedimiento Penal, sino que, —así se desprende de la lectura del acta de audiencia— llamó la atención al defensor para que ciñera su intervención a las constancias procesales. Lo cual no es intervención indebida del Juez, ni desconocimiento de los derechos de la defensa. Tampoco este cargo prospera.

Fallo:

Sin otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se hizo mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NOTIFICACIONES

El acto de notificación es de carácter complejo cuando se dispone que se haga a varias personas en común o a una de ellas y a su apoderado. En estos casos tal acto se completa cuando se ha dado conocimiento a todas las partes que deben enterarse de su contenido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio quince de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 35.

Vistos

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga con fecha 21 de agosto del año pasado, por medio de la cual y con el salvamento de voto de uno de los magistrados componentes de la respectiva Sala de Decisión, se confirmó en todas sus partes la dictada el 30 de mayo de ese mismo año por el Juzgado Segundo Superior de Cartago en la que se condenó a GERARDO OSORIO GALVIS a la pena principal de diez (10) años de presidio más las sanciones accesorias correspondientes así como al pago de los perjuicios causados con la infracción, como responsable por el delito de HOMICIDIO en grado de frustración y con caracteres de asesinato cometido el 2 de abril de 1972 en la población de Toro y en su legítima esposa María Fanny Arbeláez de Osorio, interpuso el Fiscal Segundo del Tribunal en tiempo oportuno y le fue concedido recurso extraordinario de casación que, admitido por esta Sala, se tramitó en debida forma habiendo llegado el momento de decidirlo.

Hechos y actuación procesal

Gerardo Osorio Galvis y María Fanny Arbeláez se casaron el 26 de marzo de 1962 en Toro (Valle) y allí fijaron su residencia, habiendo procreado varios hijos hasta que la armonía conyugal se rompió y, luego de varias incidencias, el esposo resolvió irse a vivir unos ocho meses antes de los hechos que dieron materia al proceso, al Darién (Valle) de donde venía periódicamente a visitar a sus hijos.

En alguna de esas oportunidades le dijeron que su esposa le era infiel con un individuo de nombre Yesid y por tal motivo, el día 2 de abril de 1972, después de haber pasado la noche en libaciones alcohólicas, se acercó a su casa pensando ver salir al amante de aquélla y en el momento de abrirse la puerta de la casa disparó hacia dentro hiriendo a su cónyuge de dos balazos uno de los cuales interesó la columna vertebral produciendo daño en la médula espinal y como consecuencia paraplejía de tino espástico que la redujo a tener que movilizarse en muletas, situación que perduraba todavía tres años después (fl. 233 cuaderno, principal).

La investigación fue adelantada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Toro que la envió luego al Juzgado Superior (reparto) de Cartago habiéndole correspondido al Segundo de esa categoría que ordenó la práctica de nuevas diligencias entre ellas la de un examen psíquico del sindicado que

vino finalmente a ser llevado a cabo por el Instituto Seccional de Medicina Legal de Cali, por haberse negado a ello el de Bogotá por incompetencia.

Los Médicos Legistas de la capital del Departamento del Valle conceptuaron (fl. 111) que Osorio era un individuo normal y que su acción obedeció a factores emocionales que influyeron en el temperamento del examinado.

También se llevó a cabo una reconstrucción de los hechos durante la cual Osorio reiteró su aseveración, hecha en la indagatoria de que había actuado en el convencimiento de que su esposa le era infiel con el mencionado Yesid y de que creía que era éste quien iba a salir por la puerta de la casa en el momento en que disparó. En uno de los apartes de su exposición dijo: "Es natural que yo habiendo entrado con el propósito de matarla a ella y a la vez de que me pidió auxilio, era porque no se había muerto" (fls. 62 vto. cdno. principal). Sin embargo en otras intervenciones niega ese propósito de matar y sostiene que debido a su estado emocional prácticamente se le fueron los dos tiros con que hirió a su esposa.

Considerada completa la investigación, el Juzgado la cerró por auto de 24 de julio de 1974 y con fecha 28 de agosto del mismo año profirió auto vocatorio a juicio considerando a Gerardo Osorio Galvis como responsable del delito imperfecto (en grado de frustración) de homicidio en la persona de su legítima esposa María Fanny Arbeláez.

Esta providencia fue notificada personalmente al sindicado el 28 de agosto del año en cita pero como su apoderado se excusara de seguirlo representando (fl. 161), y Osorio no hubiera designado uno nuevo, se le nombró de oficio, habiéndose notificado al nuevo defensor el auto de proceder el día 19 de septiembre de 1974 (fl. 163).

Entre tanto y por medio de memorial fechado a 29 de agosto de ese mismo año pero recibido en el juzgado sólo el 2 de septiembre siguiente, el sindicado había interpuesto recurso de apelación contra el auto de proceder.

Ese recurso, le fue concedido por auto de 26 de diciembre del mismo año en el que, además, se declara nula la actuación anterior a partir del auto de 26 de septiembre mediante el cual se había abierto el juicio a prueba.

Enviado el proceso al Tribunal Superior de Buga, éste, en providencia de 25 de febrero de 1975 manifestó que se abstenía de conocer del recurso de alzada y revocó el auto por medio del cual se lo concedía.

Interpuesto recurso de reposición por el Fiscal Segundo del Tribunal contra el mencionado auto, no se accedió a reponerlo habiendo salvado voto uno de los magistrados componentes de la Sala de Decisión.

Adelantada la causa sin que se solicitaran pruebas, se fijó, previo el trámite de sorteo de jurados, fecha para la audiencia pública que se llevó a cabo en los días 13 y 20 de mayo del año pasado y al terminar la vista los jurados contestaron en la siguiente forma al cuestionario que les fue sometido: "SI ES RESPONSABLE, APLIQUESELE LA PENA MINIMA POR HABER OBRADO EN ESTADO DE VAGCTONIA".

El Juzgado, en la ya citada sentencia de 30 de mayo de 1975, consideró que la recomendación que el jurado hizo en su veredicto sobre la aplicación de la cuantía mínima de la pena, no incidía en el resto del veredicto que era claramente condenatorio y como lo encontró fundado en los hechos procedió a desarrollarlo aplicando la pena de diez años de presidio.

El Tribunal en la providencia objeto del presente recurso luego de rechazar la petición de su Fiscal Segundo en el sentido de que se declarara la nulidad de lo actuado a partir del auto por el que se abstuvo de considerar la apelación interpuesta por el sindicado contra el de proceder, para replicar a lo cual reiteró que aquél tenía tres días después de habérsele notificado el llamamiento a juicio para recurrir contra él sin que pudiera considerarse, a juicio de la Sala mayoritaria, que disponía de todo el tiempo que tardó en notificarse su defensor pues el término de notificación precluye para cada uno de los notificados en el tiempo que se menciona primero, entró a analizar los fundamentos de la sentencia encontrándolos perfectamente aceptables por lo cual, como se expresa al comienzo de la presente, la confirmó en todas sus partes. Uno de los Magistrados salvó su voto por considerar, de acuerdo con el Fiscal, que el tér-

mino de notificación aun no había transcurrido por no habérsele hecho ella al defensor y que, por tal motivo, el recurso de apelación fue interpuesto oportunamente.

Demanda de casación

Dentro de la causal cuarta de casación, única que alega el recurrente, presenta tres cargos que pueden resumirse de la siguiente manera:

Primer cargo

Nulidad por incompetencia de la jurisdicción, por cuanto considera el actor que, no estando suficientemente probada la intención de matar, no se trata en el presente caso de un homicidio sino de unas lesiones personales de conocimiento de los jueces municipales habida cuenta que el único dato oficial sobre las consecuencias de ellas sólo fija una incapacidad provisional de cuarenta (40) días.

Segundo cargo

Nulidad constitucional por no haberse establecido la "auténtica" salud mental del procesado ya que la prueba aducida al proceso la considera incompleta y estima aún pendiente la conclusión sobre ese punto.

Tercer cargo

Nulidad también de rango constitucional por no haberse resuelto sobre la apelación del auto de proceder, que el Fiscal recurrente considera oportunamente interpuesta ya que a su juicio aún no se había perfeccionado la diligencia de notificación y era obligatorio resolverla habiéndose quebrantado por el Tribunal, al negarse a ello, las garantías consagradas por el artículo 26 de la Carta en lo atinente a la observancia plena de las formas del juicio lo que también ocurrió porque el Tribunal, al dejar en firme el auto de 26 de diciembre de 1974 proferido por el Juzgado, dejó subsistente la nulidad que en él se declaraba del auto por medio del cual se abrió el juicio a prueba y de las actuaciones posteriores, entre ellas el sorteo de jurados.

El Procurador Tercero Delegado Penal al serle pasada en traslado la demanda para los fines del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, se abstuvo de ampliarla pero manifestó que estimaba que el recurso a que se acaba de hacer referencia había sido interpuesto en tiempo, como lo consideró el juez del conocimiento "toda vez, dice la Procuraduría, que se propuso por el procesado cuando aún no se había notificado a su defensor".

Consideraciones de la Corte

Examinados los cargos que se han hecho a la sentencia y oída la voz del Ministerio Público, la Sala limitará a dicha censura su examen pues es obvio que sobre el de las otras dos.

En efecto, la abstención del Tribunal de conocer el recurso de alzada contra el auto de proceder, fundada en la consideración de que había sido interpuesto fuera de término, constituyó una grave omisión en las formas propias del juicio ordinario penal del cual hace parte fundamental el derecho de las partes de interponer recursos y a que se resuelvan oportunamente, facultad que deriva de la naturaleza misma del proceso penal que entre nosotros envuelve la posibilidad de impugnación de los actos procesales.

Esta facultad de impugnar las decisiones del juez es un remedio jurídico de primordial importancia pues tiende a remover lo que la parte impugnante considera una desventaja proveniente de tales determinaciones y la ley la consagra en forma autónoma, es decir, sin que el poder de impugnar esté condicionado a la existencia efectiva de la injusticia.

De ahí que el negarse el superior a conocer del recurso constituya lesión grave a los intereses de la parte y omisión importante, como se deja dicho, a las formas del juicio, no importa que, a la postre, se hubiera resuelto en contra del recurrente.

Porque lo que caracteriza a los medios de impugnación es la tendencia a que la decisión impugnada se reemplace por una distinta de donde viene que cuando no se produce, por abstención, un nuevo proveído, se esté omitiendo la forma propia que caracteriza a estos remedios procesales que,

como también se deja expresado, forman parte sustancial del proceso.

Ahora bien, el Tribunal omitió pronunciarse sobre la alzada interpuesta por el sindicado contra el auto vocatorio a juicio aseverando que dicho recurso había sido interpuesto fuera de término.

Pero no tuvo en cuenta que el acto de notificación es de carácter complejo cuando se dispone que se haga a varias partes en común o a una de ellas y a su apoderado.

En estos casos tal acto sólo se completa cuando se ha dado conocimiento a todas las partes que deben enterarse de su contenido.

En el caso de notificación del auto de proceder, la norma reguladora (Art. 182 del Código de Procedimiento Penal) dispone que se notifique personalmente tanto al procesado como a su defensor, salvo en el caso de que aquél haya sido declarado reo ausente.

Esta formalidad de la notificación personal al defensor es verdaderamente excepcional y significa que no basta que el procesado se entere del contenido del auto sino que es necesario ocurra lo mismo con el apoderado.

Porque así conviene a los intereses del primero a quien hay que suponer, en la mayor parte de las veces, lego en derecho. O sea que, en realidad, los efectos de la notificación sólo vienen a conseguirse cuando se da noticia del contenido del auto al apoderado pues es éste quien ejerce la asistencia en derecho del imputado.

Sobre la naturaleza del apoderado o defensor, dentro del proceso penal, es bueno recordar las palabras de G. Leone: "Nos encontramos así, dice, ante un sujeto que actúa, en presencia y en estrecha unión con la parte, en nombre propio y en interés de ella; dando lugar a una actividad que culmina con la actividad de la parte, constituyendo un momento indefectible de ella. Y puesto que no puede encuadrarse en ninguna de las categorías inventadas para definir la posición de un sujeto distinto de la parte: no hay otra solución que la de reconocer en el defensor uno de los sujetos en los cuales se articula la parte. Esta visión —que en algunos escritores extranjeros se encarnó en expresiones de particular eficacia— encontró formulación jurídica en la teoría de De Marsico, que presentó al defensor como 'un consorte procesal, normalmente necesario, del imputado, y sus dos individualidades como constitutivas de una parte única representada en dos órganos'; teoría que desemboca en la aceptación del concepto de parte defendida" (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, págs. 577 y 578).

Entresacando del concepto anterior la expresión final puede afirmarse, en conclusión que la notificación a la "parte defendida" sólo queda completa cuando se ha notificado al inculpado y también al defensor y que únicamente a partir de este momento puede contarse el término de ejecutoria del auto o sentencia.

Refiriendo estas afirmaciones al caso de autos resulta incuestionable que como el procesado interpuso el recurso de apelación contra el auto de proceder antes de que de esta providencia se notificara a su defensor, debe considerarse interpuesto en tiempo y el Tribunal debió resolverlo. Tanta mayor era la importancia de la decisión que debía tomar el ad quem cuanto que se estaba debatiendo si se trataba, en el caso de autos, de lesiones personales o de un homicidio imperfecto.

Como no lo hizo sino que se abstuvo de conocer de la alzada significa, de acuerdo con lo que se deja dicho acerca de los medios de impugnación como parte del proceso, que se omitió una de las formas propias del mismo y se incurrió, por lo tanto, en nulidad de carácter constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, en cuanto menciona como un derecho el de ser juzgado con la observancia plena de las formas propias del juicio alegada por el recurrente y apoyada por el Procurador Tercero Delegado Penal.

Esa nulidad se presentó con el auto de 25 de febrero de 1975 en el cual se decide la abstención de conocer el recurso. Y ubicada de allí en adelante.

Debe, en consecuencia, procederse como previene el numeral tercero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal —administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

PRIMERO. CASAR la sentencia recurrida.

SEGUNDO. El proceso queda en estado de que el Tribunal resuelva sobre la apelación interpuesta por el procesado contra el auto de 28 de agosto de 1974, por el cual el Juzgado Segundo Superior de Cartago llamó a juicio a Gerardo Osorio Galvis por el delito de homicidio (frustrado) en su legítima esposa María Fanny Arbeláez de Osorio. Y debe continuarse, de allí en adelante, hasta su conclusión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para que proceda de acuerdo con lo resuelto por la Corte.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero, Pedro Elías Serrano Abadía.

José Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

Presentación de la demanda y fundamentación de las causales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio quince de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 35, julio 15/76.

Vistos

Agotados los trámites correspondientes, procede la Corte a resolver acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sentenciado LUIS ALBERTO VILLAMIZAR TARAZONA contra la sentencia de 12 de julio del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado 8º Penal del Circuito de la ciudad nombrada, que le condenó a la pena principal de tres años de prisión, a más de las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de estafa en perjuicio de Manuel Gómez y Eduardo Ordóñez, quienes fueron denunciantes dentro de estas diligencias.

Hechos

En la sentencia impugnada se sintetizan así: "Los denunciantes en razón de productores o compradores de anís habían tenido relaciones comerciales con el sindicado LUIS A. VILLAMIZAR TARAZONA, quien como comisionista, en una oportunidad les había vendido una apreciable cantidad de grano de anís a la Empresa Licorera de Boyacá, posteriormente, VILLAMIZAR TARAZONA viajó a Medellín con el objeto de venderle anís a la Empresa Licorera de Antioquia, habiendo obtenido colocar la no despreciable cantidad de 100 kilogramos de anís, a razón de diez y seis pesos el kilo, con cuatro pesos menos del valor del kilogramo que se cotizaba en el mercado. Perfeccionada la transacción comercial, LUIS A VILLAMIZAR viajó a Pasto con el objeto de entrevistar a Ordóñez y Gómez, para que suministraran el anís a la Licorera de Antioquia y que él ganaría una comisión de un peso con cincuenta centavos por kilogramo, exigiéndoles cuarenta mil pesos por adelantado, los que le fueron suministrados parte en efectivo y parte en un cheque de gerencia y VILLAMIZAR, para motivarlos más en el fabuloso negocio, hizo una carta en la que daba a entender que cedía la negociación a los denunciantes, con el resultado de que éstos fueron a Medellín, entregaron la mitad del cargamento del grano de anís que VILLAMIZAR había contratado, el que ascendió a la suma de $ 792.000.oo aproximadamente. 'Dos días después de haber firmado la carta que los denunciantes consideraron como cesión del contrato que les hacía VILLAMIZAR, es decir, el 18 de febrero de 1970, el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, se dirigía a la Empresa de Licores de Antioquia embargando lo que le debieran a VILLAMIZAR, por razón de un embargo que le propusiera su cuñado Eduardo Tarazona, por Ciento cincuenta mil pesos, efectivo que transó VILLAMIZAR por doscientos cuarenta mil pesos, y luego hizo cesión de trescientos mil pesos a Félix Sánchez y a Alfonso Arango Moreno doscientos cuarenta y cinco mil pesos, quedando un remanente de la cuenta de poco más de Cuatro mil pesos...'"

Actuación procesal

En atención a la denuncia penal formulada por Ordóñez y Gómez y a los documentos que a ella acompañaron, el Juzgado 2º de Instrucción Criminal de Bogotá el 3 de noviembre de 1972 dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 50). Practicadas numerosas pruebas de diversa índole, las diligencias fueron enviadas al Juzgado 8º Penal del Circuito, al cual correspondieron por reparto (fl. 136), el que amplió el término de investigación para su perfeccionamiento (fl. 137). Solicitada que fue la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, fue negada la petición (fls. 341 ss.). Clausurada la etapa investigativa (fl. 460), el Juzgado del conocimiento luego de oídas las partes (fls. 462 ss., 469 ss.), por auto de 16 de octubre de 1973, entre otras disposiciones tomó la de llamar a responder en juicio criminal a Luis Alberto Villamizar Tarazona "por el delito de ESTAFA, contemplado en el Código Penal Colombiano, Libro II, Título XVI, Capítulo IV, cometido contra los intereses económicos de los señores Manuel Gómez y Eduardo Ordóñez, en la ciudad de Bogotá" (fls. 479 ss.).

Ante la imposibilidad de lograr la captura del sindicado, se le emplazó en forma legal (fl. 530), se le declaró reo ausente y se le nombró defensor de oficio (fls. 531 ss.). Abierto el juicio a prueba (fl. 537), se hizo uso de él. Con las formalidades de ley, se celebró la respectiva audiencia pública (fl. 555). Y luego se produjeron las sentencias de primera (fls. 568 ss.) y de segunda instancia, habiéndose interpuesto contra esta última el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Al amparo de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el actor formula ocho cargos contra la sentencia impugnada: el primero como principal y los restantes como subsidiarios. En su orden los presenta así:

Primer cargo

Enunciado: "Violación indirecta de norma sustancial por error de hecho derivado de la falta de apreciación de la prueba. Causal primera de casación penal, segunda parte. Norma probatoria violada: artículo 278 del Código de Procedimiento Penal. Norma sustancial violada: artículo 408 del Código Penal, en concordancia con el 410 de la misma obra, por aplicación indebida".

Fundamentación: Luego de transcribir un aparte de la sentencia impugnada según la cual, en criterio del demandante "a juicio del Tribunal, el hecho de no constituir la autorización una cesión jurídica de contrato, 'debe tenerse como una maniobra engañosa por parte de VILLAMIZAR, para inducir en error a MANUEL GOMEZ y EDUARDO ORDOÑEZ", critica el ad quem por no decir "por qué tal documento fue un instrumento inductivo al error", puesto que ni siquiera se mencionó en la sentencia recurrida el dictamen grafotécnico de los folios 520 y 521. Con esa omisión se violó el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal que obliga al fallador a estudiar los dictámenes y dar las razones por las cuales los acoge o desecha. Y, por esa misma omisión se aplicó indebidamente la norma sustancial que tipifica la estafa, pues si se hubiera valorado el dictamen, hubiera sido absurdo sostener la tesis de la inducción en error, "pues los propietarios de la mercancía no podían ser auto-engañados por haber ellos realizado la adición documental en la cual se menciona la figura jurídica de la cesión, tal como se sostuvo en ambas instancias".

Luego debe dictarse sentencia absolutoria.

Segundo cargo. Subsidiario

Enunciado: "Violación indirecta de norma sustancial por error de hecho en la apreciación probatoria. Causal primera de casación, segunda parte. Norma probatoria violada: artículo 278 del Código de Procedimiento Penal. Norma sustancial violada: artículo 408 del Código Penal, en concordancia con el artículo 410 de la misma obra, por aplicación indebida".

Fundamentación: Si se acepta que el Tribunal apreció el dictamen grafológico, esa apreciación es errónea, pues el dictamen da base para radicar la falsedad documental en cabeza de los dueños de la mercancía,

falsedad que excluye el engaño, pues en tal documento Villamizar no habla de cesión sino de autorización para el cobro. Quienes hablan de cesión, fueron quienes agregaron la cesión a un documento de autorización "y si así lo hicieron, OBVIAMENTE era porque ellos sabían que se trataba de una autorización".

Luego se impone sentencia absolutoria.

Tercer cargo. Subsidiario

Enunciado: "Violación indirecta de norma sustancial por error de derecho en la apreciación probatoria. Causal primera de casación, segunda parte. Norma probatoria violada, artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 408 y 410 del Código Penal, por aplicación indebida".

Fundamentación: El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que consagra el principio de la carga de la prueba, está destinado al juez, le dice cómo debe fallar en caso de falta de prueba y es aplicable al procedimiento penal en virtud de la regla 3ª de éste.

Cuando "el Tribunal trata el título valor utilizado por el cuñado del sindicado en contra de este último como una maniobra más de VILLAMIZAR TARAZONA, para 'apropiarse del producto de la venta del anís o del anticipo del dinero que le dieron en comisión' ", la Corporación está contradiciendo "el principio de la carga de la prueba, por cuanto indebidamente se ha cambiado la identidad del perjudicado ante la falta de la prueba de la falsedad ideológica del título-valor, para radicarla en cabeza de Villamizar Tarazona y no en la de los dueños del anís, pues la presunción de autenticidad de los títulos-valores, mencionada en el artículo 793 del Código de Comercio, ordena lo contrario". Además, se tuvo en cuenta "como falso en su contenido, un título valor, cuando la falsedad ideológica no es tramitable de manera incidental en un juicio civil", sino que requiere investigación en primera instancia por un juez superior y no de circuito.

Luego se impone sentencia absolutoria.

Cuarto cargo. Subsidiario

Enunciado: "Violación directa de norma sustancial. Causal primera de casación, primera parte. Norma sustancial violada: artículo 408 del Código Penal, en concordancia con el artículo 410 de la misma obra, por aplicación indebida".

Fundamentación: La norma 408 del estatuto represivo "exige una relación de medio a fin entre el artificio o engaño y el provecho ilícito". "Los artificios de VILLAMIZAR TARAZONA al presentarse como dueño del anís, sin serlo, no son artificios utilizados como medio para la obtención del fin o provecho ilícito, pues VILLAMIZAR sólo dice que es dueño ante los jueces penales que investigaron y decidieron la estafa, obviamente, cometida antes de la iniciación de la actividad de las autoridades penales". No hay prueba para sostener que Villamizar "se presentó como dueño ante persona o entidad cualquiera, antes de las (sic) iniciación de la investigación penal", lo cual no necesitaba pues le "era suficiente su calidad de contratante con la empresa de licores y su calidad de poseedor del crédito".

Luego se impone sentencia absolutoria.

Quinto cargo. Subsidiario

Enunciado: "Violación directa de norma sustancial. Causal primera de casación, primera parte. Norma sustancial violada: artículo 408 del Código Penal, en concordancia con el artículo 410 de la misma obra, por aplicación indebida".

Fundamentación: De acuerdo con el verbo rector: obtener, del artículo 408 del Código Penal, para que se tipifique la estafa "debe haber un real provecho, el cual no lo hubo en la conducta investigada, pues el anticipo de comisión no cubre sino apenas la mitad de la comisión causada por las mercancías entregadas a la Licorera de Antioquia, quedando en favor de VILLAMIZAR TARAZONA, un saldo de CUARENTA MIL PESOS ($ 40.000.oo) MONEDA CORRIENTE".

Luego se impone sentencia absolutoria.

Sexto cargo. Subsidiario

Enunciado: "Violación directa de norma sustancial. Causal primera de casación, primera parte. Norma sustancial violada: ar-

tículo 18 del Código Penal por falta de aplicación, y artículo 408 del Código Penal, en concordancia con el artículo 410 de la misma obra, por aplicación indebida"..

Fundamentación: "El ejecutivo contra VILLAMIZAR TARAZONA no era un medio adecuado o idóneo para realizar una estafa, pues ésta requiere un desplazamiento de bienes, mientras que las medidas preventivas adoptadas en el juicio civil, ponían fuera del comercio o inmovilizaban el dinero proveniente de la compraventa del anís entregado a la licorera mencionada".

De aceptarse esta causal "se impone una sentencia condenatoria por tentativa imposible de estafa, a menos que se considere por la Corporación la figura del delito imposible como inconstitucional por violar el principio de tipicidad o legalidad de las conductas delictivas consagrado por el artículo 26 de la Carta; en este evento, se impondría una sentencia absolutoria y así se guardaría la integridad constitucional por la vía de la excepción a que alude el artículo 215 de la Carta".

Séptimo cargo. Subsidiario

Enunciado: "Violación directa de la Ley sustancial. Causal primera de casación, primera parte. Norma sustancial violada: artículo 16 del Código Penal, por falta de aplicación, y artículo 408 del Código Penal, en concordancia con el artículo 410 de la misma obra, por aplicación indebida".

Fundamentación: "La no apropiación de VILLAMIZAR TARAZONA, sobre el valor de la venta, indica que se trata de una tentativa de estafa, pues si bien, el sindicado dio comienzo al delito, no lo consumó por el embargo del Juez Penal de instrucción, que viene a constituir una circunstancia ajena a la voluntad del sindicado".

Luego "se dejó de aplicar la figura de la tentativa, y se aplicaron indebidamente las penas de los artículos 408 y 410".

Entonces, "se impone una condena inferior de sólo dos años de prisión.

Octavo cargo. Subsidiario

Enunciado: "Violación directa de norma sustancial. Causal primera de casación, primera parte. Norma sustancial violada: artículo 17 del Código Penal, por falta de aplicación, y artículo 408 del Código Penal, en concordancia con el artículo 410 de la misma obra, por aplicación indebida".

Fundamentación: Villamizar "realizó todos los actos necesarios para la consumación de la fabulosa estafa", pero los dueños del anís no perdieron su dinero todavía embargado ni aquél se apropió del mismo. Luego "la estafa no se consumó y hubo falta de aplicación de la figura de la frustración o tentativa acabada, por una parte, mientras por otra, hubo aplicación indebida de las penas señaladas en los artículos 408 y 410 del Código Penal.

Se impone una condena inferior, por dos años solamente.

Consideraciones de la Sala y concepto del Ministerio Público

1. En atención al bien fundamentado concepto del Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que esta Sala acogerá y a otras consideraciones que habrán de formularse, la demanda ha sido presentada transcribiéndola casi en su totalidad y, de modo íntegro en cuanto hace a lo sustancial de sus argumentaciones.

Los cargos, teniendo en cuenta la manera como han sido presentados, la única causal invocada: primera de casación y el método que se impone, habrán de considerarse de manera conjunta, ya que esto es lo que indica la lógica.

Si se observan los enunciados de las diversas censuras transcritas literalmente, se tiene:

La primera se presenta como principal y las siete restantes, como subsidiarias.

Las tres primeras se formularon con fundamento en la segunda parte de la causal primera de casación y las restantes con base en la segunda de la misma causal. Todas tienen en común que señalan como normas sustanciales violadas, por aplicación indebida, a los artículos 408 y 410 del Código Penal. Además, para la primera y segunda, se señala como norma probatoria violada el artículo 278 del Estatuto Procesal Penal; para la tercera como violada la 177 del Código Civil, en concordancia con la 793 del de Comercio y la octava del de Procedimiento Penal; para la sexta, el artículo

18 del Código de las Penas, para la séptima, el 16 del mismo y para la octava, el 17 ibídem. Como conclusión de cada uno de los cinco primeros cargos, se solicita sentencia absolutoria y por los tres restantes, condenatoria.

Lo anterior hace resaltar y obliga, como se anunció, el estudio conjunto de los cargos, pues habrá de tenerse en cuenta, de especial manera, el método que impone la técnica que debe campear en cuanto a formulación y resolución de las demandas de casación.

2. De acuerdo con la causal invocada, "En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

"1. Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos".

El estudio cuidadoso de la demanda pone de presente cómo simultáneamente y con relación a la misma sentencia invoca ya violación indirecta de normas sustanciales por error de hecho (cargos 1º y 2º), ya por error de derecho (cargo 3º) o ya simplemente manifestando que se trata de "violación directa de norma sustancial" por aplicación indebida (cargos 4º, 5º, 6º, 7º y 8º).

En el primer cargo manifiesta que la violación indirecta de la norma sustancial por error de hecho se deriva de la falta de apreciación por el fallador de la prueba consistente en el dictamen grafotécnico visible a los folios 520 y 521, con relación al cual dice que "ni siquiera se menciona"; pero en el cargo siguiente expone que si el Tribunal "apreció el dictamen grafológico, en concepto del suscrito esa apreciación es errónea, pues este dictamen da base irrefutable para radicar la realización de una falsedad documental en cabeza de los dueños de la mercancía, falsedad esta que excluye el engaño,...".

Dos observaciones preliminares merece lo anterior: por una parte entran en franca contradicción los planteamientos, pues no es posible sostener en el primero que el dictamen pericial ni siquiera se mencionó en la sentencia impugnada; para pasar, a renglón seguido, a consignar que en la providencia pudo haber una apreciación errónea de él. O se tuvo en cuenta tal dictamen o no. El censor, para no incurrir en la contradicción que le hace imposible a la Corte conjeturar a cuál de las dos proposiciones contrarias se atiene, ha debido precisar cuál era la que de manera única y definitiva sostenía.

Por otra parte, ni el primero ni el segundo cargos aparecen debidamente fundamentados, pues en el libelo, apenas se encuentra una enunciación y una brevísima explicación escueta que no permite ver, con meridiana claridad, el error que debe aparecer de manifiesto en los autos.

En el tercer cargo, apenas sí se hace alusión a un "error de derecho en la apreciación probatoria", pero no lo demuestra, como la ley exige (Código de Procedimiento Penal, artículo 580, num. 1). Sobre la base de la simple enunciación de a quien corresponde la carga de la prueba, no puede colegirse el error que no ha sido demostrado en forma alguna.

Reiteradamente ha enseñado la Corte que "conforme a la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el quebranto de la Ley sustancial puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (la infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo: discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma hecho por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

La violación indirecta de la Ley sustancial se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada

prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente en el sentido de demostrar que el Tribunal ha incurrido en error de derecho, o de hecho que aparezca ostensible y notorio en los autos. Trátase, por consiguiente, de una técnica precisa, establecida por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

A la violación directa de la Ley sustancial se refiere el apartado 1º del ordinal 1º: del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo objeto de la censura, esto es, acepta la fundamentación fáctual de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el apartado 2º del referido ordinal. En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se había aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

"Como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces, es grave error, por tanto, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta; pues —según se ha expresado— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio ámbito de desarrollo, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y rechacen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, es decir, sobre una evaluación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación.

"..... .....

"En primer término, cumple observar que el actor confunde la violación directa con la indirecta, pues, al aducir que ha habido transgresión del precepto legal por 'aplicación indebida o interpretación errónea', alega el quebrantamiento por la vía directa de la ley, que no puede ocurrir cuando a la transgresión da lugar el error de derecho o el de hecho, planteados por el demandante.

"Es gravísimo error aducir que se ha violado la ley simultáneamente por aplicación indebida o por interpretación errónea. O es lo uno o lo otro, pero no ambas cosas a la vez, porque la aplicación indebida ocurre cuando se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado, y la interpretación errónea se presenta cuando se da a la ley un alcance distinto del querido por ella. De suerte que una norma se aplica indebidamente o se interpreta erróneamente, mas no se cometen los dos cuertos a un mismo tiempo. También confunde el actor el error de derecho en la apreciación probatoria con el error iuris in iudicando (infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea), según se colige de lo expuesto".

Sabido es que el quebrantamiento directo de la Ley sustancial puede ocurrir por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, lo cual obliga a la aceptación de los hechos tal como quedaron plasmados en la instancia. Y si se trata de la violación indirecta, habrán de desecharse aquéllos para entrar a demostrar, de manera palmaria, si se incurrió en error de derecho o de hecho, como lo manda la norma invocada. De ahí que con toda razón diga el Ministerio Público sobre estos particulares:

Como cada una de las hipótesis de la violación directa "tiene un significado diferente, no se puede afirmar su ocurrencia simultánea, dado caso que son excluyentes entre sí, debido a que la primera, también designada como infracción directa o contravencional formal de la Ley sustancial, se pre-

sería cuando en el fallo acusado se dejó de aplicar la disposición legal propia al caso; la segunda se presenta cuando el sentenciador aplicó la norma que no le corresponde al hecho demostrado, y la tercera al escogerse la norma propia, mas se le da un alcance diferente al suyo, es decir del que le reconoce el legislador.

"Además, no es suficiente que el acusador plantee escuetamente cuál de las hipótesis descritas fue en la que se colocó el sentenciador, sino que debe demostrar ampliamente su aserto, es decir, que escogiendo la primera ha de precisar cuál era la norma de aplicación al hecho probado, lo que, obviamente, conlleva la demostración de que la norma aplicada no era la propia para el caso; y en tratándose de la interpretación errónea, naturalmente que se debe indicar en qué consistió el yerro interpretativo, reemplazándolo por el análisis consecuente o propio del que se le debió haber dado. Al plantearse la violación directa de la Ley sustancial obliga la aceptación de los hechos que se cargaron a cuenta del condenado como propios de su conducta y que se dejaron probados en el proceso. No se puede, entonces, insinuarse siquiera que el procesado no fue autor del delito por el que se le juzgó y condenó, pues que, es la conclusión de lo dicho, el enfoque o ubicación intelectual del censor ha de proyectarse hacia la demostración de haber violado el fallo recurrido un ordenamiento penal, en la modalidad estudiada.

"A su vez, si la acusación al fallo se hace sobre el presupuesto de la violación indirecta a la norma sustancial, se ha de partir de la premisa de no estar demostrados los hechos o comportamiento imputado al procesado, es decir, desconociendo en absoluto su existencia real en el proceso, fijándose como meta la comprobación de que el sentenciador cuando los dio por demostrados incurrió en un error de derecho, o en un error de hecho, sin que en manera alguna se pueda atribuir ambos yerros a una misma prueba.

"Lo anterior significa que plantearse simultáneamente ambas violaciones a la Ley Penal sustancial, o también, como en el caso a estudio, la una subsidiaria de la otra es un dislate, porque ello significa llevarse de calle el principio de contradicción. En este caso, simultaneidad de las violaciones, o subsidiaria ésta de aquélla, la Honorable Corte queda inhibida para estudiar los temas cuestionados por no saberse a ciencia cierta, cuál es el pensamiento exacto del impugnador en la precisión del quebranto, y sabido lo es que, 'su actividad jurisdiccional está circunscrita a los estrictos límites que, conforme a la ley regulativa de la materia, le trace el impugnante' ".

"La circunstancia de plantearse, como lo ha planteado el actor en el caso sub examine una violación indirecta a la Ley sustancial, y subsidiariamente violación directa de ella, dentro del mismo fallo, es de por sí valedera, a razón lógica, para desecharse la demanda por antitécnica, y desobligante para los principios ineludibles e irremplazables, disciplinantes del recurso extraordinario de casación por lo conceptuado atrás" (Cuaderno de la Corte, fls. 27 ss.).

Las razones anteriores son más que suficientes para desechar todos los cargos propuestos, dándole aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Fiscal colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de julio del año pasado, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en contra de LUIS VILLAMIZAR TARAZONA.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial. Cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero,

José Evencio Posada V., Secretario.

EXAMEN SIQUIATRICO DEL SINDICADO

Su procedencia al tenor del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio quince de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 35, julio 15/76.

Vistos

El 14 de julio de 1975 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar confirmó la sentencia proferida contra IVES BACCA SOTO por el Juzgado Segundo Superior de dicha ciudad que le condenó a la pena principal de 15 años de presidio y a las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de homicidio agravado en su legítima esposa Concepción León de Bacca.

Contra el fallo de segunda instancia se interpuso recurso extraordinario de casación por el defensor del sentenciado Bacca Soto, el cual se declaró admisible por auto de 12 de septiembre del año próximo pasado; la demanda fue aceptada conforme a providencia de 2 de diciembre siguiente. Se corrió el traslado de rigor al Ministerio Público, conceptuándose por éste que no debe casarse la sentencia cuestionada.

Agotado como se encuentra el trámite de ley, procede la Corte a pronunciar la decisión que corresponde.

Hechos

Cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar confirmó el fallo condenatorio, los hechos fueron resumidos así:

"Por el mes de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), IVES BACCA y CONCEPCION LEON contrajeron matrimonio en la población de Chimichagua. Muchos años se habían sucedido desde el establecimiento de la relación conyugal cuando BACCA se enteró que su esposa era amante clandestino del médico HERNANDO TORRES COHEN o COHEN TORRES con quien después vivió en libre y franco contubernio en la ciudad de Barranquilla. Sin embargo BACCA volvió a ella para pedirle que restauraran su vida hogareña que tuvo entonces su sede en la población de Ovejas (hoy Sucre) pero que sólo duró seis (6) meses puesto que Concepción León habiéndose topado de nuevo con TORRES COHEN marchó a su lado para unirse con él en un nuevo maridaje en esa ciudad del Atlántico. Años más tarde encontró en la muerte de su suegro oportunidad para reconvivir a su cónyuge y lograr de ella la restauración de sus relaciones que con alternativas de armonía y distensión tuvieron en esta ocasión como escenario la población de Chimichagua en este Departamento. Así se desenvolvía la tortuosa vivencia de los nombrados esposos que de nuevo experimentó una nueva frustración cuando en el mes de julio o agosto del año pasado protagonizaron otra ruptura. Supo después Bacca que su esposa estaba amancebada con CARLOS PUERTAS; así motivado se habilitó de pistola y encontrado que la hubo dentro o en las inmediaciones de la finca denominada 'Los Carruseles', jurisdicción de Chimichagua, disparó contra ella por dos veces

ocasionándole la muerte cuando transcurrían las primeras horas de la mañana del trece (13) de enero del año en curso".

Actuación procesal

La investigación se inició por las autoridades de Policía de la población de Chimichagua, y posteriormente fue adelantada por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Valledupar.

Agotada la etapa sumarial, el Juzgado Segundo Superior de Valledupar radicó en juicio con intervención del Jurado de Conciencia al acusado Ives Bacca por la muerte de su legítima esposa, auto que no fue recurrido.

La audiencia pública se realizó durante los días 20 y 21 de marzo de 1975 y en ella actuaron: el Fiscal del Juzgado Superior, el representante de la parte civil y el defensor del enjuiciado. El jurado de conciencia contestó afirmativamente el cuestionario que el juez de derecho le sometió a su consideración. Luego se produjeron los fallos condenatorios indicados en los Vistos de esta providencia.

La demanda

El actor en extenso alegato (fl. 70) consigna su desacuerdo en base a las siguientes causales: 4ª, 2ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Para sustentar la pretensión se aducen las siguientes razones: En cuanto a la causal 4ª se afirma por el censor que hubo infracción del artículo 26 de la Constitución porque a folios 188 a 190 se solicitaron los testimonios de Alfonso Murgas y Pompilio Bustamante para demostrarse la dedicación que el reo Ives Bacca mantenía por su esposa y sus hijos. Que se solicitó el examen psiquiátrico para el condenado y el juzgador de instancia se abstuvo de practicar las pruebas solicitadas por encontrarse vencido el término de instrucción, pero prometió realizarlas en el período probatorio de la causa (fls. 191 y 192). Se afirma que estas pruebas en definitiva no se practicaron y eran de vital importancia porque con ellas se pretendía demostrar en primer término los actos de infidelidad de la víctima y por otra parte se necesitaba determinar la anormalidad psíquica en que se encontraba el acusado en el momento de cometer el ilícito.

Otro motivo de nulidad al amparo de la causal 4ª se dirige contra el auto de enjuiciamiento por no haberse considerado la circunstancia atenuante de la responsabilidad del artículo 28 del Código Penal. El censor en su libelo trata de demostrar que el señor Bacca obró en estado de ira por grave e injusta provocación de la occisa. La ofensa según el demandante consistió en que en la mañana del 13 de enero de 1974, cuando el procesado encontró a su legítima esposa en la finca "Los Carruseles", de propiedad de Carlos Puerta y preguntarle si ella convivía con dicho individuo, Concepción le contestó "y qué": que esta respuesta de la víctima produjo la reacción en la siquis del condenado, causándole en forma inmediata la muerte.

En su criterio, esta situación de hecho se ajusta a los delineamientos previstos en el artículo 28 del Código Penal y como el auto de enjuiciamiento no tuvo en cuenta esa circunstancia de atenuación se infringieron en consecuencia los numerales 2º y 3º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, lo que conlleva nulidad de orden supralegal, por falta de aplicación del precepto más favorable y por inobservancia de las formas propias del juicio.

El tercer cargo se hace a la sentencia con base en la precitada norma 26 de la Carta, y consiste en sostenerse que por parte del sentenciador se desconoció el artículo 382 del Código Penal en el auto calificatorio, pues a pesar de estar plenamente demostrada la infidelidad conyugal de la víctima, ya que ésta admitió que por la época de los acontecimientos convivía con Carlos Puerta, aquél no se tuvo en cuenta. Que se infringió el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal por falta de aplicación de los numerales 2º y 3º y por ende se violó la Constitución.

Causal segunda

Se ataca la sentencia por la causal segunda de casación, "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o estén en desacuerdo con el veredicto del jurado". Para

fundamentar el cargo se manifiesta que existe discordancia entre el veredicto del jurado y la sentencia, pues si bien el auto de proceder dedujo en contra de Ives Bacca la circunstancia agravante del parentesco prevista en el numeral 1º del artículo 363 del Código Penal, el cuestionario la omitió y por lo tanto, el jurado declaró la responsabilidad por homicidio voluntario. Como al acusado se le condenó por homicidio agravado surge el desacuerdo entre el veredicto y el fallo materia de la impugnación. Se agrega, además, que se contravino lo dispuesto en el 483 del Estatuto Procesal Penal, ya que el auto de enjuiciamiento calificó desde el punto de vista jurídico la circunstancia de agravación porque se hizo expresa mención del artículo 363 del Código Penal.

En tal virtud se solicita de la Corte la invalidación del fallo acusado y el cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Tercera causal

Se impugna también por la causal 1ª de casación: "Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley sustancial, por infracción directa o aplicación indevida o interpretación errónea". Para sustentar el cargo se dice que existió violación directa de los artículos 363 y 362 del Código Penal: el primero por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación porque el señor Bacca Soto cometió homicidio simplemente voluntario y no asesinato, ya que el veredicto, en atención al cuestionario propuesto, fue condenatorio.

Concepto del Ministerio Público

El colaborador fiscal, Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en severo y acertado concepto solicita que el recurso se deseche porque, con relación a los cargos formulados encuentra: que las declaraciones que arguye el censor no fueron practicadas, no se hacían indispensables, puesto que los hechos que con ellas se pretendía acreditar, ya estaban plenamente establecidos en el proceso; porque el decreto y práctica del examen psiquiátrico solo se impone de manera necesaria cuando el funcionario encuentre sólidos motivos que le lleven a pensar que el agente obró dentro de alguna de las circunstancias consagradas por el artículo 29 del Código Penal, lo cual no aparece por parte alguna, lo que explica que el defensor no insistiera en esta pretensión en la etapa probatoria del juicio ni dentro de la audiencia; que pretender ahora el que se declare que el procesado obró dentro de la modalidad contemplada en la norma 29 del mismo estatuto, es ajeno al recurso de casación; que lo mismo cabe razonar con relación al reclamo sobre no aplicabilidad del 382 del Código en cita; que entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia Hay armonía, porque desde la primera de tales piezas se sentó, sobre el documento público legal respectivo, el vínculo conyugal existente entre victimario y víctima.

Consideraciones de la Sala

Se manifiesta por el recurrente, con apoyo en la causal cuarta de casación, que existe nulidad de orden constitucional por tres conceptos a saber:

"a) Que se violó el artículo 26 de la Carta Política fundamental cuando por los falladores de instancia, no se recepcionaron los testimonios de Alfonso Murgas y Pompilio Bustamante, testimonios que eran de vital importancia para demostrar la dedicación y el cuidado que IVES BACCA SOTO prodigaba por su esposa y por sus hijos". Se afirma igualmente por el recurrente que al no practicarse el examen siquiátrico al sindicado, se violaron las garantías esenciales del juzgamiento "ya que no se pudo establecer en el proceso si el reo en el momento de cometer la ilicitud podía encontrarse en alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 29 del Código Penal".

Frente al anterior cargo se razona así: de la múltiple prueba traída al expediente, principalmente las declaraciones de Tasto Palomino, Doris Soto de Rodríguez y Esther Aljure, se sabe que la occisa mantenía relaciones sexuales con otras personas fuera de su esposo. Se sabe igualmente que el reo reiteradamente y cuando su cónyuge lo abandonaba por ciertos lapsos de tiempo, la llamaba nuevamente a que compartieran la vida del hogar. Por ello la declaración de Alfonso Murgas, a fin de que manifestara cuál era el comportamiento de Bacca frente a su

esposa y sus hijos no alteraba en nada el curso del proceso, vale decir que con el presunto testimonio de Murgas se iba a probar un hecho que ya se encontraba suficientemente establecido. En consecuencia, el referenciado testimonio, no insidía en el transcurso de la investigación. Lo mismo puede afirmarse del testimonio de Pompilio Bustamante porque se solicitó su versión para que depusiera sobre los mismos hechos del anterior testigo.

Se dice por el actor, que existe nulidad constitucional por cuanto los falladores de instancia omitieron ordenar la práctica del examen siquiátrico de Ives Bacca Soto. Frente a este ataque la Corporación debe manifestar que la práctica del examen siquiátrico a un sindicado es optativa por parte del funcionario de instrucción o del conocimiento. Lo anterior se desprende del mismo texto legal (artículo 411) que dice: "Examen del sindicado por peritos médicos. Desde el momento mismo de la captura, y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal o que se encuentra en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, ordenarán su examen por los peritos médicos".

En sana lógica ha de entenderse que si el funcionario de instrucción o el juez del conocimiento en el presente caso, no ordenaron la práctica del examen siquiátrico fue porque no encontraron en su conducta indicios que los llevaran a pensar que en el momento en que el hecho criminoso tuvo su culminación, el sindicado hubiera obrado o se hubiera encontrado bajo cualquiera de las condiciones señaladas por la norma transcrita.

Recientemente la Corte, al interpretar jurisprudencialmente el contenido del artículo 29 del Código de las penas, ha manifestado: "el examen de un imputado por peritos médicos para establecer si se halla en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal o en estado de embriaguez, intoxicación aguda o en inconsciencia, es potestativo del juez quien sólo debe proceder a ordenarlo cuando observe indicios de que existen estas situaciones. Ahora bien: no puede en tales casos tratarse de cualquiera indicio sino de aquéllos que, en forma vehemente hagan sospechar la presentación de tales estados de anormalidad síquica".

En el caso sub judice no se observan bases suficientes para sospechar sobre fundamento serio que el procesado Ives Bacca Soto, cuando agotó el punible de homicidio en la persona de su legítima esposa, se hubiera encontrado en alguna de las circunstancias específicamente señaladas por el artículo 29 del Código Penal; porque el reo demostró suficiente entereza de ánimo no sólo para solicitar en préstamo el arma homicida, sino que en posesión de ésta ya, se dirigió a la finca en donde se encontraba la víctima y después de un corto cruce de palabras ejecutó la acción física de los disparos que a la postre le ocasionaron la muerte. Una vez que el homicidio tuvo su consumación, Bacca Soto se encaminó a la población de Chimichagua siendo allí capturado por las autoridades respectivas. Esta actividad desarrollada antes y después de los acontecimientos, llevaron al sentenciador a pensar con fundamento sólido, que el procesado al momento de plasmar su designio criminal, no se encontraba en ninguna de las condiciones de anormalidad de que trata el artículo citado.

Por último, en razón de la causal cuarta se manifiesta por el actor que existe nulidad del orden supralegal por cuanto que los falladores de instancia no reconocieron en el respectivo calificatorio ni en la sentencia la atenuante de que tratan los artículos 28 y 382 del Estatuto Penal. Frente al anterior cargo la Sala ha de manifestar que protuberantes fallas de técnica la llevan a desechar el cargo lanzado contra la sentencia, porque como reiteradamente ha sostenido la Corporación, "si los juzgadores de instancia no reconocieron esta situación, tal modalidad atenuante de la responsabilidad no puede proponerse en casación". Además debe anotarse que esta circunstancia fue esgrimida por la defensa en la respectiva diligencia de audiencia pública y no fue reconocida por los jueces del pueblo cuando emitieron su veredicto condenatorio, ni, en consecuencia, por el juez de derecho al dictar el correspondiente fallo.

Y es que como lo ha sostenido la Corporación "los Jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntima y

moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas". De manera que si la atenuante de responsabilidad a que hace mención el recurrente en el libelo de la demanda no tuvo acogida por los jurados ni por el sentenciador de instancia, no puede proponerse en casación puesto que este recurso extraordinario no es una tercera instancia.

No estando demostrado el cargo debe desecharse.

El segundo cargo que se hace a la sentencia consiste en que existió desacuerdo entre ella y el veredicto que según el recurrente fue por homicidio simplemente voluntario y no por homicidio agravado.

Tal criterio es errado ya que al folio 56 del informativo reposa el Certificado expedido por el Notario de la población de Chimichagua, documento público que demuestra el vínculo matrimonial existente entre víctima y victimario. El auto de enjuiciamiento no hizo sino recoger esa realidad fáctica y el respectivo cuestionario que se hizo siguiendo las prescripciones del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, contempló el vínculo de parentesco que unía a los protagonistas. Por ello la sentencia se dictó de acuerdo con el veredicto del jurado y es por lo menos desacertado sostenerse que existe contradicción entre el veredicto y el fallo emitido. Concretamente se invoca la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimineto Penal o sea cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado. Aquí como en el anterior cargo, se nota la ausencia de razón por parte del censor tanto por lo ya expuesto, como porque en los juicios en que interviene el jurado de conciencia no es pertinente alegar la causal invocada, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

En consecuencia el cargo no prospera.

El tercero que se esgrime contra la sentencia se hace consistir en que existió violación directa de la Ley sustancial porque según el recurrente el jurado declaró la responsabilidad por homicidio voluntario y sin embargo se condenó a Bacca Soto por homicidio agravado.

Como se nota este cargo guarda directa relación con el anterior y los argumentos expuestos por el censor son del mismo orden pero, se repite que tanto en el auto de enjuiciamiento como en el cuestionario sometido a consideración de los jueces del pueblo, se plasmó la realidad procesal, vale decir, se dio cuenta del vínculo de parentesco existente entre el reo y su víctima, elementos estos que fueron debidamente analizados en las instancias. Si lo anterior es evidente, se infiere como consecuencia que el cargo no puede prosperar.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

DESECHAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de julio del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar que condenó al citado Ives Bacca a purgar la pena de 15 años de presidio y a las accesorias correspondientes como autor responsable del punible de homicidio cometido en la persona de su legítima esposa Concepción León de Bacca.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

ARRESTO

Cómo se hace cuando esta pena se reduce a prisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio dieciséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 33 de 8 de julio de 1976.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de veinticuatro de julio del año próximo pasado, confirmó el fallo pronunciado por el Juzgado Once Superior, mediante el cual se impuso a VICTOR OLEGARIO PACHON PACHON, ocho años y nueve meses de presidio, así como las accesorias de rigor, por los delitos de "homicidio y lesiones personales", en los hermanos Carlos Hernando y Argemiro Gracia Tenjo.

En debida ocasión el procesado interpuso el recurso de casación, concedido en tiempo y forma oportunos.

El concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que en sus apartes pertinentes se citarán, parcialmente secunda la impugnación.

Hechos

El 11 de noviembre de 1972, a eso de las 12 de la noche, en la antigua Casa Municipal de San Antonio de Tena (Cundinamarca), se celebraba una fiesta bailable organizada por los educadores de la población, y que tenía por fin recaudar algunos fondos para una biblioteca escolar. Edgar Pachón Castañeda estaba al cuidado del control de entrada y en razón de esta función tuvo que entenderse con los hermanos Carlos Hernando y Argemiro Gracia Tenjo, quienes inicialmente pugnaron por penetrar sin satisfacer el pago correspondiente. Los acompañantes de aquéllos accedieron a la legítima exigencia de cancelar el valor de ingreso y a la postre los Gracia Tenjo accedieron a esta legítima petición extendiendo un billete de cien pesos. Tal vez por evitar mayores consecuencias, se les dejó pasar gratuitamente. Pero insistieron, no de modo espontáneo y tranquilo, en cancelar el precio y hasta hubo un amago de enfrentamiento corporal entre Edgar Pachón y Carlos Hernando, solucionado por los circunstantes. Posteriormente, VICTOR OLEGARIO PACHON PACHON, arrostró el problema, tomó para sí la actitud de su hijo y asumió todas las consecuencias, pasando a las vías de hecho, armado de un cuchillo de buenas proporciones con el cual causó mortal lesión a Carlos Hernando Gracia y lesiones de reducida entidad a su hermano Argemiro.

Actuación procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de San Antonio de Tena, el 13 de noviembre de 1972, avoca la investigación, involucrando en ésta a los Pachón. En auto de 21 de noviembre del año en referencia, ordena la detención preventiva, sin beneficio excarcelatorio, de Víctor Olegario Pachón, por los delitos de "homicidio y lesiones personales" (fl. 36).

Repartido el negocio al Juzgado 11 Superior de Bogotá, este despacho llamó a juicio a este sindicado para responder de tales delitos, sobreseyendo definitivamente, por razón de los mismos, a Edgar Pachón Cas-

tañeda. En esta decisión, a fl. 137, se lee: "...En estas circunstancias no podríamos hablar de que el procesado obró en legítima defensa de su vida ni de la de su hijo EDGAR. Tampoco aceptamos atenuante alguno de la responsabilidad como el estado de ira injustamente provocado, o el exceso en la defensa, porque como se ha visto la agresividad tuvo origen en su conducta mas no en la de los señores GRACIA. Es el mismo sindicado quien acepta que cuando estos se hallaban en la puerta de salida del lugar o escenario del crimen él se dirigió a ellos y los retó diciéndoles que no humillaran a su hijo sino que lo humillaran a él..."

El Tribunal, en proveído de 30 de julio de 1973, confirma íntegralmente el referido auto (fls. 160 y ss.).

Celebrada la audiencia, el jurado responde los dos cuestionarios (relativos al homicidio simplemente intencional y las lesiones personales) en la misma idéntica forma: "Si es responsable pero sin intención de matar" (fls. 213, 228 y 229).

El juzgado acepta estas veredicciones y dicta sentencia condenatoria (junio 17 de 1974, fls. 230 y ss.), fallo que revoca el Tribunal, pues declara la contraevidencia, en auto de octubre 19 de 1974, apartándose de la opinión fiscal. Esta decisión, inexplicablemente, aparece separada del cuaderno principal y no se integra con éste.

El nuevo jurado afirma simplemente la responsabilidad del procesado en los dos hechos que le valieron el llamamiento a juicio, (fls. 285, 298 y 299).

El Juzgador de la Primera Instancia, en sentencia de 30 de marzo de 1975, condena a ocho años y nueve meses a VICTOR OLEGARIO PACHON PACHON (fl. 300), pronunciamiento que el Tribunal, como se deja visto, confirma plenamente en fallo que se recurre en casación.

La demanda

Dos cargos dirige el censor a la sentencia impugnada. Uno al amparo del aparte 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, haciendo consistir la nulidad "...en el error en la denominación jurídica de la infracción en el auto de proceder... pues se omitió ... la consideración de una fundamental circunstancia tipificadora del ilícito ..., es decir, LA RIÑA IMPREVISTA, en relación tanto con el homicidio como con las lesiones ...". El otro con apoyo en el aparte 1º del artículo 580 ibídem, y precisándolo como violación de "...la Ley sustancial, por aplicación indebida, que se cometió en la imposición de penas principales, y accesorias, o, al menos, de éstas (respectivamente, 8 años 9 meses de presidio, e interdicción de derechos y funciones públicas y pérdida de la patria potestad)..."

Como consecuencia de este doble ataque, indica que si "...se acepta la primera de las causales invocadas, con aplicación del principio de favorabilidad, y del numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, solicito ... la libertad provisional de mi representado (Código de Procedimiento Penal, artículo 453). Para el evento de la segunda de las alegadas causales, la competente aplicación del artículo 583 numeral 1º del mismo Estatuto..."

Glosas y peticiones de la Procuraduría y consideraciones de la Corte

Primer cargo

La exclusión de la diminuente de la riña imprevista, en el acto de proceder, no constituye la nulidad que alega el censor. Como bien lo anota la Procuraduría "...la riña imprevista no es un tipo delictivo sino una modalidad en la ejecución del ilícito que atenúa la responsabilidad penal. Ella no desvirtúa el homicidio y las lesiones en que concurre pero sí influye en la determinación de la pena...".

El tipo básico que compromete la conducta del procesado, ya para deducirle un homicidio o unas lesiones personales, no resulta equivocado porque deje de considerarse una cualquiera de las diminuentes que consagra el estatuto penal. Por el contrario, la denominación jurídica de la infracción aparece perfecta y no repercute, por esta omisión, en el derecho de defensa. Los intereses de Pachón Pachón, que estuvieron representados por dos juristas en dos audiencias públicas ante jurados diferentes, no sufrieron el más mínimo menoscabo por razón de no aparecer el reconocimiento de la riña imprevista, así fuera justa esta diminuente. La infracción penal, en su doble aspecto,

surge en forma nítida y precisa, al punto que ninguno de los intervinientes en el proceso pudo pensar que se trataba de figura difusa o errada.

Obsérvese que el estatuto de los delitos y las penas, no retiene la "riña imprevista" como entidad delictiva propia y autónoma, que podría influir en la exacta denominación del hecho, sino como circunstancia de atenuación. Que la pena sea más o menos intensa, en razón de factores que moderan su dosificación, es cuestión que no es dable valorar como fenómeno que vicie fundamentalmente el proceso por la causal de nulidad que invoca el impugnador.

De no ser así, secundarias consideraciones como las circunstancias de menor peligrosidad tendrían igual efecto invalidante, lo cual atentaría contra la sustancialidad que deben ostentar las causales de anulación, únicas que en realidad afectan el debido proceso, principalmente en lo relacionado con el derecho de defensa, que, al caso, se concreta en el conocimiento específico del cargo criminal.

La defensa de Pachón Pachón, durante el trámite del proceso, tuvo múltiples ocasiones para presentar las más amplias alegaciones. Centró su esfuerzo en tesis más vitales que la riña imprevista o la provocación. Que tales intentos resultaran fallidos, sin que sea necesario precisar ahora la razón de su fracaso, no pueden entenderse como daño o riesgo del derecho de defensa, máxime cuando la libertad de apreciación, por parte del jurado de conciencia, es situación procesal infranqueable que encuentra adecuado respaldo probatorio en autos.

La censura no prospera.

Segundo cargo

a) Aspecto de la pena privativa de la libertad

El juzgador de primera y segunda instancia coincidieron en fijar para el delito de "homicidio" una pena de ocho años de presidio. La aplicación de este mínimo se apoyó en la ausencia de elementos propios a su intensificación. La personalidad de PACHON PACHON, las modalidades de los hechos, los motivos determinantes y la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad, autorizaban esta básica dosificación de pena. Pero al computar la relacionada con el delito de lesiones personales que ubicaba la conducta en el inciso primero del artículo 372 del Código Penal, se determinó un aumento de nueve meses de presidio. Aquí, al decir del recurrente y en crítica que apoya el concepto fiscal, se incurrió en aplicación indebida de la ley, pues los artículos 33 y 60 de la obra en referencia, no tienen este sentido ni alcance.

Textualmente afirma el demandante que "...El artículo 372 del Código Penal, al cual se imputa la infracción por lesiones en este expediente, fija mínimo de 2, y un máximo de 18 meses de ARRESTO... Y como el artículo 60 del Código Penal establece las proporciones en los casos de necesidad de sustitución de penas de la misma especie, habida consideración de los mismos atenuantes que se reconocieron al acusado (Código Penal, artículo 38), sin agravante alguno, eran sólo aproximadamente 26 ó 27 los días adicionales privativos de la libertad, sobre los 8 años básicos iniciales, los autorizados como aumentos..."

El cargo, en este aspecto, representa una validez tan manifiesta que basta repetir con el impugnador el argumento: si para el delito de homicidio procedía la imposición del mínimo de la pena básica prevista en el artículo 362, igual decisión tenía que tomarse para el de lesiones personales, no mediando variación en cuanto a la índole del procesado o a las circunstancias del hecho. Obligadamente tenía que señalarse un arresto de dos meses. Estos, al reducirse a presidio, siguiendo aritméticamente la regla consagrada en el artículo 60 ya citado, no sobrepasaban los veintiséis días. El aumento previo al concurso delictual (artículo 33) no podía exceder de este límite. Se desconoció, entonces, la aplicación correcta de estas dos disposiciones penales y, por tanto, procede la enmienda de acuerdo a lo indicado en el aparte primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Tiene parcial validez el cargo que se formula al amparo de esta comentada causal;

b) Aspecto de las penas accesorias

El impugnador anota: "...en cuanto a penas accesorias, el fallo no limitó la dura-

ción de las mismas ... desde el punto de vista cronológico, dejando así en un término indefinido las de interdicción de derechos y funciones públicas, y pérdida de la patria potestad que la sentencia incluye. Con esto se infringió el artículo 45 del Código Penal, en lo atinente a limitación concreta y precisa de tales penas accesorias, que al menos debieron restringirse a sus respectivos mínimos, en este caso ... un (1) año. Hay que advertir que la perpetuidad de la interdicción, debe ser expresamente declarada...".

La Procuraduría acierta igualmente en la respuesta de esta censura. Valga la reproducción de su prieto comentario en este punto: "...La interdicción de derechos y funciones públicas debe limitarse al tiempo de la sanción principal, según las previsiones de los artículos 45 del Código Penal en relación con el 56 y el 12 de la Ley 16 de 1969. Y en cuanto a la pérdida de la patria potestad, está bien aplicada y no merece reparos a este Despacho (artículo 12 de la Ley 16 de 1969)...".

En otros términos, esta clase de penas accesorias pueden tener una duración concomitante con la pena privativa de la libertad o superar su duración. Cuando el fallador no indica una precisa duración que se proyecte más allá de aquella, tiene que entenderse que una y otras coinciden en intensidad. Esto es lo que ha acontecido en el caso sub judice, o sea, que las predichas accesorias encuentran el límite de la pena privativa de la libertad (artículo 97 del Código Penal).

El cargo, en esta variante, tiene que desestimarse.

Conclusión

Consecuente con lo expuesto, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASASION PENAL—, atendiendo el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA parcialmente el fallo impugnado, ya indicado en su fecha, origen y naturaleza, y en su lugar señala que VICTOR OLEGARIO PACHON PACHON, purgará ocho (8) años y veintiséis (26) días de presidio, como responsable de los delitos de "homicidio y lesiones personales" en Carlos Hernando y Argemiro Gracia Tenjo. Las accesorias, salvo lo relativo a la patria potestad, tendrán esta misma duración.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la **Gaceta Judicial**.

Humberto Barrera Domínguez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero, Carlos Upegui Zapata (Conjuez).

José Evencio Posada V., Secretario.

GRADUACION DE LA PENA

Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Complicidad necesaria y no necesaria. Participación en el delito. Sus modalidades.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio veintiuno de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 35 de julio 15/76.

Vistos

En sentencia del treinta de septiembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, al confirmar la de primer grado dictada por el Juzgado Segundo Superior de ese Distrito Judicial, condenó a BERTULFO RODRIGUEZ BERNAL y a PABLO EMILIO RODRIGUEZ VEGA a las penas principales de doce y seis años de presidio y a las accesorias de ley, "como responsables del delito de homicidio en la persona de Alirio Quintanilla Balaguera".

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron oportunamente recurso extraordinario de casación tanto los condenados como su apoderado, y sobre cuyo mérito se procede a decidir, agotado como se halla el trámite acordado por la ley para el recurso extraordinario interpuesto.

Antecedentes

Dicen los autos, que el occiso Alirio Quintanilla Balaguera estuvo, en la noche del cuatro (4) de febrero de 1975, en compañía de su padre y otros amigos, ingiriendo bebidas alcohólicas en un establecimiento de la población de Charalá, presentándose la casualidad de que en otra mesa del mismo establecimiento se hallaban, dedicados también a ingerir bebidas embriagantes, otro grupo del cual formaban parte los acusados Bertulfo Rodríguez Bernal y Pablo Emilio Rodríguez Vega. En dicho establecimiento se presentó un incidente por razones de carácter político que, a la postre vino a constituir el motivo determinante para que los acusados dieran muerte de varias puñaladas a Quintanilla Balaguera en la madrugada del día siguiente cinco de febrero.

La investigación corrió a cargo del juzgado Promiscuo Municipal de Charalá, y posteriormente la adelantó el Juzgado Once de Instrucción Criminal.

Clausurada la etapa instructiva, el Juzgado Segundo Superior de San Gil dictó auto de llamamiento a juicio contra los dos incriminados bajo la sindicación de ser autores responsables del homicidio en la persona de Quintanilla Balaguera, con las circunstancias de agravación previstas en los numerales 5º y 7º del artículo 363 del Código Penal.

Al iniciarse la audiencia pública y en armonía con el pliego de cargos, el juez de la causa sometió a la consideración del jurado los cuestionarios respectivos (fl. 220) los cuales fueron contestados por el jurado popular en la siguiente forma:

Para Pablo Emilio Rodríguez Vega: "Sí es responsable pero cómplice accesorio sin las circunstancias de asesinato preguntadas".

Y, para Bertulfo Rodríguez Bernal: "Sí es responsable sin las circunstancias de asesinato preguntadas".

El Juzgado de instancia, aceptó el vere-

dicto, e impuso las sanciones correspondientes que, como se anotó, consistieron en penas de seis y doce años de presidio respectivamente. La providencia de condena fue sometida a consulta con el Tribunal, y éste la confirmó en todas sus partes, compartiendo de esta manera los razonamientos del a quo en cuanto a la tasación de la sanción impuesta.

La demanda

La acusación al fallo recurrido la formula el apoderado especial con fundamento en "la prevista en el numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal" y que dice así: "cuando la sentencia sea violatoria de la Ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

El censor desarrolla su tesis, con fundamento en los siguientes planteamientos de orden general:

1. Que no debe olvidarse que a los acusados se les llamó a responder en juicio criminal, bajo la sindicación de ser autores ambos, de un homicidio agravado;

2. "El jurado en su veredicto varió fundamentalmente esta calificación", ya que, según se desprende de la respuesta dada a los cuestionarios, a Bertulfo Rodríguez lo calificó como autor de un homicidio simplemente voluntario, o sea que "lo puso violando el artículo 362 del Código Penal", y a Pablo Emilio Rodríguez "le negó el cargo de asesino, y de autor lo degradó a cómplice accesorio de un homicidio simplemente voluntario cometido por Bertulfo";

3. Por consiguiente, y de acuerdo con el fallo popular, sigue el demandante, "Pablo Emilio no violó los artículos 363, 362 ni 19 del Código Penal, según el veredicto, Pablo Emilio es cómplice accesorio de acuerdo con el artículo 20 del Código Penal".

4. El juzgado, y luego el Tribunal, al confirmar la sentencia, "para sancionar a Pablo Emilio Rodríguez le dio aplicación al artículo 362 del Código Penal y partió para fijar la pena mínima de ocho años de presidio. Lo sanciona como si hubiese sido condenado como autor de un homicidio simplemente voluntario. Cuando lo aplicable e indicado era liquidarle la pena y hacer las deducciones correspondientes al artículo 20, pues el jurado lo condenó como cómplice, pero jamás como autor". Así, si se hubiera dado debida aplicación al artículo 20 en concordancia con el 362 del Código Penal, "la pena imponible hubiese fluctuado entre los cuatro años de presidio, como mínimo, y seis años seis meses, como máximo", aplicable ese máximo sólo cuando subsistan solamente circunstancias de mayor peligrosidad.

5. Finalmente, y en cuanto a la sanción impuesta a Pablo Emilio Rodríguez, dice el demandante, que el Tribunal le aplicó pena más grave por cuanto tomó en consideración "las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales primero, tercero, y noveno del artículo 37 del Código Penal. Las aplicó indebidamente y dejó de aplicar las circunstancias de menor peligrosidad previstas en los numerales primero, quinto y undécimo del artículo 38 del Código Penal".

No comparte el criterio de fallador de segundo grado en cuanto a la consideración de las circunstancias de mayor peligrosidad, por cuanto que, aun aceptando que Pablo Emilio Rodríguez hubiera podido incurrir en "insignificantes contravenciones de policía", ello no daría base suficiente para que se le califique como de personalidad depravada y libertina. Igual razonamiento formula en cuanto a la consideración de la futilidad y bajeza de los móviles del delito ya que de tales no pueden calificarse los políticos porque "la política es una pasión noble, avasalladora y dominante", que en no raras oportunidades origina la amnistía y el indulto.

Que se aplicó indebidamente la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 9º del artículo 37 relativa a la complicidad previamente concertada, por cuanto que con su aplicación, se le estaría condenando dos veces como cómplice y así, "olvidaron que se trata, simplemente, de un cómplice accesorio, de quien no se puede predicar que pactó previamente la complicidad".

Que, en cambio, de haber considerado el Tribunal esas circunstancias, de mayor peligrosidad sobre las cuales elevó la sanción, ha debido tomar las de menor peligrosidad que se refieren a la conducta anterior del sindicado, a la embriaguez voluntaria que

no le permitió prever las consecuencias delictuosas y la falta de ilustración del sindicado".

En definitiva, afirma el censor, que "se le dio aplicación al artículo 39 del Código Penal y la sentencia dejó de aplicar los artículos 36 y 38 del Código Penal, pues ha de usarse el artículo 39 sólo cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, pero si hay de menor, la pena nunca puede llegar al exagerado máximo, como ocurrió aquí".

En cuanto a la situación de Bertulfo Rodríguez Bernal la censura se endereza, además, a la indebida aplicación de la circunstancia de mayor peligrosidad consagrada en el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal relativa a las condenaciones judiciales o de policía, por cuanto si se toma en cuenta tal circunstancia para agravar la sanción, no se puede, al mismo tiempo, aumentar la pena en un tercio, tomando en cuenta también la reincidencia "imposible que el antecedente opere dos veces contra él. Lo lógico es que si se tiene como circunstancia de mayor peligrosidad y se hace el incremento de pena, no se vuelva a tener en cuenta como factor para la reincidencia... Como puede notarse, por este aspecto, hubo indebida aplicación de la ley".

Critica, también, el incremento de la sanción por la consideración de los móviles, y considera que han debido tomarse en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad relativas a "la buena conducta, la confesión del delito, la embriaguez en que lo cometió y su falta de ilustración".

Con fundamento en todo lo anterior, solicita a la Corte "casar la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil y dictar el fallo que debe reemplazarla".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que la demanda debe rechazarse por cuanto no se ajusta "a las normas legales que gobiernan el recurso extraordinario de casación".

Dice el Procurador, que en consideración a que los recurrentes son dos, "ha debido separarse en capítulos las impugnaciones correspondientes a cada uno, si no era el caso de presentarse dos libelos". Se anota así mismo, expresa el Delegado, que no existen la necesaria separación de los motivos de impugnación, con lo cual se estaría violando la norma del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, incurre en error el censor al mezclar los motivos de violación directa e indirecta de la Ley sustancial sin hacer la necesaria discriminación que aconseja la técnica del recurso, lo que lleva al recurrente, por ejemplo, y según el Procurador, a confundir la aplicación indebida de la norma con la interpretación errónea de la misma, al referirse concretamente al cargo que se funda en la no consideración de la situación deducible del artículo 20 del Código Penal para el caso de la complicidad llamada no necesaria.

Se peca, por falta de técnica, al formular los cargos sobre la consideración de las circunstancias de mayor peligrosidad y la no estimación de las de menor peligrosidad, puesto que "esa pluralidad de cargos imponía su neta separación por subcapítulos, a fin de guardar un orden lógico en la acusación".

Las consideraciones anteriores dan apoyo al Procurador para solicitar a la Corte que deseche la demanda de casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil.

Consideraciones de la Corte

En relación con la técnica de casación, es bien conocido el criterio de la Corte según el cual, sobre la consideración de que "cada causal de casación corresponde en nuestro derecho positivo, a un esquema jurídico de precisos contornos, características propias y proyecciones diferentes", exige en la formulación de los cargos presentados con el libelo la claridad y precisión a que se refiere el Procurador, por cuanto que a ella, como tribunal de casación, le está vedado llenar los vacíos, errores o deficiencias fundamentales de la demanda.

Sin embargo, este rígido criterio ha sufrido provechosas excepciones en diferentes fallos de esta Corporación, principalmente en cuanto al tema relacionado con las nulidades y los alcances que han de reconocerse a las garantías consagradas en los textos constitucionales (artículo 26, por ejemplo).

Las observaciones presentadas por el Procurador relativas a las fallas en la formulación de los cargos, en cuanto a que, se afirma, no fueron separados en capítulos, ya que no se utilizó el procedimiento de la presentación de dos demandas, carece de fundamento, por cuanto que si bien no existen los dos capítulos de que habla la ley (artículo 576 del Código de Procedimiento Penal), sin embargo, de la lectura de la demanda se evidencia claramente el pensamiento del recurrente y los motivos de su inconformidad con la sentencia de segundo grado, fundamentalmente en cuanto a los factores que fueron tomados en consideración por el Tribunal para la graduación de la pena, y tal como se dijo al hacer la reseña de la demanda.

La demanda se funda, sobre la causal primera, cuerpo primero, de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal sobre cuyos alcances y significado, dijo esta Sala en reciente fallo, que "el quebranto de la Ley sustancial conforme a la causa alegada en este caso, puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa) o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma hecho por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia" (casación de mayo 28 de 1976).

Es incuestionable que el rigor de la técnica de casación obliga al demandante, cuando funda su censura en esta causal, a discriminar en una forma lógica el concepto de la violación sin que corresponda, por lo mismo, a la más rigurosa técnica de plantear indiscriminadamente las tres hipótesis que consagra la causal referida. Sin embargo de esto, y para el caso sub examen de la lectura del libelo se desprende nítidamente, que el censor considera que el Tribunal Superior de San Gil aplicó indebidamente la Ley sustantiva al tomar en cuenta, para la graduación de la pena, normas que no eran las aplicables a la situación procesal sometida a su decisión. Por ello, y aun cuando pueda considerarse que la demanda adolece de algunas fallas, ellas no son de tal significación como para impedir que la Corte haga su examen.

En cuanto a la sanción impuesta a Pablo Emilio Rodríguez, afirma el demandante que la aplicación del artículo 362 del Código Penal fue indebida, por cuanto ha debido deducírsele antes, la modificadora de la responsabilidad consagrada en el artículo 20 ibidem, ya que el jurado popular varió su situación de autor del homicidio, por la de cómplice no necesario lo cual significaba que, en la práctica, ha debido imponérsele una pena inferior a la de seis años que fue la que en definitiva se le aplicó.

De acuerdo con el sistema que orienta el Código Penal actual, al igual que la mayoría de los sistemas penales modernos, no existe una vinculación para el juez con límites de legalidad fijos y rígidos, en cuanto a la graduación de la sanción imponible en cada caso; aun manteniendo el principio de legalidad o de la reserva legal, la ley faculta al juez (artículo 36 del Código Penal), para graduar la sanción dentro de los límites señalados en la misma, y habida consideración de ciertos factores definidos en los mismos textos.

La pena, como es enseñanza común, opera en tres momentos: el de la amenaza que corresponde a la fase legislativa; el de la irrogación o imposición de la pena, que corresponde a la fase judicial; y el del cumplimiento propiamente dicho, que corresponde a la fase ejecutiva. En la primera de estas tres fases o sea la legislativa, la pena no es más que una amenaza abstracta, expresada en una norma típica que define una determinada conducta como delictuosa, y dirigida a todos los ciudadanos indistintamente. En la fase judicial, en cambio, la pena se avecina al delito como a un hecho real, histórico, y al delincuente como a un sujeto determinado e identificado. Todo esto, como es natural, con el claro propósito de que la sanción se acomode lo más posible a

la personalidad del delincuente, a fin de que la pena cumpla su misión de sancionar y de prevenir la comisión de nuevos ilícitos, fuera de buscar la rehabilitación del delincuente.

Para el caso que se examina, se tiene que el artículo 362 del Código Penal ha fijado como pena para el autor de un delito de homicidio doloso, una sanción que oscila entre los ocho y los catorce años de presidio. A su vez, el artículo 20 ibidem, que consagra una modalidad de la comisión del delito cualquiera que él sea dispone para quien coopere en la ejecución del hecho con una participación, que con falta de técnica, se denomina como "complicidad no necesaria", de una rebaja que puede oscilar también entre una sexta parte y la mitad de la "correspondiente al delito".

Por tanto, al condenado Pablo Emilio Rodríguez se le sancionó como cómplice no necesario en la ejecución de un homicidio doloso. De qué manera se graduó la sanción de seis años que en definitiva le fue impuesta? Lógicamente, partiendo del mínimo previsto en el artículo 362 del Código Penal, o sea de ocho años, aumentada en un año más, por haber considerado el fallador que en su contra existían circunstancias de mayor peligrosidad, (artículo 39 del Código Penal) o sea que en definitiva, le correspondían nueve años, pero como su actividad fue calificada como de "complicidad no necesaria", el Tribunal hizo la rebaja facultativa del artículo 20, para dejar en definitiva la sanción en seis años.

Los argumentos del demandante en cuanto a que ha debido tomarse en consideración como sanción imponible la mínima prevista en el artículo 362 del Código Penal con la correspondiente rebaja consagrada en el 20 ibídem, no tienen fundamento, por lo siguiente: Las normas de la parte general del Código Penal son normas que no tienen existencia por sí mismas, sino que extienden su aplicación a todas y cada una de las normas de la Parte Especial. No existe, como es apenas obvio entender, por ejemplo, el delito de complicidad. La complicidad es apenas una modalidad de la participación en el delito, cualquiera que él sea, y que, naturalmente admita este modo de ejecución. Entonces y de acuerdo con lo anterior el hecho típico por el cual debía responder Pablo Emilio Rodríguez era el de homicidio doloso en complicidad no necesaria, y por tanto, la sanción imponible debía tomarse, tal como se hizo en la sentencia, con base en la pena que define el hecho principal acriminado que lo es el homicidio doloso (artículo 362 del Código Penal) y referirlo luego a la modalidad de la complicidad para hacer entonces sí, las rebajas allí previstas. Igual razonamiento deberá hacerse, por ejemplo, para el caso de la modalidad del artículo 18 Código Penal, o la del artículo 17 ibidem, etc., por ser estas normas integrativas o extensivas en el sentido de que su aplicación no pueda hacerse en forma independiente o separada, sino siempre en relación con un hecho definido en la Parte Especial del Código, —que es el que define el hecho consumado—.

Menos aceptables son los argumentos relativos a la consideración de las circunstancias de mayor peligrosidad que le fueron deducidas, y con base en las cuales se aumentó la sanción. En primer término, debe considerarse que la ley ha otorgado poder discrecional al juez (artículo 36 del Código Penal) para la valoración de dichas circunstancias, y la motivación del fallo recurrido en cuanto a la comprobación de la circunstancia de mayor peligrosidad referida a los antecedentes de depravación y libertinaje son suficientemente valederas para aceptar su existencia, puesto que de acuerdo con lo expresado en la sentencia, está demostrado que contra Pablo Emilio Rodríguez se adelantaron varios procesos, por diversas infracciones, e inclusive, fue condenado en uno de dichos procesos.

La circunstancia de que el homicidio se hubiera cometido por móviles políticos, no implica, por sí mismo, y como lo pretende el demandante, que tal situación estructure una circunstancia de menor peligrosidad, por la simple razón de entender que "la política es una pasión noble avasalladora y dominante", porque la ley ha equiparado el motivo innoble al motivo fútil que fue él, o que tuvo en consideración el Tribunal para deducir la circunstancia de mayor peligrosidad que implicaba un aumento de la sanción. Motivo fútil, sin duda, por cuanto resulta verdaderamente desproporcionado quitar la vida a un hombre solo porque no comparte las ideas políticas de quien causa

homicidio. La nobleza de los móviles debe medirse necesariamente en relación con las circunstancias reales del hecho criminoso y no en forma teórica o abstracta.

La sola consideración de estas circunstancias facultaban ampliamente al fallador para hacer la graduación de la sanción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal. Por ello, y aun cuando existe plena razón al demandante en cuanto a que no podía tomarse en cuenta la circunstancia relativa a la complicidad previamente concertada por cuanto que ella se opone jurídicamente a la calificación dada en la sentencia a la de cómplice no necesario, ello no varía la situación en nada, por la existencia de las otras dos circunstancias a que se hizo referencia antes.

Menos atendibles son los argumentos de la demanda en cuanto se pretende demostrar con ellos, que la sentencia es violatoria de la ley, por cuanto no se tomaron en consideración algunas circunstancias de menor peligrosidad sobre cuya fundamentación no se hace el menor análisis. Debe recordarse nuevamente, que en esa materia, el juzgador goza del poder discrecional que le otorga la ley (artículo 36 del Código Penal) para su valoración, y que sólo, cuando aparezca que el ejercicio de esa potestad se ha hecho en forma que no consulta la realidad del proceso, o con violación de disposiciones legales, podría buscarse la corrección de esa falla a través del recurso de casación.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

En cuanto a la situación del procesado Bertulfo Rodríguez Bernal el demandante critica la sentencia por la graduación de la pena impuesta, con base en los mismos razonamientos aducidos en defensa del procesado Pablo Emilio Rodríguez, o sea, porque no existe la circunstancia de mayor peligrosidad relativa a la naturaleza de los motivos determinantes que fueron calificados por el fallador como fútiles, y porque además, tampoco con este sindicado, puede fundarse válidamente la circunstancia de mayor peligrosidad deducible del hecho de haber obrado en complicidad previamente concertada, y en cambio, no se apreciaron varias circunstancias de menor peligrosidad que el actor enuncia en los mismos términos, y con los mismos alcances jurídicos de los expresados en relación con el primero de los condenados.

Como los planteamientos de la demanda son similares a los formulados anteriormente, las razones que sirvieron para desecharlos se utilizan con igual validez ahora, para afirmar, cómo se hace, que dichos cargos no prosperan.

Finalmente, se censura la sentencia de condena dictada contra Rodríguez Bernal en cuanto a que le fue aumentada la sanción en una tercera parte, en consideración a que se trataba de un reincidente primario (artículo 34 del Código Penal), pero que, además, se tomó como circunstancia de mayor peligrosidad, la prevista en el numeral segundo del artículo 37 ibídem, relativa a que el sindicado incurrió "anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía", lo cual implicaría, según el demandante, la doble consideración de un mismo factor de peligrosidad, por lo que se habría aplicado en forma indebida la Ley sustancial.

Es indiscutible la similitud sustancial y formal de las entidades que se relacionan con la reincidencia (artículo 34 del Código Penal) y con la circunstancia de mayor peligrosidad relativa al pasado judicial del culpable cuando en él se contemplan condenas por delitos. Substancialmente, la ley dentro de la orientación del Código que busca adecuar la pena a la personalidad de sujeto del delito, se deduce, o se manifiesta a través tanto de las circunstancias de peligrosidad (artículo 37 del Código Penal), como de la reincidencia, que en vez de entenderse como factor de agravación del hecho criminal, debe considerarse como una cualidad o calificación personal subjetiva del reo, lo cual, en estricto derecho, debe tener el mismo significado: expresión de una personalidad peligrosa.

Entonces, no es factible que si se ha tomado la reincidencia como factor de peligrosidad en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 34 del Código Penal por haberse comprobado los presupuestos allí consagrados, se tome nuevamente ese mismo factor como circunstancia de mayor peligrosidad, gravando de este modo, dos veces la situación del procesado, con lo que se viola en forma evidente el universal principio que con fórmula latina se expresa como el ne bis in ídem. Y si ello ocurrió en el fallo objeto

de estudio, no queda duda de que se aplicó en forma indebida la Ley penal y que por lo mismo, el cargo, por este aspecto prospera, y habrá de casarse parcialmente la sentencia para proceder a la graduación de la sanción con prescindencia de los factores de peligrosidad a que se ha hecho referencia y que son los que rezan con los numerales segundo y noveno del artículo 37 del Código Penal relativos, el primero a las anteriores condenaciones judiciales o de policía, y el segundo, a la complicidad previamente concertada, subsistiendo, sin embargo, el factor de peligrosidad que se refiere a la futilidad de los móviles que impulsaron la acción homicida.

En consecuencia, se parte de la pena básica de ocho años de presidio prevista en el artículo 362 para el homicidio consumado, la cual se incrementará en tres meses por la presencia de la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral tercero del artículo 37 del Código Penal relativa a la futilidad de los móviles determinantes del hecho. Esta pena de ocho años y tres meses de presidio se aumentará en una tercera parte, o sea en treinta y tres meses, por cuanto que está demostrado que Bertulfo Rodríguez Bernal es reincidente primario.

En definitiva, se impondrá a este sindicado la pena de ciento treinta y dos meses de presidio que corresponden a once años.

En cuanto al procesado Pablo Emilio Rodríguez porque no ha prosperado la impugnación contra la sentencia que lo condenó a la pena de seis años de presidio, habrá de confirmarse.

En mérito de las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y oído el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

1. Casar parcialmente el fallo objeto del recurso en cuanto dice relación a Bertulfo Rodríguez Bernal a quien se le impone la pena de once años de presidio; y,

2. Desechar el recurso de casación interpuesto por el procesado Pablo Emilio Rodríguez Vega.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REINCIDENCIA

Requisitos para permitir la excepcional intensificación de pena.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. - - Bogotá, D. E., julio veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta Nº 36 de 22 de julio de 1976.

Vistos

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Sevilla (Valle del Cauca), en sentencia de veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y cinco, impuso las siguientes penas privativas de la libertad, con sus correspondientes accesorias generales y por el delito de "robo" cometido en perjuicio del IDEMA: a LUIS ALBERTO GUEVARA SANCHEZ, siete años, seis meses de presidio y seis años de relegación a colonia agrícola, como accesoria especial, y, a WALTER LEROLLE BAYER, cinco años de presidio (fls. 198 a 203).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en fallo de cuatro de diciembre del citado año, impartió integral confirmación a dicho proveído (fls. 221 a 225).

El Fiscal 1º de esa Corporación, interpuso en tiempo oportuno recurso de casación.

Hechos

En la noche del 28 al 29 de junio de 1974, varios sujetos penetraron a la agencia que el Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA— tiene en la población de Caicedonia. Para ello fue necesario escalar muros y romper techos, cumplido lo cual lograron el apoderamiento de una máquina calculadora marca Olimpya y otra de escribir marca Remington, avaluadas en veinte mil pesos ($ 20.000.00), las que trasladaron a un solar vecino, momento propicio para que el celador Libardo Ramírez Acevedo, percibiera la acción y se diera cuenta del ilícito que se cumplía. Tuvo, entonces, ocasión de avisar tanto al Administrador del IDEMA como a la policía. Esta se hizo presente y logró controlar los puntos de salida del lugar y, al verificar cuidadosa revisión del sitio, sorprendió a GUEVARA SANCHEZ y LEROLLE BAYER, tratando de ocultarse en una zanja y en posesión de los dos mencionados objetos.

Actuación procesal

La denuncia fue recibida por la Inspección 2ª Municipal de Tránsito de Caicedonia y el Juzgado Penal Municipal, al día siguiente (30 de diciembre de 1974) abrió la correspondiente investigación. Posteriormente la continuó el Juzgado 14 de Instrucción Criminal, despacho que en auto de 7 de enero de 1975, ordenó la detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, de GUEVARA SANCHEZ, LEROLLE BAYER y JOSE JOAQUIN ESCUDERO RAMIREZ. En providencia de 24 de enero, este Despacho negó una petición de libertad formulada por los dos primeros y, en auto de 31 de enero, revocó la medida precautelativa que pesaba sobre ESCUDERO RAMIREZ. Luego, el Juzgado Primero Penal de Circuito de Sevilla, rechazó el pedimento excarcelatorio presentado por GUEVARA SANCHEZ (abril 2) y procedió a declarar cerrada la averiguación.

El llamamiento a juicio, proferido por el Juzgado Penal de Circuito en mención, está fechado el 2 de junio, y ubica la conducta

de GUEVARA SANCHEZ y LEROLLE BAYER en lo dispuesto en el artículo 404, aparte 3º, del Código Penal, en armonía con el artículo 9º de la Ley 21 de 1973. En este auto se sobreseyó definitivamente en favor de JOSE JOAQUIN ESCUDERO RAMIREZ. El Tribunal Superior de Buga, en providencia de 29 de agosto de 1975, impartió integral confirmación tanto al sobreseimiento como a la formulación de cargos. Tramitada la causa en forma legal se produjo la sentencia de primera y segunda instancia, ya indicadas en el comienzo de este fallo, en las cuales se consideró a LUIS ALBERTO GUEVARA SANCHEZ como reincidente de segundo grado, apreciación tomada contra el parecer del Fiscal 1º del Tribunal, que, como se verá luego, constituye el único motivo para impugnar en casación esta condena.

La demanda de casación

El aludido fiscal al sustentar el recurso invoca la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la cual concreta así: "...el sentenciador de segundo grado al examinar las pruebas incurrió en error de hecho evidente al haber reputado probado un hecho ausente por completo de las piezas del expediente, lo que lo llevó al quebranto indirecto de la Ley sustancial, consistente en aplicar indebidamente el inciso 2º del artículo 34 del Código Penal en consonancia con la parte pertinente del 1º de la misma obra... No hay prueba que repute al procesado Guevara Sánchez como reincidente por segunda vez, tomando esta eventualidad desde el punto de vista legal, aunque objetivamente sí, pues cometió delito contra la propiedad en 1966, repitiendo comportamiento similar en el año de 1967... En resumen la sentencia reprochada parte de bases o pruebas inexistentes al considerar reincidente por segunda vez a LUIS ALBERTO GUEVARA SÁNCHEZ, por cuanto después de sentencia condenatoria sólo se ha presentado la existencia de un hecho punible en cabeza del mismo y no dos como erradamente lo ha entendido el juez ad quem, en concordancia con el inferior..."

La Procuraduría 2ª Delegada en lo Penal coadyuvó esta pretensión y en el escrito pertinente tuvo ocasión de enmendar el error cometido por el Fiscal al formular el cargo. Es así como puntualiza estas dos fundamentales aclaraciones: "...Se trata, en primer lugar, de la violación directa del artículo 34 del Código Penal por aplicación indebida, porque Guevara Sánchez es primer reincidente y no segundo reincidente como lo declaró el fallo impugnado.

"En segundo lugar el concepto de la violación consiste en lo siguiente:

"Luis Alberto Guevara fue condenado a treinta y dos meses de prisión como responsable del delito de robo, según hechos ocurridos el 30 de octubre de 1966, en jurisdicción de Caicedonia (fls. 103 a 108);

"El mismo Guevara Sánchez fue condenado a un año de prisión por el delito de hurto realizado el 16 de noviembre de 1967, también en el área municipal de Caicedonia (fls. 99 a 103).

"Se observa que por este último ilícito se dictaron las sentencias del 30 de abril de 1968 del Juzgado Primero Penal Municipal de Caicedonia y julio 16 también de 1968 del Tribunal Superior de Tuluá, mientras que por el primer ilícito, las sentencias condenatorias se pronunciaron con posterioridad: el 1º de octubre de 1968 —Juzgado Primero Penal Municipal de Caicedonia— y 2 de diciembre de 1968 —Tribunal Superior de Buga—.

"Esta circunstancia, en opinión del Ministerio Público, hace inaplicable el artículo 34 del Código Penal en cuanto se refiere a la segunda reincidencia, porque 'el nuevo delito' —el del 30 de octubre de 1966— no se cometió dentro de los diez años siguientes a la ejecutoria de la condena —la del 16 de julio de 1968— sino antes.

"Para la reincidencia juegan, como es sabido, la fecha de comisión de los delitos y la de la ejecutoria de las sentencias condenatorias. Si dentro de los diez años siguientes a la última se comete una infracción penal, se dará aplicación al artículo 34 del estatuto mencionado si la situación jurídica en estudio no está prevista como excepción en el artículo 35.

"En el presente caso, se repite, el segundo ilícito no se cometió dentro de los diez años siguientes a la ejecutoria de la sentencia de julio de 1968 sino antes, en octubre de 1966, y por esta circunstancia no es posible de-

ducir reincidencia en contra de Luis Alberto Guevara.

"En cambio, si se da la primera reincidencia, porque dentro de los diez años siguientes al fallo condenatorio de diciembre de 1968, se cometió otro ilícito en diciembre de 1974...".

Por último la acertada opinión del colaborador fiscal enuncia el siguiente didáctico comentario: "...No está por demás observar que la pena accesoria de relegación a una colonia agrícola penal —último inciso del artículo 34 del Código Penal— no se aplica en forma automática (segunda reincidencia en adelante), sino que es preciso demostrar estos factores: que la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demuestran en él una persistente tendencia al delito.

"La sentencia impugnada guarda silencio sobre estos factores. Desde este punto de vista también se infringe la Ley sustantiva pero, claro está, por la vía indirecta, resultado de errores de hecho manifiestos en los autos, por haber olvidado probar cada uno de los motivos a que se refiere el último inciso del artículo 34 del Código Penal...".

Respuesta al único cargo

Para comprender, ab initio, la procedencia de la censura planteada por el recurrente, basta observar con ligera atención las características del fenómeno condenatorio que pesaba sobre GUEVARA SANCHEZ, cuando incurrió en el atentado patrimonial al IDEMA, y las exigencias del artículo 34 del Código Penal, regulador, con el siguiente dispositivo, de la reincidencia.

En efecto, el primer hecho delictivo (robo cometido en Caicedonia) de GUEVARA SANCHEZ, ocurrió el 30 de octubre de 1966. La sentencia condenatoria de primera instancia (Juzgado 1º Penal Municipal de Caicedonia) se profirió el 1º de octubre de 1968, confirmada por el Tribunal Superior de Buga el 2 de diciembre de 1968. Por demás está indicar que la pena privativa de la libertad consistió en treinta y dos meses de prisión.

El segundo hecho delictivo (hurto cometido en Caicedonia), lo cometió GUEVARA SANCHEZ el 16 de noviembre de 1967. La sentencia condenatoria de primera instancia (un año de prisión, Juzgado 1º Penal Municipal de Caicedonia) se profirió el 30 de abril de 1968 y fue confirmada por el Tribunal Superior de Tuluá el 16 de julio de 1968.

La ley, para permitir la excepcional intensificación de pena que representa la reincidencia, exige no pocas condiciones: 1. Comisión de nuevo hecho delictivo con posterioridad a la existencia de una sentencia condenatoria, debidamente ejecutoriada; 2. Que no se sobrepase el término de diez años entre la sentencia ejecutoriada del primer delito y la sentencia ejecutoriada computable para la primera reincidencia; entre la fecha de esta última y la sentencia ejecutoriada que se toma para la segunda reincidencia, y así sucesivamente; 3. Que no se involucre en estas valoraciones actividades de menores de diez y seis años ni se trate de contravenciones, homicidio o lesiones personales en estado de necesidad o en las circunstancias de los artículos 27 y 28 del Código Penal, o de delitos políticos cometidos sin homicidio, incendio, saqueo o robo, o delitos culposos o contra la disciplina militar; 4. Que para poderse declarar una reincidencia de segundo grado es necesario que preexista un fallo que establezca expresamente la reincidencia de primer grado. (Artículos 34, 35 del Código Penal y 664 del Código de Procedimiento Penal).

La sentencia impugnada, como bien puede observarse, desconoció dos de estos básicos requisitos. Los censores invocan y destacan el primero de ellos: el segundo hecho, susceptible de conjugarse para una primera reincidencia, no ocurrió con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia relacionada con el primero de los delitos. Nótese que aquél tiene por fecha de ejecución el 16 de noviembre de 1967 y ésta lleva por fecha el 2 de diciembre de 1968.

El aspecto resulta obvio y basta su mención para comprender su realidad y alcance. No obstante, conviene repetir ahora lo que la Corte ha dicho sobre este punto: "...Por demás está advertir que la primera sentencia debe hallarse ejecutoriada con anterioridad a la comisión de un segundo ilícito, para que se configure la reincidencia, pues si esto no ocurre, en el supuesto que

el condenado, antes de los dichos diez años, consumare una tercera infracción sería reincidente de primer grado, porque la ejecutoria atañe al tiempo de la comisión del delito, no a la del juzgamiento del tercer proceso (nunc sed tunc), es decir, la ejecutoria no opera ahora sino entonces, cuando se cometió el segundo ilícito, ya que en tal caso se trataría de dos procesos coexistentes, en desarrollo, sin que en ninguno de ellos se haya proferido sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, en la forma antes dicha...". (Casación Penal. Octubre 27 de 1969. M. Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

El segundo requisito, que no alegan los impugnadores y suele olvidarse frecuentemente, traduce a cabalidad la idea de constituir la reincidencia en estado jurídico en el derecho penal. No se trata de una cuestión de hecho. En efecto, uno de los fundamentos de esta singular forma de intensificación de la pena considera, precisamente, que las iniciales sanciones han sido insuficientes y así lo evidencia el sentenciado al despreciar, con nuevos hechos delictivos, la represión anterior. Entonces, la escalada de la reincidencia, que implica sucesivos aumentos de pena, supone obligadamente que el sujeto que debe padecerlos conozca, por qué está definida en forma segura y estable, la situación jurídica en que cada fallo lo ubica.

Para poder operar una reincidencia de segundo grado se requiere que preexista una sentencia que haya reconocido la reincidencia de primer grado. Lo contrario sería una situación de hecho, pues bastaría la física aportación de múltiples sentencias para que se dedujera de golpe la segunda reincidencia, marginándose la amenaza y prevención que declaratorias de esta índole, cumplidas oportuna y legalmente, puedan representar para el delincuente. La conducta futura de éste no se determina en igual forma cuando media una reincidencia de primer grado, que cuando no se da. En esta última hipótesis podrá inclinarse más fácilmente a la comisión de nuevos ilícitos.

La Corte ya ha fijado con claridad este criterio y es así como enseña: "...Es reincidente por primera vez el que comete un delito dentro de los diez años siguientes a la ejecutoria de una sentencia condenatoria recaída en su contra, siempre que no se trate de infracciones exceptuadas en el artículo 35. Y es reincidente por segunda vez quien comete un nuevo delito dentro de los diez años siguientes a la ejecutoria de la segunda sentencia en que se calificó y sancionó la primera reincidencia. La primera reincidencia supone, pues, un fallo condenatorio anterior; la segunda reincidencia requiere la existencia de una sentencia en que se haya computado la primera reincidencia y así sucesivamente. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1969. M. Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Es manifiesta la indebida aplicación del 34 del Código Penal, que resultó en un sancionamiento desmedidamente injusto de GUEVARA SANCHEZ.

El cargo prospera en la forma parcial como ha sido formulado.

No es necesario considerar el desacierto en que igualmente se incurrió en el fallo impugnado, al disponer la aplicación de la accesoria de relegación a colonia agrícola, por un lapso de seis años, como consecuencia obligada y fatal de la declaratoria de reincidencia de segundo grado. Abunda la doctrina unificada de esta Corporación en el sentido comentado y al respecto se cita la siguiente: "...La pena de relegación impuesta como accesoria, tuvo como fundamento en los fallos de instancia únicamente las reincidencias, sin que en los autos apareciera debidamente las circunstancias atinentes a los motivos correspondientes a determinaciones y condiciones personales del procesado, y sin la debida valoración de la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos. Las solas reincidencias no permiten imponer la sanción accesoria...". (G. J. Tomo XC. pp. 792 y 792. 1959).

Debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 583 aparte 1º. del Código de Procedimiento Penal. GUEVARA SANCHEZ se declarará, entonces, como reincidente de primer grado, correspondiéndole un aumento de una tercera parte sobre el mínimo de la pena considerada por el fallador de instancia, o sea, que purgará un total de ochenta meses de presidio. No hay lugar a la pena accesoria de relegación a colonia agrícola.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL— administ-

trando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE el fallo ya indicado en su fecha, origen y naturaleza, en cuanto impuso al procesado LUIS ALBERTO GUEVARA SANCHEZ, siete años y seis meses de presidio, como penal principal, y seis años de relegación a colonia agrícola, como pena accesoria, y en su lugar, lo condena a purgar ochenta (80) meses de presidio y las accesorias de pérdida de la patria potestad, publicación especial de la sentencia e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la **Gaceta Judicial**.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL POR FALTA DE DEFENSA DEL PROCESADO

Sólo puede alegarse cuando la defensa ha sido inexistente, pero no cuando fue limitada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 36.

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, fechada a doce (12) de febrero del año en curso y por medio de la cual se confirmó, en todas sus partes, la proferida por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad en la que se condenaba a VICTOR RUBIO a la pena de ocho (8) años de presidio, más las sanciones accesorias del caso por el delito de homicidio, cometido el 23 de enero de 1966 en la persona de Luis Casanova o Cárdenas, hecho que tuvo lugar en el sitio denominado "El Paso de Los Ríos", corregimiento de El Salado, jurisdicción del municipio de Cúcuta, interpuso el Fiscal Segundo de dicho Tribunal el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y que se declaró, por esta Sala, admisible habiéndose tramitado conforme al rito de ley agotado el cual se procede a resolver.

Hechos y actuación procesal

El día que se deja citado en último término, esto es, el 23 de enero de 1966 llegó Luis Casanova o Cárdenas a la tienda de Samuel Olivares situada en el lugar que se menciona en donde fue atacado por Víctor Rubio quien se encontraba acompañado de su hermano Eduardo y de su suegro y sin que precediera cosa distinta a la de preguntar el agresor a la víctima si se llamaba Luis Casanova lo atacó, no bien respondió afirmativamente, con un cuchillo causándole dos heridas en el abdomen que determinaron su deceso pocas horas más tarde cuando estaba en el hospital de Cúcuta.

Aun cuando en la tienda mencionada había varias personas sólo dos presenciaron los hechos: Clodomiro Godoy y Clodomiro Godoy Velasco, hijo y padre, quienes se ocupaban en cargar un burro y al primero de los cuales quitó el procesado el cuchillo con que hirió a Casanova. Otro declarante, Isaías Espitia o Isaías Pita Barón estaba en un sitio cercano y acudió a los gritos de los de la tienda de que una persona había sido lesionada, alcanzando a ver al ofendido cuando, teniéndose con las manos el estómago, se recostaba frente a la tienda, al tiempo que Víctor Rubio tenía en una de las suyas una cuchilla ensangrentada.

La investigación fue iniciada por el Corregidor de El Salado, continuada por el Juez Séptimo Penal Municipal y pasó por competencia a los jueces superiores habiéndole correspondido, en reparto, al Tercero de esa categoría quien la cerró por auto de 23 de abril de 1975 y luego, en providencia fechada a 26 de junio del mismo año, abrió causa criminal por los trámites en que interviene el jurado, contra Víctor Rubio como responsable por el delito de homicidio voluntario o de propósito esto es, sin agravantes ni atenuantes.

Previamente y como el sindicado hubiera huído a raíz del hecho materia del proceso, se le declaró reo ausente, declaratoria que

se repitió luego de proferido el auto de proceder y en vista de que no había sido posible su captura, como no lo ha sido hasta ahora.

El defensor de oficio, doctor Luis Arturo Melo Díaz apeló del auto vocatorio a juicio y el Tribunal lo confirmó por el de doce de septiembre del año que se viene mencionando.

Tramitada la etapa del juicio sin que durante el plenario del mismo se solicitaran pruebas, se llevó a cabo, el día 4 de noviembre del año pasado, la audiencia pública durante la cual el Fiscal, luego de analizar los tres testimonios que se dejan atrás mencionados, y de aseverar que el momento culminante no había sido presenciado por ninguna persona, expresó que "en esas condiciones el Ministerio Público no podía solicitar de los miembros del jurado un veredicto condenatorio para el procesado ni tampoco podía solicitar un veredicto absolutorio en su favor porque tampoco estaba demostrada en los autos su inocencia porque no se había presentado a las autoridades a informar sobre su conducta, que entonces en esas condiciones dejaba en completa libertad al Jurado para que fuera él en conciencia quien decidiera sobre la conducta de Víctor Rubio porque como lo había dicho antes el Ministerio Público no pedía un veredicto de condena ni tampoco de absolución para el sindicado".

Por su parte el defensor se redujo a decir "que su intervención se limitaría única y exclusivamente a solicitar del jurado de conciencia, para no ir a entorpecer la defensa de que al proferir un veredicto condenatorio se tuviera en cuenta para su defendido el estado de embriaguez en que se encontraba, porque estaba plenamente convencido de que Víctor Rubio era responsable del homicidio que se le imputaba y la defensa no quería por ningún motivo la impunidad, que entonces nuevamente le pedía al jurado que al reconocer la responsabilidad de Víctor Rubio, se dijera que sí era responsable pero en estado de embriaguez, que así lo esperaba de los señores miembros del jurado".

El Tribunal de conciencia, acorde con la solicitud del defensor, contestó el cuestionario diciendo: "Sí es responsable pero bajo el efecto de la embriaguez".

El juez, al proferir la sentencia, manifestó que no había en los autos la menor posibilidad de pensar que el veredicto resultara contrario a la evidencia de los hechos y que la adición que había consignado el jurado en su respuesta afirmativa al cuestionario y a solicitud del defensor "no modifica en nada la tipicidad de la conducta delictiva del procesado", por lo cual se limitó a tener en cuenta la embriaguez como una circunstancia de menor peligrosidad. Y concluyó fijando en ocho (8) años la pena principal que impone al reo.

Por su parte el Tribunal, ante el cual apeló el defensor del procesado, confirmó por medio de la que ahora es objeto del recurso de casación, la sentencia del a quo.

Al resolver la alzada, el Tribunal desechó la solicitud de su Fiscal Segundo en el sentido de que se revocara la sentencia por considerar que se había incurrido en nulidad de carácter constitucional consistente en la falta de defensa del procesado.

Expresó el ad quem que el procesado tuvo un defensor de oficio que interpuso recursos y asistió a la audiencia en donde alegó en favor de su defendido en la única forma que creyó posible hacerlo de donde se concluye que éste no careció de defensa ni la manifestación del defensor en el sentido de aceptar la responsabilidad de su representado podía afectar la situación de éste habida cuenta de las declaraciones de testigos que no dejaban duda sobre la autoría del homicidio.

Demanda de casación

Solo un cargo formula el recurrente contra la sentencia que se acaba de mencionar.

Lo hace consistir en que el procesado careció de defensa adecuada y por eso se violó una de las garantías constitucionales consagradas por el artículo 26 de la Carta Fundamental, a saber, la de la observancia plena de las formas propias del juicio.

Apova su afirmación el recurrente en que el defensor de oficio no pidió ni aportó ninguna prueba en favor de su defendido durante el plenario de la causa, no alegó cuando, cerrada la investigación, se le dio traslado para ello y, finalmente, en la audiencia pública y no obstante que el Fiscal había manifestado que no pedía a los ju-

rados que condenaran ni absolvieran al procesado, no aprovechó esa circunstancia para pedir que declararan su inocencia sino que reconoció expresamente su responsabilidad, solicitando tan solo que se tuviera en cuenta el estado de embriaguez en que se encontraba lo que era una petición anodina pues en nada afectaba la situación de su defendido.

"Entonces es inevitable concluir, dice el demandante, que el señor Defensor no sólo permaneció en la práctica ausente del proceso, vale decir, no cumplió con su deber, como ha quedado expuesto a través del trámite del sumario y de la causa, porque en la primera fase del proceso ni el primer abogado que fue nombrado como apoderado ni el doctor Melo Díaz ejercieron ninguna actividad y removido aquél habiéndose cerrado oficiosamente la investigación tampoco el segundo presentó alegato de ninguna naturaleza, no hizo solicitud alguna en favor de su patrocinado a través de todo el proceso, no sustentó ningún recurso, no solicitó pruebas ni en el sumario ni en la etapa del juicio y por último tampoco alegó en la segunda instancia ni recurrió extraordinariamente en casación, sino que contrariamente a sus deberes lo que hizo fue solicitar la condena, a lo cual no se atrevió ni el mismo Fiscal, dada la realidad probatoria".

Corrido el traslado de la demanda a la Procuraduría en virtud de lo dispuesto por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal el Procurador Primero Delegado Penal, tomando especialmente en cuenta la intervención del defensor durante la vista pública y a la que califica de 'inane' a todas luces, concluye que el derecho de defensa se quebrantó gravemente y apoya en consecuencia la petición del recurrente a más de lo cual solicita que se saquen copias de lo pertinente para que por el Tribunal Superior de Cúcuta se forme proceso disciplinario contra el abogado Luis Melo Díaz.

Consideraciones de la Corte

El derecho de defensa del imputado tiene carácter complejo y si bien su principal enunciación está contenida en el artículo 26 de la Carta que consagra como garantías en favor de aquél las de que no puede ser juzgado sino conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, hay otras disposiciones, tanto en la misma Constitución como en el Código de Procedimiento Penal, que completan el cuadro de la inviolabilidad de la defensa, tales como el artículo 23 del Código fundamental que establece requisitos de indispensable cumplimiento para que una persona pueda ser privada de su libertad o se registre su domicilio, el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal que consagra el derecho de solicitar la propia indagatoria, el 385 ibidem que prohíbe juramentar al imputado, el 388 íd., que veda el empleo de promesas, coacciones o amenazas para obtener que el procesado declare la verdad así como también el uso de preguntas capciosas o sugestivas, el 393 del mismo ordenamiento que prohibe indagar sin apoderado, las comprendidas en el título IV sobre el "habeas corpus", las que reglamentan el nombramiento de apoderado, las notificaciones de ciertos autos, la detención preventiva del imputado, las que establecen las nulidades, las que estatuyen que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, etc.

Ciertamente una de las más importantes garantías del derecho de defensa es la de que el imputado debe contar con la asistencia jurídica de un apoderado o defensor que lo represente y asista a lo largo del proceso, bien sea para que tome la iniciativa en la defensa o complemente la actividad que, en este sentido, desarrolle el inculpado o llegue aun a representarlo en determinadas ocasiones como ocurre cuando se le declara reo ausente.

Es evidente, además, que de todas estas funciones la más importante es la de asistencia del procesado por medio de intervenciones del defensor basadas en sus conocimientos y en su experiencia que vayan estructurando y guiando esa defensa y protegiendo al defendido de posibles abusos o errores de la justicia y a través de las cuales se constituye no sólo en un guía sino también en un protector de aquél.

Por eso resulta claro que cuando esa asistencia es inadecuada, la situación del imputado en el proceso puede verse comprometida y su derecho de defensa aparecer menoscabado.

Pero sólo cuando esa falla de asistencia

por parte del apoderado ha hecho imposible o difícil que se ejerciten no sólo esa sino también los demás derechos del sujeto pasivo de la acción penal puede considerarse que no ha gozado de garantías para su defensa.

No ocurre eso cuando la defensa no ha sido inexistente pero sí limitada. Esto es cuando el defensor ha hecho algo por su defendido aunque no todo lo que era posible llevar a cabo en tutela de los intereses de éste.

En estos casos habría que examinar si la limitación de la asistencia técnica hizo nugatorias las demás garantías constitucionales y legales que tutelan la defensa del imputado.

No basta, para concluir que hubo falta de defensa afirmar, por ejemplo, que el defensor no pidió pruebas. Es necesario, como lo ha dicho la Sala no sólo enumerar las pruebas que dejaron de solicitarse sino demostrar la repercusión que ellas habrían tenido en el proceso.

Y por lo que hace a las tesis jurídicas, también ha dicho la Corte que no es suficiente tildar de inadecuada, por este aspecto, la defensa sino que se debe manifestar "cuál es la tesis jurídica que la defensa hubiera podido exponer, a efecto de que la justicia, al tenerla en cuenta, falle en favor del acusado, o acuerde una rebaja a la pena imponible" precisiones sin las cuales no es posible estudiar el cargo de falta de defensa de un imputado (Casación de 30 de marzo de 1975).

En el caso de autos se dice que no hubo defensa del procesado porque no se pidieron pruebas en su favor ni se alegó en forma adecuada durante la audiencia pública.

Respecto a la primera de tales censuras se tiene que no se puntualizan cuáles fueron las pruebas que pudieron pedirse y no se solicitaron. Y si se tiene en cuenta que el hecho delictuoso sólo fue presenciado por dos personas, entre las cuales no hubo contradicción alguna, ni pudo haberla entre ellas y el inculpado puesto que éste eludió a la justicia desde el primer momento, no se ve qué elementos de convicción pudieron llevarse a los autos que cambiaran la posición del sindicado en el proceso.

De manera que la no solicitud de pruebas por parte de apoderado y del defensor no comprometió la defensa del procesado.

Y por lo que hace a la exposición del defensor durante la audiencia, es verdad que fue breve y que en ella se reconoció, por una parte, la responsabilidad de su defendido, y por la otra, se alegó en su favor una circunstancia que no era modificativa del delito sino de simple menor peligrosidad.

Para juzgar la actitud del defensor en la vista pública debe tenerse en cuenta, en primer término, que si bien el Fiscal dejó en libertad a los jurados para que respondieran sobre la culpabilidad o inocencia del procesado, lo hizo sobre la base equivocada de que no hubo testigos de los hechos cuando, en verdad, los habían presenciado dos testigos y un tercero había estado presente en los momentos que siguieron de inmediato al homicidio todos los cuales señalaron a Rubio como autor material de la muerte de Casanova o Cárdenas, situación probatoria que el defensor no podía ignorar y que le llevó a reconocer la culpabilidad de su defendido.

Y no resulta vituperable desde el punto de vista ético ni equivocado desde el de la defensa del imputado que su defensor hubiera hecho ese reconocimiento en vez de acogerse al error del Fiscal sobre la ausencia de testigos presenciales.

La función del abogado en el proceso no es la de presentar apariencias contrarias a la verdad ni acogerse, con el mismo fin, a los errores ajenos. El abogado es un colaborador de la justicia y debe a la verdad tanto respeto como las que la administran directamente.

No se puede, en consecuencia, tildar de deficiente una defensa porque el defensor no estuvo presto a aprovechar una coyuntura para alterar la verdad y prefirió rendir tributo a ésta. "El interés público, dice Clariá Olmedo, en concepto que la Sala hace suyo, debe determinar la actividad del defensor en todas sus manifestaciones, evitando que se convierta en un cómplice o encubridor del delito, o en protector de la delincuencia".

Es claro que esto no significa que el defensor debe constituirse, en nombre de la

moral, de la ley y de la verdad, en un acusador y delatar a su defendido traicionando las confidencias que éste le haya hecho, ni poner sus convicciones en contra de su cliente respecto a hechos no demostrados o sólo a medias establecidos en el proceso. "Nada le impone al defensor, dice el autor citado antes, aferrarse a un pedido de absolución, aun cuando siempre pueda utilizar elementos de prueba que le permitan reclamar una petición de menor responsabilidad. Aferrarse a un pedido de declaración de inocencia frente a indestructibles pruebas de culpabilidad, es contraproducente y además ridículo; pero el no aprovechamiento de cualquier elemento favorable para el imputado, puede convertir la defensa técnica en ineficaz" (Derecho Procesal Penal. Tomo III, págs. 136, 137).

Estas palabras son aplicables a la actitud de la defensa en la audiencia pública. La prueba de la responsabilidad de su cliente era sólida y estaba expuesta con ese carácter en el auto de proceder tanto de primera como de segunda instancia. Una norma elemental de ética profesional, el respeto a la verdad, le impedía aprovechar el error del Fiscal sobre el elemento probatorio. La única circunstancia que favorecía a su representado era la de embriaguez y la alegó. Luego no puede afirmarse que faltó a sus deberes como defensor.

Finalmente, debe decirse que uno de los obstáculos para la defensa de Víctor Rublo, provino de la actitud de éste, quien, como se deja dicho, emprendió, desde el primer momento, la fuga, no siendo posible su localización. Es decir, no acudió a ponerse a órdenes de las autoridades para relatar delante de los funcionarios de instrucción o del juez del conocimiento lo ocurrido. No aprovechó, pues, las oportunidades que le presentaba el proceso de hacer lo que se llama la 'defensa material', esto es, la actuada por el propio imputado y de la cual la 'defensa técnica' o sea la ejercitada por un abogado viene a ser sólo un necesario aunque importante complemento.

En el caso de autos esta defensa técnica hizo lo que estuvo a su alcance, principalmente interponiendo recursos actividad que no es posible desdeñar sólo porque no fueron sustentados ya que el hecho de acudir ante el superior era ya de por sí un acto de defensa de la mayor trascendencia.

Por último es preciso advertir que no se dejaron de observar ninguna de las prescripciones legales encaminadas a tutelar el derecho de defensa, algunas de las cuales fueron mencionadas al comienzo de esta parte motiva.

En conclusión: si bien Víctor Rublo no tuvo la mejor defensa posible, no puede afirmarse, como lo ha hecho el recurrente, que careciera de asistencia técnica adecuada. Y así el cargo resulta carente de fundamento por lo que debe desecharse.

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CONCUSION Y COHECHO

Sus diferencias. Definición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 36.

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín mediante auto de marzo treinta del año en curso, sobreseyó en forma temporal, y por segunda vez, en favor del procesado Francisco Echeverri Betancur contra quien se había adelantado proceso penal por hechos que tuvieron ocurrencia durante el desempeño del sindicado como Juez Civil Municipal de Cáceres, y dispuso que la providencia fuera consultada, determinación esta que se decide mediante la presente providencia.

El ciudadano Manuel Salvador Hinestroza Montoya se presentó ante el Procurador del extinguido Distrito Judicial de Yarumal con el objeto de poner en conocimiento del Jefe de la Oficina del Ministerio Público, hechos que consideró constitutivos de delito y lesivos de sus propios intereses. La síntesis de tales hechos es ésta:

El denunciante, promovió, ante el Juzgado Civil Municipal de Cáceres, acción civil ordinaria contra José Angel Rojo Gil a fin de conseguir que el demandado cumpliera con un contrato de permuta. Originalmente el Juzgado estuvo atendido por el señor Samuel Moreno, y posteriormente fue designado para el cargo el denunciado Echeverri Betancur. Por razón de dicho proceso, expresa el denunciante, debía viajar con alguna frecuencia a Cáceres y visitar el juzgado para enterarse del curso de su negocio, y "en esa forma me hice conocido de don Francisco Echeverri y entramos en una especie de amistad. Un día cualquiera que yo fui a preguntar mi negocio lo invité para que saliéramos... al momento de salir del palacio él me dijo que si le podía prestar cincuenta pesos que tenía un guayabo muy grande y yo se los presté; ya al despedirnos ese día, me dijo que estuviera tranquilo que mi trabajo no lo descuidaría. Ya por ahí en el mes de diciembre... me dijo mi esposa... que el juez de Cáceres había ido a preguntar por mí a la casa... al rato subió el juez don Francisco Echeverri... y me dijo que si le podía prestar UN MIL QUINIENTOS PESOS... y yo le contesté que no los tenía, pero le dije que si él me daba el fallo a favor en el negocio que tenía contra José Angel Rojo, yo le conseguía quinientos pesos, pero él me dijo que por quinientos pesos no, que necesitaba era mil quinientos pesos que los consiguiera... que entonces él se comprometía a fallar el negocio a favor mío...".

El juez le manifestó, así mismo, al denunciante, que en caso de que no le correspondiera a él producir el fallo en el referido asunto, le devolvería el dinero; y que como el denunciante tenía interés especial en el fallo, hizo una serie de diligencias para conseguir el dinero, y una vez lo obtuvo, buscó al ex-juez "y salimos para la casa y nos entramos para la pieza de dormitorio mío y allí le conté el dinero y se lo entregué".

Posteriormente, y a solicitud del mismo ex-funcionario; el denunciante le hizo en-

trega de cien pesos más, con tan mala suerte para el denunciante, que según sus propias palabras "a los poquitos días le entregó al nuevo juez que está hoy, es decir se vino sin darle el fallo a favor de mi negocio como me lo había prometido y ya este nuevo juez falló en mi contra...etc". Finalmente, que como se considera víctima de un delito de estafa, formula la denuncia penal correspondiente, "para que ese señor me devuelva mi plata, ya que no cumplió el compromiso de fallar a mi favor, como me dijo que lo haría".

Ratificada la denuncia, el Tribunal de Yarumal ordenó se abriera la correspondiente investigación y comisionó al Juez Penal Municipal de Cáceres. Perfeccionada en lo posible, se declaró cerrada y por auto de mayo 31 de 1974 el Tribunal Superior de Medellín sobreseyó en forma temporal al ex-juez acusado y dispuso la práctica de diversas pruebas que deberían ser practicadas por el Juez Promiscuo Municipal de Cáceres a quien se comisionó por medio del mismo auto.

El negocio llegó al Juzgado el 26 de junio del año de 1974 y fue devuelto al Tribunal el cuatro de febrero de 1976 sin que el funcionario comisionado hubiera evacuado ninguna de las pruebas ordenadas por el Tribunal lo cual dio razón a éste, para que en el pronunciamiento consultado, se dispusiera poner en conocimiento de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial el hecho, a efecto de que se investigue la negligencia manifiesta de dicho funcionario.

El Ministerio Público, representado en esta ocasión por el Fiscal Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Corte confirme el fallo consultado en atención a que con fundamento en las pruebas recogidas hasta ahora, no es jurídicamente posible "tomar decisiones definidas y firmes sobre la inocencia o culpabilidad del acusado".

Como quiera que los hechos atribuidos a la actividad del ex-Juez Civil Municipal de Cáceres tuvieron ocurrencia en el mes de diciembre del año de 1968, según se desprende del texto de la denuncia, el Fiscal Segundo del Tribunal de Medellín ha expresado su opinión de que por cuanto la conducta del ex-juez sindicado estructuraría un delito de concusión, la acción penal estaría prescrita por haber transcurrido un tiempo superior a seis años que es el de la pena máxima prevista para esta infracción (artículo 156 del Código Penal). El Tribunal, se apartó de este criterio, y ha sostenido que se trata no ya de un delito de concusión sino de "cohecho" propio en la modalidad del artículo 161 del Código Penal, agravado por la circunstancia establecida en el inciso 2º de la misma norma, pues el Juez admitió una dádiva monetaria que le fue ofrecida por Hinestroza para que el poder decisorio de aquél se volcase totalmente en beneficio de éste y en perjuicio del opositor en la litis, de donde se infiere que el denunciante es partícipe en la infracción como sujeto activo o cohechador en las formas descritas en el artículo 164 ibídem, (fl. 72); y, como la hipótesis enunciada tiene prevista una pena máxima de diez años de prisión, no habiendo transcurrido ese tiempo desde la comisión de los hechos, la acción penal no habría prescrito aún.

Es evidente que si se siguiera la orientación común, seguida por parte de la doctrina y jurisprudencia, en cuanto al criterio para distinguir el delito de concusión del de cohecho, basado sobre la teoría de la iniciativa, muy seguramente la calificación que se diera al asunto que se examina, sería el de considerarlo como un caso de concusión. De acuerdo con dicha teoría, se daría la figura del cohecho todas las veces que el funcionario público o el empleado público o quien transitoriamente desempeña una función pública, ACEPTA o RECIBE, adhiriendo a la iniciativa del particular, dinero o dádivas o promesas remuneratorias, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones (artículo 160 del Código Penal). Considerando, en cambio, que se presenta la hipótesis de concusión, cuando el funcionario público o el empleado público o quien está encargado de un servicio público, PIDE o SOLICITA el dinero u otra cualquiera utilidad, tomando el mismo la iniciativa de la indebida exigencia.

En síntesis, y de acuerdo con esta teoría, se estaría en presencia de una concusión, aún en el caso de que habiendo partido la iniciativa del funcionario público para la indebida prestación, el particular hubiera adherido voluntariamente, quedando por tanto impune, aunquando su adhesión hu-

biera estado motivada por una razón de ventaja o de provecho personal.

Esta, como se dijo, es tesis recogida por la mayoría de la doctrina nacional, que así la explica el tratadista Pacheco Osorio cuando al hacer el deslinde entre las dos figuras dice: "Ahora bien, si el funcionario toma la iniciativa, y PIDE o EXIGE, explícita o implícitamente, ya no se ha limitado a RECIBIR o ACEPTAR ha hecho algo más ha cometido una acción más repugnante y audaz reveladora de mayor peligrosidad. Su delito, por tanto, es más grave que el cohecho pasivo simple. Es una concusión, reprimida, con mayor vigor que aquél. Siempre, pues, que la iniciativa de efectuar el ominoso contrato parta del funcionario, debe estarse al título de concusión y no al de cohecho. Y, al contrario, cuando ella emane del particular, el delito será de cohecho y no de concusión" (Pedro Pacheco Osorio. "Derecho Penal Especial". Tomo I, Temis, Bogotá, Ed. 1958, págs. 179, 181).

De suerte que, si se aplicara este criterio al caso que se estudia, habría que calificar la ilicitud como de concusión y no como acertadamente lo hizo el Tribunal de Medellín, de cohecho, en vista de que, y de acuerdo con los términos de la denuncia, la iniciativa para que el denunciante Hinestroza Montoya hiciera los tres préstamos de dinero al ex-juez de Cáceres, siempre partió del ex-funcionario.

La doctrina más reciente varió el criterio de la distinción, dejando de lado el del origen de la iniciativa y con base en un examen profundo de la estructura del delito y del interés jurídico tutelado en cada una de las dos normas. Llegó a la conclusión de que quizá es más técnico considerar la POSICION de los sujetos en los dos delitos, en cuanto a que, en la hipótesis de cohecho, siendo de su esencia la existencia de un verdadero ACUERDO mediante el cual el funcionario vende el acto público al particular, las partes estarían operando en un plano de igualdad, mientras que en la concusión estaría caracterizada por una posición de superioridad del funcionario público que haría valer esa condición frente al particular intimidándolo, es decir, colocándolo en situación de metus publicae potestatis.

Debe considerarse además, que el dinero o la dádiva que recibe el funcionario público que incurre en cohecho, tiene el profundo significado de una RETRIBUCION, de una RECOMPENSA que paga el particular por el acto del funcionario. En el cohecho, el particular, a cambio de un acto oficial del funcionario da o promete al mismo, es decir, que entre el acto y la dádiva se establece una necesaria relación de prestación y contraprestación en la cual, al contrario de lo que ocurre en la concusión tanto el particular como el funcionario resultan ganancioso de la comisión del reato.

De suerte que, no es aventurado afirmar, como lo hace algún autor, que todas las veces que el funcionario público ofrece al particular la perspectiva de una ventaja injusta, se dará la figura de cohecho y no la de concusión porque la concusión es inconcebible sin un daño injusto explícita o implícitamente amenazado el particular por el funcionario público valiéndose de su posición de superioridad y abusando de sus poderes.

Debe tomarse en cuenta también, que por cuanto hace al elemento subjetivo, en el delito de cohecho, el dolo de la conducta oficial exige que el funcionario público reciba el dinero o la dádiva o acepte la promesa remuneratoria como una retribución por el acto conforme o contrario a la función. De igual manera, la conducta del particular que da o promete debe estar inspirada en la misma razón de considerarla como una retribución por el favor que recibe.

Que en el caso de autos se está en presencia de un delito de cohecho, no queda la menor duda. Basta con tomar en cuenta la razón por la cual el denunciante Hinestroza Montoya ha formulado su queja contra el ex-juez: para que le devuelva su plata "ya que no cumplió el compromiso de fallar a mi favor" son sus palabras textuales (fl. 2 vto.). De modo que, los un mil quinientos pesos, tuvieron en la mente del denunciante y en la del ex-juez beneficiado, ese profundo sentido de la RETRIBUCION que es, como se dijo, característica propia del cohecho.

Siendo pues, que se está en presencia de un delito de cohecho, y no de concusión, el lapso previsto por la ley (artículo 105 del Código Penal), para que se produzca el fenómeno de la prescripción no se presenta, y por otra parte, no existiendo en el proceso

la prueba necesaria para dictar un llamamiento a juicio ni un sobreseimiento definitivo, lo procedente era dictar un segundo sobreseimiento de carácter temporal por lo que, estando ajustada a derecho la decisión que se consulta, habrá de confirmarse.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Ministerio Público, CONFIRMA el auto objeto de consulta, de fecha y origen relacionados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V. Secretario.

BIBLIOTECA

CERTIFICADOS

Los expedidos por los Jueces de Instrucción sobre cumplimiento de comisiones dadas a otros funcionarios de instrucción, no son certificados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio veintidós de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 36 de 22 de julio/76.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala Penal de Decisión, sobreseyó definitivamente en favor del doctor GUILLERMO MORENO CORCHUELO, ex-juez Doce de Instrucción Criminal, con sede en La Dorada, al calificar el mérito del sumario que se le adelantó para averiguar si había cometido un delito de falsedad en documento público.

Entra la Corte a decidir sobre la legalidad de esa providencia, por haber sido sometida a su estudio mediante el grado de jurisdicción de consulta.

Antecedentes

1. Por habérsele concedido vacaciones al doctor Jaime Castro Lara, titular del Juzgado Diez de Instrucción Criminal de Armenia, fue encargado de ese despacho el Secretario del mismo, Alonso Cardona López, durante el lapso comprendido entre el 11 y el 30 de junio de 1975.

2. El 24 del citado mes, el juez encargado Cardona visitó en compañía de una dama al doctor Guillermo Moreno Corchuelo, Juez 12 de Instrucción Criminal de La Dorada, para presentársele como funcionario de instrucción comisionado para practicar alguna prueba en la Dirección de Transportes y Tránsito de dicha ciudad. Al día siguiente, Cardona volvió a visitar al juez Moreno para informarle que había evacuado la comisión que se le había encomendado, y para solicitarle que le expidiera un certificado en que constara que había dado cumplimiento a la misión que lo llevó a La Dorada, incluyendo en ese documento a Aida Quintero Román, Secretaria del Juez Cardona.

Sin exigirles identificación al juez y secretaria del Juzgado 10 de Instrucción Criminal de Armenia, el requerido produjo el siguiente documento:

"El suscrito Juez Doce de Instrucción Criminal de Dorada Caldas,

"HACE CONSTAR:

"Que el señor doctor Alonso Cardona López Juez Décimo de Instrucción Criminal de Armenia Quindío y su Secretaria ad hoc Aida Quintero Román permanecieron en la ciudad de La Dorada durante los días veinticuatro y veinticinco de junio de mil novecientos setenta y cinco en cumplimiento de funciones relacionadas con su cargo.

"Para constancia se firma a los veinticinco días del mes de junio de mil novecientos setenta y cinco en La Dorada Caldas". (Fdo.) Guillermo Moreno Corchuelo, Juez 12 de Instrucción Criminal".

3. Con las declaraciones del juez encargado Alonso Cardona López y de la Oficial Mayor del Juzgado 10 de Instrucción Criminal de Armenia, Aida Quintero Román, se descubrió que ésta no acompañó a Car-

dona a La Dorada, sino que permaneció al frente del Juzgado en Armenia.

Cardona afirma que fue a La Dorada con Javier Duque Ramírez, pero no recuerda si los dos visitaron al doctor Moreno, aun cuando confiesa que le insinuó a dicho funcionario que incluyera en el certificado sobre el cumplido de la comisión, a su secretaria Aida Quintero Román. En cambio, el juez doctor Moreno sostiene que Cardona concurrió a su Despacho en unión de una dama, cuya edad frisaba con los 25 años, siendo esa la razón por la cual no puso en duda que era su secretaria ad hoc.

4. Aida Quintero Román ha informado que, como las resoluciones que autorizaron varias comisiones al Juez 10 de Instrucción Criminal de Armenia, estaban a nombre del doctor Jaime Castro Lara y Alonso Cardona López, como Juez y Secretario, las cuentas de viáticos a La Dorada se presentaron a nombre de ellos y no de Cardona y Aida Quintero (juez encargado y secretaria ad hoc), por cuya razón los cheques respectivos los giró la Administración de Impuestos Nacionales a favor de aquéllos.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, actuando en Sala Penal de Decisión, calificó el mérito del sumario con un sobreseimiento definitivo a favor del ex-juez Guillermo Moreno Corchuelo, porque éste actuó de buena fe aunquando con imprudencia al expedir la constancia sobre el "cumplido" de la comisión del juez Cardona y la secretaria ad hoc Aida Quintero, de lo cual deduce la falta de dolo.

6. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha solicitado que se sustituya el sobreseimiento definitivo por uno temporal, para oír los testimonios de los empleados del Juzgado 12 de Instrucción Criminal de La Dorada "para que declaren lo que les conste al respecto"; para "recibir el testimonio de Jaime Duque Ramírez... persona que viajó con Cardona a La Dorada"; y para carear a Cardona con el acusado Guillermo Moreno Corchuelo.

Consideraciones

Son documentos públicos "los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones", según las voces del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal.

Los artículos 262 y 116 del Código de Procedimiento Civil expresan que tienen el carácter de documentos públicos las certificaciones que expidan los Jueces "sobre la existencia de procesos, la ejecutoria de resoluciones judiciales, y sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones de que no haya constancia escrita; también en los demás casos autorizados por la ley".

Las funciones de los Jueces de Instrucción Criminal están descritas en el Código de Procedimiento Penal, y en tal estatuto no figura la relacionada con la expedición de certificados o constancias sobre el cumplimiento de comisiones dadas a otros funcionarios de instrucción. Esa función le compete a la primera autoridad política o administrativa de los Municipios, como son los Alcaldes. De donde se deduce que la constancia suscrita por el procesado doctor Guillermo Moreno Corchuelo, en su carácter de Juez 12 de Instrucción Criminal de La Dorada, sobre la circunstancia anotada en ella de que el Juez Cardona y su secretaria ad hoc Aida Quintero Román estuvieron en la mencionada ciudad durante determinados días, en cumplimiento de funciones relacionadas con su cargo, no es un certificado o documento expedido en ejercicio de funciones de investigador. Tal constancia no se refiere a ninguno de los procesos penales que tenía a su cuidado el juez Moreno, ni a hechos que hubieran ocurrido durante la instrucción de algún sumario, en su presencia, y de los cuales no se hubiere dejado constancia escrita en el proceso de su acaecimiento. La facultad de los funcionarios instructores de certificar o de producir documentos no es general y absoluta sino restringida al estricto campo de sus funciones como investigadores. Cualquier documento que produzcan en relación con asuntos que no le están adscritos como jueces de instrucción criminal, no reviste el carácter de documento público. Es indudable que el funcionario que expide constancias o certificaciones sobre materias ajenas a las funciones oficiales que se le han señalado, abusa de su carácter de tal. No es una conducta plausible la adoptada por el ex-juez Guillermo Moreno Corchuelo, al tomarse atribuciones que no le han sido encomendadas, como la de expedir constancias sobre el

cumplimiento de comisiones dadas a otros funcionarios instructores.

Pero ese comportamiento no alcanza a configurar un delito de usurpación de funciones públicas, ni tampoco lo describe el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público como falta disciplinaria.

De lo expuesto se extrae la conclusión de que la conducta del procesado no es delictuosa, no por falta de dolo, sino porque se está en presencia de un caso de atipicidad. El auto consultado se confirmará por esta razón y no por la aducida por el Tribunal de Primera Instancia.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

CONFIRMAR el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala Penal de Decisión, con fecha 4 de mayo del año en curso, en favor del doctor Guillermo Moreno Corchuelo, ex-Juez 10 de Instrucción Criminal, con sede en La Dorada, al calificar el mérito del sumario que se siguió para averiguar si había cometido un delito de falsedad en documento público, confirmación que se hace por razón jurídica distinta a la que tuvo en cuenta el fallador, según quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD APLICABLES A LOS DELITOS CULPOSOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio veintitrés de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 36 de julio 22/76.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de LAZARO DE JESUS RUIZ SALAZAR, contra la sentencia de veintinueve de julio último, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la de primer grado, dictada por el Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad el 18 de junio del mismo año, que impuso al procesado la pena principal de cuatro años de prisión y las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio culposo ocasionado cuando el procesado conducía un vehículo automotor.

Antecedentes

En la noche del día diez de noviembre del año de 1974 el sindicado Ruiz Salazar conducía un bus de pasajeros que cubría la ruta Itagüí-Medellín "según dice él... salió de la terminal normalmente, recogiendo y llevando pasajeros durante el trayecto. Pero según las claras y desprevenidas manifestaciones de los testigos el viaje lo hacía a velocidades escalofriantes. Eran visibles su premura y su estado de embriaguez. Desde la glorieta del aeropuerto comenzó a imprimir velocidades cada vez mayores sin importarse por el reclamo de uno de los pasajeros y sin respetar las señales de los semáforos... Fue así como pasó en rojo el que existe en la Avenida 33 con la carrera Bolívar y en su alocada carrera llegó al cruce de la calle San Juan, donde el semáforo lo obligaba a detener la marcha puesto que marcaba el peligro con la luz roja. Mas sabiendo la inminente y abierta posibilidad de un accidente... se aventuró a seguir... como consecuencia de su actitud temeraria a pocos pasos arrolló en forma impresionante al ciudadano Blas Ríos... y en vez de detenerse sabiendo que había ocasionado una tragedia, aceleró todavía más aunque divisaba a otras personas en peligro. A María Cenobia López que intentaba el cruce con su pequeño hijo de brazos, le dio otro golpe con tal violencia que el menor salió prácticamente disparado fracturándose el cráneo... María Cenobia fue arrastrada... durante el increíble trayecto de ochenta metros o sea hasta las puertas del teatro Granada donde por fin, ante los gritos de los pasajeros, y no por su propia iniciativa, resolvió accionar el sistema de frenos".

La instrucción del sumario corrió a cargo del Juzgado 32 de Instrucción Criminal y una vez perfeccionada correspondió su conocimiento al Juzgado Octavo Superior funcionario que dictó el 17 de febrero último auto de llamamiento a juicio por el homicidio en las mencionadas personas, y en la modalidad de culposo.

La causa se rituó en legal forma habiendo contestado afirmativamente al jurado el cuestionario que le fue propuesto por el juez de la causa y de acuerdo con los cargos formulados en el auto enjuiciatorio. Luego se dictó, la sentencia de primer grado, y al resolver la apelación interpuesta por el defensor del sindicado, el Tribunal le impartió su aprobación mediante el fallo que ha sido objeto del recurso de casación que ahora se resuelve.

Contestado el traslado por el Ministerio

Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se procede a desatar el recurso.

La demanda de casación

Al amparo de las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula los siguientes cargos contra la sentencia así:

Causal cuarta

Cargo único

La sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Medellín es violatoria de la Ley procedimental por "haberse violado manifiesta y gravemente el artículo 26 de la Constitución Nacional en cuanto respecta a la observancia propia de las formalidades propias del juicio".

El cargo se hace consistir fundamentalmente en el hecho de que el cuestionario sometido a la consideración del jurado fue elaborado en forma indebida, o sea, con violación manifiesta del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal que dispone que "cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiera llamado a juicio a un mismo procesado se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de aquéllos, como si se tratase de acusados distintos". Que, de otra parte, la irregularidad denunciada tiene mayor significación si se toma en cuenta que durante la audiencia, el demandante planteó al juez la existencia de la mencionada nulidad, y que el funcionario la negó, con base en que, el cuestionario, en la forma como se redactó, "es fiel reflejo de la realidad demostrada en los autos, puesto que con una sola acción culposa se ocasionó la muerte a tres personas", afirmación que en sentir del censor, previno al jurado de conciencia "en el sentido de que se trataba de un solo hecho y en tales condiciones el derecho de defensa aparece violado, por cuanto al crear dicha concepción en un jurado ajeno a los menesteres jurídicos, se le estaba predisponiendo a que diera un veredicto único, frente a las pretenciones de la defensa en el sentido de que evidentemente debió existir la culpa respecto de la primera acción (muerte de Blas Ríos Villada) no así respecto de las demás víctimas, cuyo resultado aparecía como fruto de un desesperado intento de evitar la primera tragedia...".

En apoyo de esta tesis, cita una jurisprudencia de la Corte cuyo significado y alcance se examinará al responder el cargo.

Afirma, así mismo, que existe nulidad, por violación de las formas propias del juicio, por cuanto en este proceso se desconoció el texto del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el cual el cuestionario se redactará con determinación de las circunstancias del hecho. En apoyo del cargo cita decisiones de la Corte relativas al significado y alcances de la disposición referida.

Causal primera

Violación de la ley por errónea apreciación de la prueba. Al amparo de esta causal el censor formula cinco cargos todos relativos a la forma como el Tribunal hizo la dosificación de la pena, con base en las circunstancias de peligrosidad deducidas al sindicado así:

Cargo primero

Que el Tribunal erró en derecho "por apreciación equivocada de la presunta prueba", y por tanto, aplicó en forma indebida el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal, "y dejó de aplicar, violando directamente, el numeral *ídem* del artículo 38 *ibídem*", por cuanto se afirma en la sentencia que "en favor del procesado no concurre ninguna circunstancia de menor peligrosidad. Ni siquiera puede predicarse la primera consagrada en el artículo 38 del estatuto represor, porque su buena conducta anterior se ve empañada por la sindicación de que fue objeto en un delito contra la libertad y el honor sexuales".

Todo esto, dice el demandante, no corresponde a la realidad del proceso, ya que no aparecen las correspondientes constancias relativas a tales antecedentes, sino simplemente la manifestación del inculpado, de haber sido vinculado a un proceso por tales hechos.

Igualmente, y de acuerdo con lo estatuido por el artículo 34 del Código Penal sobre la significación jurídica que deba atribuir-

se a los antecedentes, el lapso transcurrido para el que se atribuye a su poderdante, lo hace intrascendente. Dicho principio, estaría igualmente consagrado en la norma del artículo 467 del Código de Procedimiento Penal "referente a la prohibición de excarcelar a condenados... siempre y cuando que tales condenas o sindicaciones se hubieran operado en el término de diez años atrás".

Cargo segundo

Había errado igualmente el Tribunal, al considerar como existente y demostrada la circunstancia de mayor peligrosidad contenida en el numeral 14 del artículo 37 del Código Penal en cuanto a que en la sentencia recurrida se afirma que es "inhesitable que la muerte de los desafortunados peatones se ocasionó en circunstancias que la hacían tan fácilmente previsibles que el a quo estimó que la conducta imprudente del procesado estuvo limítrofe con el dolo...".

Que, igualmente, por cuanto se tomaron como factores de mayor peligrosidad para sustentar la causal referida elementos tales como exceso de velocidad, la embriaguez del conductor y la violación de las normas sobre tránsito, el Tribunal habría apreciado "la misma circunstancia que primero se tuvo en cuenta para integrar la figura del delito y ahora pretende con fundamento en los mismos hechos agravar la cuantía de la pena", lo cual estaría en evidente contradicción con el mismo texto del artículo 37 del Código Penal de acuerdo con el cual no pueden tomarse como índices reveladores de mayor peligrosidad factores o circunstancias que se hacen funcionar como elementos integrantes o constitutivos de la figura base, por cuanto con tal sistema se viola el principio del né bis in ídem, tal como lo ha reconocido la Corte de una de cuyas decisiones se citan algunos párrafos.

Cargo tercero

Erró así mismo, en derecho, el Tribunal al considerar como factor de agravación de la pena "la peligrosidad social que acusa la personalidad del convicto, deducible de las especialísimas circunstancias que rodearon los acontecimientos", ya que, según el recurrente, y es principio que él entiende inspira la legislación colombiana "en tratándose de delitos culposos, no es dable deducir, ni estimar factor alguno de peligrosidad social en el sujeto de la condena", según se desprende de lo establecido en el artículo 35 del Código Penal que se relaciona con el fenómeno de la reincidencia, en el que están expresamente excluidos los delitos culposos.

Cargo cuarto

Erró también el Tribunal, al haber valorado la gravedad del delito en relación con sus resultados, cuanto se refirió a la muerte de tres personas, "por cuanto apreció repetidamente la misma circunstancia, primero como elemento del delito y luego como modificadora de la pena", puesto que la pluralidad de muertes, se tomó como factor indispensable para estructurar el concurso de delitos, de acuerdo con el artículo 33 del Código Penal.

Cargo quinto

Erró el Tribunal al afirmar en la sentencia condenatoria al considerar que "los motivos determinantes que en realidad no fueron altruistas sino todo lo contrario baladíes, como que sólo perseguía eludir la pequeña sanción pecuniaria que se le impone a los conductores cuando no cumplen con el itinerario dentro de la hora fijada", apreciación esta que en opinión del recurrente, hizo incurrir al Tribunal "en manifiesto error de hecho, en el sentido de considerar como motivo determinante de la acción culposa, lo que realmente lo era el motivo de la conducta fáctica (manejar un vehículo), el Tribunal incurrió nuevamente en ostensible error de derecho derivado de la errónea apreciación de la prueba, por cuanto... en la legislación colombiana no es dable hablar de motivos determinantes en la acción culposa... por cuanto ello choca con la esencia misma de la culpa".

Con fundamento en los cargos que se dejan transcritos, el actor solicita a la Corte "invalide la sentencia recurrida y en su lugar proceda a dictar la correspondiente, con

sujeción a las circunstancias... (que) en justicia deban apreciarse para fijar el monto de la pena".

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte

El Ministerio Público solicita a la Corte desechar la demanda, con fundamento en las consideraciones que se examinarán conjuntamente con los cargos formulados a la sentencia.

Causal cuarta

Como oportunamente lo recuerda el Procurador, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte en cuanto a la precisión en el alcance de las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, en el sentido de que sólo producen invalidez de los actos procesales vinculados a ellas, aquellas irregularidades "que implican un manifiesto desconocimiento de las garantías procesales o del derecho de defensa del procesado, que se entienden reconocidas y efectivamente consagran los mismos preceptos. Por manera que la irregularidad alegada debe tener en cada caso entidad suficiente y debe demostrarse en qué forma implica desconocimiento de alguna de tales garantías, precisar de cuáles se trata y comprobar su efectiva lesión".

Ha sido también doctrina reiterada de la Corte la de que en los juicios con intervención de jurados, la sentencia que pone fin al proceso debe estar en relación inmediata y directa con el veredicto o fallo de los jueces de hecho, el cual a su vez, debe estar en relación con los cargos formulados en el respectivo auto de proceder. De suerte que entre estas tres etapas del proceso debe existir una relación lógica a través de la cual se logra una especial garantía para los intereses del procesado.

En referencia concreta al cargo que se formula contra la sentencia, es claro el tenor del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la obligatoriedad para el juez del conocimiento de formular por separado los cuestionarios, cuando quiera que se trate de juzgar la comisión de varios delitos.

Es decir, que la ley quiere que los hechos ilícitos queden perfectamente identificados por sus diversas modalidades y aspectos, con el fin de que los jurados puedan emitir una veredicción limpia de confusiones que pueden lesionar los intereses del procesado.

Sin embargo, reiterada ha sido también la doctrina de la Corte en el sentido de que la irregularidad que pueda presentarse, como en este caso, al formular un solo cuestionario cuando ha de juzgarse varios delitos, no constituye nulidad, si por otra parte, los hechos acriminados se hallan suficientemente identificados y determinados.

Así, dijo la Corte que "cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del jurado sobre hechos de igual naturaleza que se realizaron al tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades o móviles idénticos, el veredicto del jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no sirve de fundamento para alegar una nulidad constitucional porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en este caso, una omisión por la preterm isión de formalidades externas o escritas, pero no una nulidad" (Casación de Enrique González Vargas, de 7 de febrero de 1948). Así mismo expresó la Corte lo siguiente:

"De acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación (sentencia de febrero 7 de 1948) el hecho de formular un solo cuestionario para los delitos, contraviniendo así lo dispuesto por el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, no constituye nulidad cuando, pese a esa unificación, se han determinado correctamente tanto la persona del procesado, como la del ofendido u ofendidos y las circunstancias en que se ejecutaron los hechos delictuosos por los cuales se interroga. En otras palabras, cuando el cuestionario, a pesar de ser único, menciona separadamente los delitos y permite al jurado saber cabalmente lo que se le está preguntando y contestar sin confusiones que provengan de haberse unificado en uno solo las preguntas sobre los diversos ilícitos". (Casación de mayo 15 de 1970).

De la misma manera, en reciente jurisprudencia ratificó este mismo criterio así:

"En esta oportunidad, no obstante que

uno de los cuestionarios propuestos al jurado que juzgó al recurrente de entonces, Adalberto García Ibagué, se refiere a un múltiple homicidio intencional, hechos en los cuales participaron otros acusados, no encontró la Corte que la infracción del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal diese lugar a la nulidad constitucional que en este otro caso alega el demandante, por cuanto, se dice en la sentencia, "en los cuestionarios elaborados para indagar sobre la responsabilidad del enjuiciado García Ibagué se incluyeron todos los presupuestos que se han reseñado, lo que permitió al jurado dar una respuesta justa, equitativa e inequívoca' ". (Casación de noviembre 28 de 1973).

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Causal primera

Cargo primero

Contrariamente en cuanto se dice en la demanda, en relación con los antecedentes delictivos del condenado, "se encuentra que aparte de la manifestación del procesado, obra la constancia del Juzgado del Circuito de Girardota sobre el proceso por 'tentativa de violencia carnal y robo', contra Lázaro de Jesús Ruiz Salazar 'y aparece iniciado: en la Alcaldía Municipal de Girardota el 10 de junio de 1965, por competencia de este Despacho en marzo 12 de 1971, en mayo 6 de 1972 se declaró cerrada por segunda vez la investigación y actualmente a despacho del señor juez (fl. 193 vto.)' ", como oportunamente lo señala el Procurador.

Lo anterior, daba base jurídica al fallador para desechar la circunstancia de menor peligrosidad alegada, sin que con ello se hubiera rebazado el poder discrecional que la ley otorga para la consideración de los factores de mayor o menor peligrosidad (artículo 36 del Código Penal).

La referencia que el censor hace sobre los alcances del precepto contenido en el artículo 34 del Código Penal relativos a la reincidencia, no tiene fundamento, porque en este proceso no se ha agravado la sanción porque se hubiere considerado reincidente al procesado, y además, porque en su contra se hubieren deducido las condenaciones judiciales o de policía, como circunstancia de mayor peligrosidad, caso en el cual sí se habría violado el principio del **né bis in ídem** por haber imputado dos veces un mismo factor de responsabilidad.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Cargo segundo

Sobre que la apreciación de la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 14 del artículo 37 del Código Penal significaría evaluar doblemente los presupuestos de la conducta culposa sobre la cual se funda la responsabilidad deducida al inculpado, como se anotó, es en lo que se funda el cargo.

Es bien sabido la orientación positivista que se dio a la Parte General del Código Penal vigente, inspirado directamente en el "Proyecto preliminar del Código Penal Italiano para los delitos" que presentara Enrico Ferri en el mes de enero de 1921 al Ministro de Justicia del entonces Reino de Italia. En dicho proyecto se decía, por ejemplo, y en relación con la peligrosidad y sus factores, lo siguiente: artículo 20. Dentro de los límites señalados por la ley la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad. El grado de la peligrosidad se determina según la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente".

Y, en el artículo 21 del mismo Proyecto se decía: "Las circunstancias que indican una mayor peligrosidad en el delincuente, en cuanto no sean previstas como elemento constitutivo o circunstancia modificadora del delito son:

"17. En los delitos culposos, el haber causado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible".

De suerte que, existiendo una substancial identidad entre los dos textos —el del proyecto transcrito y el del Código vigente, artículos 36 y 37— resulta igualmente provechoso conocer la opinión del autor del Proyecto en relación con el fundamento y los alcances de la circunstancia de mayor peligrosidad aplicable a los delitos culposos. Dijo en la correspondiente relación el Profesor Ferri:

"Finalmente, el número 17 hace relación, como índice especial para los autores de delitos culposos, el haber causado el daño 'en

circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsibles'. En efecto las más frecuentes observaciones personales que la vida moderna ha permitido acerca de los delincuentes culposos, han demostrado que éstos son igualmente individuos socialmente peligrosos, si bien por razones diversas de aquéllas de los delincuentes dolosos, porque faltos de aquel mínimo de atención y de disciplina social que es necesario en la convivencia civil, de donde también los delincuentes culposos presentan variedades de tipos que llegan hasta los límites de la verdadera y propia criminalidad dolosa. En efecto, en algunos de los casos que se avecinan al llamado 'dolo eventual', el autor culposo del daño roza la verdadera y propia delincuencia: el automovilista que lanza su máquina a velocidad excesiva en lugares frecuentados, no tiene la intención precisa de herir o de matar a alguien, pero no puede menos de pensar en la gran probabilidad de que esto suceda. Y si, a pesar de este pensamiento indeterminado, continúa la marcha vertiginosa o también en el caso de que, ni siquiera esta previsión eventual se presente a su pensamiento, evidentemente es un individuo peligroso, que, cuando el daño se produzca, debe encontrar una adecuada y más rigurosa sanción represiva" (Enrico Ferri, "Progetto Preliminare di condice penale italiano peridelitti" (libro II), Relaciona, ed. Francesco Vallardi, Milano 1921, pág. 50).

No es exacta la afirmación del censor en cuanto a que el aplicar esta circunstancia de mayor peligrosidad, se esté haciendo al mismo tiempo una evaluación de un elemento constitutivo de la culpa, porque, como lo anota el Procurador, "el precepto sería inoperante porque precisamente se refiere a los delitos culposos", fuera de que, así mismo con el colaborador fiscal, "no existe la imprecisión de las declaraciones, pues los testigos son claros y afirmativos en cuanto a la forma imprudente como conducía el vehículo el procesado y consignaron en forma suficiente las infracciones al reglamento respectivo en que se incurrió".

Es cierto, que de acuerdo con nuestro estatuto penal, la culpa penal está edificada sobre la teoría de la previsibilidad (artículo 12 del Código Penal), pero es igualmente cierto que conforme a ese mismo texto, la ley distingue dos especies de culpa según haya existido o no la previsión del resultado, y según el grado de la previsión, se podrá construir una hipótesis delictuosa culposa o dolosa, con dolo eventual. De forma que, en la culpa, juega papel fundamental el grado de previsión o de previsibilidad que en el caso concreto existió o precedió el acontecimiento dañoso, y ese grado, mayor o menor, sirve para establecer también un grado mayor o menor de peligrosidad, sin que por lo mismo, se haga jugar dos veces un mismo factor.

En el caso sub examine los factores tomados en cuenta por el Tribunal para afirmar la existencia de la circunstancia de peligrosidad no fueron otros que los que el demandante anota o sea: la velocidad excesiva, la embriaguez y la infracción de las normas sobre tránsito de vehículos automotores. Claro está, que bien puede darse un caso de homicidio culposo, sin la existencia de estos factores, caso en el cual, la circunstancia de peligrosidad no funcionaría, lo cual está a indicar que, unos son los elementos esenciales del delito culposo, y otros los que se relacionan con las modalidades mismas de la actividad delictuosa, sin rebasar los límites de la culpa.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Cargo tercero

Ya se demostró suficientemente, con la cita del autor del antecedente legal del estatuto colombiano, cómo sí es perfectamente posible, y en muchos casos conveniente y necesario, hacer una graduación de la peligrosidad del delincuente culposo. Además, porque debe considerarse que todo hecho puede ser juzgado por las consecuencias que produce o también por las causas que lo han determinado. El resto, por ejemplo, puede ser examinado en su valor real (o causal) y en su valor de síntoma. Desde el punto de vista real se examina la ofensa (daño o peligro) insita en el hecho criminoso; desde el punto de vista sintomático deberán examinarse las condiciones sociales dentro de las cuales se ejecutó el hecho, y fundamentalmente la personalidad del sujeto autor del delito.

Ningún significado tiene el hecho de que el legislador hubiera eliminado para los so-

los efectos de la reincidencia, el que se hayan cometido con anterioridad hechos culposos, al mismo tiempo que otras infracciones de las enumeradas en dicha norma (artículo 35 del Código Penal), esto puede obedecer a una razón de política criminal, pero jamás a sostener, como lo hace el demandante, a que no es posible hablar de peligrosidad en la delincuencia culposa porque si el juez no tuviera la facultad discrecional de graduar la pena, con fundamento en tales síntomas de peligrosidad, como dice Ferri, se convertiría en un simple contador mecánico de dosimetría penal.

Por lo dicho el cargo no prospera.

Cargo cuarto

Ya se ha dicho que uno de los factores que debe tomar en cuenta el juez al graduar la sanción se relaciona con la gravedad del hecho delictuoso (artículo 36 del Código Penal). En el caso de autos, evidentemente el concurso de delitos se fundamentó en la consideración de que fueron tres las víctimas de la actividad culposa del procesado, pero esa misma situación de concurso real o formal de delitos, según el caso, se presentaría también si en vez de haber sido tres, hubieran sido dos, por ejemplo, o si habiendo sido tres, solamente uno hubiera muerto y otro hubiera recibido apenas lesiones.

Entonces, hizo bien el Tribunal al entender que suprimir tres vidas humanas, por el aspecto objetivo del daño causado, es mucho más grave que lesionar a dos personas o que dar muerte a una. No existe, por tanto, la confusión que plantea el demandante.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo quinto

Es extraño que se afirme, como se hace en la demanda, que en tema de culpa no es dable jurídica ni psicológicamente hablar de motivos determinantes, o mejor, de estímulos de la conducta culposa, por la circunstancia, también muy extraña de que en la conducta culposa, no habría voluntad de la misma; siendo, al contrario principio elemental de que si no existe voluntad y conciencia en la actividad ilícita no puede nacer el hecho jurídico que se llama delito.

Sobre este particular, dice Maliverni que "no basta acertar que el sujeto no previó el evento dañoso que estaba en capacidad de prever, y tanto menos que no observó normas jurídicas impuestas al fin de evitarlos. Ocurre remontarse a las razones por las cuales se verificó tal imprevisión o inobservancia. No basta verificar el valor real del fin o motivo de la acción u omisión voluntaria, si no que ocurre identificar los motivos del defecto de vigilancia reprochado al sujeto, y medir su significado sintomático de la personalidad" (Alessandro Maliverni "Scopo e movente en el diritto penale", Turín, 1955, pág. 229).

No puede ser jurídicamente igual por ejemplo, la actitud de un médico, que, con el fin de prestar auxilio a quien se halla en evidente peligro de muerte, se lanza por las calles a excesiva velocidad, sin respetar las señales del tránsito, que la misma actitud de quien para demostrar sus habilidades como conductor, o para hacer una demostración del auto comprado recientemente cumple la misma actividad imprudente. Quién puede negar la diversidad moral, social y ética de los dos comportamientos que si bien por su aspecto externo son iguales, se distancian fundamentalmente por los motivos o estímulos que determinaron tal comportamiento?

En consecuencia el cargo no prospera.

Decisión

En mérito de las razones que preceden la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Tercera y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA

Notificación. Integración. No existe nulidad por la falta de notificación personal del auto que señala día y hora para la celebración del juicio, a todos los jurados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto tres de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 37 de julio 29/76.

Vistos

El Juzgado Cuarto Superior de Bogotá profirió, con fecha 18 de julio del año pasado, sentencia por medio de la cual condenó a LUIS FRANCISCO GALEANO ORTIZ a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las correspondientes sanciones accesorias, así como también al pago de los perjuicios causados con la infracción, por el delito de homicidio, cometido el 27 de noviembre de 1972 en esta ciudad y del cual fue víctima la mujer Leonor Vargas Peña. De esta decisión apeló el procesado y el Tribunal decidió el recurso en providencia de 17 de octubre del mismo año por medio de la cual confirmó en todas sus partes la sentencia recurrida. Contra la del Tribunal interpuso el defensor del procesado el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala que lo tramitó hasta poner el asunto en estado de fallar a lo cual se procede.

Hechos y actuación procesal

Leonor Vargas tenía en esta ciudad una casa de citas ubicada en el número 8-94 de la carrera 18 donde habitaban, fuera de la mencionada mujer, otras dedicadas al mismo oficio. El día 27 de noviembre de 1972 se presentó allí, a eso de las doce de la noche Luis Francisco Galeano Ortiz, amante de Leonor y con quien mantenía desde algún tiempo atrás frecuentes altercados por lo cual en los últimos días estaban distanciados.

Sin pronunciar palabra y luego de haber buscado a la mujer por varias partes de la casa, localizándola, por último en una sala de la misma donde estaba sentada a una mesa, consumiendo licor en compañía de dos muchachos, Galeano se acercó a ella y, sacando un revólver calibre 22, disparó varias veces sobre la mujer, haciendo blanco en la cabeza y la espalda y produciendo heridas que causaron la muerte de la víctima cuando fue conducida aquella noche a una clínica.

La investigación fue abierta por el Juzgado diez y seis de Instrucción Criminal quien luego envió el proceso a reparto habiéndole correspondido al Juzgado Cuarto Superior de Bogotá, despacho que, por comisionado, acabó de perfeccionar la investigación y la calificó por auto de 26 de diciembre de 1974 en el cual llamó a Luis Francisco Galeano Ortiz a responder en juicio ante jurado por el delito de homicidio sin agravantes ni atenuantes en la persona de Leonor Vargas.

El auto anterior no fue recurrido y de ahí que tras su ejecutoria, se diera comienzo al trámite del juicio con la apertura a pruebas, período no utilizado por la defensa ni por la parte civil así como tampoco decretó el juez que se practicara ninguna prueba.

Se señaló entonces día y hora para el sorteo de jurados diligencia que se verificó el 17 de marzo de 1975, resultando sorteados como principales, Adolfo Morales Carmona, Hernando Osorio Matamoros y Alvaro Hurtado González y como suplentes Luis A. Delgado Amaya, José Román Bueno y Alvaro Huertas Vega.

Por auto de 3 de abril del año en mención se dispuso tener como jurados principales y suplentes, en su orden, a los citados y notificarles personalmente tal designación haciéndoles entrega de copia auténtica del auto de proceder. (Fl. 256 cuaderno principal).

Aparece a fls. 258, 259 y 260 del cuaderno principal, los oficios dirigidos a Osorio Matamoros, Luis A. Delgado y Morales en que se hace la notificación aludida.

El primero de julio de 1975 se llevó a cabo la audiencia pública en la cual fue sometido a la consideración de los jueces de conciencia que fueron los que se acaban de mencionar el cuestionario de rigor al cual respondieron de la siguiente manera: "ES RESPONSABLE CON EL ATENUANTE DE ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR".

Es de advertir que durante la audiencia el defensor propuso a los jurados, en primer término, una respuesta en el sentido de reconocer la existencia de la legítima defensa subjetiva, y, en segundo lugar, si no consideraban que fuera ese el caso contestaran que había obrado en estado de ira e intenso dolor.

El juzgado, en la sentencia mencionada, encontró fundada la respuesta que afirmaba la existencia de la culpabilidad y en cuanto al agregado que hizo el tribunal popular consideró que no equivalía al atenuante contemplado por el artículo 28 del Código Penal ya que no se había especificado que la ira y el dolor intenso habían tenido como causa una grave e injusta provocación, por lo cual señaló como pena el mínimo contemplado en el artículo 362 ibídem.

El Tribunal estuvo de acuerdo con el a quo y tras citar algunas doctrinas de esta Sala de la Corte, concluyó que no se había afirmado por el jurí la atenuante en mención.

Demanda de casación

Invoca tres de las causales de casación, la cuarta, la primera y la tercera a cuyo amparo formula cinco censuras, en el ámbito de la cuarta y una en el de cada una de las dos restantes.

Causal cuarta

Primer cargo

Lo hace consistir en que el auto de detención contra Luis Francisco Galeano Ortiz no fue notificado en debida forma porque sólo se notificó personalmente al sindicado y aunque aparece una notificación al Agente del Ministerio Público practicada seis días después de la fecha de la providencia, no se dice en la respectiva anotación, qué autos son los que se le dan a conocer al Fiscal.

Con base en esa premisa concluye el demandante que por no haberse notificado en debida forma el auto de detención preventiva no podía "levantarse" el de vocación a juicio y que con dicha falta se restringió el derecho de defensa del procesado, todo lo cual conduce, según aquél, a una violación de las formas propias del juicio y genera nulidad de carácter constitucional.

Segundo cargo

Considera igualmente la demanda que se incurrió en violación de la Carta Política al no notificar debidamente, antes de la fecha de audiencia pública, a los jurados que se sortearon para intervenir en ella ya que no se hizo en forma personal dicha notificación ni fueron notificadas todas las personas a quienes se sorteó para desempeñar ese cargo pues sólo aparecen tres notificaciones dos de las cuales corresponden a jurados principales y la otra a un suplente por lo cual no se supo si algún jurado estaba impedido ni se le dio oportunidad para manifestarlo.

Tercer cargo

Sostiene el demandante que no existe acta de la audiencia pública por cuanto la que obra en los autos carece de la firma del Secretario y como, según el actor, tal re-

quisito la invalida, no debió dictarse sentencia puesto que no hubo audiencia ni veredicto ya que el relato de aquélla y la constancia de éste se hallan dentro de dicho documento que considera inexistente.

Causal primera

Cargo único

Estima la demanda que la sentencia es violatoria de la Ley sustancial por infracción directa ya que se desconocieron, dice, derechos sustantivos amparados por los artículos 166 y 172 de la Ley 94 de 1938 vigente a la época del juzgamiento "en cuanto a que no se surtió la notificación del auto detentivo en legal forma". También señala como violados los artículos 515 en concordancia con el 162 y el 214 del citado ordenamiento por la inexistencia, según el demandante considera, del acta de la vista pública. Todo lo cual conduce, concluye, a la violación del artículo 26 de la Constitución Política por desconocimiento del principio de legalidad del proceso penal consagrado en esa norma.

Causal tercera

Cargo único

Lo formula diciendo que la sentencia no está de acuerdo con el veredicto del jurado por cuanto ésta no aceptó la atenuante del artículo 28 del Código Penal que, según el demandante, reconoció el jurado en su veredicto, no importa que hubiera guardado silencio sobre las causas de la ira y el intenso dolor ya que, según el actor, en la audiencia se afirmó que había obrado dentro de tales circunstancias por lo que era forzoso, según asevera, que el Juez y el Tribunal hubieran interpretado la respuesta del juri tomando en cuenta lo expresado en la vista pública.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado Penal apoyó la demanda en lo referente al segundo cargo que el demandante formula en el marco de la causal cuarta de casación, esto es, aquél en que sostiene que hubo indebida notificación de los miembros del jurado por cuanto estima que no les fue hecha en forma personal dicha notificación ni se les entregó copia del auto vocatorio a juicio como lo previene el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal de lo cual colige el Procurador que los jurados que actuaron en la audiencia fueron escogidos "caprichosa y arbitrariamente por el señor Juez 4º Superior ya que, como atrás se ha explicado, sólo fueron convocados para tal acto a dos principales y a un suplente, excluyéndose a los demás, sin que se encuentre en el proceso explicación alguna de la presencia del último que, obviamente, reemplazaba a un principal lo cual fuerza a concluir que la integración del jurado obedeció a la arbitrariedad del juez de derecho por cuanto no hay demostración de haberse notificado a todos los sorteados, de su designación y de la obligación de hacersen (sic) presentes en la fecha y hora acordadas para el debate oral".

Consideraciones de la Corte

Empieza la Sala, como es de rigor en casación, por el examen de los cargos formulados al amparo de la causal cuarta de casación esto es, las censuras de nulidad que el actor ha enderezado contra el proceso.

Causal cuarta

Primer cargo

No resiste el menor análisis el argumento expuesto por el demandante de que la indebida notificación del auto de prisión preventiva impedía dictar el de proceder.

Aun cuando la notificación del primero hubiera sido hecha irregularmente, lo cual no ocurrió pues a fl. 55 puede verse la que se hizo en forma personal al sindicado y a fl. 62 vuelto la hecha, en la misma forma, a su apoderado, no existe entre las dos providencias mencionadas una relación de causa a efecto o algún otro nexo que las una tan íntimamente que sea necesaria la primera para poder proferir la segunda. En muchas ocasiones, por ejemplo, cuando se trata de un reo ausente o cuando no hay lugar a la detención preventiva, se pronuncia el auto de proceder sin que se haya dictado antes el de prisión cautelar.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo

No aparece, por parte alguna que, como lo asevera la Procuraduría, el juez hubiera escogido en forma arbitraria los jurados que intervinieron en la audiencia pública. Esta afirmación carece, en absoluto, de fundamento.

Es verdad que en dicha diligencia actuaron dos principales y un suplente. Pero no se ve que esta situación hubiera comprometido, en forma alguna, el derecho de defensa del procesado. No lo consideró así su defensor quien no hizo ningún reclamo sobre el particular lo que significa que no veía peligro alguno para los derechos de su defendido en la composición del jurado.

Es verdad que en el proceso debieron figurar las comunicaciones dirigidas a todos los miembros del Tribunal de conciencia, tanto principales como suplentes, dándoles cuenta de su designación.

Sólo aparecen tres, precisamente de aquéllos que intervinieron en la vista pública, pero de allí no puede deducirse, sin lugar a dudas, que no se hubiera comunicado su designación a los demás.

Mas aun en el caso de que no hubieran sido cursadas tales comunicaciones, no se estaría frente a una nulidad como lo pretenden tanto el demandante como la Procuraduría, sino delante de una irregularidad.

En repetidas ocasiones ha dicho esta Sala que no toda inobservancia de las normas de procedimiento puede elevarse al rango de nulidad constitucional, sino sólo aquéllas que perturban en tal manera la marcha del proceso que lo apartan de sus formas propias o que vulneran de modo grave los derechos del procesado o de la sociedad que lo juzga.

La ley ha dictado una serie de normas que gobiernan la presencia del jurado en las audiencias públicas que se hacen con su intervención. Tienden ellas, en primer término, a garantizar que en toda audiencia haya tres jurados y que éstos no tengan interés en la causa. En segundo lugar buscan que sean de cierta categoría intelectual y moral y en tercer lugar, que estén en condiciones físicas de poder ejercer el cargo, esto es, libres de otras labores que les impidan atender tan importante obligación ciudadana.

Pero lo que da forma propia al juicio, esto es, caracteriza esta modalidad procesal y la distingue de otras, es la presencia de un número de jurados determinado por la ley y la imparcialidad de los mismos.

Si se lleva a cabo una audiencia pública con un número menor de jueces del pueblo al señalado por la ley o se desconocen las normas que gobiernan su escogencia en modo tal que haga parte del tribunal popular alguien que tenga interés en el juicio, sí puede decirse que se ha violado el precepto constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta que manda observar a plenitud las formas propias del juicio.

En el caso de autos no aparece que se hubiera vulnerado esa garantía pues en la audiencia intervinieron tres jurados, como lo dispone la ley y no hay el menor indicio de que hubieran tenido interés en el juicio. O sea que el procesado fue juzgado por personas que debe presumirse intachables porque contra su rectitud no se adujeron objeción y cuya presencia en el juicio no fue motivo de queja alguna, mucho menos de tacha ya que las oportunidades legales para objetar su designación pasaron sin que ninguna de las partes hubiera hecho reclamo.

Tercer cargo

Breve será la Sala en el examen de esta censura pues no es cierto que la falta de la firma del secretario invalide el acta de la audiencia ya que en esta diligencia intervinieron otras personas, entre ellas el Juez, el Fiscal y el defensor quienes aparecen firmando el documento en mención en el texto del cual se menciona la asistencia del secretario o sea que de esta última circunstancia no queda ninguna duda, ni hay ninguna otra razón para sospechar de la autenticidad del documento.

De otro lado, no existe una norma que expresamente sancione con nulidad del documento la falta de la firma del secretario como sería de rigor que la hubiera, dada la gravedad de la consecuencia que se quiere atribuir a esa omisión. Nada dice sobre el particular el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal invocado por el de-

mandante y resulta a todas luces infundada la afirmación del actor en el sentido de que no hubo acta y menos razonable aun la de que no se verificó la audiencia pública ya que, en referencia a esta última aseveración, no es aceptable confundir el acto mismo de la vista pública con su escrito en que se recoge lo ocurrido en ella. Ni aun en el caso de que éste adoleciera de vicios fundamentales, y no es eso lo que sucede en el de autos, se podría afirmar que no hubo audiencia.

No prospera el cargo.

Causal primera

Cargo único

El Código de Procedimiento Penal en el numeral 1º, parte primera, del artículo 580 señala como causal de casación la de ser violatoria la sentencia de la Ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

De una manera explícita se refiere esa norma a la violación de la Ley sustancial y hace una separación poco menos que terminante entre las violaciones de ésta y las de la Ley adjetiva o procedimental.

Los autores, asimismo, separan los errores llamados "injudicando" esto es, los que se refieren a la violación de la Ley sustancial o sea la que establece los delitos y las penas y la que sirve para la aplicación de éstas de los erros in procedendo o sea la infracción de las normas de procedimiento.

La violación de estas últimas está contemplada en el segundo cuerpo de la primera causal y resulta grave error confundirla con la de las primeras. Esto es precisamente lo que hace el actor al censurarla por violación directa de varias normas de procedimiento penal (artículos 166, 172, 214 y 515 de la Ley 94 de 1938) a los cuales, con evidente impropiedad, llama "Ley sustancial".

Como tantas veces lo ha dicho esta Sala existen diferencias fundamentales en los planteamientos de casación ya sea que se invoque la primera parte de la causal primera o la segunda, pues cuando se censura la sentencia por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea de la Ley sustancial se aceptan los hechos y sólo se cuestiona la aplicación que a ellos ha hecho el juzgador de la ley material, en tanto que cuando se invoca la otra parte de la misma causal, esto es la infracción indirecta, se están rebatiendo los hechos que tuvo en cuenta el juez para dictar la sentencia impugnada.

Así puede afirmarse que las dos modalidades de la causal primera se oponen entre sí y no pueden ser invocadas al mismo tiempo. Cuanto menos es posible llamar violación directa de la ley a la actitud que lejos de infringir las normas sustanciales, se considera sólo contraria a las de procedimiento.

Tampoco prospera este cargo.

Causal tercera

Cargo único

La Sala considera correcta la determinación del Tribunal, igual que la del juzgador de primera instancia, al negarse a considerar que el agregado puesto por los jurados al veredicto en el sentido de que existía la atenuante de estado de ira e intenso dolor equivalía a un reconocimiento de la situación modificatoria de la responsabilidad contemplada en el artículo 28 del Código Penal.

Y no sólo porque no agregó el jurí que dicho estado se había originado en una grave e injusta provocación sino porque del examen del expediente no aparece el menor fundamento para suponer que tal hubiera sido la causa del estado emocional aceptado por el tribunal de conciencia ya que por parte alguna aparece que la víctima hubiese provocado a su victimario.

Resulta, además, contradictorio que en un cargo anterior sostenga el recurrente que no hubo audiencia pública ni veredicto y en éste afirme lo contrario.

No existe, en conclusión, ninguna disparidad entre la sentencia y el veredicto del jurado y, por lo tanto, no prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V. Secretario.

PECULADO. MALVERSACION

Semejanzas y diferencias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto tres de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 37 de julio 29/76.

Vistos

Por determinación de veintitrés de abril pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia al definir la situación jurídica del señor HERNANDO ARRUBAL CEBALLOS contra quien se había adelantado investigación penal por hechos que se le imputaron durante su desempeño como Juez Promiscuo Municipal de Filandia, resolvió sobreseer definitivamente en favor del procesado, por alguno de los cargos, y en forma temporal por otros.

El señor Fiscal Segundo no compartió la decisión del Tribunal e interpuso recurso de apelación para ante la Sala Penal de la Corte, al que se resolverá por esta providencia.

La investigación se originó en una visita practicada al juzgado de Filandia por el Procurador Regional de Armenia, y con base en ella, se formularon cinco cargos al ex-juez, así:

1. Haber dispuesto su libertad, en forma irregular, al sindicado Gilberto García Londoño, contra quien se adelantaba proceso por abigeato. La falta se hizo consistir en que el ex-funcionario dictó auto de sobreseimiento temporal en favor del acusado con fecha septiembre 28 del año de 1974, pero la correspondiente orden de libertad se elaboró con fecha anterior, y más concretamente, el 27 del mismo mes el Tribunal, al examinar este aspecto de la conducta del ex-juez, consideró, con fundamento en la prueba recaudada, que no se había demostrado que tal actividad hubiera estado estimulada por un deseo de lucro u otro factor que permitiera calificarla como delictuosa, y por ello, resolvió catalogarla entre las infracciones meramente disciplinarias sobreseyendo en forma definitiva al inculpado. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal comparte el criterio del fallador por encontrarlo acorde con la prueba aportada al proceso.

2. Se sindicó, así mismo, al ex-juez de Filandia de haber dictado sobreseimiento temporal en favor del sindicado de hurto de ganado mayor, "contrariando la evidencia probatoria y obrando en forma reñida a derecho". Por este segundo cargo, el acusado fue sobreseído en forma temporal. En relación con el mismo, el Procurador considera que la decisión debe mantenerse, entre otras consideraciones porque "sólo obra en el expediente la reproducción del sobreseimiento temporal tomada del respectivo copiador de autos interlocutorios en virtud de que el proceso del cual se originó se encuentra desaparecido y si se tienen en cuenta que este tipo de providencias únicamente contiene un resumen del conjunto probatorio, sobre el cual descansa la decisión, es obvio concluir sin mayores preámbulos que la precariedad de ese único elemento de juicio no permite la formación de un criterio atinado en torno a la posible ejecución de un delito...".

3. Se afirma, igualmente, que el ex-juez acusado se apropió indebidamente de la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) que le fueron depositados para constituir fianza por parte del sindicado Gilberto García Londoño, con el fin de obtener su libertad. Por este cargo, el Tribunal, con criterio que comparte el Procurador, dictó sobreseimiento temporal, por cuanto no está plenamente demostrada el elemento material del ilícito relativo a la entrega de la suma indicada, pero por cuanto en el proceso se ha hecho la imputación, se resuelve reabrir la investigación con el fin de aclarar, en forma definitiva, aspectos substanciales del ilícito imputado.

Sobre el particular existen discrepancias entre el Tribunal y el Fiscal apelante, por cuanto, éste sostiene, que en la hipótesis se estaría en presencia de un delito de hurto agravado por el aprovechamiento de confianza (artículo 397 y 398 del Código Penal, numeral 1º). Por su parte, el Tribunal, con muy buen criterio, sostiene que la calificación que debe darse a la ilicitud no puede ser otra que la de peculado, que por cuanto no se ha demostrado mediante la prueba requerida por la ley para dictar auto enjuiciatorio, se resuelve sobreseer en forma temporal en favor del sindicado también por este cargo.

En cuanto a la situación relativa a la apropiación por parte de un juez de dineros recibidos en ejercicio de la función, o en su calidad de tal, y que no hacen parte del patrimonio de la Administración Pública, situación que puede conducir a que se predique la existencia de un delito de apropiación indebida, o como en este caso, de hurto con aprovechamiento de confianza, esta Sala expuso su criterio así:

En el caso de autos, no se discute que el sindicado... ostentaba, en el momento de ejecutar los hechos que se le imputaron como ilícitos, y cometidos por él, la calidad de funcionario público y que, además, los realizó cuando ejercía la función pública relacionada con la administración de justicia.

La ley, en la definición del ilícito de peculado habla, igualmente, de que el objeto material del delito de peculado, es decir, aquello sobre lo cual recae la conducta ejecutiva, debe estar representado "por caudales u otros bienes", que, además, deben encontrarse en una especie de relación de dependencia funcional con el agente, ya que frente a ellos tiene el funcionario la misión de recaudar, pagar, administrar o guardar esos mismos caudales o bienes.

En este punto es conveniente recordar, para luego sacar las conclusiones que sean, que nuestro ordenamiento penal, a diferencia de otras legislaciones (la italiana por ejemplo), no distingue, como no lo hacía el Código Penal de ese país de 1889 de donde se tomó el texto colombiano, entre el peculado propiamente dicho, y la llamada malversación. La diferencia es clara: se presenta el peculado cuando la ofensa del delito cae sobre bienes propios de la administración pública, y malversación cuando los bienes no pertenecen a la administración pública, pero en relación con los cuales se cumple la misma dependencia funcional como en el peculado propio. La razón para que no se formule esta distinción parece obvia; el peculado antes que todo, y por sobre todo, ofende la Administración Pública, no solamente en cuanto a su patrimonio económico, sino principalmente en cuanto a su prestigio y su regular funcionamiento. El Estado, en efecto, en cuanto es, no una persona física, sino una persona jurídica, no puede actuar por sí mismo, directamente, sino que para realizar sus propios fines obra por medio de otros, que son personas físicas que desarrollan una actividad en interés del mismo estado. Entonces, el primer presupuesto para la posibilidad misma de una acción por parte del Estado es la creación del órgano, entendida la expresión en sentido amplio. Y el segundo presupuesto es la determinación de los deberes de las personas físicas, en cuanto asumen precisamente la mencionada función de órganos. Ahora bien, y a todo ello propenden las normas de derecho público que tienen por objeto la organización de los órganos públicos y su funcionamiento, es natural que tales normas reciban una especie de tutela reforzada por parte del derecho penal, tutela que es precisamente la que recoge el Título del Código de las penas especificando que el amparo de sus normas tiene por finalidad la protección de la Administración Pública, es decir, del interés del Estado relativo a la organización,

al regular funcionamiento y al decoro de los órganos públicos.

No se descarta, desde luego, que en el delito de peculado por apropiación o uso indebido se presenta un daño patrimonial en perjuicio de los intereses de la Administración Pública, dado que, por lo menos en la modalidad de peculado por apropiación existe un enriquecimiento de quien se apropia de los bienes, y por consiguiente y correlativamente, un empobrecimiento que tienen necesariamente el significado, del daño patrimonial.

Así explican los autores este aspecto que ha sido aceptado por la doctrina nacional: con la apropiación o malversación... es como se realiza la violación del deber funcional. Una y otra son como cuerpo y alma, como esmeralda y color verde, como hiel y amargo. Sin esos dos elementos, que se conjugan nítidamente, no puede darse el sumatum opus del peculado. El momento consumativo está constituido por la efectiva apropiación sine jure del dinero, valor u otra cosa mueble; y en este momento está necesariamente inserto el daño patrimonial: esto es, la desposesión o pérdida del poder de disponibilidad del Estado (u otra entidad de derecho público) relativa al bien de que se trata, sirviéndose el agente de él como si fuera dueño. No tengo duda, por consiguiente, continúa NELSON HUNGRIA, al repetir lo que ya dije en otra ocasión: peculado consumado sin daño efectivo es tan absurdo como decir que puede haber humo sin fuego: o sombra sin cuerpo que lo proyecta: o teiado sin paredes o puntales de sustentación.

Queda, claro entonces, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico-penal colombiano es factible la comisión de un delito de peculado aun para el caso de que el patrimonio del cual se apropia o hace uso indebido el funcionario o empleado público pertenezca no a la Administración Pública sino a particulares, siempre, desde luego, que se den los otros elementos que configuran el resto, porque ya se dijo, la consideración fundamental para elevar a delito un tipo de conducta de esa naturaleza, no es solamente la del daño patrimonial, sino principalmente, la que atañe al prestigio, al funcionamiento y al buen nombre de la Administración Pública a la cual le debe lealtad el funcionario que la representa.

Pero en el caso de autos, se ha planteado la posibilidad de que el ilícito imputado al ex-juez de Nilandia debe calificarse como hipótesis, no de peculado, sino de apropiación indebida, o abuso de confianza, de acuerdo con la denominación que le da el estatuto penal (artículo 412 del Código Penal). Es incuestionable que también los funcionarios o empleados públicos puedan ser sujetos activos de esta infracción contra el patrimonio. La semejanza de las dos figuras de delito ha hecho afirmar que el peculado, en su genérica configuración no es más que una apropiación indebida cometida por un funcionario público. En la una como en el otro, y de acuerdo con el verbo rector de la conducta ejecutiva que es la de apropiación, existe el presupuesto de la posesión o tenencia, ora material, o ya alinderada a través de la disponibilidad jurídica del objeto material sobre el cual recae la conducta que consuma la infracción tenencia o posesión que en ambas las dos hipótesis, debe ser legítima, porque si se ha obtenido a través de un medio ilegítimo, como la sustracción, el fraude, la violencia, etc., entonces la figura delictiva que se presenta no será la que implica una apropiación del bien, sino la que corresponde a la modalidad ejecutiva de la conducta descrita con el verbo (hurto, estafa, robo, extorsión, etc.).

Pero si bien existen estas estrechas semejanzas entre las dos modalidades o figuras de delito, habrá que examinar cuáles son sus diferencias. Cuales los elementos que especializan una figura para hacerla acreedora a una calificación jurídica diversa. Doctrina y jurisprudencia concuerdan en que ese factor de especialización debe buscarse fundamentalmente en la causa o razón de la posesión, tenencia o disponibilidad jurídica del bien objeto material del ilícito, por parte del funcionario público, y del cual se apropia para consumar el delito.

En el peculado, la característica esencial de la conducta de apropiación del bien ajeno (del particular o de la administración) es que ella importa siempre una violación

del deber de la función pública, y para que esto ocurra es necesario, como lo manda la ley, que la posesión, tenencia o disponibilidad jurídica del bien, por parte del funcionario, se haya llegado por deber de sus funciones. La posesión o tenencia en el peculado es siempre, y necesariamente, calificada por la razón de la función o del servicio; en la apropiación indebida o abuso de confianza, en cambio, es a cualquier título. No basta por lo mismo el simple hecho de la cualidad personal de funcionario público a transformar el delito de abuso de confianza en peculado, sino que ocurre que la relación del sujeto con la cosa o bien objeto de la apropiación tenga como base una razón de la función. Todo lo anterior resulta más claro, si se considera que el peculado es delito que atenta contra la Administración Pública, y en el cual se actúa esencialmente con violación de los deberes de la función situación que no se presenta en el caso del abuso de confianza".

"Esto da lugar a que se explique el segundo argumento traído a los autos por el recurrente, según el cual, tampoco se presentaría el delito de peculado en el caso sub judice, porque, si bien reconoce que recibió la suma de siete mil pesos de Misael Fuentes Malpica, esa actividad no la desarrolló en ejercicio de sus funciones como Juez 1º Promiscuo Municipal de Campoalegre, sino simplemente como un intermediario. Y, que no realizó actividad oficial, dice, porque, el proceso sucesoral no se tramitaba en su Despacho sino en otra dependencia oficial, y entonces él, apenas si se limitó a cumplir las diligencias previas solicitadas por el Recaudador de Hacienda Nacional".

"Esta argumentación es inaceptable. La expresión utilizada por la ley en la definición del peculado y que dice —en razón de sus funciones—, al hacer referencia a las facultades de administrar, guardar, recauda, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso: no significa pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso del que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración, de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

En definitiva, dicen los autores, a integrar la razón de la función que califica la posesión (administración) presupuesto del peculado, no ocurre que el funcionario público tenga una competencia estrictamente legal para recibir la cosa, sino que es suficiente con que la consignación se cumpla en dependencia de la cualidad a él reconocida o de la función o servicio al cual está adscrito, es decir, que el funcionario obtiene la administración (posesión) de la cosa por una razón inherente a la función pública de la cual es titular y en ejercicio de la misma. (Auto de abril 3 de 1975).

4. Se sindica a Arrúbal Ceballos de "haber ocultado indefinidamente el expediente que por el delito de robo de ganado mayor adelantó el Juzgado Promiscuo Municipal de Filandia contra Gilberto García Londoño".

En relación con este cargo, se dice en la providencia apelada, que existen contradicciones entre las afirmaciones dadas por el ex-juez acusado y su Secretario, en cuanto al destino final del proceso, discrepancias que es necesario esclarecer, en uno u otro sentido, a través de un sobreseimiento temporal, y mediante la práctica de diversas pruebas ordenadas en el mismo auto.

5. Finalmente, se afirma que el ex-juez Arrúbal Ceballos cometió el delito de aban-

dono del cargo "al no hacer entrega del despacho a su reemplazo". En relación con la comisión de esta posible infracción, sólo consta en autos la afirmación del Secretario relativa a la orden impartida por el exjues para que procediera a la confección del inventario, prueba que, como lo afirma el Tribunal, es insuficiente para fundar un auto enjuiciatorio, por lo que se determina sobreseer en forma temporal en favor del acusado, también por este nuevo hecho.

Con vista en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, representado por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CONFIRMA el auto objeto de la apelación, de fecha y origen indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES. IRREGULARIDADES

Auto cabeza de proceso, en los procesos en que es competente al Tribunal Superior por razón del fuero en cuanto al sujeto pasivo del delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto tres de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 37 de julio 29/76.

Vistos

En el mes de octubre del año de 1969, el Procurador del Distrito Judicial de Bogotá, solicitó a los Juzgados Superiores proceder abrir investigación penal a efecto de "determinar la responsabilidad que pueda caber a los antiguos funcionarios del Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá", por la supuesta comisión de un delito contra la fe pública, y de conformidad con la queja que ante dicha oficina formulara el ciudadano Campo Elías Gómez Garzón por el extravío o pérdida de un expediente que contenía las diligencias practicadas por dicho juzgado dentro del proceso de separación de bienes que contra él instauró su esposa Bárbara Camacho de Gómez.

La correspondiente solicitud del Procurador Distrital fue repartida al Juzgado 20 Superior cuyo titular dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 11) en el que se dispuso abrir investigación de carácter penal contra los empleados del Juzgado 20 Civil Municipal, sin determinar, en forma alguna, a qué categoría de empleados se refería esa determinación, y comisionó para la práctica de las diligencias ordenadas, al Juez Penal Municipal (reparto), habiendo correspondido al 42 Penal Municipal.

Este funcionario, en posesión de los datos relacionados con los nombres de todos los empleados que laboraron en el antiguo Juzgado 20 Civil Municipal, resolvió oír en indagatoria al ex-titular de dicho Juzgado doctor JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ FLOREZ (fls. 28 ss.), y como no hallara mérito para detenerlo, resolvió dejarlo en libertad incondicional (fl. 31).

Posteriormente, y al término de la comisión el negocio fue remitido al Juzgado 20 Superior en donde al advertirse que se había vinculado al proceso al ex-juez 20 Civil Municipal, se resolvió enviar el proceso, por competencia, al Tribunal Superior (fl. 52).

Repartido el negocio en el Tribunal, el Magistrado Sustanciador dictó un auto mediante el cual dispuso: "por competencia avócase el conocimiento de la presente investigación", y determinó que se diera cumplimiento al auto cabeza de proceso originalmente dictado por el Juez 20 Superior para que se practicaran las diferentes diligencias ordenadas en dicha providencia, y "se compulse las copias pertinentes para que se investigue la responsabilidad de los empleados subalternos del Juzgado denunciado", para lo cual se comisionó el mismo Juzgado 20 Superior (fl. 54).

A partir de este momento, el juez comisionado cumplió lo dispuesto por el Tribunal, ordenó compulsar las copias, y practicó diversas pruebas encaminadas a determinar la responsabilidad del ex-juez 20 Civil Municipal. Cerrada la investigación, el Tribunal dictó auto de sobreseimiento temporal en favor del doctor José Joaquín Rodríguez y dispuso que se reabriera la investigación a fin de que se practicaran algu-

nas pruebas solicitadas por el Fiscal Segundo de la Corporación (fls. 79 ss.).

En esta segunda etapa investigativa se practicaron las pruebas decretadas, y se oyó en ampliación de indagatoria al doctor José Joaquín Rodríguez Flórez (fl. 104) quien en esta oportunidad explicó amplia y satisfactoriamente todo lo relacionado con el proceso extraviado, y demostró que durante su desempeño como juez se le dio al mismo el trámite legal y que finalmente fue protocolizado en la Notaría Cuarta de Bogotá, en donde efectivamente se halló. Para mayor abundancia del legítimo proceder del ex-juez Municipal, se recibió una certificación del Juzgado 20 Civil Municipal en la que se aclara suficientemente en cuanto a la radicación en el Juzgado, durante el desempeño del mismo por el doctor Rodríguez Flórez, del proceso civil de separación de bienes de la señora de Gómez que había dado lugar a la investigación penal (fl. 119). De igual manera, se practicó una diligencia de Inspección Judicial en la Notaría Cuarta y "sobre el expediente de separación de bienes de Bárbara Camacho contra Campo Elías Gómez" la cual dio como resultado la comprobación plena de que el mencionado exfuncionario no incurrió en ningún tipo de irregularidad en la tramitación del referido proceso.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Superior, en un todo de acuerdo con el Fiscal Segundo, dictó auto de sobreseimiento definitivo en favor del doctor José Joaquín Rodríguez Flórez y dispuso que esa providencia fuera consultada con la Sala Penal de la Corte (fls. 135 ss.).

Al descorrer el traslado de ley, el Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte "anular la actuación a partir del auto cabeza de proceso irregularmente proferido", para que se proceda a iniciar la investigación en forma regular, ya que la que se cumplió en este proceso está viciada de nulidad, con fundamento en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto considera que el proceso se adelantó exclusivamente con fundamento en el auto cabeza de proceso dictado por el Juez 20 Superior, porque de otra parte, ninguna validez le concede al dictado por el Tribunal para que se continuara la investigación primitivamente adelantada por el Juzgado.

De acuerdo con el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal corresponde a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento de los procesos que se adelanten contra los Jueces Municipales, función que cumplen a través de sus Salas Penales de Decisión cuyos integrantes son funcionarios de Instrucción (artículo 48 del Código de Procedimiento Penal) a quienes por lo mismo, corresponde tomar decisiones relacionadas con: las diligencias preliminares para decidir si se dicta o no auto cabeza de proceso (Ley 17/75, artículo 2º); el auto cabeza de proceso (artículo 319), y, finalmente, el auto inhibitorio (artículo 320 del Código de Procedimiento Penal).

En el caso que se examina debiéndose someter a examen la conducta de todos los empleados del Juzgado 20 Civil Municipal, y en tratándose de un delito contra la fe pública, el Juzgado Superior que era el competente por razón a la naturaleza del delito, dictó el correspondiente auto cabeza de proceso, sin advertir que su competencia no se extendía al conocimiento de la conducta del ex-juez acusado, por ello una vez que tuvo conocimiento de que el comisionado había vinculado legalmente al proceso, a través de la indagatoria, al doctor Rodríguez Flórez, el Juez Superior envió el proceso al Tribunal, y allí se dictó el auto correspondiente avocando el conocimiento del asunto, y disponiendo que se compulsaran copias para que las autoridades competentes conocieran de la conducta del personal del juzgado, y en cuanto a la del juez, mandó que se cumpliera el auto cabeza de proceso que se había dictado originalmente.

El Procurador afirma que el auto del Tribunal "en forma alguna satisface las exigencias formales previstas en el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal y no llenándose tales requisitos, no podría hablarse de que se ha iniciado en forma legal el sumario".

Es posible que desde el punto de vista formal no se acomode el auto dictado por el Magistrado Sustanciador a los lineamientos del artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, pero esa simple discordancia formal no invalida, en forma alguna, la actuación cumplida con posterioridad

dad a dicho auto, y entonces lo que se debe es examinar si con fundamento en las pruebas aportadas al proceso después de proferido el auto, se podía o no fundar un sobreseimiento definitivo.

No existe duda alguna de que la decisión tomada por el Magistrado al decir que "por competencia avócase el conocimiento de la presente investigación", y como consecuencia dispone que se practiquen las pruebas enumeradas en un auto que el Magistrado hace suyo, esto signifique la clara determinación del Tribunal de ordenar que se abriera la investigación, puesto que, nada le impedía dictar el auto inhibitorio a que se refiere el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, o disponer, al contrario, que se practicaran las diligencias preliminares a que se refiere el artículo 2º de la Ley 17 de 1975. No era necesario pues, para que la determinación se ajustara a los términos del artículo 319 del Código de Procedimiento Penal que el Magistrado tuviera que copiar integramente el auto del juez, si con solo hacerlo suyo, como lo hizo, cumplía exactamente los mismos fines de la investigación. Invalidar solamente la actuación porque existe una irregularidad meramente formal, sería exageradamente injusto y gravoso para el ex-juez acusado contra quien se dejaría pendiente de decisión una situación que él explicó amplia y satisfactoriamente y que dio fundamento para que se dictara la providencia que se consulta.

Evidentemente, las pruebas que se aportaron al proceso y sobre las cuales se ha hecho descansar la decisión consultada, fueron practicadas con posterioridad al auto mediante el cual el Tribunal válidamente avocó el conocimiento del proceso, por lo cual, si se ha de reconocer validez a dicha providencia, deben ser igualmente válidas las pruebas aportadas al proceso en obedecimiento a ella. Y si la determinación se ajusta en un todo a la realidad del proceso, lo lógico es impartirle su confirmación.

Con vista en las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal— administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia objeto de consulta de fecha y origen indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón. Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

El dolo del delito de detención arbitraria, es el conocimiento de la injusticia que se está cometiendo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto tres de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 37 de julio 29/76.

Vistos

Contra el auto de 19 y de abril del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto se abstuvo de abrir investigación penal, por un supuesto delito de detención arbitraria, contra el doctor GUILLERMO B. SOLARTE BACCA, Juez 2º Penal Municipal de Tumaco interpuso recurso de apelación el Fiscal Primero de esa entidad motivo por el cual esta Sala conoce de las dichas diligencias y, surtido el trámite de rigor, procede a resolver lo pertinente.

Hechos y actuación procesal

Por auto de 23 de enero del año en curso, el Juzgado Primero Promiscuo de Circuito de Tumaco dispuso compulsar copias de lo pertinente del proceso seguido contra Neftalí Cortés Bonne por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tumaco y enviarlas al Tribunal Superior de Pasto por cuanto de autos aparecía que al sindicado se le indagó el 15 de diciembre de 1975 y su situación sólo le fue resuelta el 30 de dicho mes, o sea quince días más tarde, pretermitiéndose lo dispuesto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Recibidas dichas copias en el Tribunal, el respectivo Magistrado sustanciador dispuso que se expidieran de todo el proceso, lo cual fue cumplido.

De ellas aparece que a virtud de denuncia presentada el 10 de diciembre ante el Juez Primero Penal Municipal de Tumaco contra Neftalí Cortés por el robo de un trasmallo, dicho individuo fue capturado el día que se deja citado y puesto inmediatamente a órdenes del mismo Juzgado que luego lo pasó, el día 13 de dicho mes, al Juzgado Segundo Penal Municipal de esa población por haberle sido repartido el asunto.

El mismo día 13 se le nombró apoderado a Cortés Bonne y el 15 es decir, dos días más tarde, se le sometió a indagatoria.

Por auto de 22 de dicho mes se dispuso recibir unas declaraciones que se tomaron el 23 y el 29 se recibió un memorial en que el denunciante ampliaba su denuncia.

Aparece luego una nota de secretaría que a la letra dice:

"SECRETARIA ... Tumaco diciembre 29 de 1975. Recibido en la fecha se agrega a los autos, informando que el término para resolver (la) situación jurídica está vencido y que no se pudo informar antes por el intenso trabajo ... Fdo. Juan E. Paz. Srio. **ad hoc**".

El 30 de diciembre se pronunció por el Juzgado auto mediante el cual se decretó la detención preventiva del sindicado Neftalí Cortés.

De esta providencia apeló el sindicado y se le concedió el recurso que fue resuelto por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Tumaco por la suya de 23 de ene-

ro de 1976 por la cual revoca el auto apelado.

Se trajeron también a las diligencias preliminares un informe procedente de la Secretaría del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tumaco sobre el trabajo realizado entre el 12 de diciembre de 1975 y el 2 de febrero de 1976 y otro emanado del Director de la Cárcel de Tumaco respecto al número de detenidos por cuenta de dicho Juzgado con las mismas fechas.

Del primero aparece que se dictaron en ese período 35 autos interlocutorios y 100 autos de proceder: se recibieron 311 declaraciones y 16 indagatorias, se practicaron 3 inspecciones oculares y 2 careos. Asimismo se iniciaron 100 sumarios.

En el segundo consta que hubo por cuenta del Juzgado en ese período 65 detenidos.

El Tribunal, en la providencia recurrida dice, en síntesis, que si bien objetivamente se configura el delito de detención arbitraria por cuanto fue excedido el término de cinco días contados desde la indagatoria que la ley (artículo 437 del Código de Procedimiento Penal) concede para definir la situación jurídica del sindicado, no ocurre lo mismo con el subjetivo, pues no aparece que el Juez hubiera querido esa situación o que al menos hubiera tenido conciencia de la misma ya que el expediente sólo fue puesto a su estudio el 29 de diciembre y que si tal vez su comportamiento pudo ser negligente al no preocuparse por vigilar a su secretario para que pasara oportunamente el asunto a despacho no puede, en cambio, calificarse de doloso.

El Fiscal Primero, al sustentar el recurso no acepta que deba ser el secretario quien informe al juez sobre el vencimiento del término para resolver la situación jurídica del implicado y dice que el proceso debió permanecer en la mesa del juez, luego de la indagatoria, y para los efectos legales.

Por su parte el Procurador Primero Delegado Penal solicita que se revoque la providencia recurrida y que en su lugar se disponga la apertura de una investigación contra el juez acusado. Expresa, en apoyo de su pedimento, que no exonera de responsabilidad al acusado la constancia escrita por su secretario sobre el exceso de trabajo ya que competía aquél y sólo a él "la obligación de resolver dentro de términos perentorios tan delicada y sagrada situación. Los altos intereses en juego obligan al juez a estar atento sobre esta clase de asuntos, por cuanto su responsabilidad no la puede transferir a su secretario".

Consideraciones de la Corte

No existe ninguna duda sobre el aspecto formal u objetivo de la conducta del Juez Segundo Penal Municipal de Tumaco en cuanto a que excedió el término que la ley fija para resolver la situación jurídica de un sindicado. En efecto, debió pronunciarse sobre ésta entre el 15 y el 20 de diciembre de 1975 y sólo lo hizo el 30 del mismo mes o sea cuando ya habían transcurrido diez días del vencimiento del término en cuestión.

Mas por lo que hace a elemento subjetivo esta Sala coincide con las apreciaciones del a quo en cuanto considera que no aparece una prueba atendible de que el juez hubiera obrado dolosamente al retardar la decisión sobre detención preventiva o libertad del sindicado Neftalí Cortés Bonne.

El dolo del delito en mención, sin tener carácter específico, requiere, empero, el conocimiento, de la injusticia que se está cometiendo, esto es, saber que una persona está capturada y que se tiene el deber de ponerlo en libertad o de legalizar su situación dictando el correspondiente auto de detención cautelar.

La obligación genérica de prestar atención a los procesos que cursan en un Juzgado no reemplaza ese deber específico de que se hace mención ya que el dolo, como es bien sabido, requiere el conocimiento de cada caso en particular con sus específicas características fácticas y sus repercusiones jurídicas.

Aplicando ese razonamiento al caso de autos se puede decir que el hecho de que el Juez Solarte Bacca tuviera a su cargo el proceso contra Cortés Bonne no era suficiente para establecer la existencia del dolo propio de la detención arbitraria. Se necesitaba, además, que aquél supiera que se estaba prorrogando la privación de libertad del último más allá de los límites señalados por la ley conocimiento que, evidentemente, no tuvo el funcionario pues el proceso sólo le

fue pasado cuando ya se había cumplido el término en que debía resolver la situación jurídica del inculpado y nada permite suponer que de antemano estaba al tanto de esa situación y, no obstante, se abstenía de pronunciarse sobre ella.

Significa lo anterior que, como ya se dijo, falta uno de los elementos fundamentales para la existencia del delito que se deja mencionado y que, por lo tanto, es ajustada a derecho la decisión del a quo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Causales. Su demostración debe ser completa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto tres (3) de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía)

Aprobado en sesión del día 29 de julio, según Acta Nº 37.

Vistos

Corresponde a la Sala de Casación Penal pronunciarse sobre la solicitud del doctor José Adolfo Caicedo Yusti sobre posible cambio de radicación del proceso por "homicidio y robo" que cursa en el Juzgado 4º Superior de Armenia y se sigue contra Jorge Isaac Mora Espejo, Pedro Antonio Amórtegui y José Edilmer Quintana Tinoco. El asunto ha venido por envío que, en cumplimiento de lo que establece el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, hizo a la Sala el señor jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia.

De la revisión del expediente, resulta:

1º El peticionario es en verdad defensor de los encausados Mora Espejo y Amórtegui según se comprueba de autos. En cuanto a su solicitud se refiere, afirma que no es Armenia lugar adecuado para una recta y equitativa administración de justicia en el caso en que actúa. Varios son los motivos que alega para fundamentar su pretensión y se resumen así: a) la fecha que inicialmente se había fijado para dar comienzo a la audiencia pública se aplazó a solicitud del doctor Adalberto Zapata Gil, defensor de José Edilmer Quintana, y coadyuvancia del Fiscal doctor Saúl Martínez Pulido. Este aplazamiento, según él, "ha entrabado el juzgamiento y defensa de los procesados, tratando de que la opinión pública haga más presión sobre los jurados de conciencia, para que el veredicto sea condenatorio"; b) Los familiares de los occisos Jaime Sánchez Rodríguez y Orlando Pulido Delgado, "y la buena amistad de que gozan con la rama jurisdiccional del Distrito Judicial de Armenia", dice, "hacen que no exista una recta administración de justicia y la defensa sea nula"; c) La abogada Blanca Peña de Gaviria, apoderada del procesado Mora Espejo, solicitó la práctica de varias pruebas que según el peticionario, desvirtuaban la serie de cargos existentes contra sus patrocinados, pero estas pruebas le fueron negadas por el Juzgado 4º Superior de Armenia y el Tribunal que conoció del asunto por vía de apelación confirmó la negativa del juzgador de primera instancia. Extrae de allí el solicitante la conclusión de que "la balanza de la justicia se ha inclinado hacia la parte ofendida"; d) Que sus poderdantes han tenido varios apoderados y éstos han renunciado el mandato "por ser pocas las garantías de la defensa" y que él, al encargarse del asunto ya en la etapa del juicio, ha encontrado, y son sus propias palabras: "con suprema extrañeza una manifiesta parcelación en contra de sus defendidos"; e) Afirma que es tan cierta la amistad íntima o manifiesta de los familiares de los occisos que dos Fiscales del Juzgado 4º Superior se declararon impedidos para seguir actuando y, además, que el doctor Francisco Jiménez Alzate, apoderado de la parte civil que cada una de las dos familias de los occisos forman en el proceso, hizo que su hermano, el Magistrado

doctor José J. Jiménez, se declarara impedido cuando inicialmente le correspondió conocer del proceso. Concluye que con ello se comprueba plenamente "que allí no se puede celebrar una audiencia pública", "por no existir el ambiente propicio"; y f) Que los procesados Mora Espejo y Amórtegui al llamarle para que les asistiera en la etapa del juicio le manifestaron que procedían de esa manera porque no creían en las actuaciones futuras de otros abogados "por temor a represalias en otros procesos que tramitaban ante la rama jurisdiccional del Tribunal Superior de Armenia". Lo demás son consideraciones suyas acerca de que no existe ambiente favorable para una recta administración de justicia en Armenia para el caso al cual se refiere y en el cual actúa.

2º Dos declaraciones extra-procesales adjunta para comprobar sus afirmaciones. Declaran los señores Edelberto Marín Toro y Gerardo Herrera ante el Juzgado 2º Penal del Circuito de Armenia. En contestación al interrogatorio que les formula, los dos se pronuncian sobre la corrección, cristianidad y laboriosidad de la familia Mora Espejo. Igual cosa, en concreto, sobre el procesado Jorge Isaac Mora Espejo. Gerardo Herrera a una de las preguntas contesta que ha oído "comentarios callejeros de varias personas" acerca de que la familia del occiso Jaime Sánchez Rodríguez tiene muy buena amistad con funcionarios de la rama jurisdiccional del Tribunal Superior de Armenia. El otro, Edelberto Marín Toro, no responde sino que conceptúa o declara que le parece "que es una razón muy lógica respecto a lo que se cita muy traído de esa responsabilidad de esos caballeros" y que uno de los Magistrados del Tribunal, el doctor José J. Jiménez es hermano del doctor Francisco Jiménez que cree es apoderado de la parte civil en el mentado proceso. Este mismo declarante afirma haber escuchado por la radio, con anterioridad al día fijado para dar comienzo a la audiencia pública, que decía se condenara a los tres procesados. En el mismo sentido se pronuncia Herrera al afirmar que hubo un verdadero despliegue contra los tres sindicados. Marín Toro afirma que debido a las relaciones de amistad que mediaban entre ellos y las partes en el proceso los Fiscales doctores Ernesto Escobar Vélez y Ovidio Hurtado Leal, se declararon impedidos, y que igual cosa hizo el Magistrado doctor José J. Jiménez Alzate por ser hermano legítimo del apoderado de la parte civil el doctor Francisco Jiménez Alzate. Herrera declara que esos mismos impedimentos los supo porque en una visita que hizo a la cárcel a Jorge Isaac Mora, éste le comentó sobre el tema. Finalmente, cada uno de ellos al responder, dicen que existe mucha presión por parte de entidades locales, la radio, los motoristas para que los sindicados sean condenados; que no existe por esa razón un medio propicio a la administración de justicia y, en definitiva, que el proceso debe cambiar de radicación.

3º Otro elemento de prueba que existe en este expediente proviene del Juzgado 4º Superior de Armenia y se expide a solicitud del defensor que pide el cambio de radicación. Por la constancia dicha se comprueba que el proceso en contra de Jorge Isaac Mora Espejo, Pedro Antonio Amórtegui y José Edilmer Quintana Tinoco se tramita en dicho Juzgado y que inicialmente se señaló el día 11 de febrero del año en curso para dar comienzo a la audiencia pública. Esa fecha había sido fijada antes para el día 17 de diciembre de 1975 pero hubo de aplazarse por solicitud del defensor de uno de los sindicados, el doctor Adalberto Zapata Gil, y del Fiscal Saúl Martínez Pulido. También se comprueba que el Fiscal, doctor Ernesto Escobar Vélez, se declaró impedido por amistad íntima con el occiso Jaime Sánchez y que dicho impedimento le fue aceptado. También que las pruebas pedidas por la doctora Blanca Peña de Gaviria, apoderada de Mora Espejo, le fueron negadas y al recurrir de dicha decisión la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia confirmó la providencia de primera instancia por estimar que las pruebas eran "improcedentes". Cierto es que el Fiscal doctor Ovidio Hurtado Leal se declaró impedido para actuar en el proceso por amistad íntima con el sindicado Pedro Nel Beltrán y con la familia del procesado Quintana Tinoco que se encuentra en prisión. Igualmente es cierto que en el proceso actúa como apoderado de la parte civil, en representación de Fabio Pulido Castro, el doctor Francisco Jiménez Alzate. Y, fi-

nalmente, que es cierto que el Magistrado doctor José J. Jiménez Alzate, en escrito del 10 de febrero de 1975, se declaró impedido por ser hermano legítimo del apoderado de la parte civil doctor Francisco Jiménez Alzate, impedimento este que fue aceptado por el Tribunal en auto del 11 de febrero de 1975.

Para resolver, se considera

Sobre las bases anteriormente resumidas, examinables en el memorial de solicitud de cambio de radicación, en las dos declaraciones extra-procesales que el peticionario adjunta y en la información que da el señor Juez 4º Superior de Armenia, la SALA considera que no existen razones suficientes para fundamentar el cambio de radicación del proceso por homicidio y robo que se sigue a Jorge Isaac Mora Espejo, Pedro Antonio Amértegui y José Edilmer Quintana Tinoco.

En varios conceptos, que van desde 1946 a 1954, y que con posterioridad a esta última fecha han sido reiterados, la SALA ha sostenido siempre que "Es necesaria la demostración de los motivos o circunstancias que justifique, aunque sea indirectamente la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos, sin comprobación alguna, no da base a la Corte para emitir concepto favorable". Con las dos declaraciones aportadas al proceso ciertamente que no se encuentra la demostración exigida. En primer lugar no vienen al caso los testimonios de Edelberto Marín Toro y Gerardo Herrera acerca de condiciones personales y familiares de los sindicados y de los suyos. Por el contrario, si todo cuanto dicen de ellos es cierto, bien puede suponerse que gozan de estimación social. De donde resulta que en tales condiciones no hay por qué temer un resultado contrario a la justicia en el proceso que se les adelanta. Pero, haciendo a un lado lo dicho, resulta claro que Herrera al declarar recoge "comentarios callejeros de varias personas" según expresamente consigna en su relato; comentarios según los cuales la familia del occiso Jaime Sánchez Rodríguez tiene muy buena amistad con funcionarios de la rama jurisdiccional del Tribunal Superior de Armenia. Bien se sabe entonces que no son los "rumores callejeros" los que sirven de fundamento a un cambio de radicación de un determinado proceso sino pruebas concretas y sólidas sobre el particular. Por su parte, el otro declarante, Marín Toro, no responde exactamente a la pregunta que se le hace sino que emite un concepto o un parecer y, también la SALA ha dicho ya que "El cambio de radicación de un proceso no se justifica por los simples temores que un testigo consigne en su declaración".

Los dos declarantes afirman haber escuchado por la radio que se solicitaba la condena de los tres procesados. No ve la SALA que sea esta una razón suficiente para indicar el cambio de radicación del proceso aún en el caso de que dicho "despliegue" en contra de los procesados, como lo dice Herrera, se hubiera producido. Lo dicho, porque no es el concepto que pueda tener una determinada radiodifusora en alguno de sus programas sobre la suerte que deben correr los encausados, sino un ambiente general inadecuado para que en el sitio en donde existe pueda administrarse justicia con rectitud. Tampoco por este aspecto ve la SALA motivo para el cambio de radicación solicitado.

Lo demás se refiere al temor de parcialización de los funcionarios judiciales, no de "parcelación" como se lee en el punto 5º del memorial, tal vez por simple error mecanográfico. En este terreno si esa parcialización se quiere fundamentar en los impedimentos que algunos funcionarios han manifestado en el proceso no se ve la razón para que un mecanismo procedimental que obedece a una serie de razones y trámites perfectamente establecidos en la ley pueda servir de basamento para fines diversos. Es cierto que el Fiscal del Juzgado del conocimiento, doctor Ernesto Escobar Vélez declaró su impedimento por amistad íntima que tuvo con el occiso Jaime Sánchez. También lo es que el señor Fiscal Encargado, doctor Ovidio Hurtado Leal hizo manifestación igual. Ni uno ni otro impedimento indican animadversión, ánimo hostil, parcialidad, etc. Y, si bien se miran las cosas, el impedimento del Fiscal Encargado no es por amistad con el occiso o con su familia, es por íntima amistad con el

sindicado Pedro Nel Beltrán y con la familia del sindicado Quintana Tinoco. De esta manera hay un equilibrio en los impedimentos de la misma Fiscalía cuando la ejercen uno u otro Fiscales pues el que parece ser el titular del despacho fue amigo del occiso al paso que su remplazo por encargo es amigo de uno de los sindicados y de la familia de otro. El impedimento, en segunda instancia, del Magistrado doctor José J. Jiménez Alzate obedece al hecho de que su hermano el doctor Francisco Jiménez Alzate aparece como apoderado de parte civil y, vuelta a decirlo entonces, ese impedimento es apenas el cumplimiento de una clara disposición procedimental, no manifestación de parcialidad o de hostilidad. Los impedimentos del Fiscal doctor Escobar Vélez y del Magistrado doctor Jiménez Alzate en nada perjudican la buena marcha del proceso ni pueden ser considerados como indice para que se crea que el resto de fiscales, jueces y magistrados van a menoscabar los derechos de la defensa. Y aun en el caso de que varios de los apoderados de los sindicados no hayan continuado en ejercicio de sus mandatos por temor a "represalias" que tendrían repercusión en todos los demás asuntos que tramitan ante el Tribunal Superior de Armenia bien se ve que se trata de una apreciación puramente subjetiva de dichos abogados que no encuentra asidero distinto del muy precario que le presta el hecho de que uno de los Magistrados de dicho Tribunal es hermano del apoderado de una de las partes civiles aceptadas en el proceso. Por otra parte, el memorialista afirma haber escuchado esta versión, no de labios de los apoderados que dice no han continuado en sus gestiones y a quienes ni siquiera nombra, sino de labios de los procesados Mora Espejo y Amórtegui que es bien distinto.

También la aceptación o negativa de practicar pruebas es punto sujeto a reglamentación legal y a la apreciación del juez. Según se ve, las pruebas que solicitó la doctora Blanca Peña de Gaviria le fueron negadas por inconducencia, o por improcedencia como dice el memorialista. Contra esa decisión ella recurrió y el Tribunal confirmó la determinación del juez de primera instancia. No aparece por parte alguna que pueda prosperar un cargo de hostilidad, animadversión o ambiente poco propicio para una recta administración de justicia por este aspecto. Y ante la afirmación escueta de que fueron negadas de mala manera pues una vez practicadas habrían desvirtuado la serie de cargos que se hicieron a sus patrocinados en el auto de proceder, debe estarse a lo que disponen dos decisiones judiciales perfectamente tramitadas y resueltas.

Y no parece ser más. Salvo lo que dice el memorialista de un aplazamiento de la audiencia pública que se debió a una petición que en tal sentido hizo uno de los apoderados, concretamente el doctor Adalberto Zapata Gil, con la coadyuvancia del Fiscal Saúl Martínez Pulido. Resulta claro que ese defensor lo es del sindicado José Edilmer Quintana y no se ve que permita hacer "más presión" sobre los jurados para que el veredicto sea de condena si es precisamente uno de los defensores quien solicita ese aplazamiento. Se trata de una afirmación del memorialista que no tiene respaldo alguno en las pruebas aportadas junto a su solicitud de cambio de radicación.

Por lo expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emite CONCEPTO DESFAVORABLE al cambio de radicación del proceso seguido en contra de Jorge Isaac Mora Espejo, Pedro Antonio Amórtegui y José Edilmer Quintana Tinoco por "Homicidio y Robo" en el Juzgado 4º Superior de Armenia.

Cópiese y devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Elementos

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto tres de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 37 de julio 29 de 1976.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia de diecisiete de marzo del año que corre, sometida a consulta, terminó por condenar al abogado RAUL TOBAR QUINTANA, a la pérdida del empleo y cien pesos de multa, como responsable del delito de "abuso de autoridad", cometido en ejercicio de sus funciones de Juez Promiscuo Municipal de Padilla (Cauca). (fls. 109 y ss.).

El trámite de instancia se ha sucedido a plenitud y no se observa factor alguno de invalidación de lo actuado.

El Procurador 2º Delegado en lo Penal estima conforme a derecho la determinación revisada y solicita su integral confirmación.

Hechos

En el vocatorio a juicio el a quo escribió, acertadamente, que "...Dioselina Gómez compareció al Juzgado Municipal de Padilla, a cargo del doctor RAUL QUINTANA, el dia 2 de julio de 1974 y formuló denuncia de carácter penal contra Aroldo Martínez a quien acusó de haber corrompido, mediante actos carnales, a su hija Luzmila Portocarrero, la que resultó ser menor de 16 años al momento de los hechos. El mismo día recibió el señor Juez la exposición de la presunta ofendida, y el día anterior había enviado a ésta ante el médico local para examen ginecológico. El 3 de ese mes, vale decir un día después, el señor juez hizo suscribir una "diligencia de compromiso" por parte del acusado Aroldo Martínez, la denunciante Dioselina Gómez y la ofendida Luzmila; acto que firmaron el titular del despacho y su Secretario, y que por su importancia..., insertamos enseguida. Reza así: (fls. 8 vts.); "...se comprometió (Aroldo Martínez) a llevarse para su casa para convivir en ella con la ofendida Luzmila Portocarrero, dentro de veinte días contados a partir de la fecha de esta diligencia. Esto de que no puede llevársela ahora, por tener en su casa a una hermana que se encuentra en vacaciones. La denunciante acepta lo manifestado por el señor Aroldo Martínez, e igualmente la ofendida también acepta. Así se firma por los que en ella intervinieron...".

Elementos probatorios

1. El doctor TOBAR QUINTANA, fue designado Juez Promiscuo Municipal de Padilla el 3 de agosto de 1973 (Acta Nº 3, fls. 14-15). Previa la confirmación correspondiente (fl. 15), tomó posesión, en propiedad, el 13 de septiembre siguiente (fl. 23) ejerciendo sus funciones desde esta fecha hasta el 13 de septiembre de 1975, conforme a certificación expedida por el Alcalde Municipal de la localidad (fl. 23 y vto.).

2. Dioselina Gómez, en denuncia formulada con el lleno de todos los requisitos, dio noticia al Juez TOBAR QUINTANA, el 2 de julio de 1974, del comportamiento sexual de Aroldo Martínez para con su hija Luzmila Portocarrero, de escasos 15 años, nueve meses para la fecha de esas relaciones (mayo). Es verdad que la denunciante concluye su exposición anotando que "...Pido al juzgado que y si no se casa con la muchacha que se haga cargo de ella no lo obligo a que se case, esto está en él...", pero alude en el texto de la misma a que "la había perjudicado... había abusado de ella".

En esta misma fecha fue oída la menor Portocarrero Gómez, indicando la realidad de los contactos carnales y coincidiendo con su madre en pedir únicamente "...Que se case con mi persona, caso contrario que se haga responsable de mi persona..." (fls. 7 vto. y 8 vto.).

Luego surgió la insólita "diligencia de compromiso", ya transcrita en su parte sustancial (fls. 8 y vto. y 9).

3. Se sabe, y así consta en el testimonio rendido por Ignacio Balante, Alcalde Municipal de la época, que la situación planteada al Juez TOBAR QUINTANA, se le hizo saber primero a él y hasta se dio, con el padre de Aroldo Martínez, un intento de mediación (a manera de período de prueba, permitía la convivencia de Luzmila y su hijo, para ver si se regularizaba o no esta unión), que en definitiva no llegó a concretarse, pues Dioselina prefirió, ante estas dilaciones e incumplimiento, la denuncia penal (fl. 40).

Sobre la realidad de ese "arreglo", con sacrificio de las funciones judiciales que correspondía ejercer a TOBAR QUINTANA, se tiene además de la copia de esa actuación y el reconocimiento que al respecto hace el sentenciado, las manifestaciones de Aroldo Martínez (fl. 36), Luzmila Portocarrero (fl. 38) y Mauro Iris Quintero, secretario del Juzgado (fls. 38 vto. y 39 vto.).

4. El procesado admitió plenamente esta conducta. Como razón de ser de la misma aludió a que, al día siguiente de la denuncia, Dioselina Gómez le pidió "...que no se fuera a tomar ninguna medida... porque él (Martínez) se iba a hacer responsable de su hija Luzmila y teniendo presente el dictamen médico (practicado el 1º de julio) que manifiesta desfloración antigua resolví dar un compás de espera... vi que no era jurídico abrirle (el sumario) pero creyendo que obraría de buena fe dar un compás de espera convencido de que en este lapso se efectuaría el matrimonio, cosa que ellos incumplieron...". (Fls. 28 a 31).

5. Como Dioselina Gómez no obtuvo el resultado que buscaba con sus excitaciones, acudió a la Procuraduría y, el Abogado Visitador I, doctor Augusto Burbano, pudo establecer la verdad de lo que se deja dicho, así como que para el 27 de septiembre de 1974, la investigación permanecía sin abrirse. A raíz de esta especial visita, el Juez TOBAR QUINTANA, promovió una investigación celerosísima y llegó a proferir auto de detención preventiva, sin beneficio excarcelatorio, para Aroldo Martínez, providencia que le fuera revocada por el Juzgado Penal de Circuito de Puerto Tejada (fls. 6, 6, 44 a 48).

6. El aspecto disciplinario fue definido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en providencia de 13 de enero de 1975, mediante la cual se impuso a TOBAR QUINTANA, una multa equivalente al valor de cinco días de sueldo como juez, ordenándose la expedición de las copias correspondientes para la averiguación penal, origen de este proceso.

Consideraciones de la Corte

El pronunciamiento condenatorio que ahora se revisa, no puede ser más acertado en sus apreciaciones ni más completo en el análisis de los varios aspectos invocados por la defensa para explicar la conducta de TOBAR QUINTANA y excluir su punibilidad. Con sobrada razón apuntó el Procurador 2º Delegado en lo Penal, que "...Esas providencias judiciales (auto de cargos y fallo) agotan el estudio de este proceso y lo ubican en el tipo delictivo pertinente. Sería redundante... repetir los argumentos ya expuestos pues, como ya se dijo, coinciden totalmente en sus apreciaciones...".

En efecto, el Tribunal tuvo ocasión de precisar por qué la conducta de TOBAR QUINTANA debía subsumirse en lo normado en el artículo 175 del Código Penal y

no en las descripciones de los artículos 171 a 172 ibídem. No se trató de un genérico acto arbitrario e injusto sino el muy específico de incumplir una investigación que le correspondía hacerla de modo oficioso y, menos de un retardo de ejecución, puesto que pasaron casi tres meses de absoluta inercia, a pesar de haber incumplido Arold Martínez el "compromiso" adquirido, situación que solo desapareció cuando la Procuraduría intervino.

"Su intención dolosa no fue la demora, sino la de no dar procedibilidad a la acción investigativa del Estado en espera de que los amantes fueran a convivir establemente y no instaran más a la justicia, por este problema concreto".

También destacó el juzgador de primera instancia, el bien jurídico que representa la administración de justicia y la tutela que a él se debe mediante la aplicación de las reglas que condicionan la actuación de los jueces. Estos pueden rechazar la apertura de un proceso, pero acudiendo a las formalidades que se señalan a este fin, mas "no omitiendo los procedimientos propios para el pronunciamiento del caso... la protección jurídico-penal de la administración pública se orienta a que no se distorsione o se inhiba o se obstaculice la realización de ese derecho. Así pues si un funcionario no cumple con la obligación de definir judicialmente sobre la procedencia de un negocio penal está impidiendo por esa vía la realización del derecho... Se afectó, en una palabra, la efectividad de la administración pública al abstenerse el juez de ejercer su competencia funcional".

El aspecto de la hucmia le también aparece tratado y excluido de modo exacto. Igual mérito traduce la correcta glosa que se apuntó sobre dolo y motivo. Ciertamente, TOBAR QUINTANA tuvo "una razón, un pretexto o motivo para su querer omisivo, motivación que no forma parte del dolo como bien lo ha entendido la doctrina, pues para que el actuar sea doloso sólo interesan el conocimiento de las circunstancias típicas, la voluntad de actuar y, para algunos autores, la conciencia de la ilicitud, que también se da en el caso de autos. Pero se repite, los motivos son, en general, ajenos al dolo... Su intención inmediata fue la de no abrir el proceso, con una motivación mediata que no forma parte de éste. Del propio modo sabía, no sólo, que el resultado era contrario al orden jurídico general, sino contrario a una norma expresa conocida por él. Se quiso, entonces, aquello que no debió quererse..."

En el análisis del caso sub judice, se tuvo el buen acierto de comentar sus diversas facetas y abundar en anotaciones que despejaran toda duda sobre los posibles argumentos que podían alegarse en favor de TOBAR QUINTANA. Esta situación conceptual, sobre la cual se ha querido reseñar breve pero sustancialmente los puntos más pertinentes de la providencia de primer grado, permite a la Corte sustraerse a un comentario especializado y exhaustivo. Este afán, se repite, lo ha cumplido el a quo con sobrada y notable suficiencia y prolijidad.

Como final de estas importantes o precisas connotaciones, señálase lo siguiente: TOBAR QUINTANA fue enterado del suceso que se pretendía delictuoso. Su obligación judicial no tenía alternativa distinta a la de abrir la investigación correspondiente o rechazar su apertura, bien como respuesta inmediata a la denuncia, bien como consecuencia de un diligenciamiento previo de relativa comprobación. La oficiosidad en el ejercicio de la acción penal era asunto también manifiesto, por la índole del presunto ilícito. Y, aun en caso contrario, mediaba un pedimento de parte legítima. Estas funciones, a no dudarlo, son aspectos elementales que no es posible que juez alguno ignore o pueda desvirtuar. Menos el procesado, que ya llevaba buen tiempo en el desempeño de este cargo. Contrariando el claro y sabido sentido de las disposiciones pertinentes y que regulaban sus atribuciones, prefirió, de modo constante, omitir su ejercicio y negar el significado de la pretensión que a él se dirigía. Y no es que el proceso penal sea ajeno o repugne soluciones humanitarias o de contenido social. No. Sus instituciones suelen obedecer en la letra y doctrina a este contenido y significado. Lo que no se permite es asumir decisiones que se contraponen a sus específicas ordenaciones y llegan a anular su eficacia y razón de ser.

La índole de la medida tomada por el Juez TOBAR QUINTANA, a las claras se

presenta como suceso reprobable. De un lado, sustituía una investigación penal o creaba una indebida coacción para quien debía esperar una muy distinta definición de su conducta, y, del otro, a lo que se tenía por atentado sexual se le adicionaba la alternativa de continuar en una conducta de similar naturaleza. La intencionalidad de esa conducta adquiere un manifiesto perfil cuando se recuerda que el propio procesado, en su indagatoria, pregona la injuridicidad de su comportamiento y se observa que el pretextado "compás de espera" alcanzaba una prolongación indefinida en el tiempo, pues sólo vino a interrumpirse por acción de la Procuraduría. Y más adversa es la opinión al advertir la respuesta desmedida que TOBAR QUINTANA dio a la intervención de la vigilancia judicial, vale decir, el auto de detención preventiva celerosamente dictado en contra de Martínez.

La figura penal que el artículo 175 del Código Penal define y sanciona, no involucra complejidades dogmáticas. Sus elementos tipificadores pueden concretarse con facilidad y recibir, en forma igualmente expedita, la subsunción de la conducta omisiva de TOBAR QUINTANA, que se comprobó de modo perfecto desde un comienzo. Sirva como remate a estas valoraciones el siguiente preciso comentario del señor Procurador 2º Delegado: "la antijuridicidad y la culpabilidad se encuentran en estrecha relación ya que, el conocimiento —como elemento del dolo— se refiere al carácter antijurídico del comportamiento —conciencia de la ilicitud—. La voluntad manifiesta en actos u omisiones, la intención del agente".

Los requisitos de ley para pronunciar un fallo condenatorio, están debidamente satisfechos. La prueba ha sido correctamente valorada y la aplicación de la norma penal que regula ese comportamiento, interpretada y fijada de modo cabal. No hay reparo alguno qué formular a la sanción impuesta, esto es, la pérdida del cargo y la cuantía de la multa, tasada en cien pesos ($ 100.00).

De ahí que la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL—, acorde con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CONFIRME en todas sus partes el fallo a que se hizo referencia en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

El dolo consiste en la intención positiva de privar de la libertad a una persona sabiendo que su acto "es contrario a derecho"

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 38, agosto 9/76.

Vistos

Por auto de 23 de enero de 1975, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá radicó en juicio criminal a CARLOS HUMBERTO LOPEZ ALVAREZ como autor del delito de abuso de autoridad de que hizo víctima a Evaristo Porras Ardila. Por el Fiscal de la Corporación falladora en primera instancia, se pidió reposición de él por cuanto estima que el llamamiento a juicio debe ser por el ilícito de detención arbitraria y no por abuso de autoridad como el a quo lo había consignado; se repone la providencia y es así como se ubica en juicio a López Alvarez. Contra esta determinación interpuso recurso de apelación el defensor de oficio del procesado.

Oído el concepto del señor Procurador Segundo, Delegado en lo Penal, la Corte entra a resolver lo pertinente.

Hechos

El ciudadano Evaristo Porras con fecha 25 de junio de 1973 denunció al Juez Promiscuo del Circuito de Leticia, Carlos Humberto López Alvarez, porque el día primero de ese mes a eso de la una de la mañana ordenó a miembros de la Policía Nacional que lo privaran de la libertad y el 4 le impuso cinco días de arresto por irrespeto a la autoridad y $ 10.000 de caución para observar buena conducta social y moral. La pena se redujo a tres días de arresto y la caución a $ 1.000 en vista de la reposición que propuso el sancionado Evaristo Porras.

Actuación procesal

La investigación por los anteriores hechos fue iniciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (fl. 4); en desarrollo de la instructiva se practicaron las siguientes pruebas:

a) Testimonio de Bernardo García Alemán (fl. 6º): expone el testigo que en la fecha mencionada por el denunciante, aproximadamente hacia la media noche, recibió una llamada telefónica en solicitud de su presencia en la zona de tolerancia de la ciudad de Leticia. Que cuando llegó al establecimiento de propiedad de Jorge Domínguez, el doctor López quien se encontraba en estado de embriaguez le manifestó que el denunciante Evaristo Porras lo había irrespetado, habiéndole ordenado el acusado que llevara a Porras al cuartel. En esta primera versión el testificante desvirtúa la afirmación de que se encontraba con el acusado practicando una ronda cuando fue ultrajado por Porras;

b) El Dragoneante Luis Hernando Tuta, quien hacía parte de la patrulla en la noche de autos, confirmó íntegralmente la versión de su compañero y textualmente manifiesta: "no, en ningún caso esa noche estábamos practicando diligencia de ronda, ya que a nosotros se nos hizo fue una lla-

mada telefónica que inclusive yo me encontraba durmiendo en mi residencia; nosotros fuimos allá por la llamada que se hizo que había un caso en la zona de tolerancia". Afirma que el acusado se encontraba en estado de embriaguez;

c) Jorge Domínguez Navarro dueño de la cantina en donde tuvieron su culminación los hechos, manifiesta que ciertamente el doctor López Alvarez se encontraba en su establecimiento ubicado en la zona de tolerancia de la población de Leticia, que en compañía de otro amigo se hallaba tomando trago; que en un grill del frente se formó una riña y el Juez "salió y se fue y llegó con la Policía, llegó armado de revólver y se paró en la puerta y dijo que no dejaran salir a nadie de allí con el revólver empuñado";

d) El secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de Leticia, Jesús Correa Otero, confirma la versión rendida por los Agentes de la Policía cuando expone que en la noche comprendida entre el 1º y el 2 de junio, no se practicó ninguna diligencia de ronda, al menos no se ordenó mediante ninguna providencia. En cuanto a la Resolución dictada por el Juez contra el denunciante y que lleva el número 002 de 4 de junio de 1973, declara que él la escribió, pero sin saber de qué se trataba. Así mismo testifica que el acusado no guardaba una conducta digna del cargo que ejercía;

e) Se oye en indagatoria al acusado, quien manifiesta que no es cierto que la noche de autos se hallara ingiriendo licor en la zona de tolerancia de Leticia tal como lo afirma el querellante. Que su encuentro por allí fue puramente ocasional por cuanto que se encontraba dando vueltas con un amigo: que oyó unos disparos y alguien le informó que se había presentado una riña entre un agente de la policía vestido de civil y el señor Evaristo Porras, quien se encontraba en estado de beodez. Que como considera que su misión de Juez debe ejercerla no solamente en la oficina, sino fuera de ella por eso se presentó al cuartel de la policía en donde informó al agente García Alemán de lo que sucedía: que se trasladó con ellos al sitio de los hechos y allí fue ultrajado por el denunciante Evaristo Porras. Que los improperios proferidos por el ciudadano antes citado, los hizo ostentando él la calidad de Juez del Circuito; que en razón de lo anterior dictó la Resolución sancionándolo con 5 días de arresto incommutables, y multa de $ 10.000, medida que al día siguiente fue modificada a solicitud de Porras;

f) A folio 41 vuelto del cuaderno principal amplía la declaración el testigo Bernardo García Alemán. Por considerarse esta versión de vital importancia para el esclarecimiento de las ilicitudes endilgadas al acusado, y para sustentar planteamientos posteriores, se transcribe la versión, así: "PREGUNTADO: Sírvase explicarle al Juzgado por qué motivo ante este Despacho, precisamente dentro del presente informativo, Ud. rindió una declaración acerca de unos acontecimientos por los que se le preguntaron, y ya con anterioridad, ante el Juzgado Promiscuo de este Circuito, rindió otra declaración y se pronunció sobre los acontecimientos en una forma totalmente diferente y contrarios (se le pusieron de presente las dos declaraciones, la rendida ante este Juzgado, y la rendida ante el Juez Promiscuo del Circuito, cuya copia envió dicho funcionario) CONTESTO: "Los hechos ocurrieron conforme lo dije en este Juzgado, en este sumario, el día veintisiete del año pasado, de noviembre del año pasado, y no como está en la diligencia cuya copia me muestra, del Juzgado del doctor López López. Y en eso me ratifico. Dejo constancia que la declaración efectuada en el Juzgado Promiscuo del Circuito yo no rendí ningún juramento como en esta diligencia que sí rendí juramento. Se debió, por un lado, a la confianza que yo tenía del doctor López y con mi capitán. Es decir, mi capitán, o sea el Comandante de este Distrito de Policía, ha sido amigo del doctor, López. Me refiero al capitán Leal que se fue ya de aquí. Y por esa amistad, y como quiera que el doctor López tenía su problema, me dijo que fuera al Juzgado del doctor López y le diera una declaración favorable para el doctor López. Seguro como el doctor López le había dicho, el capitán Leal me dijo que viniera al Juzgado y dijera que estaba en una diligencia de ronda con el doctor López, y así lo hice. Y la diligencia se hizo así: el secretario de ese juzgado preguntaba, y el doctor López las respondía, y así las escribían. Además, el doctor López

me dijo que esa diligencia era por huevonear (sic), no más".

Con los documentos visibles a los folios 26 vuelto, 27 y 29 se comprueba que el acusado Carlos Humberto López Alvarez, para la fecha de los hechos se encontraba ejerciendo el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Leticia. Se solicitó la correspondiente certificación del cargo mas tal documento no se aportó a los autos; pero lo anterior no es óbice para afirmar que el acusado ostentaba su condición de funcionario jurisdiccional ya que emerge del contenido mismo del expediente.

A folios 24 vuelto obra la Resolución Nº 002 de 4 de junio de 1973 proferida por el acusado en ejercicio de la función jurisdiccional. Se dice en la Resolución: "el día viernes 1º de junio del año en curso, siendo en las horas de la noche, el Juez Promiscuo del Circuito se encontraba practicando una diligencia de ronda en compañía de varios agentes de la policía al mando del Cabo Alvaro García Alemán, se presentó el individuo Evaristo Porras Ardila en estado de embriaguez y ultrajó soezmente al Juez tanto por razón de sus funciones como en el ejercicio de las mismas, en su integridad moral y por el cargo que ocupa".

Consta en el proceso que el denunciante cumplió los tres días de arresto objeto de la sanción, y aunque no se aportó la certificación del Director del respectivo establecimiento carcelario, obra la comunicación dirigida al Inspector de Policía de Leticia para que cumpliera la Resolución, además el hecho físico del cumplimiento de la pena fue corroborado tanto por el sindicado como por la policía y por el denunciante.

Los fundamentos de la providencia enjuiciatoria son del siguiente tenor: "comprobado está que la noche de autos el doctor López Alvarez se hallaba en la zona de tolerancia en Leticia ingiriendo licor, y que en un establecimiento distinto se dedicaba a lo mismo Evaristo Porras Ardila, el Juez no tenía ningún derecho para sancionar al denunciante como así lo hizo".

A folios 3 y siguientes del cuaderno de la Corporación, se halla el alegato sustentatorio del recurso de apelación, presentado por el defensor de oficio del reo. La argumentación de la defensa básicamente consiste en sostener que el Tribunal sentenciador erró al llamar a juicio al doctor López Alvarez, por cuanto que olvidó estudiar la segunda parte del inciso 1º del numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil. El escrito anterior será examinado en su oportunidad.

Concepto Fiscal

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal es de criterio que la providencia impugnada debe confirmarse. Su argumentación es la de que el acusado ilegalmente ordenó la detención del denunciante y que la Resolución que tal medida determinó, es ilegal porque no existía ningún fundamento para ello.

Consideraciones de la Sala

La providencia recurrida habrá de confirmarse. En efecto: es incuestionable que el acusado López Alvarez para la época a que se contrae la investigación se encontraba desempeñando el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Leticia: que allí y en ejercicio de sus funciones obró arbitraria e injustamente contra la persona del denunciante Evaristo Porras. El Juez no estuvo a la altura de lo que la República espera de sus jueces. Cometió un acto injusto y desde todo punto de vista delictual.

Por las versiones que se han rendido en este proceso, se sabe que el acusado se encontraba ingiriendo licor en una casa de lenocinio: que en otro sitio aledaño y en las mismas condiciones se encontraba el denunciante; que siendo más o menos la una de la mañana se presentó un altercado entre acusado y acusador dando pábulo para que se presentara la fuerza pública: el juez, descendiendo de su investidura ordena a la policía la detención de Porras, hecho que de inmediato no se cumplió en virtud de que los agentes del orden percibieron el estado de beodez en que se encontraban los protagonistas. Tres días después el funcionario dicta una resolución imponiendo 5 días de arresto a Porras y una caución de buena conducta de $ 10.000. Resolución que al día siguiente fue modificada en el sentido de imponerse 3 días de arresto inconmutables y $ 1.000 pesos de caución.

Qué motivó el ánimo del Juez para llegar a proceder de esta manera? Sencillamente, se sintió herido por unos ultrajes que el denunciante le había lanzado en el prostíbulo, pero si ello fue así, el funcionario no ostentaba su calidad de tal y si fue ultrajado ha debido poner ese hecho en conocimiento de las autoridades respectivas. Pero cuál fue la motivación de la precitada Resolución? Del texto de la misma se infiere que el reo alegó "que se encontraba acompañado de los agentes del orden practicando una diligencia de ronda", siendo ultrajado por el denunciante. Afirmación esta inexistente porque fue infirmada no solamente por los agentes de la autoridad, sino por el propio Secretario del Despacho quien manifestó que ese día (1º de junio de 1973 al amanecer del 2) no se ordenó ninguna diligencia judicial o por lo menos no se dictó providencia que así lo dispusiera. En tal virtud el funcionario abusó de su poder, atropelló a un ciudadano, cometió acto arbitrario e injusto al dictar la precitada resolución por medio de la cual privó de su libertad a un ciudadano, sin ningún fundamento legal.

Tan grave falta le es imputable al acusado y las exculpaciones rendidas por éste en sus descargos no tienen el más mínimo asidero procesal. **La libertad de las personas es un derecho inalienable consagrado en el artículo 23 de la Constitución y desarrollado en sendos títulos del ordenamiento penal. Así como al particular se le exige respeto, acatamiento y obediencia a las autoridades constituidas legítimamente, con mayor razón debe exigírsele al funcionario respeto por la libertad de los asociados. Y es que, el artículo de la Carta Fundamental antes citado no es ni puede ser una vaga declaración de principios sin vigencia en el tiempo y el espacio: es la conquista de la libertad individual frente al poder omnímodo del Estado; y al funcionario o empleado público que cumple su función por delegación de la soberanía nacional no le es dable cometer a sabiendas tan inaudito atropello.**

El dolo consiste en la intención positiva del agente de privar de la libertad a una persona sabiendo que su acto es contrario a derecho. Tal circunstancia se encuentra plenamente probada. A este respecto la Corte en providencia de diciembre 3 de 1974 manifestó: "El dolo que debe irrigar toda la conducta en el delito de detención arbitraria, está constituido principalmente por la conciencia del abuso de las funciones, al hacer cosas, o realizar actos, contrarios a la ley. Por manera que, esa conciencia del actuar con abuso, vendrá a menos, todas las veces que circunstancias de hecho, determinen una conducta que engendre la creencia de que se está actuando justa y legítimamente, es decir, de buena fe. Si el delito debe ser querido por el agente en todos los elementos que le componen, síguese, que también el requisito esencial consistente en la injusticia del acto debe estar comprendido en la representación subjetiva del delito mismo. Esto no se presenta cuando el agente, sobre el fundamento de serias circunstancias de hecho, cree obrar justa y legítimamente. Aquí también, con el criterio del Código, la razonable creencia en la justicia y la licitud del motivo, depura la voluntad del agente de cualquier actitud íntimamente hostil a la libertad ajena, y con ello viene a menos el título de la incriminación".

En consecuencia le asiste razón al Ministerio Público cuando solicita confirmar la providencia apelada, en contra de la opinión presentada por el defensor de oficio del procesado, pues se reúnen los requisitos que para dictarla exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia apelada, de la fecha y origen ya dichos, materia de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA

Se perfecciona en el momento y en el lugar donde se cumple la acción ilegal del apoderamiento

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto nueve (9) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 38

Vistos

Procede la Corte a resolver de plano la colisión negativa de competencia surgida entre el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla y el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Fundación (Magdalena), en cuanto al conocimiento del proceso que por un presunto delito de abuso de confianza se sigue contra Miguel Angel Campo Cantillo.

Los hechos

Conforme al escrito de denuncia presentada por el señor Santander Calderón Avendaño contra el citado Campo Cantillo, fueron relacionados así:

"1º En virtud de amistad sostetenía (sic) con mi denunciado, en diferentes oportunidades hicimos negociaciones de tipo comercial y para lo cual aportábamos dinero y trabajo, para repartirnos proporcionalmente las ganancias o pérdidas resultantes de esos negocios. 2º El día 22 de diciembre próximo pasado, estuvimos en esta ciudad, MIGUEL ANGEL CAMPO CANTILLO, y yo, en compañía también del señor ARTURO RAMOS, quien reside en Barranquilla, en la calle 79B Nº 42-51 y quien también entró a participar en las negociaciones, con el fin de comprar un ganado al señor YAMIL YUBRAN, ofrecido por conducto del señor GUSTAVO MARTINEZ, ambos vecinos de esta ciudad de Fundación. 3º Previas las conversaciones del caso, cerramos operación y fue así como compramos al señor YAMIL YUBRAN, ciento veinte (120) novillos de diferentes pesos y edades por la suma total de QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA COLOMBIANA ($ 585.000.00), suma esta que fue cancelada así: cuatro (4) cheques de Gerencia del Banco de la Costa Sucursal de Barranquilla en la calle 76 por la suma total de CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA LEGAL ($ 450.000.00), girados por el mencionado Banco a mi favor y los cuales yo endosé para su cobro al señor YAMIL YUBRAN; y dos (2) cheques de mi cuenta corriente en el Banco Popular, Sucursal 20 de julio, de Barranquilla, Nº 226-11809-9 uno, el número 534540, por la suma de CIEN MIL PESOS MONEDA LEGAL ($ 100.000.00), girado con fecha 26 de diciembre de 1975, es decir, para cobrar 4 días después de efectuada esta operación; y el otro cheque también de mi cuenta corriente ya nombrada, por la suma de TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO NOVENTA PESOS ($ 39.190.00) girado por mí también a favor de GUSTAVO MARTINEZ, por indicación de YAMIL YUBRAN y para cobrar o con fecha 26 de diciembre de 1975; cheque Nº 534539. — 4º Los dos cheques girados por mí de mi cuenta corriente ya señalada, el uno a favor de YAMIL

YUBRAN y el otro a favor de GUSTAVO MARTINEZ, fueron girados el 22 de diciembre fecha de operación o transacción comercial con 4 días de plazo o sea para cobrar el 26 de diciembre, por la razón de que para esa fecha el señor MIGUEL ANGEL CAMPO CANTILLO, debía consignar en mi cuenta corriente del Banco Popular, ya nombrada, el valor correspondiente a esos dos (2) cheques, o sea la suma de ciento treinta y nueve mil ciento noventa pesos ($ 139.190), suma esta que tomaría primeramente del y principalmente, del producto de la venta de los 120 novillos comprados al señor YAMIL YUBRAN. 5º Mi denunciado MIGUEL ANGEL CAMPO CANTILLO, quedó encargado de vender el ganado comprado al señor YAMIL YUBRAN, ganado que fue llevado a la ciudad de MAICAO y allí fue dejado en un corral, el día 24 de diciembre del año próximo pasado y posteriormente fue vendido por el señor MIGUEL ANGEL CAMPO CANTILLO, quien recibió el precio total de la venta y no hizo la consignación correspondiente de la suma de CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO NOVENTA PESOS ($ 139.190) a mi cuenta corriente del Banco Popular de Barranquilla para que se pagaran los 2 cheques girados por mí en forma antes indicado (sic) en esta denuncia. 6º ... 7º Ha transcurrido más del tiempo necesario para que el señor MIGUEL ANGEL CAMPO CANTILLO entregue las cuentas correspondientes a la negociación última ya relatada, especialmente para que haga la consignación correspondiente en mi cuenta corriente para el pago de la suma adeudada al señor YAMIL YUBRAN..."

Planteamiento de la Colisión

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, en su providencia del ocho de marzo del año en curso, al recibir estas diligencias de parte del Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal, con sede en Fundación, quien se las remitió por competencia, se pronunció de la siguiente manera:

"En obedecimiento a lo dispuesto en auto fechado el 21 de febrero retro próximo, el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal con sede en Fundación, remitió al Juzgado Penal del Circuito en Turno en Barranquilla, las diligencias sumarias que había iniciado en contra del señor MIGUEL ANGEL CAMPO CANTILLO, por un presunto delito de ABUSO DE CONFIANZA.

"En el auto en cuestión, el instructor puntualizó que compartía apreciaciones del señor CARLOS OROZCO MATTOS, Apoderado Judicial del Procesado, en el sentido de que era al Juez Penal del Circuito de Barranquilla a quien competía el conocimiento del proceso, en razón de que había sido en esta ciudad en donde el procesado CAMPO CANTILLO, había dispuesto del dinero recibido en MAICAO. La verdad es que el instructor dio por establecido en el proceso un hecho que realmente no está establecido y que aceptó en base de la alegación del apoderado del procesado. Tal hecho aceptado y no establecido procesalmente, es el de que el procesado CAMPO CANTILLO se apropió de dineros ajenos en Barranquilla y que no había recibido a título traslaticio de dominio. Y en verdad, basta la más desprevenida lectura de las piezas, que, en la actualidad, conforme (sic) el cuaderno principal de las sumarias y que fueron remitidas por el instructor de Fundación, para darse cabal cuenta de que lo cierto es que no está establecido cachacientemente (sic) que el señor CAMPO CANTILLO, se hubiese apropiado de dineros del señor SANTANDER CALDERON en MAICAO, Fundación o Barranquilla. Es decir, que en caso de que ciertamente el hecho de la apropiación se hibiese (sic) producido, en la actualidad no se sabe si su ocurrencia fue en Maicao, Fundación o Barranquilla.

"Y lo (sic) anterior es así, mal podría juzgarse a prieri (sic), como lo ha hecho el Juez de Instrucción de Fundación, que ese hecho tuvo verificativo en esta ciudad, como para pretender que es al juez del Circuito Penal de esta misma localidad, quien tiene la competencia.

"Síguese de lo anterior, que el competente para conocer del proceso es el Juez del Circuito Penal de Fundación, al tenor de lo prescrito en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, habida consideración del desconocimiento en que está del sitio en que se cometió el delito materia de la investigación. Por lo demás, sorprende

que el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Fundación, hubiese entrado a resolver en el mismo auto por el que definía la situación jurídica del procesado, lo atinente al problema de competencia que le había sido planteado por el apoderado judicial del procesado, siendo que con anterioridad a ese auto, había remitido la nota de aviso sobre la iniciación de las sumarias al Juez Promiscuo del Circuito (En Turno) de Fundación y sin que éste se le hubiese regresado diligenciada..."

A su turno, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Fundación, para no aceptar la colisión que le fue provocada por el Juzgado de Barranquilla, se expresó así:

"Al Despacho del Juzgado se encuentra el presente negocio que se inició el 19 de enero del en (sic) curso en el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal radicado en esta ciudad, previa denuncia formulada por SANTANDER CALDERON AVENDAÑO, para averiguar si MIGUEL ANGEL CAMPO CANTILLO, había cometido el delito de 'ABUSO DE CONFIANZA', y con el propósito de resolver sobre la colisión de competencia negativa que ha provocado a este Juzgado el 6º Penal del Circuito de Barranquilla.

"Para resolver se considera:

Debemos comenzar diciendo que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sostiene que el ABUSO DE CONFIANZA, en la Ley Penal Colombiana, se perfecciona 'en el momento y en el lugar donde se cumple la acción ilegal del apoderamiento, vale decir, donde se realiza la apropiación indebida de la cosa recibida por una convención no traslativa de dominio', cualquiera que haya sido el sitio acordado para la devolución, 'porque en nuestro derecho la acción constitutiva en la forma básica del ABUSO DE CONFIANZA, es 'apropiarse' y no, como en otras legislaciones, la Argentina, por ejemplo, 'negarse a restituir' lo que marca una fundamental diferencia entre ambas tendencias legislativas, ya que en tanto que en la nuestra el lugar de comisión del hecho es aquel en que se manifiesta el ánimo de apropiarse, en las que siguen la segunda corriente 'el delito se consuma por el perjuicio causado por la negativa a restituir o por la no restitución' (SOLER), lo que da competencia para su conocimiento al Juez del lugar en donde la obligación debe ser cumplida' (autos de 11 de octubre de 1968, 15 de junio de 1970 y 4 de septiembre de 1970, entre otros).

"Con lo anterior no estamos atribuyéndole de manera caprichosa la competencia de ésta (sic) sumario al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, sino que tomamos como base la propia confesión espontánea del sindicado cuando dijo que el dinero lo recibió en la población de MAICAO, de manos del señor ARTURO RAMOS, y dispuso de él en Barranquilla pagándole a algunas personas y el resto lo invirtió en su negocio (ver folio 24), para rematar el por qué de su dicho en el folio 52 v. De modo que ese hecho quedó establecido porque la confesión libre y expontánea (sic) hecha por el procesado ante el Juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, simpre (sic) que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito; Art. 264 del Código de Procedimiento Penal.

"No se le puede dar aplicación al Artículo 42 del Código de Procedimiento Penal en este negocio para fijar la competencia a prevención porque el sindicado dijo claramente en dónde se cometió la infracción y el juez de ese lugar es el competente para conocer de este negocio".

Se considera

Según las voces de la denuncia, el sindicado Campo Cantillo se obligó a consignar en la cuenta corriente que el denunciante Calderón Avendaño tenía, en la sucursal del 20 de julio de la ciudad de Barranquilla, la suma de ciento treinta y nueve mil ciento noventa pesos ($ 139.190), "suma esta que tomaría primeramente del (sic) y principalmente, del producto de la venta de los 120 novillos comprados al señor YAMIL YUBRAN", consignación que no llevó a cabo, ni siquiera parcialmente.

Si se considerara que hubo apropiación o uso indebido, esto es, la posible configuración del ilícito de abuso de confianza, tal conducta fue realizada en Barranquilla, porque como lo afirma el Juez de Fundación y lo confiesa el sindicado, fue en

esta ciudad en donde éste pagó algunas deudas y los gastos que ocasionó el transporte y cuidado del ganado que en compañía o sociedad con el denunciante compró en Fundación y vendió en Maicao.

De suerte, pues, que aparece establecido el lugar donde, según el denunciante, debía consignar determinada suma de dinero el sindicado, lo que no hizo, sino que pagó algunas deudas y cubrió los gastos del transporte del ganado, hecho realizado en Barranquilla.

Ante esta situación, la competencia para conocer de este sumario corresponde al Juez Sexto Penal del Circuito de Barranquilla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME el conflicto de competencia a que se refiere la parte motiva de esta providencia, en el sentido de que el conocimiento de este proceso corresponde al Juez Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, a quien se remitirán las diligencias, previa comunicación de lo aquí resuelto al Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Fundación (Magdalena).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. CAUSAL PRIMERA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto diez de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 28 de agosto 9/76.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, actuando en Sala Penal de Decisión, con fecha 7 de noviembre de 1975 dictó sentencia para confirmar la del Juzgado Segundo Penal del Circuito de la mencionada ciudad, de 25 de agosto del citado año, por medio de la cual condenó a DAMIAN SANCHEZ CALDERON a la pena principal de treinta meses de prisión, y a la multa de doscientos pesos ($ 200.00) a favor del Tesoro Nacional, lo mismo que a las accesorias de ley, como autor de un delito de estafa.

Contra la sentencia de segundo grado se interpuso recurso extraordinario de casación el cual se procede a resolver, por haber sido sustentado oportunamente, y se ha cumplido el trámite pertinente.

Antecedentes

1. El 9 de mayo de 1974 fue otorgada en la Notaría Unica del Municipio de La Plata, Departamento del Huila, la Escritura número 212, mediante la cual Félix María Falla Gualy vendió a Damián Sánchez Calderón el siguiente inmueble:

"La finca de campo denominada El Placer, ubicada en la vereda de Betania, jurisdicción del Municipio de La Argentina donde aparece inscrito en el catastro vigente a la partida 'F-385' con superficie de 28.000 metros cuadrados, avalúo de $ 29.400.00, demarcada por los siguientes linderos: 'Por el norte, de la estación donde se colocó un mojón de piedra, a la estación 1, se midieron en línea recta cuatrocientos sesenta y cuatro (464) metros deslindando con el camino que conduce para el Pital; por el oriente, de la estación 1, donde se colocó un mojón de piedra, a la estación 2, se midieron trescientos ochenta (380) metros, colindando con propiedades de Luis Chicúe, antes de la Iglesia Parroquial; por el sur, de la estación 2, donde se colocó otro mojón de piedra, a la estación 3, se midieron setecientos (700) metros, deslindando con la quebrada La Esmeralda, a una distancia de veinticinco (25) metros; por el occidente, de la estación 3, donde se colocó otro mojón de piedra, a la estación 0., punto de partida, se midieron seiscientos cinco metros (605), deslindando con la quebrada El Encanto, a una distancia de veinticinco metros y terrenos Baldíos de la Nación en la última sexta parte. Esta finca tiene casa de habitación construida de bajareque con techo de tejas de barro, puertas y ventanas, cultivos de café y pastos, cercos de alambre y rastrojos todo lo cual entra en la venta con todas las anexidades, usos, costumbres, servidumbres, mejoras y dependencias sin reservas ni limitaciones de ninguna especie".

2. En los puntos tercero y cuarto de la escritura consta que el precio de la venta "es la suma de ciento treinta y cuatro mil pesos ($ 134.000.00) los cuales el vendedor declara recibidos a satisfacción" y que el comprador recibió el inmueble por habérselo entregado el vendedor de manera "real y material".

3. El vendedor Félix María Falla Gualy, con fecha 14 de octubre de 1974, le escribió a su hermano José María Falla Gualy, residente en Villavicencio, para informarle

que había sido estafado en la venta de la finca, porque, no obstante haber confesado que recibió el precio, lo cierto es que el comprador lo engañó y no le pagó.

4. Por haber fallecido el vendedor el 7 de noviembre de 1974, en el Municipio de Tesalia, su hermano José María Falla formuló denuncia penal contra el comprador Damián Sánchez el día 20 siguiente.

5. Hecha la investigación, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Plata (Huila), calificó el mérito del sumario el 12 de abril de 1975 con un auto de proceder, mediante el cual abrió causa criminal contra Damián Sánchez Calderón "como autor responsable del delito de estafa cometido contra el patrimonio económico de Félix María Falla Gualy en cuantía superior a diez mil pesos, hecho consumado en las circunstancias de lugar, tiempo y modo de que dan cuenta las diligencias y contemplado en el Libro II, Título 16, Capítulo 4º del Código Penal".

6. Tramitado el juicio en forma legal, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 25 de agosto de 1975, por la cual condenó a Damián Sánchez Calderón a la pena principal de treinta (30) meses de prisión, a multa de doscientos pesos ($ 200.00) en favor del Tesoro Nacional, a las accesorias de ley y al pago de los perjuicios causados con la infracción.

7. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva revisó la providencia de primer grado, en el grado de jurisdicción de consulta, y en sentencia de 7 de noviembre de 1975 le impartió confirmación.

Demanda de casación

Contra la sentencia de segunda instancia, se interpuso recurso de casación, el cual fue sustentado oportunamente por la demanda respectiva.

Las causales de impugnación invocadas son las que se exponen a continuación, en el mismo orden en que fueron propuestas:

Causal primera

(Violación directa)

Su enunciación: "Violación directa de la Ley sustancial", que se hace consistir en la indebida aplicación del artículo 408 del Código Penal.

Para sustentarla se esgrime el argumento de que el procesado no recurrió a ardides o artificios para hacer inducir en error al vendedor Falla, sino que la venta se hizo sobre la base de simples promesas de prestaciones futuras, de donde emerge la consecuencia de que la estafa no alcanzó a integrarse, porque las mentiras o promesas no encarnan los artificios o engaños indispensables para la estructuración del ilícito en cuestión.

Concluye la demanda afirmando que el Tribunal incurrió en error en la aplicación del artículo 408 del Código Penal porque si el procesado actuó con mala fe, por saber que carecía de solvencia económica para pagar el precio de la finca que compró, según lo asevera el fallador, la mala fe "no encaja dentro de la tipificación legal" de la estafa; que la promesa de pagar con el presunto crédito que le otorgaría la Caja Agraria al procesado, no es un artificio que hubiera servido para obtener el otorgamiento de la escritura de venta, por tratarse de promesa de una prestación futura; por último, la oferta de que el pago del precio se efectuaría con el producto de la explotación de una mina de esmeralda, tampoco es ardid previo a la pretendida estafa, sino actividad posterior a la firma de la escritura de venta. Sintetiza los argumentos impugnativos diciendo que "el simple hecho de prometer pagar con futuro préstamo que se solicitará a la Caja Agraria, aun conociendo la propia insolvencia actual, no constituye artificio o engaño (mentira con apariencia de verdad). Ni el simple hecho de saberse insolvente y de pensar en no pagar, tampoco constituye ese medio tipificante de la estafa. Y menos lo constituye el hecho de que una vez otorgada la escritura de venta se afirme que se va a pagar con el producto de una mina".

Causal primera

(Violación indirecta)

"Violación indirecta de la Ley sustancial por error manifiesto de hecho", la cual enuncia así:

"Acuso la sentencia ya citada del Honorable Tribunal Superior de Neiva por vio-

lación indirecta del artículo 408 del Código Penal, por haber incurrido en error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba, lo cual llevó a una indebida aplicación de dicha norma sustantiva".

Para sustentar la causal alegada formula estos cargos:

"Primero. El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho, por falta de apreciación del interrogatorio de parte formulado por el presunto damnificado Félix María Falla G. a Damián Sánchez, en donde el interrogante está aceptado, en la pregunta séptima, que hubo un convenio entre vendedor y comprador para que éste pagara $ 67.000.00 del precio de compra, tan pronto la Caja Agraria le prestara dineros".

Segundo. "También incurrió el Honorable Tribunal en error manifiesto de hecho por falta de apreciación de la prueba consistente en el certificado de la Caja Agraria en donde se acredita que Damián Sánchez sí solicitó crédito para la compra de la finca, pero la entidad no se lo concedió por tener ella los recursos agotados, con ese destino".

Tercero. El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho porque dejó de apreciar la primera declaración del denunciante José María Falla (hermano del vendedor Félix María Falla), en cuanto afirmó que su hermanos le había informado que el precio de la venta lo pagaría el comprador con el dinero proveniente del préstamo que le haría la Caja Agraria para tal efecto, de lo cual se desprende la consecuencia de que hubo un pacto sobre el pago del precio del inmueble.

Cuarto. Por último, el Tribunal incurrió "en error manifiesto de hecho, por falsa apreciación del testimonio del denunciante cuando éste habla de la 'mina' con cuya explotación Damián Sánchez, frustrada la esperanza del crédito de la Caja, prometió pagar el precio de la finca", de cuya declaración es fácil concluir que el precio sería pagado con posterioridad al otorgamiento de la escritura de venta.

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de analizar muy cuidadosamente todos los aspectos de la demanda, terminó conceptuando que debía desecharse el recurso de casación. No se exponen los razonamientos del colaborador fiscal, porque serán utilizados por la Sala.

Consideraciones de la Corte

Causal primera

(Violación directa)

La impugnación de la sentencia de segunda instancia, relacionada con la indebida aplicación del artículo 408 del Código Penal, por violación directa de dicha norma, la funda el censor en la aseveración de que no se recogió prueba que sirviera para establecer la existencia de uno de los elementos integradores de la estafa, como lo es la inducción en error de la víctima mediante el empleo de artificios o engaños desplegados por el procesado.

Semejante argumentación peca contra la técnica de casación, por cuanto que la violación directa de la Ley sustancial se plantea sobre el desconocimiento de los hechos que tuvo el Tribunal por probados. De manera reiterada ha expresado la Corte que la violación directa de la Ley sustancial sólo puede alegarse cuando el censor acepta los hechos pero disiente del criterio del Tribunal en cuanto a la selección de la norma, bien porque dejó de aplicarse la que debía, sería, o porque al caso sub judice se le subsumió en un texto inadecuado, o porque a la norma aplicable se le distorsionó mediante una interpretación errónea.

El sentenciador parte de la base de que se encuentran probados todos los elementos del cuerpo del delito, y tal conclusión debe ser aceptada por el impugnador para que pueda proponer la causal primera de casación por violación directa de la Ley sustancial. Como la demanda cuestiona el aspecto probatorio, el cargo relacionado con la violación directa no puede prosperar, por haber sido mal planteada la impugnación, ya que amalgama los dos motivos de la causal primera, como son la violación directa con la violación indirecta a través de errores sobre las pruebas.

Causal primera

(Violación indirecta)

Para sustentar la impugnación con base en la violación indirecta del artículo 408 del Código Penal, la demanda formula cuatro cargos por falta de apreciación del interrogatorio de parte que el vendedor Falla sometió al comprador Sánchez; del certificado expedido por la Caja Agraria sobre la averiguación que hizo el procesado acerca de la posibilidad de que se le concediera un crédito para comprar una finca; de la primera declaración del denunciante sobre las gestiones hechas por Sánchez para obtener el mencionado crédito en la Caja Agraria; y por falsa apreciación de lo declarado por el denunciante en relación con el pago del precio de compra de la finca con el producto de la explotación de una mina de propiedad del procesado.

Las argumentaciones de la demanda tratan de demostrar que Damián Sánchez está debiendo el precio de la compra venta del inmueble 'El Paraíso'. Sin embargo, es el procesado Sánchez quien en la absolución del interrogatorio que le formuló el vendedor Falla, lo mismo que en su indagatoria, se encarga de refutar el aserto de que no haya pagado el precio. Por lo tanto, los cuatro cargos esgrimidos por la demanda, para respaldar la viabilidad de la violación indirecta del artículo 408 del Código Penal, carecen de existencia probatoria precisamente porque el procesado negó enfáticamente estar debiendo al vendedor Falla el precio del inmueble, alegando que se atiene al texto de la escritura que recogió el contrato de compraventa, en cuanto allí se afirma que pagó el precio y que el vendedor lo recibió a su entera satisfacción.

En consecuencia, tampoco prosperan los cargos en que se funda la causal primera por violación indirecta de la Ley sustancial.

De lo expuesto se concluye que el recurso de casación debe ser desechado.

Decisión

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

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se refiere la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCUSION

Sus elementos

En ningún caso le es permitido al Jefe de una Oficina Pública, dividir el sueldo de sus empleados subalternos y menos recortárselo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto once de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado en sesión del 9 de agosto según Acta Nº 38.

Vistos

Por apelación corresponde a la SALA examinar la sentencia del 17 de diciembre de 1975, mediante la cual el Tribunal Superior de Cartagena condenó a la doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA por un delito de "CONCUSION" cometido cuando ejercía el cargo de Juez 3º Civil Municipal en la citada ciudad. La pena principal que se le impuso fue de un (1) año de prisión y se le condenó también, en forma genérica, al pago de perjuicios. No trae la sentencia deducción e imposición de sanciones accesorias. A la sentenciada se le concedió la "condena condicional". En esta segunda instancia el señor Procurador 3º Delegado en lo Penal conceptúa que debe confirmarse la sentencia en revisión pero adicionándola con las penas accesorias que le faltan.

Resultandos

1. LILIA DE AVILA, Escribiente Primera (grado VII) en el Juzgado 3º Civil Municipal de Cartagena reveló que la doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA, amiga suya y Juez 3º Civil Municipal, le ofreció el cargo que desempeña con la condición de que le pasara la mitad de su sueldo porque lo necesitaba para ayudar a su madre. Igual propuesta le había hecho a CONCEPCION SALDARRIAGA VIUDA DE ORDOÑEZ que no aceptó. LILIA DE AVILA si aceptó la condición y empezó a trabajar hasta que, a raíz de este asunto, fue destituida por la juez. El arreglo entre las dos vino a saberse porque el "marido" de la empleada fue al Juzgado para que le dieran una orden para llevarla a la Caja Nacional de Previsión y con la orden correspondiente se sacó la suma de $ 2.130.00 que es en verdad el monto del sueldo que recibía pero del cual daba a la juez lo convenido. Como había dicho a su "marido" que ganaba $ 1.130.00 éste le prohibió que siguiera dándole su dinero a la juez y ella cumplió. Pero la juez se presentó a su casa y le hizo un escándalo y le dijo que renunciara o la destituía pues ella necesitaba ese dinero, etcétera.

2. La doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA fue nombrada por el Tribunal Superior de Cartagena para desempeñar el cargo de Juez 3º Civil Municipal mediante Acuerdo Extraordinario Nº 4 de 19 de agosto de 1969, posteriormente se le reeligió en el mismo cargo por Acuerdo 110bis de 19 de julio de 1971. En 1973 se la reeligió y el nombramiento fue confirmado mediante Acuerdo Nº 10 del 6 de septiembre de 1973. Existen en el expediente copias

de las Actas de Posesión Nº 180 y Nº 198, la primera del 7 de septiembre de 1973 y la segunda del 20 de septiembre de 1971. Y una certificación de la Alcaldía Mayor de Cartagena según la cual tomó posesión el 20 de septiembre de 1971 y continúa en el cargo porque no hay constancia alguna de que otra persona hubiera tomado posesión del mismo hasta el momento en que la certificación se expide, esto es, al 30 de septiembre de 1974.

3. Con el nombre de LILIA DE AVILA DE VARELA aparece nombrada por la doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA la empleada cuyas revelaciones dieron origen a la investigación. Se la nombró en el cargo de Escribiente 1º (Grado VII) en reemplazo de Rebeca Oliva Padrón. Se posesionó el mismo día del nombramiento. Y permaneció en el cargo hasta que se posesionó Prisciliano Cabrales Lacharme quien fue nombrado mediante Resolución Nº 18 de 12 de septiembre de 1974, en la misma en que se destituye a LILIA DE AVILA. Cabrales Lacharme tomó posesión el día 16 de septiembre de 1974.

4. Declararon para la investigación: 1) MANUEL ALBERTO ARBOLEDA VASQUEZ; 2) EDUVIGES BENEDETTI DE ARBOLEDA; 3) ANA LUISA MARTINEZ DE ESPINOSA; 4) ADALGISA VERGARA DE RIAÑO; 5) MYRIAM BENEDETTI DE KAFURY; 6) FRANCIA CALVO DE FORERO; 7) HERALD GONZALEZ; 8) ROSARIO LOPEZ VERGARA; 9) Dr. ADOLFO J. BERMUDEZ (conducta de la sindicada); 10) RICARDO SEGOVIA MORALES (conducta de la sindicada); 11) ANSELMO VIVERO PERSY; 12) ENOE FORTICH DE BECERRA; 13) VICTOR MUÑOZ; 14) DELIMIRO MORA; 15) GEORGINA AVIAL DE CERRO; 16) GLORIA GOMEZ DE MARTINEZ; 17) LILIA JUDITH DE AVILA; 18) ALVARO VARELA RODRIGUEZ; 19) CARMEN GOMEZ DE MORA; 20) ALICIA DE TORRES; 21) PIEDAD GOMEZ ALEAN; 22) LUIS ALVAREZ GARCIA; 23) ANTONIO SOTO; 24) JUDITH DE ALVAREZ; 25) RITA ESPINOSA DE SOTO; 26) MANUELA GOMEZ; 27) YESSY LARREA DE LA ROSA; 28) SONIA BENEDETTI DE PALACIOS. —Por segunda vez declaran: 1) MYRIAM BENEDETTI DE KAFURY; 2) EDUVIGES BENEDETTI DE ARBOLEDA y, 3) ANA LUISA MARTINEZ DE ESPINOSA. Algunas de estas personas dicen haberse enterado del asunto por revelación de la empleada o por revelación de la propia juez, o de ambas, otras se dieron cuenta del escándalo que se dice protagonizó la juez en casa de su empleada, otras se refieren solamente a la buena conducta de la juez sindicada, algunas a cuestiones relacionadas con el Juzgado a su cargo, otras a la enemistad que dicen existía entre la sindicada y algunos declarantes de cargo, etcétera.

5. Fueron careadas la doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA y la declarante ANA LUISA GOMEZ DE ESPINOSA y también se careó a la juez sindicada con la declarante MYRIAM BENEDETTI DE KAFURY.

6. El día doce (12) de marzo de 1975 el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso disciplinario que con motivo de los mismos hechos sobre los cuales gira este proceso se levantó en contra de la doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA, le impuso a ésta la sanción de "suspensión" en el ejercicio del cargo de Juez 3º Civil Municipal por el término de tres (3) meses.

7. La doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA fue indagada en este proceso (fl. 50). Dice haber nombrado como empleada en el Juzgado a su cargo a LILIA DE AVILA porque eran amigas y porque ella le dijo que se encontraba en mala situación económica. Luego, agrega, hubo de destituirla por incumplimiento de sus deberes. En cuanto al cargo central que aquí le aparece afirma que nunca le propuso ni obtuvo de ella un solo centavo de su sueldo y que lo que sucede es que LILIA DE AVILA dijo a su "marido" que ganaba menos de lo que en verdad ganaba y cuando éste descubrió la mentira, LILIA DE AVILA para justificarse ante su "marido" la denunció. En cuanto a lo que se ha calificado como escándalo en casa de la empleada dice que no fue en la puerta sino en el interior y que no fue escándalo sino un simple reclamo que ella le hizo por una pulsera de oro que ella le había prestado recibiendo en garantía una de menor valor. Y en cuanto a las personas que declaran en su contra afirma que entre ellas existe enemistad de tiempo atrás y que se trata de una confa-

bulación de "todas estas señoras" en su contra.

8. En esta segunda instancia el doctor Pedro Pacheco Osorio, defensor de la procesada, solicita revocar la sentencia apelada y en su lugar absolverla. Afirma que lo que ha sostenido no es que exista una confabulación contra su defendida sino que la denunciante tiene una insólita capacidad para engañar y, por tanto, es perfectamente posible que haya ocultado el valor de su sueldo a su concubino y, al ser descubierta, "para abonar su dicho acudiera a la palabra de personas amigas suyas y enemigas a la vez de la doctora Gómez de España".

Otro argumento consiste en decir que es inverosímil que una abogada y juez proclamara que iba a cometer, que estaba cometiendo y que había cometido un delito de concusión. Y peor si se tiene en cuenta que esas afirmaciones se dice las hizo ante personas con las cuales tenía enemistad personal. Acepta haber afirmado que su patrocinada "en varios alardes de locura" dijo a sus enemigas que iba a cometer, que estaba cometiendo y que había perpetrado un delito de concusión, pero lo hizo "en gracia dialéctica" y para sostener que si así hubiera sido se trataba de una confesión extrajudicial, hecha ante particulares, que no está contemplada como prueba en el Código de Procedimiento Penal. También, que aceptó en gracia de discusión la veracidad de lo que dicen los testigos de cargo en cuanto hablan de revelaciones que dicen les hizo la procesada, pero hizo notar que esos asertos, hechos ante personas privadas, sin juramento y sin formalidades legales necesarias para considerar un testimonio, tampoco tenían valor alguno probatorio.

Considerandos

1. El delito por el cual fue llamada a responder en juicio la doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA es el de "Concusión" según se ve en el auto de calificación del 10 de abril de 1975, providencia esta que no fue recurrida. Es decir, la infracción prevista en el artículo 156 del Código Penal, que dice: "El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad, incurrirá en prisión de uno a seis años". La calidad de funcionario en la procesada está plena y completamente comprobada como se dice en el auto de proceder, en la sentencia que se revisa y en el resultado 2º de ésta. Comprobado queda también que LILIA DE AVILA, la empleada cuyo sueldo sufría recortes ilegales, desempeñaba el cargo de Escribiente 1ª, Grado VII, en el Juzgado 3º Penal Municipal de Cartagena. La doctora GOMEZ DE ESPAÑA desempeñaba ese cargo por aquel entonces. La permanencia de la escribiente nombrada se extiende desde el día 1º de septiembre de 1973, fecha de su nombramiento y posesión, hasta el día 16 de septiembre de 1974, fecha en que fue reemplazada por Prisciliano Cabrales Lacharme. Durante casi todo este lapso se extiende la actividad delictuosa de la procesada hasta el momento en que el concubino de la subalterna descubre cuál es el monto del sueldo de ésta y la prohíbe que siga dando casi la mitad del mismo a su superiora.

2. Se acusa a la doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA de tomar para sí la suma de $ 1.000.00 mensuales que salían del sueldo de LILIA DE AVILA y según convenio entre las dos. Este convenio es anterior al nombramiento y sobre la base de lo pactado LILIA DE AVILA aceptó el cargo que se le ofrecía. Sobre este tema la CORTE dijo en auto del 25 de mayo de 1948: "Los sueldos son las remuneraciones que da el tesoro público a los empleados oficiales por los servicios que éstos prestan. Realizado el servicio, el funcionario o empleado tiene el derecho de recibir íntegra su asignación, a menos que la ley o una orden de autoridad competente, embargo, por ejemplo, impongan descuentos especiales" y, concretamente para un caso similar al considerado aquí, agrega: "En ningún caso le es permitido al jefe de una oficina pública dividir el sueldo de sus subalternos y menos recortárselo para beneficiar a personas extrañas, por más que éstas hayan colaborado en el buen mantenimiento del despacho oficial. Si así lo hace, su acto constituye abuso de autoridad, que es uno de los pe-

supuestos de la concusión exigidos por la doctrina y por el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal". (Auto de 25 de mayo de 1948, LXV, 107). También para un caso como el presente en donde la empleada acepta de antemano las condiciones que para el desempeño del cargo se le solicitan, la CORTE ha dicho: "El delito de concusión no pierde su fisonomía en los casos en que la condición de dividir el sueldo con el jefe de la oficina (funcionario público) sea de aquéllas que pueden aceptarse o rechazarse. Porque el empleado se sometió a la carga con voluntad viciada por el temor de perder el puesto o de no conseguirlo. El aceptar no fue, pues, para él un acto espontáneo, sino de sometimiento, vencido por una necesidad, que el superior aprovechó para derivar de ella lucro indebido, o, lo que es lo mismo, que convino en la vituperable partija, no en forma libre, sino constreñido por quien le fijó determinadas cláusulas, no solamente no exigidas por la ley, sino humillantes, para ser admitido en el servicio público" (Auto de 7 de marzo de 1958, LXXXVII, 572). Tal es entonces la infracción que se cargó a la sindicada en el auto de proceder, y a diferencia del caso al cual el primer fragmento de jurisprudencia en cita se refiere, no se trataba de beneficiar a terceras personas que hubieran colaborado en el buen mantenimiento del despacho oficial, sino de ayudar con esa suma al mantenimiento de la señora madre de la juez.

3. Por lo que a la prueba respecta se tiene en primer término lo que LILIA DE AVILA dice en la denuncia del hecho. En segundo lugar están las corroboraciones que a esta versión prestan los testimonios repetidos de MYRIAM BENEDETTI DE KAFURY, EDUVIGES BENEDETTI DE ARBOLEDA y ANA LUISA MARTINEZ DE ESPINOSA. La primera dice haberse dado cuenta de la situación descrita en el punto anterior por boca de la propia sindicada, y cuando se presentó el incidente de las reclamaciones en casa de LILIA DE AVILA la declarante en cita dice haber escuchado que la juez le dijo "desagradecida" y "bruta". La segunda dice que la misma propuesta le hizo la juez a CONCEPCION DE ORDOÑEZ y que ésta le contestó que no le interesaba el puesto porque pronto se iría a los Estados Unidos; en cambio LILIA DE AVILA sí aceptó porque estaba interesada en conseguir empleo. Esta declarante también afirma que todo lo supo por boca de la propia juez antes que por boca de LILIA DE AVILA. Es también testigo de las reclamaciones de la juez cuando la empleada se negó a seguir participándole de su sueldo, reclamaciones estas que se hicieron en un tono que califica de "grosero" la declarante, y en voz alta. La tercera afirma que la misma doctora, en presencia de una hermana suya le dijo lo del convenio con LILIA DE AVILA una tarde en que la fue a buscar, a ella y a otras, para jugar. Agrega que le dijo que por la negativa de la empleada a seguir entregándole buena parte de su sueldo y por la negativa a renunciar "la iba a botar" y que precisamente en esa negativa se originó el "problema ese grande" que con LILIA DE AVILA había tenido. Las tres dicen que la juez afirmaba haber destinado los dineros que recibía de su subalterna para ayudar a su madre. Esta última declarante en un aparte de su versión, dice que todo lo sabe porque "ambas" le contaron, y que esa situación era conocida por "todas las amigas de ambas". Se pone énfasis en la repetición del testimonio de EDUVIGES BENEDETTI DE ARBOLEDA porque el Tribunal de Cartagena declaró nula su inicial declaración y la de MANUEL ALBERTO ARBOLEDA VASQUEZ y ordenó se tomaran nuevamente. Este había declarado sobre "el escándalo" en casa de LILIA DE AVILA pero había dicho que no sabía absolutamente nada de acuerdos entre ella y la juez que al reclamar empleaba términos que no parecían de una profesional o de un juez sino más bien de "una plaza de mercado". Bien puede hacerse a un lado esta declaración y no quita ni añade nada que no pueda comprobarse por otras vías, como acontece con la declaración de ADALGISA VERGARA DE RIAÑO.

Contra estas declaraciones se levantó la defensa al solicitar se recibiera testimonio a GEORGINA AVILA DE CERRO, GLORIA GOMEZ DE MARTINEZ, CARMEN GOMEZ DE MORA, ALICIA DE TORRES, PIEDAD GOMEZ ALEAN, LUIS ALVAREZ GARCIA, ANTONIO SOTO (de oídas)

JUDITH DE ALVAREZ, RITA ESPINOSA DE SOTO y MANUELA GOMEZ (empleada del servicio doméstico). Todos se refieren a una pelea entre un hijo de la acusada y otro de MYRIAM BENEDETTI DE KAFURY. Dando por hecho que este incidente entre niños ocurrió, la SALA nada tiene que agregar al examen completo que de los testimonios citados hace el señor Procurador 3º Delegado en lo Penal. Se trata de un asunto trivial que de ninguna manera puede engendrar una enemistad tan grande como para provocar el montaje de todo un proceso para tomar revancha y menos si se tiene en cuenta que sucedió por el mes de junio de 1973 y los hechos aquí investigados se descubrieron un poco más de un año después. No puede creerse que en tanto tiempo no hubiera sucedido algo entre la juez acusada y sus enemigos capitales que forman un "clan" como dice uno de los testimonios ahora comentados. También son de recibo las críticas que el Agente del Ministerio Público dirige a la manera casi exacta de declarar y al hecho de ceñirse bastante al cuestionario que la defensa planteó. Y tiene contundencia el cotejo de fechas en que entró a trabajar la doméstica MANUELA GOMEZ (1º de septiembre de 1973) y el incidente entre los menores que se produjo antes de esa fecha (junio de 1973). En definitiva, y como lo dice el señor Procurador 3º Delegado en lo Penal: "Esos testimonios traídos por el señor defensor tienen, pues, un contenido dudoso, por lo menos, cuando al referido incidente le dan la magnitud que no tuvo, para deducir las consecuencias anotadas. A todo esto se suma que quienes resultaron involucradas en esa supuesta antipatía, son acordes en rechazarlo enfáticamente". Cabe apuntar, en este último comentario, que lo que resalta de todas y cada una de las declaraciones recibidas es la amistad existente entre las mujeres que aparecen aquí como testigos de cargo y la juez y la subalterna que denuncia.

8. La defensa dice que acepta algunos testimonios en contra de la juez pero solamente en "gracia dialéctica". Al mismo tiempo afirma que en ningún momento sostuvo que "se hubiera urdido y llevado a término una confabulación —ni monstruosa ni mediana ni pueril— contra" su patrocinada. Las dos afirmaciones contradicen lo que sostiene la juez en su indagatoria pues ella sí habla de "confabulación" en su contra. Y la recepción de los testimonios aludidos en el párrafo anterior no tiene otro objeto que el de tratar de establecer que sí hubo esa confabulación por parte de un verdadero "clan" de familiares, amigos, etcétera. Pero, los argumentos de la defensa que en esta parte dice haber sido desatendida en la primera instancia, son los de que si en verdad su patrocinada hizo revelaciones a sus amigas acerca del sueldo que partía a su subalterna, se trata de una "confesión extrajudicial" y que los asertos hechos por su patrocinada no pueden considerarse como "testimonio". En verdad no se trata aquí de "confesiones extrajudiciales" ni de que las declarantes pudieran recoger un "testimonio" como lo indica la ley de procedimiento. Se trata, pura y simplemente, de la reproducción para el proceso de un hecho que esas declarantes escucharon de boca de la sindicada. Es decir, de la reproducción para la investigación de las modificaciones y relatos que les hizo. Nadie ha pretendido darle carácter de confesión extrajudicial o de testimonio rendido por la acusada ante particulares. Son los testimonios de las declarantes los que sirven para las comprobaciones que han llevado al juzgador de primera instancia hasta la emisión de una sentencia de condena. Y el testimonio es prueba perfectamente reconocida por la Ley procedimental (Arts. 236 y ss. del Código de Procedimiento Penal). Otro punto es el que se refiere a la capacidad de mentir que le atribuye la defensa a LILIA DE AVILA y la importancia y repercusión que de allí se derivan.

9. Fácilmente se comprueba de autos que LILIA DE AVILA no es casada con ALVARO VARELA RODRIGUEZ. Así lo dice ella a folio 153 y así lo dice él a folio 154. Es más, existe de autos, aportada por la defensa, la partida matrimonial de ALVARO VARELA RODRIGUEZ con MAGGI SANCHEZ y la declaración del primero en donde dice haberse separado de ella hace unos 25 años. También y al folio 135 está la partida bautismal de LILIA DE AVILA sin anotación marginal de matrimonio. Y a folios 138 y 139 la inscripción en

el registro civil de nacimiento de MARTA ISABEL y de JAVIER BERNARDO de quienes allí se dicen son hijos legítimos de ALVARO VARELA RODRIGUEZ y LILIA DE AVILA. Al folio 150 el Registrador del Estado Civil se refiere a la cédula de ciudadanía de "LILIA JUDITH DE AVILA DE VARELA", cédula esta obtenida no con la presentación de la partida bautismal o del acta del registro civil sino con la prueba supletoria que dan las declaraciones de dos testigos. Mintió entonces LILIA JUDITH DE AVILA, que tales son sus nombres y apellidos de soltera en soltería que aun conserva, cuando se ceduló como casada. Y mintieron ella y ALVARO VARELA RODRIGUEZ o uno de los dos cuando inscribieron dos de sus hijos como legítimos. La mentira de LILIA JUDITH DE AVILA es más resaltante al obtener cédula de ciudadanía pues se valió de dos testigos que, necesariamente, se refirieron a ella y a su estado civil, pues si quería obtener, como en efecto obtuvo, una cédula en donde apareciera como casada resulta claro que con la exhibición de su partida bautismal no podía obtenerla. Sin embargo, no quiere decir esto que mintiera cuando dijo que la juez, por convenio previo con ella, le sacaba casi la mitad de su sueldo. Y menos si se tiene en cuenta que las declaraciones de los testigos de cargo dicen haber escuchado este mismo relato de boca de la juez antes que de boca de la empleada. Y no se ve qué poder pueda tener LILIA DE AVILA para arrastrar tras de sí a varias personas al falso testimonio con las gravísimas consecuencias que apareja una sentencia de condena. Lo que sí resulta comprobado es que el Tribunal de Cartagena no puso atención a las comprobaciones documentales referidas al principio de este punto. Bien puede suceder que se extraigan de allí delitos de falsedad imputables a LILIA DE AVILA y a su concubinario ALVARO VARELA RODRIGUEZ. Y así las cosas, lo indicado es que se saque copia de todo aquello que interese para los fines de una investigación y ésta se abra por cuenta separada. Así lo ordenará la SALA en la parte resolutiva de esta providencia.

10. Finalmente, debe aceptarse que hay continuidad en la actuación torcida de la juez acusada. La exacción ilegal de los sueldos de su subalterna se prolongó en el tiempo casi que por un lapso de un año. Mes tras mes entonces la juez recibía mil pesos ($ 1.000.00) de manos de LILIA DE AVILA. Y todo ello no es otra cosa que la manifestación de un solo designio que es a la vez el propósito de su actuación delictuosa: destinar esos dineros para el sostenimiento de su madre sin que pueda hablarse de un estado de necesidad pues ella recibía su sueldo como juez, tenía vivo a su marido, etc. El artículo 32 del Código Penal regla el punto cuando dice: "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad". En consecuencia, la sanción mínima de un (1) año de prisión se aumentará en una sexta parte, para un total de catorce (14) meses de prisión. A más de lo dicho es cosa que se comprueba con la sola lectura de la providencia en examen que se omitió la deducción e imposición de sanciones accesorias como bien lo apunta el Ministerio Público. Y el hecho de haberle concedido "condena condicional" a la procesada no era óbice para la imposición de penas accesorias. La SALA adicionará la sentencia apelada para agregar esas sanciones que faltan. En cuanto a la condenación, en forma genérica, al pago de perjuicios no hay observación alguna que formular. Tampoco en cuanto a la concesión de la "condena condicional" para la procesada.

Por las consideraciones antecedentes, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

1º CONFIRMAR la providencia apelada pero REFORMANDOLA para imponer a la sentenciada doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA por el delito de "concusión" por el cual fue llamada a responder en juicio, la pena total de CATORCE (14) MESES DE PRISION;

2º ADICIONAR la providencia apelada para imponer como sanción accesoria a la

doctora BETTY GOMEZ DE ESPAÑA las siguientes: a) Interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, b) Suspensión de la patria potestad, si la tuviere, y c) Publicación especial de la sentencia en los términos del artículo 52 del Código Penal;

3º ORDENAR que se expidan copias de todo lo pertinente para que se averiguen posibles delitos de "Falsedad documental" en la conducta de LILIA DE AVILA y de ALVARO VARELA RODRIGUEZ, según comprobaciones y razonamientos consignados en el considerando 9º de esta sentencia, y

4º CONFIRMAR la sentencia apelada, en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD POR FALTA DE FIRMAS DEL PRESIDENTE DE LOS CONSEJOS DE GUERRA

La Corte reitera la jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto doce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 37, de julio 29/76

Vistos

Agotados los trámites de rigor procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado CARLOS JULIO ROZO SANDOVAL contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar de 12 de agosto de 1975, por medio de la cual se confirmó la de primera instancia, que sentenció al Agente de la Policía Nacional Rozo Sandoval a la pena principal de ocho años de presidio, a más de las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en José Antonio Clavijo Rincón.

Hechos y actuación procesal

En las sentencias de primera y de segunda instancia se consignaron los primeros, así:

"El día 3 de septiembre de 1972, a eso de la una y media de la tarde en el Municipio de San Calixto, Area Urbana, es llamada la Policía por algunos ciudadanos ya que dos campesinos según el decir de la gente estaban fomentando escándalo, y que con cuchillo en mano se encontraban por la salida del pueblo, en estado de embriaguez y que iban rastrillando las cuchillas; en busca de esas dos personas y que no conocían los policiales se dirigieron éstos con el fin de desarmarlos y conducirlos. Los agentes a medida que avanzaban eran informados del sitio en donde iban los 2 campesinos. El agente Rozo decidió adelantarse a sus compañeros de patrulla y como a un kilómetro del pueblo el agente Rozo les mandó hacer alto, como a 15 metros de distancia, y que los dos campesinos inmediatamente se regresaron y que cuando estaban cerca del agente Rozo, como a un metro de distancia, este tuvo necesidad de hacer uso de su arma (carabina) porque iba ser (sic) víctima de ataque por parte de los dos campesinos, e hizo un disparo al aire, hacia el lado izquierdo, y que posiblemente pegó en una piedra y revotó y resultó herido uno de los campesinos que estaban persiguiendo. Lo anterior según la versión del agente sindicado CARLOS JULIO ROZO SANDOVAL. El herido fue llevado a Ocaña en donde murió a consecuencia de la herida hecha por el disparo antes manifestado. Herida que quedó debidamente descrita en la respectiva diligencia de autopsia médico legal del cadáver de JOSE ANTONIO CLAVIJO RINCON" (fls. 119, 167 sgt).

El 4 de septiembre del año indicado, el Juzgado Promiscuo Municipal de San Calixto dictó auto cabeza de proceso (fl. 1) y practicó algunas diligencias. Luego pasaron al Juzgado 70 de Instrucción Penal Militar (fl. 25) quien decretó (fls. 25 vto. sgt.) y practicó nuevas pruebas. Después,

como considerara perfeccionada la investigación, dispuso su envío al Juez de Primera Instancia, que lo era el Comandante del Departamento de Policía "Norte de Santander" (fl. 83), el cual decretó la detención preventiva del sindicado y solicitó la suspensión del ejercicio de sus funciones (fls. 85 ss.). El 25 de julio de 1973, por medio de Resolución número 82, se convocó el Consejo de Guerra Verbal con el fin de juzgar al sindicado (fls. 96 sgt.), el cual tuvo lugar al día siguiente (fls. 102 ss.) y culminó con respuestas afirmativas, por unanimidad, a los cuestionarios que fueron propuestos a la consideración de los Vocales (fls. 98 ss.). Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia a las cuales se ha hecho referencia en los Vistos de la presente. Contra la última de aquéllas se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Tras presentar síntesis de los hechos y del proceso, el recurrente formula dos cargos contra la providencia recurrida, al amparo de la causal 4ª de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: "haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad":

Primer cargo

Enunciado: Nulidad con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, por no haberse observado las formas propias del juicio; se quebrantó una de las garantías procesales consagradas por esa norma, menoscabándose de manera evidente el derecho de defensa, lo cual ocurrió debido a que no se oyó el concepto del Auditor Auxiliar de Guerra antes de dictarse la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, que es lo que ordena el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar cuando existe investigación previa.

Para fundamentar este cargo pone de presente la importancia del concepto cuya ausencia apunta, lo cual no permitió que fuera conocido por los Vocales ni debatido en el curso de la audiencia y afirma que es requisito previo a la Resolución que convoca el Consejo.

Se responde el cargo

A los folios 94 y 95 del expediente aparece el concepto que el censor echa de menos, el cual es de fecha 24 de julio de 1973, es decir, proferido la víspera del día en que se dictó la Resolución de convocatoria del Consejo (fls. 96 sgt.) y la ante-víspera de la celebración de esta diligencia (fl. 102). Luego no se ha incurrido en la omisión que reclama el recurrente, por lo cual este cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo

Enunciado: "También se incurrió en nulidad constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio al emitirse el veredicto condenatorio sobre cuestionarios inexistentes, toda vez que no fueron firmados por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal y su Secretario y por tanto, carecen de autenticidad y de su calidad de documentos públicos".

Fundamentación

Pone de presente cómo los cuestionarios visibles a los folios 98, 99 y 100 "carecen de las firmas de los funcionarios citados" y trae a colación jurisprudencias de la Corte, las cuales adelante, en lo pertinente, se reproducirán.

Finaliza con la petición de que se case la sentencia y se devuelva el negocio para que se reponga la actuación con sujeción a la ley.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional en su concepto de ley concluye que este cargo no debe prosperar porque, como en ocasión anterior lo expuso "Ante todo debe decirse que en el procedimiento Penal Militar el o los cuestionarios sometidos a los vocales, ya sea en consejos de guerra verbales ya ordinarios, no requieren el formalismo de la firma del juez y su secretario, toda vez que el artículo 563 del Código Penal Castrense establece que una vez producidas las respuestas de los vocales, procederá al escrutinio, consignando el resultado en una copia de los cuestionarios con las firmas del ...Presidente, Asesor y

Secretario. Hecho lo anterior se lee el veredicto y se levanta la sesión para reanudarla con la lectura de la sentencia".

"Si el procedimiento requiere el escrutinio de los votos del jurado de conciencia y su anotación en una de las copias del cuestionario con las firmas del Juez (Presidente del Consejo), su Secretario y quien asesoró al consejo, mal puede predicarse vicio de procedimiento consistente en la omisión de la firma del cuestionario, requisito este que en ningún momento establece la ley".

"Y si el artículo 413 del Código Penal Militar dispone que "Toda la actuación debe encabezarse con el nombre de la Oficina o Corporación que la practique indicando el lugar y la fecha' so pena de nulidad de la actuación y, además, se aplica el principio general de que todos los actos del proceso deben llevar la firma del funcionario que los produce y de su secretario, así como de las personas que intervienen en las diligencias, debe anotarse que el procedimiento de los consejos de guerra verbales es de carácter especial, sui géneris, frente al de los consejos de guerra ordinarios, por lo cual no puede someterse a todas las prescripciones de orden general del mismo Código" (Cuaderno de la Corte, fls. 21 sgt.).

Consideraciones de la Sala

Según lo recuerda el censor, está Corporación ha sostenido en diversas oportunidades lo siguiente, que contiene una réplica a las apreciaciones del señor fiscal colaborador:

"Los cuestionarios contienen la imputación del hecho o de los hechos penalmente reprochables, sus modalidades y la pregunta por la responsabilidad del sindicado, son pues, el núcleo sobre que versa el debate oral en los Consejos Verbales de Guerra o en los Consejos Ordinarios de la misma naturaleza. Como tales deben ostentar rigurosamente la plenitud de las formalidades, entre las cuales se destaca como principalísima, la de ser documentos auténticos, es decir, que hagan fe, firmados por los funcionarios competentes que para el caso son el Presidente del Consejo y su Secretario. Sin sus firmas, nadie puede asegurar que los cuestionarios fueron redactados por el Presidente del Consejo ni sometidos a la consideración de los Vocales, regularmente. Es más, sin el rigor inexcusable de sus requisitos formales, los cuestionarios ni lo son, ni siquiera en apariencia. O, lo que es lo mismo, no existen jurídicamente. Y sobre ellos no cabe, con validez ningún pronunciamiento" (Sentencia de casación de 12-VII/74).

"Posteriormente en providencia de 5 de marzo del año que avanza (1975), esta Sala ratificó la doctrina anterior y, luego de reseñar los objetivos del recurso extraordinario de casación, agregó que "entre ellos cobra especial significado el que corresponde a la guarda de la ley en sí misma considerada, independientemente del interés que en los resultados del recurso acusen las partes, el derecho de defensa implícito en las garantías fundamentales que, en su conjunto preserva el artículo 26 de la Constitución, no obliga al recurrente a demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por él personalmente, ni la magnitud de sus consecuencias, puesto que el derecho se viola sustancialmente, cuando se quebrantan las formas propias del juicio. La Carta Política las preserva y prescribe como garantías fundamentales de los derechos ciudadanos cuyo perjuicio cierto consiste, sin más, en la violación de aquéllas. El debido proceso es derecho público y sus garantías son de la misma jerarquía. Su violación agravia el orden público instituido y entraña vicio de nulidad insubsanable, cuyo único remedio es la reposición del proceso con la observancia plena de sus formalidades legítimas.

"Aun más. En la misma sentencia en comento, la Corte sostuvo, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, que el Consejo de Guerra Verbal es acto jurídico complejo, pero único, cuyos momentos sucesivos pueden tener ocasión en tiempos y espacios diferentes, sin perder su obligada unidad. Siendo ello así, es lógico deducir que la nulidad sustancial que vicia uno cualquiera de los actos componentes de la acción, afecta por idéntico modo la integridad del proceso" (Sentencias de Casación de 12-VII-74, 21-III y 23-VI/75).

De otra parte el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, en un con-

cepto en que se contemplaba un cargo igual al que ahora se estudia, con sobra de razón manifestó:

"2º Todo acto o documento emanado de un funcionario con poder jurisdiccional, al tenor del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, "debe contener el nombre y apellido completos del firmante, salvo disposición legal en contrario". En consecuencia, si el cuestionario es un documento que sintetiza la conducta antijurídica del procesado, elaborado por el Juez de Instancia, debe contener la firma de su autor y secretario.

"3º Por manera que, se preterm itieron formalidades propias en la formulación de los cuestionarios, que determinan su inexistencia, al tenor del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal" (Concepto rendido en el proceso contra el Cirumete Cairo Silva Rodríguez y otros).

En el caso concreto que ocupa a la Sala, es preciso observar: Efectivamente, los papeles contentivos del CUESTIONARIO UNICO que fueron entregados a los Vocales que intervinieron en el Consejo de Guerra Verbal, visibles a los folios 98, 99 y 100, carecen de la firma del Presidente del Consejo y de la del Secretario. Tales cuestionarios hacían relación a los cargos que por homicidio se formularon contra el Agente de la Policía Nacional Carlos Julio Rozo Sandoval.

Ante todo lo expuesto es necesario concluir que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad la cual, por lo expuesto, encuentra su fundamento en la violación del artículo 26 de la Carta, nulidad que habrá de decretarse. Por tanto este cargo no prospera.

Decisión

En mérito de lo dicho la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Delegado para la Policía Nacional y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del presente recurso extraordinario, DECRETA LA NULIDAD de todo lo actuado en estas diligencias a partir, inclusive, de la Resolución de Convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y ORDENA se reponga el procedimiento.

Cópiese, notifíquese, devuélvase. Cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Se ha casado la sentencia que condenó a CARLOS JULIO ROZO SANDOVAL, por el homicidio de José Antonio Clavijo Rincón, porque el cuestionario no fue firmado por el Presidente y el Secretario del Consejo de Guerra Verbal que lo juzgó, lo cual acarrea la consecuencia de que "nadie puede asegurar que los cuestionarios fueron redactados por el Presidente del Consejo ni sometidos a la consideración de los Vocales, regularmente". Agrega el fallo que "sin el rigor inexcusable de sus requisitos formales, los cuestionarios ni lo son, ni siquiera en apariencia", por lo cual "no existen jurídicamente", y "sobre ellos no cabe, con validez ningún procedimiento".

El fundamento jurídico de semejante determinación descansa sobre el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal en cuanto dispone que "la firma de todo acto o documento debe contener el nombre y apellido completos del firmante, salvo disposición legal en contrario" y que "no se admitirá la firma puesta por medio de sello o con signos diversos de la escritura". De ese texto extrae la sentencia la consecuencia de que "si el cuestionario es un documento que sintetiza la conducta antijurídica del procesado, elaborado por el juez de instancia, debe contener la firma de su autor y secretario", por lo cual "es necesario concluir que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad la cual, por lo expuesto, encuentra fundamento en la violación del artículo 26 de la Carta".

Las razones jurídicas que se exponen a continuación le sirven de fundamento al presente salvamento de voto:

1. El artículo 153 del Código de Procedimiento Penal no tiene por finalidad ordenar que las actas y documentos sean firmados por sus autores, sino reaccionar contra la vieja costumbre de los funcionarios judiciales que solían suscribir muchos de esos actos con media firma y no con firma entera.

El artículo 349 del anterior Código Judicial (Ley 105 de 1931) dio pie para tal uso:

"En las actuaciones judiciales los empleados deben usar firma entera, nombre y apellido, salvo en los autos de sustanciación y en las diligencias de notificación en que pueden emplear media firma.

"Las partes y demás personas que intervengan en la secuela de un juicio, deben suscribir con firma entera, excepto en las diligencias de notificaciones, en las cuales pueden usar media firma".

Lo dicho basta para concluir que no asiste razón a la sentencia al considerar que la falta de la firma del Presidente del Consejo de Guerra Verbal y su Secretario en los cuestionarios es formalidad esencial del juicio, que sirva para declarar la nulidad del proceso, porque lo que el artículo 153 del Estatuto Procesal Penal determina es que ni los funcionarios judiciales ni las partes, testigos, peritos y, en general, las personas que intervengan en asuntos de los cuales se extienda un acta o documento, pueden firmar con su solo apellido, sino con su nombre y apellido completos.

2. Se sostiene en la sentencia que el cuestionario que se le sometió al Consejo de Guerra Verbal que juzgó y condenó a Carlos Julio Rozo Sandoval, como responsable del homicidio de José Antonio Clavijo Rincón, es un escrito anónimo que no tiene las características del documento público.

Ninguna norma del Código de Justicia Penal Militar exige que dicho cuestionario lleve la firma del Presidente y Secretario del Consejo de Guerra Verbal, sino que

"practicadas las pruebas, se formularán y se dará lectura a los cuestionarios que han de absolver los vocales" (Art. 557 del Código de Justicia Penal Militar). En cambio, el artículo 563 de la misma obra impone a los Vocales la obligación de "firmar sus respuestas con indicación de su grado"; también determina que el escrutinio de las respuestas dadas por los Vocales se hará constar en una copia de los cuestionarios, y que tal acto deberá ser firmado por el Presidente, el Asesor Jurídico y el Secretario del Consejo de Guerra Verbal.

Además, una vez concluido el escrutinio, se reanuda la audiencia pública, se lee el veredicto y se levanta la sesión, pero el Secretario levantará un acta en que se haga constar todo lo ocurrido en la audiencia, acta que deben firmar el Presidente, los Vocales y demás personas que hayan intervenido (Art. 564 ibídem).

En el caso del juzgamiento de Carlos Julio Rozo Sandoval ocurrió que si bien es cierto que el cuestionario no fue firmado por el Presidente y Secretario del Consejo de Guerra Verbal, también lo es que los Vocales suscribieron el respectivo cuestionario en que emitieron su fallo, lo mismo que el acta de la audiencia en la cual se insertó el texto literal del cuestionario y la respuesta condenatoria. Y tal documento lleva las firmas del Presidente, del Asesor Jurídico y del Secretario.

Si el acta de la audiencia del juzgamiento es un documento público, "contra esa prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo" (Art. 472 del Código de Justicia Penal Militar), y hasta el momento nadie ha alegado que esa acta es falsa o ha sido falsificada. Como en ella se insertó el texto del cuestionario, como sometido a los Vocales por el Presidente del Consejo y tal documento está firmado por éste, no puede sostenerse que el cuestionario carece de autor, sino que lo es precisamente quien debe redactarlo, de conformidad con la ordenación del artículo 576 del Código Militar.

La única formalidad demandada por dicho estatuto radica en que los cuestionarios, una vez elaborados, serán leídos y se agregará copia de ellos al proceso (Art. 580 ibídem). El Secretario no autenticó el cuestionario que sirvió para juzgar a Carlos Julio Rozo Sandoval, pero esa omisión quedó ampliamente subsanada con la firma que estamparon los Vocales en ellos, al emitir su veredicto; con la firma del Presidente sobre la copia del cuestionario utilizado para el escrutinio de los votos emitidos por los Vocales; y por la firma del acta de la audiencia del juzgamiento en la cual se insertó el texto literal del cuestionario, y que firma también el Presidente, el Asesor Jurídico, los Vocales, el procesado, su defensor y el Secretario.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que no se está en presencia de nulidad del cuestionario, porque los distintos actos firmados por el Presidente, el Asesor Jurídico y el Secretario del Consejo marcial que juzgó y condenó al procesado, pregonan que el cuestionario fue redactado por los funcionarios indicados por el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar. Y tal es la razón jurídica para disentir de la sentencia que casó la de segunda instancia, que condenó al procesado, con base en el cuestionario sobre el cual votaron los Vocales del Consejo de Guerra Verbal, la responsabilidad de Carlos Julio Rozo Sandoval.

Julio Salgado Vásquez.

SALVAMENTO DE VOTO

Del pronunciamiento anterior me aparta el punto apreciado como motivo de invalidación. La ausencia de firma del Presidente del Consejo de Guerra, de su Asesor Jurídico y Secretario, en los cuestionarios utilizados por los vocales, no constituye a éstos en simples escritos, meros papeles, a los cuales, por ignorarse de quién proceden, hay que restarles autenticidad y mérito probatorio.

La tesis generaliza, más de lo permitido y aconsejable, al punto que se olvidan las características del sistema procesal propio que regula esta actividad jurídico-militar y los principios reguladores del instituto de la nulidad.

1º La providencia, en el aparte que me ocupa, destaca la importancia de los cuestionarios, pues consignan ellos los cargos sobre los cuales debe versar el debate y constituyen, ni más ni menos, lo que el auto de proceder representa en el procedimiento ordinario (artículos 567, 576 y 577 del Código de Justicia Penal Militar).

No se trata de discutir esta trascendencia, pues debe tenerse por acto acusatorio de carácter jurisdiccional, tan fundamental que sobre él se apoya la respectiva sentencia. Acepto esta calificación, la misma que no he controvertido. Lo que viene al caso es definir si el Código de Justicia Penal Militar contempla la exigencia que la Sala echa de menos, si es la copia de cada cuestionario la que debe contener tales firmas, si lo perseguido con este supuesto requisito (autenticidad, seguridad de existencia y conocimiento por parte de vocales, fiscal, acusado y defensor) se obtuvo por otros medios igualmente válidos y eficaces. El punto de discrepancia no se marca sobre la esencialidad de los cuestionarios, que por descontada se da, sino sobre los aspectos últimamente enunciados. Del valor que se den a los mismos resulta la procedencia o no de la declaración de nulidad. Lo que no conviene, porque la cuestión rebasa el asunto y desfigura el punto central de la argumentación, es subordinar la nulidad a la trascendencia de la pieza procesal, haciéndose abstracción de otros temas de importancia decisiva.

2. Claro que el Código de Justicia Penal Militar, exige como todo ordenamiento procesal, la garantía de autenticidad de los actos procesales. Pero de esto a decir que lo tiene que hacer en determinada forma y que no puede valerse de regulación propia, o, que los principios generales del derecho concebidos para evitar excesos invalidantes, no resultan aplicables, es asunto bien diferente que no puede aceptarse pacíficamente.

Veamos, entonces, cómo el Código de Justicia Penal Militar, no impone la obligación que señala la Sala y cómo lo dispuesto por este estatuto se refiere a la diligencia de escrutinio, momento en el cual no sólo se verifica el número de votos, su sentido, la unanimidad o simple mayoría de la opinión emitida, sino también, y este es aspecto decisivo, la intangibilidad de la forma del cuestionario o cuestionarios propuestos y su identidad con los firmados por los vocales.

El artículo 568, se refiere a la integración del Consejo de Guerra: Presidente, tres vocales, fiscal, asesor jurídico y secretario. El 441, causal 6ª, eleva a nulidad "no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código". El 576 menciona los artículos 559 y 560, indicativos de la forma cómo se redactan y el modo de respuesta a ellos. El 580, establece la obligación de su lectura y su agregación, en copia, al proceso. El 581 señala cómo deliberan los vocales, la en-

rega de sus respuestas y el escrutinio de sus votos por el Presidente y su Asesor Jurídico". "Terminado éste, se reanuda la SESION PLENA y el Presidente, EN PRESENCIA DE LOS PROCESADOS y de piés todos los presentes, LEERA LOS CUESTIONARIOS, LAS RESPUESTAS DE LOS VOCALES Y EL RESULTADO DEL ESCRUTINIO, que será el Veredicto del Consejo" (mayúsculas fuera de texto).

El 563, dispone que "los vocales deben FIRMAR sus respuestas con indicación de su grado y a medida que las terminen debe entregarlas al Presidente. Cuando estén todas en poder de éste, se procede al escrutinio y el RESULTADO se consigna en una COPIA DE LOS CUESTIONARIOS CON LAS FIRMAS DEL PRESIDENTE, ASESOR Y SECRETARIO". (subraya y mayúsculas fuera de texto).

Nótese cómo el Código de Justicia Penal Militar solo exige las firmas de los vocales, con indicación de su grado al responder el cuestionario, y, la del Presidente, Asesor y Secretario, al momento de efectuarse el escrutinio, el cual debe realizarse "en una copia de los cuestionarios". Mal puede imponerse, bajo sanción de nulidad, que sobre una norma específica como la indicada se haga prevalecer un dispositivo general, esto es, que como acto acusatorio de carácter jurisdiccional debe llevar la firma de quien lo emite.

Y no es que el citado estatuto, se repite, prescinda de estas guardas y protecciones. Lo que sucede es que las señala para un determinado momento procesal, vale decir, cuando se trata del escrutinio, oportunidad en la cual se integra toda la actuación, ya que después de transcribirse el texto del cuestionario (en original o en copia) se anota el resultado de la opinión emitida por los vocales.

Pero la finalidad asegurativa, que procura la autenticidad de los actos procesales y salvaguarda los derechos de las partes, no es menos en el proceso castrense que en el ordinario, aun omitida la firma que censura la SALA. Obsérvese cómo a los jurados de conciencia no se les exige individualización de su criterio, obligación que sí se impone a los vocales del Consejo de Guerra; cómo aquéllos, al final de la audiencia, se les lee el correspondiente cuestionario y a continuación se inserta su opinión unánime o mayoritaria, al paso que en el trámite castrense se da previa lectura de los cuestionarios, se agregan en copia y, finalmente, vuelven a leerse los cuestionarios, las respuestas y el resultado del escrutinio, firmándose todo ello por el Presidente, Secretario y Asesor Jurídico, interviniente este que no figura en los juicios comunes.

3. Se afirma en la providencia que la diligencia de escrutinio no puede tener valor convalidante, pues la actuación ulterior nada agrega a la situación viciosa ya producida.

Ya se ha visto que la obligación legal de las firmas aparece para los vocales al producir su opinión y para el Presidente, Asesor y Secretario, cuando se verifica el escrutinio. Ahora bien, si la trascendencia del cuestionario y la coetaneidad de su emisión con su firma se destacan como garantía de autenticidad y control de sorpresivos cambios para las partes que intervienen en el Consejo de Guerra, cómo puede negarse la procuración de este fin si múltiples sistemas de seguridad concurren a establecer esa veracidad, esa conservación de fidelidad del cuestionario y esa fijación de su procedencia?

Al quedar copia del cuestionario o de los cuestionarios y estar firmados éstos por los vocales e insertarse en el escrutinio su texto y el resultado de las respuestas, se está precisando nítida y categóricamente qué se preguntó a los vocales y sobre qué respondieron éstos. (fls. 98 a 101).

Es más, si al Presidente, Asesor Jurídico y Secretario, se les reconoce un poder fedatario cuando firman los cuestionarios pasados a los Vocales, por qué se les niega este atributo y logro al momento de realizar el escrutinio y encabezar el mismo con el texto de los cuestionarios propuestos? Acaso no están dando fe, máxima fe, de la identidad de estos textos, su permanencia e incolumidad desde que se redactan, leen públicamente y se entregan a los Vocales hasta que se cuentan sus votos y se conforma el veredicto definitivo?

4. Pero en este orden de seguridades el Acta de Consejo de Guerra agrega una más, insoslayable en su eficacia. La providencia anota que "... ni menos pueden te-

ner esa consecuencia (convalidación de vicios) las firmas que se ponen al pie del acta de la audiencia, ya que ese documento contiene un relato de lo ocurrido en ella y no garantiza sino la veracidad de que lo que se dice fue lo sucedido pero no certifica, ni tal cosa puede pretenderse, la autenticidad de los documentos en ella presentados o la legalidad de las actuaciones que tuvieron lugar..."

Repárese cómo a fls. 102 y 103 se transcribe el cuestionario formulado a los vocales. Esta inserción tiene un innegable valor que la Sala desestima. Es verdad que el Acta de Audiencia no impone la autenticidad de los documentos presentados durante su celebración, pues mal puede determinar su origen, la legitimidad de su causa y la conservación de su primigenia elaboración pero nadie puede negar que la existencia del mismo y sus características quedan perennizadas en ese documento público que es dicha acta. Y si ésto se dice de documentos extraños, qué no decir de los actos procesales (cuestionario) producidos por los órganos de la administración de justicia! El Acta, en este último sentido, establece la veracidad y autenticidad de la actuación oficial, al caso, de la forma y contenido del cuestionario propuesto y su respuesta. Más acrece su mérito cuando tal diligencia aparece firmada por todos los intervinientes en el juicio. Para destacar su importancia basta imaginar la inserción de un cuestionario y su respuesta que después desaparece, quedando tan solo el Acta de Audiencia que da fe de su realidad y significación. O, este otro no menos diciente, la fundamental disparidad de nombres y conductas entre los cuestionarios agregados con la firma de todos y el vertido al Acta de Audiencia.

5. No entiendo la incuestionable aceptación que se hace de la firma del Presidente del Consejo, cuando aparece en el cuestionario pasado a los Vocales, y, el absoluto rechazo de su rúbrica, acompañada del Asesor y Secretario, al reproducir en la diligencia de escrutinio el texto de ese acto acusatorio, sobre el cual se interrogó a los vocales. Nada dicen, en orden a seguridad, fe y autenticidad, esas firmas que demuestran que esos fueron los cuestionarios propuestos y esas las contestaciones obtenidas? Ni tampoco, el Acta de Audiencia, con la firma de todos estos y las de los demás participantes en ella, que incorpora íntegramente tales cuestionarios y sus respuestas? Si en todo este proceso no hay una segura apreciación sobre la identidad de los cuestionarios y una evidente autenticidad de los mismos, queda difícil admitir argumentos en contrario. De todo esto fluye fácil y límpidamente, una demostración inobjetable de autenticidad, de veracidad, de exactitud. Y esto es lo que quisieron y lograron los ejecutores de este procedimiento, quienes creyeron y entendieron que acataban plenamente lo ordenado por el Código de Justicia Penal Militar.

6. La mayoría de la Sala, según su buen juicio, señala lo que para ella es acertada interpretación de las normas del citado estatuto. Pero la actuación cumplida en el Consejo de Guerra *sub examine* se amolda esencialmente a lo dispuesto por tal Código. Que en la decisión de la Corte se destaquen mejores garantías de autenticidad, no equivale a que no la tenga la actuación sucedida en la forma analizada. Son dos interpretaciones que, en el fondo y a la postre, devienen en un efecto de certidumbre, veracidad y autenticidad.

No debe olvidarse que como consecuencia del principio de conservación (conviene preservar la eficacia y validez de los actos) la duda sobre la configuración de un vicio procesal no, se resuelve en contra del acto sino en favor suyo, máxime cuando el debido proceso no se ha quebrantado y sí conseguido.

En síntesis:

La interpretación que sirve de fundamento a la anulación del proceso, traduce tanta severidad y rigor que consigue apartarse de los principios que informan este instituto y de la realidad jurídica a que obedece esta parte del procedimiento militar.

a) La importancia del cuestionario es asunto indiscutible e indiscutido. Sólo sobre lo trascendente y esencial puede operar la nulidad. En lo demás resulta aspecto inocuo, secundario y accidental que no abriría paso a una irregularidad. Lo que se controvierte es el incumplimiento de una forma o requisito sustancial, esto es,

si la falta de firma del Presidente del Consejo (y también de su Asesor Jurídico y Secretario) tiene esta caracterización.

He procurado destacar la observancia, por parte de los sujetos principales de la relación jurídica procesal, de las normas del Código de Justicia Penal Militar, en este controvertido punto. No hay asomo de indebido proceso. Este se cumplió adecuada y eficazmente y nadie, por este motivo, señala una deslealtad o desventaja hacia las partes. Los cuestionarios fueron conocidos por los que participaron en el Consejo de Guerra y es manifiesta su autenticidad. Se sabe quién los propuso y en qué términos los redactó, los mismos que llegaron a los vocales y fueron respondidos por éstos, verificándose luego el escrutinio de rigor y obteniéndose un claro veredicto que apoyó la respectiva sentencia. Al menos la actividad procesal reseñada tuvo y tiene todos los visos de interpretación aceptable de las disposiciones pertinentes del Código de Justicia Penal Militar. Mal puede, en caso de duda o controversia sobre la específica forma de un acto procesal, que por lo demás no causa perjuicio alguno a las partes, edificarse una grave invalidación. La doctrina de la nulidad tiene este punto como verdad reconocida;

b) Pero supóngase que no hubo conformidad con la ley en esa actuación inicial (emisión del cuestionario o cuestionarios). No cabe dubitación en cuanto a que el vicio fue convalidado por su inserción en el Acta del Consejo y por su transcripción en la diligencia de escrutinio, actuaciones que están debidamente rubricadas. Todavía era factible obrar en este sentido y conseguir esta purificación procesal porque se estaba en ámbito propio, cual era la audiencia, considerada por la jurisprudencia como acto complejo. Basta a este respecto advertir que la parte resolutiva declara nulo el procedimiento desde la resolución de convocatoria del consejo, inclusive;

c) Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y conservación, que gobiernan el instituto de la nulidad y constituyen reales condiciones para su admisión y procedencia, resultan gravemente comprometidos. Ni siquiera puede acudirse a las llamadas nulidades implícitas o virtuales, porque la irregularidad en comento, oportunamente subsanada, no puede tener el alcance de quebrantar o violar las bases esenciales del debido proceso. Por parte alguna advierto mengua, confusión o azar en las garantías y derechos de las partes actuantes en el Consejo de Guerra.

Juzgo exagerada la concepción de la Mayoría de la Sala, a tal extremo que no deja de reflejar un propósito de concebir la nulidad por la nulidad, la nulidad en exclusivo interés de la ley, como si las formas procesales constituyesen un fin en sí mismas. Se ha olvidado, a mi modo de ver que el proceso no es una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades, que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar perjuicios efectivos, muy distintos de los imaginarios y conjeturales que surgen siempre que una decisión de justicia resulta adversa;

d) Cuando los autores abordan el tema relacionado con el principio de conservación, para conseguir no sólo un proceso con solución justa sino de efecto positivo y fecundo, no dejan de mencionar este caso: la falta de firma del juez al pie del acta levantada con motivo de una audiencia no presupone que ésta haya tenido lugar sin su intervención, si el actuario da fe de haberla presidido ese magistrado con asistencia de las partes y estas suscriben el documento. Mutatis mutandis debe decirse que los factores proyectados simultánea o posteriormente sobre estos cuestionarios, demuestran no su inautenticidad sino todo lo contrario: que los emitió el Presidente del Consejo, con la colaboración del Asesor Jurídico, fueron conocidos por las partes y no se mudó su texto durante todo el debate. El Acta de Audiencia y la diligencia de escrutinio consiguen este efecto.

Trátase de verdaderos escritos documentales, muy ajenos a la calificación de simples papeles.

Con el respeto y acatamiento que me merece la opinión opuesta y la dignidad de mis ilustres compañeros de Sala, dejo expuestas las razones de mi disentimiento.

Fecha ut supra.

Gustavo Gómez Velásquez

ABUSO DE AUTORIDAD

Prevaricato. Diferencias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto dieciséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 39

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 25 de febrero último sobreseyó definitivamente en favor del doctor JORGE ENRIQUE ALVAREZ HIGUERA, ex-Juez Trece Penal del Circuito de esta ciudad, por el delito de prevaricato y dictó auto de proceder por abuso de autoridad. Contra esta decisión la parte civil y el procesado interpusieron recurso de apelación y el defensor los de reposición, como principal, y el de apelación en forma subsidiaria. Corresponde a la Sala decidir lo pertinente.

Hechos

El 7 de enero de 1971 Luis Alberto Fonseca y Alvaro Bobadilla celebraron contrato de permuta, en virtud del cual aquél dio una tracto-mula avaluada en la suma de $ 550.000.00, a cambio de una casa estimada en $ 350.000.00 y $ 200.000.00 en distintas prestaciones. Como parte del convenio Bobadilla entregó cheque por valor de $ 140.000.00 para ser cobrado el 31 de marzo de ese año. Presentado al cobro el título valor luego de la fecha convenida, fue rechazado por insuficiencia de fondos. Fonseca formuló denuncia penal contra Bobadilla por giro ilegal de cheques, y el negocio correspondió al Juzgado a cargo del inculpado. Este proceso culminó con sentencia condenatoria el 20 de septiembre de 1973, fijándose como pena principal tres años de prisión contra el girador Alvaro Bobadilla. El 9 de marzo de 1974 el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, revocó aquella providencia y absolvió a Bobadilla de los cargos por los que fue llamado a responder en juicio. En esa misma decisión se dispuso solicitar la intervención de la Procuraduría para investigar la conducta del ex-Juez Alvarez Higuera, porque a juicio de la Sala la sentencia condenatoria era a todas luces contraria a derecho.

Resultados de la investigación

El funcionario especialmente comisionado por la Procuraduría General de la Nación para adelantar las averiguaciones contra el doctor Alvarez Higuera dedujo en su contra los cargos que sintetiza así el Colaborador Fiscal de la Sala:

"a) La falta de presentación personal de la denuncia formulada por Luis Alberto Fonseca contra Alvaro Bobadilla y de su ratificación, a pesar de lo cual se dictó auto cabeza de proceso contrariándose lo dispuesto en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal;

"b) No haber dado aviso de la iniciación del sumario a los funcionarios de que trata el artículo 315 *ibídem*;

"c) La aceptación de la demanda de parte civil en la que el doctor Sevillano 'consigna más de lo permitido por el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal', entre otras cosas, la detención del sindica-

do y el embargo y secuestro de la tractomula objeto de la permuta;

"d) La falta de notificación del auto que admitió la demanda de parte civil, del que decretó el embargo y secuestro del automotor, y del que reconoció como tercero al señor Gunther Lemko, quien alegaba la propiedad del vehículo;

"e) Haber dado curso a la solicitud formulada por el apoderado de la parte civil sin la previa notificación del auto que le reconoció personería;

"f) Haber librado el oficio número 703 del 2 de noviembre de 1972 al Inspector de Tránsito y Transportes de Duitama solicitándole se abstuviera de inscribir el traspaso del vehículo objeto de la negociación sin auto previo que lo ordenara y sin haber sido pedido por las partes; y

"g) Haber ordenado y llevado a cabo el embargo y secuestro del automotor sin que mediara auto de detención contra el sindicado, contrariándose expresamente lo previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Penal".

La calidad de Juez Penal del Circuito y el ejercicio de sus funciones para la época de los hechos denunciados está plenamente demostrada en el proceso por medio de constancias que actúan a folios 22 y 61.

Mariana Neira desempeñó funciones de Oficial Mayor en el despacho a cargo del inculpado, cuando se tramitó el negocio que dio origen a este proceso. Declaró bajo la gravedad del juramento, indicando que el sumario contra Bobadilla fue tramitado por el funcionario acusado con manifiesta parcialidad en favor de la parte civil, con perjuicio lógico para el sindicado. Esta actitud obedeció al hecho de ser Fonseca amigo y paisano del Juez. En cuanto al embargo del automotor cuenta que recorrió la ciudad en su búsqueda, acompañada del denunciante Fonseca, que éste le ofreció dinero por los resultados favorables del proceso, y que le refirió, al mismo tiempo, cómo el negocio estaba ya arreglado con el juez. (fl. 119).

La anterior versión concuerda con la que dio en la audiencia pública el sindicado Bobadilla a quien la empleada le comunicó, entre otros hechos de especial gravedad, el que las declaraciones eran tomadas en borrador para ser corregidas luego. (fl. 109).

En diligencia de confrontación con Luis Alberto Fonseca, Mariana Neira mantuvo los términos de su anterior declaración y aquél se limitó a negarlos argumentando que eran inexactos. (fl. 205).

En su indagatoria el doctor Alvarez Higuera rechazó los cargos hechos por Mariana Neira, explicando que son producto de la enemistad que de ella se granjeó por haberla destituido del cargo. Respecto de la principal acusación que se le formula, es decir, la que hace relación al decreto de embargo del automotor sin dictar previamente auto de detención contra Bobadilla, expresó:

"Esta es otra cuestión de puro y estricto derecho de interpretación y aplicación de la ley, si bien es cierto que el artículo 138 señala para el juez la oportunidad de hacer el embargo en el auto de detención, está estableciendo de manera directa que se conozcan de manera previa los bienes de propiedad del sindicado. Pero también el artículo 141 del Código Penal reserva para la parte civil cualquier oportunidad para denunciar bienes de propiedad del sindicado, pues sería un contrasentido e inoperancia de la ley que solo el embargo de bienes se produjera con el auto de detención, pues es bien sabido que hay muchos delitos que no tienen auto de detención y específicamente los que están fuera de las circunstancias del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, lo que pudiera decir que entonces para este tipo de delitos que no tienen detención preventiva no pueden embargarse bienes de propiedad del sindicado. Hecho que sería un contrasentido de la ley...".

La providencia impugnada

El Tribunal de primera instancia consideró que los cinco primeros cargos formulados por la Procuraduría contra el ex-Juez, son simples irregularidades procesales que no llegan a constituir infracción a la ley penal, y por tanto, descartó la comisión del delito de prevaricato. La ley delega expresamente en el Secretario la función de notificar las providencias. Por ello, las omisiones encontradas en el pro-

ceso contra Bobadilla, no pueden atribuirse al acusado. Tampoco el haber iniciado la acción sin obtener juramento por parte del denunciante, pues el delito por el que se procedía no exige querella de parte.

Como el procesado ordenó el embargo y secuestro del automotor sin previo auto de detención, contrarió abiertamente el artículo 138 del Código de Procedimiento Penal. Por ello, el doctor Alvarez Higuera cometió acto arbitrario e injusto en contra de los intereses de Alvaro Bobadilla, y consecuentemente, dedujo este hecho como cargo en el llamamiento a juicio que se examina, calificándolo de abuso de autoridad (artículo 171 del Código Penal).

Argumentos de la defensa

Pueden sintetizarse así:

1. El acusado actuó de buena fe. Esto se demuestra fácilmente porque ordenó consultar la sentencia condenatoria.

2. La circunstancia de haber sido revocada su providencia, no indica la comisión de delito alguno, pues es de diaria ocurrencia como resultado lógico del sistema de las dos instancias.

3. Respecto del abuso de autoridad que se atribuye al ex-funcionario, el distinguido profesional de la defensa afirma:

"Si existe la prueba para detener, pero el auto de detención no se puede dictar, porque el procesado huye y no se le ha indagatoriado o no se le ha emplazado todavía y la parte civil lo solicita y presta caución para responder de los posibles perjuicios, puede negarse el embargo porque el procesado huye y mientras tanto puede insolventarse, premiándose en la práctica, el eludir la acción de la justicia? Y si el juez cumple los fines sociales de la ley, salva la justicia, podemos decir, por ventura que ha abusado de su autoridad?".

4. Al ordenarse el embargo del automotor se estaba dando aplicación al artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, pues él era "instrumento del delito".

5. El procesado fue por trece años Juez Civil del Circuito y "por una deformación profesional dio al secuestro en lo penal la tramitación especial de lo civil, y sostuvo que como existía plena prueba de la infracción y de su autoría, estimó más que suficiente decretar el embargo y secuestro solicitado por el señor apoderado de la parte civil, quien ya había prestado caución para responder del secuestro y por ello lo decretó".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima como demostrados los siguientes hechos, en los que apoya su solicitud para que el sindicado sea llamado a responder en juicio por el delito de prevaricato:

1. Se estableció plenamente que el doctor Jorge Enrique Alvarez Higuera, en su carácter de Juez 13 Penal del Circuito de Bogotá, inició y llevó hasta su terminación proceso contra Alvaro Bobadilla por giro ilegal de cheques (Dto. 1135/70).

2. El funcionario sindicado, sin auto previo que lo ordenara y sin petición de parte interesada, libró oficios a las autoridades de tránsito de Duitama, ciudad donde se encontraba matriculado el vehículo, para que se abstuvieran de autorizar traspaso o negociación sobre el mismo.

3. "Igualmente, resulta completamente establecido que el Juez Alvarez Higuera, antes de proferir auto de detención contra Bobadilla o de haberlo emplazado y declarado reo ausente para vincularlo legalmente al proceso como exige el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, a solicitud de la parte civil y previa constitución de la caución señalada para responder de los posibles perjuicios que se causaran, ordenó y llevó a cabo el embargo y secuestro preventivo del remolque denunciado como de propiedad del sindicado, con lo cual infringió ostensiblemente la prohibición contenida en el artículo 138 del Estatuto Procesal Penal".

4. La simple lectura de los artículos 138 y 139 citados, deja ver, con claridad incuestionable, que en el proceso penal no pueden ordenarse embargo y secuestro sin que se haya dictado auto de detención contra el sindicado.

5. Y aunque analizados separadamente algunos de los cargos formulados al funcionario, podría llegarse a la conclusión de

que ellos no constituyen infracción a la ley penal, como lo reconoce el Procurador, sin embargo, todas las irregularidades encontradas por el Ministerio Público en la tramitación del negocio que dio origen a este proceso, hacen ver que existió ciertamente parcialidad en el Juez.

Consideraciones

Ciertamente en el proceso penal adelantado contra Alvaro Bobadilla por infracción al Decreto 1135 de 1970 se presentaron diversas irregularidades procesales que ya se han dejado puntualizadas.

Cada una de ellas fue objeto de estudio por parte del Tribunal Superior de Bogotá en la providencia que se examina, concluyéndose que el hecho de haber decretado embargo y secuestro del vehículo objeto de la negociación, sin previo auto de detención, constituya delito de abuso de autoridad. Los demás yerros procesales admiten explicación atendible.

Así, las varias notificaciones que se echan de menos en el proceso no pueden imputársele al juez acusado, pues él cumplió ordenándolas, como era su deber.

Es obligación del secretario dar los avisos que la Ley ordena a los funcionarios correspondientes, una vez iniciado el sumario por medio del auto cabeza de proceso. Es hecho irrelevante, para efectos penales, el que la denuncia careciera de presentación personal, pues como dice el Tribunal de Bogotá, ésta es una formalidad que no impide la iniciación del proceso, cuando el delito que ha de investigarse es de aquellos que no exigen petición o querella de parte.

Si el apoderado de la parte civil consignó en la respectiva demanda "más de lo permitido por el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal", como puede hacerlo, no es, razón para que ella deba ser rechazada, pues esto solo es posible por falta de personería del demandante (artículo 131 del Código de Procedimiento Penal).

Las irregularidades advertidas por la Sala de Decisión del Tribunal que en segunda instancia estudió el proceso seguido contra Alvaro Bobadilla, y por el Ministerio Público, cuando por petición de aquella lo examinó, no son hechos que demuestren, inequívocamente, que el doctor Jorge Enrique Alvarez Higuera actuó por simpatía o animadversión hacia una de las partes.

Para que el funcionario público cometa delito de prevaricato debe demostrarse, cabalmente, que la resolución, dictamen, auto o sentencia fueron proferidos, "a sabiendas" de su ilegalidad y para perjudicar o favorecer a una de las partes. Por iguales móviles debe obrar el agente cuando omite, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones.

O, como lo ha dicho repetidamente la jurisprudencia:

El delito de prevaricato presupone la existencia de estos elementos:

1. Que el agente activo del delito tenga la categoría de empleado público, y que la infracción se cometa con motivo o desempeño de funciones a él encomendadas.

Ninguna persona que no tenga esta investidura puede cometer un delito de prevaricato.

2. Que a sabiendas dicte sentencia, resolución o dictamen contrario a la Ley expresa o manifiestamente injustos, y

3. Que la sentencia, resolución o dictamen se dicte por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

El proceso que originó este sumario contra el ex-juez Alvarez se sustentó en transacción comercial que sobre un automotor celebraron Alvaro Bobadilla y Luis Alberto Fonseca. La Sala de Decisión del Tribunal al revocar la sentencia condenatoria por giro ilegal de cheques proferida por el acusado contra aquél, consideró que los términos de la negociación no se ajustaban a derecho y que el título valor había perdido la calidad de instrumento de pago para convertirse en garantía del contrato. Fundamentalmente, en ello basó la absolución con que favoreció a Bobadilla.

Esta disconformidad de criterios entre los jueces de primera y segunda instancia no revela la pretendida parcialidad del juez en el proceso contra Alvaro Bobadilla, y no hay prueba que permita afirmarla. La declaración de la señorita Mariana Neira, puede ser producto de su enemistad con el doctor Alvarez Higuera porque dispuso de su cargo. Además, ella vino a

referirse a los hechos atribuidos al acusado cuando ya había dejado de pertenecer a la nómina del juzgado, habiéndolos conocido con anterioridad. Su testimonio no deja de ser sospechoso y sobre él no puede edificarse auto de proceder contra el Juez Alvarez Higuera, pues es la única prueba que afirma su parcialidad.

Realmente la orden de embargo y secuestro del vehículo sin previo auto de detención, constituye acto arbitrario e injusto, pues las normas que regulan su procedencia (artículos 138 y 139 del Código de Procedimiento Penal), son tan claras que su tenor literal excusa interpretaciones. Pero su inobservancia no comporta necesariamente el ánimo prevenido del acusado contra una de las partes, o el favor judicial.

El delito de prevaricato es un abuso de autoridad calificado, que consiste en obrar a sabiendas de que el dictamen, la resolución, el auto o la sentencia que profiera el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, resulten contrarios a la Ley, porque la oposición entre el derecho conocido por el Juez y el declarado en la sentencia exhiba el carácter de lo contradictorio evidente.

En otros términos. El delito de prevaricato se configura cuando el agente conociendo el alcance e interpretación de la Ley que debe aplicar a determinada situación, dicta resolución, dictamen, auto o sentencia que no se ajusta a esas prescripciones normativas, conscientemente, o movido por simpatía o animadversión hacia una de las partes. Sin estos elementos afectivos, o sin la intención del funcionario de obrar en forma contraria a derecho, el prevaricato, no lo es, y recibe el nombre de abuso de autoridad.

Como algunas de las irregularidades procedimentales de que se ha hablado en este proceso, no son atribuibles al acusado, sino, casi siempre, omisiones de la Secretaría de su despacho, ellas carecen del efecto demostrativo de parcialidad que pretende el señor Procurador. La transgresión de los artículos 138 y 139 citados, aun constituyendo abuso de autoridad, no estructuran prevaricato pues no se ha demostrado que fueran producto de especial estado de ánimo del funcionario acusado, con miras a favorecer, por simpatía, a una de las partes o a perjudicarla por desafecto, o de obrar, a sabiendas, contrariamente a derecho.

Los argumentos de la defensa quedan sin soporte alguno con la sola lectura de los artículos pertinentes sobre embargo y secuestro en el proceso penal. Ellos son de tal claridad que no admiten distinta interpretación. Sin haberse dictado auto de detención contra el sindicado no pueden ejecutarse las medidas cautelares. Si el delito por el que se procede no admite detención, la orden de embargo y secuestro se producirá en providencia que analice los presupuestos que para detener exige la Ley (artículos 139 del Código de Procedimiento Penal), y si ellos se cumplen podrá ordenarse el embargo y secuestro de bienes del sindicado.

El automotor objeto de las medidas cautelares no era "instrumento del delito", como sostiene la defensa, pues con él no se cometió el ilícito. Tampoco debe olvidarse que no se ordenó su "decomiso", sino su embargo.

Se impone entonces confirmar la providencia impugnada.

Las razones anteriores son fundamento para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRME la providencia apelada, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad son de duración indeterminada

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto diecisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 39 de agosto 12/76.

Vistos

Ha llegado la oportunidad de resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de primero de octubre de 1975, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la cual confirmó la del Juzgado Cuarto Superior de la mencionada ciudad, de fecha 28 de julio del año anterior, que condenó a CESAR JULIO MURILLO SÁNCHEZ a la medida de seguridad de "reclusión por un tiempo no inferior a un año, en una Colonia Agrícola Especial, que designe el Gobierno Nacional por intermedio de la Dirección General de Prisiones, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en Ludibia Murillo y Nancy Rodríguez".

Antecedentes

1. Siendo las ocho y media de la noche del 27 de agosto de 1974, el agente de la Policía Nacional César Julio Murillo Sánchez llegó a la casa de su hermano Isidoro Murillo Sánchez, situada en la carrera segunda número 21-74, de Ibagué, y después de haber martillado un revólver hacia el cielo raso, sin que se hubieran producido los disparos, dirigió el arma en contra de Ludibia Murillo de Rodríguez, a quien hirió mortalmente. El orificio de entrada del proyectil se localizó "en la región frontal facial hacia la derecha", atravesó la cavidad craneana, salió por la región occipital izquierda y se alojó en el hombro izquierdo de la menor Nancy Rodríguez.

2. Desde la misma noche en que ocurrieron los sucesos sangrientos protagonizados por Murillo Sánchez, éste fue internado en una clínica, y desde entonces ha permanecido en establecimientos psiquiátricos. La oficina de Medicina Legal de Bogotá lo sometió a examen psiquiátreo, habiendo llegado a la conclusión de que en el momento de la consumación del homicidio y de las lesiones personales "se hallaba en un estado de grave anomalía psíquica de carácter tranaitorio", que "requiere tratamiento especializado", y que "posee una personalidad inmadura, con componentes neuróticos, que en la actualidad no constituyen estado de enajenación mental pero que ameritan de orientación psicoterapéutica".

3. El Juzgado Cuarto Superior de Ibagué, por auto del 22 de mayo de 1975, abrió causa criminal contra César Julio Murillo Sánchez como autor del homicidio de Ludibia Murillo y de las lesiones personales sufridas por Nancy Murillo Rodríguez, en concurso formal, y encontrándose el procesado en estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio.

4. Tramitado el juicio sin intervención del Jurado de Conciencia, con fundamento en los artículos 29 del Código Penal y 34 del Código de Procedimiento Penal, el juez de primera instancia dictó el 28 de julio

de 1975 sentencia por medio de la cual condenó al procesado "a la reclusión por un tiempo no inferior a un año, en una colonia agrícola especial".

5. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 1º de octubre de 1975, confirmó la sentencia de primera instancia, "adicionándola en el sentido de solicitar de inmediato al señor Director General de Prisiones el traslado del agente César Julio Murillo Sánchez, de las dependencias de la Policía de esta ciudad a la Colonia Agrícola especial que designe el Gobierno Nacional".

Demanda de casación

Contra la sentencia de segunda instancia se interpuso recurso de casación, el cual fue sustentado oportunamente.

La demanda invocó la causal primera de casación, en su modalidad de infracción directa del artículo 96 del Código Penal "en cuanto señala que el tiempo de detención preventiva se tendrá como parte de la pena", y del "numeral 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal en concordancia directa con el artículo 675 de la misma obra y de los artículos 98 y 99 del Código Penal".

Formula el cargo de que "la sentencia acusada no reconoció el tiempo que llevaba el procesado en detención preventiva como parte del tiempo de colonia penal agrícola que debiera cumplir" de lo cual extrae la conclusión de que violó las normas penales y de procesal penal antes citadas: el 96 del Código Penal porque la sentencia impugnada no incluyó entre sus ordenaciones que se tuviera como parte de la pena el tiempo en que el procesado ha estado en detención preventiva; el numeral 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal (Art. 7º de la Ley 17 de 1975) porque, con tal desconocimiento, se le niega la libertad provisional a que tendría derecho por pena cumplida; los artículos 98 y 99 del Código Penal porque a César Julio Murillo Sánchez no se le ha descontado, como parte cumplida de la pena, el tiempo que ha estado en detención preventiva.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se deseche el recurso de casación porque el artículo 96 del Código Penal se refiere al cumplimiento de pena privativa de libertad, pero no a medidas de seguridad, como se desprende de su texto: "El tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad". También argumenta la Procuraduría en el sentido de que el segundo inciso del artículo 64 del Código Penal dispone que la reclusión no termina al cumplirse el tiempo mínimo señalado por el inciso primero, sino que ella continuará por todo el tiempo en que dure el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño.

Consideraciones de la Corte

La libertad de quien ha sido recluido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial es asunto que no puede plantearse por la vía de la casación de la sentencia condenatoria de segunda instancia, porque, como acertadamente lo expone la Procuraduría, la terminación de la reclusión no depende únicamente del cumplimiento del tiempo mínimo de internamiento del enfermo, sino de un concepto pericial que demuestre la desaparición de la posibilidad de que el condenado pueda volver a delinquir.

El artículo 680 del Código de Procedimiento Penal enseña que la petición de la cesación condicional de la reclusión debe tramitarse como un incidente, en cuya etapa probatoria debe producirse prueba pericial sobre la readaptación social del delincuente, de donde fluye la consecuencia de que resulta antitécnico tratar de obtener esa cesación al amparo del recurso de casación.

El artículo 96 del Código Penal ha sido indicado erróneamente como infringido, porque ese texto tiene aplicación únicamente en tratándose del cumplimiento de penas privativas de libertad y no de las medidas de seguridad, pues éstas no tienen el carácter de penas, sino de simple internamiento en establecimiento adecuado para tratar de obtener la curación del conde-

nado. Las medidas de seguridad son de duración indeterminada. El término mínimo de internamiento no tiene finalidad distinta a la de someter al condenado enfermo al tratamiento que se considere adecuado para la readaptación social. La ley ha señalado un término mínimo de reclusión del confenado enferma, por estimar que la curación no podría efectuarse en lapso menor.

Por otra parte, aunquando el procesado haya sido condenado a pena privativa de la libertad, la omisión en la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia de la manifestación de que "el tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad", es circunstancia que no podría hacerse valer para organizar sobre ella un recurso de casación por violación directa del artículo 96 del Código Penal. La sentencia condenatoria debe limitarse a expresar claramente cuáles son la pena principal y las accesorias que impone, sin que sea necesario incluir la ordenación relativa a tener como pena cumplida el tiempo de la detención preventiva, porque el artículo 96 así le dispone. No se requiere providencia judicial para que esa contabilización de pena cumplida tenga cabal cumplimiento. Cuando el juez vaya a pronunciarse sobre el cumplimiento total de la pena, para los efectos de poner en libertad al condenado, no sólo tendrá en cuenta el tiempo transcurrido con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sino también todo el transcurrido desde el momento en que se inició la detención preventiva. Es entonces cuando opera el mandato del artículo 96, cuyo cumplimiento no está condicionado a que así se haya ordenado en la sentencia condenatoria.

La demanda incurre en el error de tratar las medidas de seguridad como si fueran penas privativas de la libertad. Ambas son sanciones, pero su régimen es distinto.

La impugnación de la sentencia con base en que se han violado los artículos 98 y 99 del Código Penal es planteamiento alejado de la realidad procesal. En efecto, el 98 contempla la hipótesis de que el delincuente fuere atacado de enajenación mental después de estar ejecutoriada la sentencia que lo sancionó con pena privativa de libertad; y el 99 se refiere al evento de la recuperación de la salud por parte del delincuente, en cuyo caso deberá volver a cumplir la pena en el establecimiento carcelario respectivo, pero se le contabilizará como parte cumplida de la pena el tiempo que hubiere permanecido en el manicomio o colonia agrícola especial.

El procesado César Julio Murillo Sánchez delinquió encontrándose en estado de grave anomalía psíquica de carácter transitorio. Su personalidad inmadura no constituye un estado de enajenación mental, conforme el dictamen del perito en psiquiatría que lo examinó. Como el artículo 98 debe aplicarse cuando el delincuente cae en enajenación mental, cuando ya está cumpliendo pena privativa de libertad, tal hipótesis legal no coincide con la atestación de los autos. En efecto, el procesado no fue condenado a pena privativa de la libertad sino a reclusión en una colonia agrícola especial; y su anomalía psíquica no le sobrevino después de haber sido condenado, sino que actuó en tal estado cuando consumó los ilícitos de homicidio y lesiones personales que se le imputan.

La libertad provisional por pena cumplida es instituto que no reza para los delincuentes recluidos en manicomios criminales o colonias agrícolas especiales, porque ella se le concede a delincuentes normales que han sido condenados a presidio, prisión o arresto, en tanto que a los anormales se les libera mediante la casación condicional de su reclusión. Por lo tanto, como el ordinal 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal (Art. 7º de la Ley 17 de 1975) no podría serle aplicado a un delincuente que ha actuado dentro de los extremos del artículo 29 del Código Penal, (como es el caso del condenado César Julio Murillo Sánchez), la impugnación con base en la infracción directa de aquella norma no puede prosperar.

En la demanda se plantea la aplicación del artículo 96 del Código Penal a la situación del condenado a la medida de seguridad de la reclusión. Se trataría de una aplicación analógica. Aun cuando a la Corte no le corresponde pronunciarse al respecto, por cuanto se desechará el recurso de casación por las razones jurídicas an-

tos expuestas, no resulta ocioso expresar que el mínimo de dos años de internamiento en un manicomio criminal, o de un año en una colonia agrícola especial, no puede entenderse como tiempo de pena mínima, sino como el lapso indispensable para someter a los delincuentes anormales al tratamiento científico idóneo para su readaptación al marco de la sociedad. Si ese término ha discurrido antes del pronunciamiento de la sentencia o después de tal acto procesal, o parte antes y parte después, tales incidencias carecen de relevancia jurídica, porque lo que importa averiguar es si el delincuente ha recuperado su salud como consecuencia del tratamiento a que se le sometió durante la reclusión, hasta el extremo de que pueda reintegrarse al seno de la sociedad de manera normal, sin que constituya un peligro para el mismo y para los demás. Porque si al proferirse la sentencia condenatoria a un año de reclusión en una colonia agrícola especial, ya el delincuente está inocuizado de su tendencia antisocial por haber sido tratado durante tal lapso, según la ciencia médica en general, sería injurídica la providencia que negara la cesación condicional de la reclusión, basándose en la consideración de que, aun cuando ya el delincuente tuviera las condiciones de resocialización que le hacen apto para regresar a convivir en su medio social, debe permanecer recluido durante un año. Y sería antijurídica esa determinación porque estaría considerando la reclusión como pena privativa de libertad. Y al contrario, si no obstante haber estado interno el delincuente durante tiempo mayor que el mínimo señalado por la sentencia condenatoria, no ha recuperado su salud, la reclusión se extenderá hasta cuando los peritos "declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño" (Art. 64 del Código Penal).

Pero, es al juez de primera instancia a quien le compete pronunciarse sobre la cesación condicional de la reclusión.

Decisión

En mérito de las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación contra la sentencia a que se refiere la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO CULPOSO

La doctrina penal ha descartado esa forma de culpabilidad, cuando la actuación del agente obedece a la conducta dolosa de un tercero.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto diecinueve de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 40

Vistos

Clausurada la presente investigación y allegado el alegato del Agente del Ministerio Público, la Corte entra a calificar el mérito de las diligencias sumarias seguidas contra el doctor JORGE SALAZAR MORAN, ex-Gobernador del Departamento de Nariño. No se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

Los hechos

Fueron sintetizados así por el Agente del Ministerio Público:

"El Juzgado Sexto de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Pasto con fecha 23 de diciembre de 1974 remitió a la Corte Suprema de Justicia copias de las actuaciones cumplidas en el proceso contra Javier Chaves y Hortencio Cárdenas por falsedad en documentos públicos, en orden a investigar la conducta del Gobernador de ese departamento que autorizó el pago de dos cuotas una por $ 37.000 a Gregorio Góngora con cédula de ciudadanía número 1'723.003 de Tumaco y otra por $ 13.000 a Vicente Narváez con cédula de ciudadanía número 1'873.320 de Cumbitara, ya que las dos personas mencionadas aparecían como inexistentes".

Resultado de la investigación

1º Las copias de que da cuenta el acápite anterior fueron remitidas a la Corte el 23 de diciembre de 1974, y la Corporación abrió la correspondiente investigación penal el 13 de febrero de 1975 (fl. 29). En desarrollo de la instructiva, se trajeron a los autos las siguientes pruebas:

a) Cuenta de cobro a favor de GREGORIO GONGORA, Tesorero de la Junta de Acción Comunal de Candelilla, municipio de Tumaco, por la suma de $ 37.000 pesos moneda corriente (fls. 81 y 198). La cuenta de cobro aparece autorizada por el Gobernador encargado del Departamento de Nariño. El presunto beneficiario, GREGORIO GONGORA, se identificó para el cobro del auxilio antes citado con la cédula de ciudadanía número 1'723.003 de Tumaco;

b) A folio 198, en fotocopia, obra la cuenta de cobro pagada a VICENTE NARVAEZ GUERRERO, Tesorero de la Junta de Acción Comunal de Panecillo, por la suma de $ 13.000 pesos; igual que la anterior esta cuenta fue aprobada por el Gobernador del Departamento;

c) Se probó que el Gobierno Nacional destinó la suma de tres millones de pesos al Departamento de Nariño y el Gobernador de esa sección del país, por Decreto Nº 877 de agosto 18 de 1972, repartió un millón novecientos setenta y siete mil pesos a las Juntas de Acción Comunal de los diferentes municipios, pero no hubo auxilio

para las Juntas de "Candelilla" y "Panecillo" respectivamente (fl. 84);

d) Por la época de los hechos se encontraba ejerciendo el cargo de Gobernador del Departamento de Nariño, por encargo, el doctor JORGE SALAZAR MORAN (fl. 143);

e) Llamados a declarar los presuntos beneficiarios de los auxilios, se llega al siguiente resultado:

El señor GREGORIO GONGORA, con cédula de ciudadanía número 1'850.136 expedida en Santa Bárbara —Iscuandé, manifestó ser completamente ajeno al cobro de los $ 37.000 pesos para la Junta de Acción Comunal de la región de "Candelilla" del Municipio de Tumaco; afirma el declarante que ignora la ubicación geográfica de la citada región de "Candelilla" (fl. 125).

El otro beneficiario de la cuenta aparece como JOSE VICENTE NARVAEZ, con cédula de ciudadanía número 1'873.320 de Cumbitara (fl. 199). Pero del resultado de la investigación se pudo constatar que JOSE VICENTE NARVAEZ es un personaje ficticio; que el número de la cédula con la cual se identificó la persona que hizo el cobro corresponde al ciudadano NASTACUAS MORIANO DELIO FRANCISCO (fl. 109). Llamado a declarar el citado Nastacuas Moriano Delio Francisco (fl. 168), dice: "Señor juez: respecto de lo que se me pregunta de que si he firmado alguna cuenta de cobro relacionada con auxilios de la Junta de Acción Comunal de Candelilla Municipio de Tumaco, contesto que nunca lo he hecho, porque nunca se ha ofrecido hacerlo, además porque yo siempre he vivido en la vereda Vegas, punto 'El Arrayán', y no he vivido nunca, ni conozco el punto 'Candelilla', que oigo decir que queda en la vía de Tumaco, pero no conozco para allá ni tampoco he pertenecido a la Junta de Acción Comunal de ese lugar. Yo nunca he recibido como interesado de esa Junta ninguna plata y por eso no se cómo es que han hecho esos papeles que me hacen aparecer mi nombre".

Los declarantes JESUS SALVADOR GUERRERO PORTILLA, Tesorero General del Departamento de Nariño (fl. 34), RAMIRO MONTENEGRO ORBES. Promotor de Acción Comunal (fl. 106 y 154) y ABEL GUERRERO ROSERO (fls. 41, 152 y 154 en su orden) manifiestan que las Juntas de Acción Comunal recibían los auxilios, previo el lleno de los requisitos fijados por la Auditoría de la Contraloría General de la República y que las cuentas así legalizadas eran autorizadas por el Gobernador. Guerrero Rosero explica que en su condición de Presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda "Panecillo" no recibió ninguna cantidad de dinero por concepto de auxilio nacional y que el sello le fue entregado al señor JAVIER CHAVES SOLIS, Auditor de la Contraloría General ante la Administración de Impuestos, quien solícitamente se ofreció como gestor de los auxilios para las veredas.

Por el informe rendido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se sabe que con el nombre de VICENTE NARVAEZ GUERRERO no aparece cédula expedida a la fecha y que el número de ciudadanía 1'723.003 de Tumaco no se ha adjudicado a ciudadano alguno (fl. 109).

Por último se probó plenamente que las Juntas de Acción Comunal de "Panecillo" y "Candelilla" no fueron beneficiadas con auxilios regionales de ninguna naturaleza (fl. 155).

Se allegó a los autos copia debidamente autenticada del auto de proceder proferido contra JAVIER CHAVES SOLIS y HORTENCIO CARDENAS por los delitos de peculado y estafa, proveído del Juzgado Tercero Superior de Pasto (fls. 208 y ss.).

Consideraciones de la Sala

La investigación se orientó a esclarecer la participación criminosa en que hubiera podido incurrir el doctor JORGE SALAZAR MORAN, al refrendar con su firma las cuentas que a la postre resultaron tiznadas de falsedad. Pero del contexto de las anteriores pruebas se infiere que el acusado firmó las cuentas asistido de la buena fe y prevalido de la confianza que había depositado en los funcionarios encargados del trámite respectivo; así lo afirma el propio acusado cuando rindió diligencia de injurada. Frente al auto de proceder que obra a fls. 208 y ss., a primera vista parece inoficioso que la Corte entre a estudiar a fondo la actuación del Gobernador acusado, ya

que la responsabilidad por los reatos está claramente delimitada en las personas de JAVIER CHAVES SOLIS y HORTENCIO CARDENAS, funcionarios de la Auditoría de Impuestos Nacionales; pero es del caso estudiar en concreto qué norma violó o pudo haber violado el Gobernador al refrendar con su firma las cuentas de que se ha hecho mención en este proveído. El acusado efectivamente no consultó previamente el texto del Decreto 877 del 18 de agosto de 1972 por el cual la Gobernación de Nariño repartió un millón novecientos mil pesos a las Juntas de Acción Comunal, ya que las de "Candelilla" y "Panecillo" no fueron incluidas en el presupuesto como beneficiadas con las partidas de $ 37.000 y $ 13.000, respectivamente. Esta omisión entrañaría un peculado por culpa, contemplado en el artículo 154 del Código Penal, pero esta figura delictual ha sido descartada en la jurisprudencia, porque, como lo anota el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, "La doctrina penal ha descartado esa forma de culpabilidad cuando la actuación del agente obedece a la conducta dolosa de un tercero".

En el caso sub judice, el Gobernador concretamente no tenía bajo su cuidado la administración, manejo ni control de los auxilios nacionales; tal custodia y gestión por ley están encomendadas a los respectivos Tesoreros, a los Promotores de las Juntas de Acción Comunal de las distintas regiones del país, y su fiscalización le corresponde a la Contraloría General de la República, a través de Auditores Fiscales correspondientes. El acusado únicamente dio el visto bueno a la cuenta de cobro debidamente legalizada, y no tenía la obligación de investigar si los interesados habían aportado los respectivos documentos, si eran los verdaderos beneficiarios o si existía la partida presupuestal correspondiente; estos menesteres, como antes se anotó, corresponden a otras esferas de la administración.

Del estudio prolijo del expediente no aparece por parte alguna que hubiera existido concierto previo entre el Gobernador acusado y los defraudadores del fisco, ni que el acusado a sabiendas y con dolo de propósito hubiera aprobado esas cuentas de cobro con ánimo de defraudar los intereses nacionales.

Para la configuración del punible contra la Administración Pública en cualquiera de sus modalidades, se requieren los siguientes elementos:

a) Un sujeto activo calificado. Como es bien sabido, el punible de peculado es un delito propio, calificado o exclusivo, por cuanto su autor sólo puede ser por definición típica un empleado o funcionario, o un empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado. En el presente caso, está perfectamente claro que el acusado por la época de los hechos se encontraba ejerciendo el cargo de Gobernador del Departamento de Nariño y que en tal virtud ordenó el pago de las cuentas apócrifas;

b) Que el sujeto activo, por razón de sus funciones, esté encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar caudales u otros bienes. Es indubitable que el indagado SALAZAR MORAN no tenía esas condiciones; por ello desaparece en cualquiera de sus modalidades el elemento tipo del punible de peculado;

c) Que el funcionario o empleado público se apropie los bienes o caudales confiados a su administración. Está perfectamente probado en el proceso que el acusado SALAZAR MORAN no se apropió de ninguna forma el bien presuntamente confiado a su administración. Esto aparece de bulto si quien se apropió las sumas pertenecientes al erario fue el señor JAVIER CHAVES SOLIS, Auditor de Impuestos, y HORTENCIO CARDENAS, empleado de la Auditoría;

d) Objeto Jurídico. El peculado es una infracción contra la Administración Pública, y en su estructura legal se establece que el funcionario o empleado público debe velar por la conservación de los bienes o caudales sometidos a su guarda. Se insiste que el Gobernador acusado no tenía bajo su custodia ninguna clase de bienes;

e) Elemento Culpabilidad. El elemento culpabilidad hace referencia al conocimiento que tenga el sujeto activo de la antijuricidad de su acción. En el presente evento, mal puede imputarse al acusado,

dolo o culpa cuando firmó los documentos de cobro que a la postre resultaron falsos.

En consecuencia, habiéndose demostrado plenamente que el hecho imputado al Gobernador no es constitutivo de infracción penal, lo procedente es definir la situación jurídica del acusado decretando un sobreseimiento definitivo a su favor, tal como lo anota el Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Sobreseer definitivamente a favor del doctor JORGE SALAZAR MORAN, por razón de los cargos que le fueron imputados.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONEXIDAD

Procesalmente considerada, la conexidad no se refiere a los elementos constitutivos de cada uno de los delitos cuya existencia posible la origina

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto diecinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 40

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado FRANCISCO GUILLERMO CASTAÑO VELASQUEZ contra la sentencia de 27 de octubre último, proferida por el Tribunal Superior de Pereira que confirmó la de 20 de agosto de 1975, por medio de la cual el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad le impuso pena de un año de prisión, como responsable del delito de concusión.

El recurso se admitió por auto de 22 de enero pasado y en providencia de once de marzo de este año se declaró ajustada a los requisitos formales de ley la demanda presentada por el doctor Conrado Osorno, en representación de FRANCISCO GUILLERMO CASTAÑO VELASQUEZ.

Hechos y actuación procesal

En la Caja de Compensación Familiar y en el Servicio Nacional de Aprendizaje —Sena— de la ciudad de Pereira se presentaron algunas irregularidades en la expedición de certificados de "paz y salvo", por lo que fue enviado como visitador de la Contraloría General de la República el señor Francisco Guillermo Castaño Velásquez, con funciones de investigador. En el curso de sus gestiones, el procesado exigió a Germán Montoya Vélez la suma de diez mil pesos a fin de otorgarle "paz y salvo" y éste aceptó la propuesta. Sin embargo, enteró de la situación a las autoridades de Pereira y con el concurso del F-2 de la Policía se logró la captura de Castaño Velásquez, momentos después de haber recibido parte de la suma convenida, en el hotel "Soratama" de esa ciudad, donde se había concertado la reunión, con previa advertencia a los agentes secretos.

El Juzgado Primero Penal de ese Circuito Judicial inició la investigación y decretó la detención preventiva de Castaño Velásquez. Ordenó luego el envío del negocio a los jueces superiores pues consideró que se había cometido falsedad.

El Juez Tercero Superior, a quien correspondió por reparto el negocio, decretó la práctica de algunas pruebas, y declaró luego cerrada la investigación.

En el auto calificatorio se sobreseyó definitivamente en favor de Castaño Velásquez por el delito de falsedad y fue dictado en su contra auto de proceder por concusión.

Apelada la anterior determinación, el Tribunal Superior decidió confirmarla. Solicitó luego el defensor enviar el proceso a los jueces del circuito, por cuanto el delito que atribuía la competencia a los superiores desapareció en virtud de sobreseimiento definitivo. Esta petición fue negada por el Juzgado de Instancia y continuó conociendo en el proceso.

La demanda

Con fundamento en las causales cuarta y primera de casación dos cargos se formulan a la sentencia del Tribunal Superior de Pereira.

Primer cargo

Lo enuncia así el censor:

"La sentencia de fecha octubre 27 de 1975 ha sido proferida en un juicio viciado de nulidad, por incompetencia del juzgador de primer grado, de conformidad con lo previsto en el ordinal 1º, inciso segundo del Código de Procedimiento Penal. De paso, igualmente, se transgredió lo pertinente del artículo 39 del mismo estatuto, en armonía con el artículo 167 ibidem, por errada interpretación de estas normas de procedimiento, las cuales se aplicaron en forma indebida en el evento sub examine, con desconocimiento cabal del artículo 36, ordinal 2º, del mencionado tratado que fija el fallo del delito de concusión en los jueces penales del circuito".

Como el Juez Superior sobreseyó definitivamente por el delito que le atribuía competencia quedó rota la conexidad y él dictó sentencia en proceso por delito de concusión, cuyo conocimiento no le corresponde.

Segundo cargo

"La sentencia proferida por el Honorable Tribunal considera demostrados hechos alegados como básicos, pero que manifiestamente no han ocurrido, dando lugar a la aplicación indebida de la Ley, en el caso concreto que nos ocupa el artículo 152 del Código Penal, que trata de la concusión".

El censor niega pleno valor probatorio a los testimonios que tuvo en cuenta el sentenciador para dictar el fallo recurrido. "Ninguno de esos testigos se refieren a maniobras realizadas por Castaño Velásquez para obtener del denunciante el pago de los cinco mil pesos. Luego la apreciación que el fallador ha hecho de esas pruebas ha sido contraria a la evidencia procesal, y ha dado lugar a la violación indirecta de la Ley".

Concepto del Procurador

Causal cuarta

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal contempla varias hipótesis de competencia, y la primera de ellas se refiere al caso que el censor califica de nulidad. Conforme a esa norma, debe conocer del proceso el juez de mayor jerarquía hasta la terminación del negocio, vale decir, hasta la sentencia que pone fin al proceso.

Como el legislador no distinguió qué Juez debería seguir en el conocimiento desaparecido el delito que le atribuía competencia al de mayor jerarquía, no es dable al censor hacerlo, pues la norma aclara que "hasta su terminación". Solicita se deseche el cargo.

Causal primera

"Creyó el censor que no existe diferencia alguna entre las violaciones directa e indirecta de la Ley penal sustancial y de ahí el por qué en la enunciación del cargo habla de 'aplicación indebida de la ley', una de las hipótesis con que se estructura y demuestra la primera, para luego, a renglón seguido afirmar que, 'luego la apreciación que el fallador ha hecho de esas pruebas ha sido contraria a la evidencia procesal, y ha dado lugar a una violación indirecta de la ley' ".

Concluye el Procurador solicitando se desestime también este cargo, por ausencia de técnica en su presentación.

Consideraciones

Cargo primero

Incompetencia del Juez

Como los delitos de concusión y falsedad atribuidos al procesado Francisco Guillermo Castaño, están, por su naturaleza, sometidos a diversas competencias, pero en razón de su conexidad debían investigarse y fallarse en un solo proceso (artículo 39 del Código de Procedimiento Penal), avocó su conocimiento el Juez Tercero Superior de Pereira. Cuando calificó el mérito del sumario, lo hizo, como era su deber, examinando todos y cada uno de los elementos de juicio venidos a su examen. Por las razones expresadas en el auto de proceder, posteriormente confirmadas por el Tribunal

Superior de la misma ciudad, sobreseyó definitivamente en favor del sindicado por el delito de falsedad, y lo llamó a juicio por el delito de concusión.

El argumento principal que sirve al recurrente para impugnar la sentencia de segundo grado se hace consistir en que el Juez Tercero Superior perdió capacidad legal para seguir en el conocimiento del negocio desde el momento mismo en que sobreseyó definitivamente en favor de Francisco Guillermo Castaño por el delito de falsedad, pues su competencia para entender en el delito de concusión dependía, inexorablemente, de la existencia del primero. Desaparecido éste, su obligación, se dice, era abstenerse de calificar el sumario, por concusión y remitirlo al Juez Penal del Circuito.

Razones de la Corte

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal atiende específicamente al fenómeno de conexidad. Procesalmente considerada, la conexidad no se refiere a los elementos constitutivos de cada uno de los delitos cuya existencia posible la origina. En sí mismos ostentan caracteres y elementos compositivos propios que les dan fisonomía singular y los diferencian entre sí.

La competencia admite en el derecho colombiano tres géneros distintos: por razón de la materia o de la naturaleza del hecho, de la persona del sindicado y por razón del lugar en que la infracción se comete.

Estos aspectos de la competencia se modifican, como observa Garraud, por efecto de la indivisibilidad y de la conexidad, peculiaridades que deben distinguirse cuidadosamente por el juzgador bajo el entendimiento de que los delitos complejos y los conexos se diferencian y se oponen a los delitos simples. El delito simple se compone de un hecho único y se predica de un solo agente. Los delitos complejos y los conexos exigen pluralidad de hechos o pluralidad de agentes. La vinculación de hechos inexplicablemente unidos entre sí, por modo tal que, sumados, conforman jurídicamente un solo hecho relevante, acusan el delito complejo. Cuando cada hecho, visto aisladamente, o cuando el agregado de distintos hechos, enlazados entre sí, permite distinguirlos claramente en su individualidad y discriminarlos en sus acentos específicos, se tiene el fenómeno de la conexidad entre delitos distintos. De donde resulta que sólo los delitos complejos son indivisibles, en tanto que es propio de su naturaleza el poder ser referidos a la acción de uno solo o de varios agentes.

Garraud dice a continuación: "La conexidad es el lazo que une varios delitos distintos. La pluralidad de infracciones es el carácter que separa de los delitos conexos los complejos. El lazo común lo que los separa de los delitos simplemente concomitantes". Suele obedecer este fenómeno a que los hechos diferentes reconozcan un fin común, provengan de un concierto anterior o admitan una misma causalidad. Todo lo cual no impide que cuando la necesidad lo imponga y justamente en razón de aquellas circunstancias, deban estudiarse en un mismo proceso.

Así las cosas, cada caso concreto de conexidad, demanda extrema prudencia y solicitud del Juez que decide su existencia y avoca su conocimiento.

Cuando para mejor conocimiento de un hecho presuntamente delictuoso y su real o aparente relación con otros igualmente ilícitos las circunstancias aconsejan aprehender su investigación y fallo, en conjunto, así deberá hacerse. Sin que importe al caso que, a la postre y como lo demuestra la práctica diaria, uno o varios de los hechos que en el comienzo se ofrecieron a la vista del juzgador con tales características, no las conservan hasta el final, lo cual no muda la competencia del juez que inició su conocimiento, si como en el caso colombiano al tenor del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal la competencia deviene inmodificable, hasta la culminación del proceso, sin que importen los resultados diferentes que cada uno de los delitos conexos obtenga en la sentencia judicial, o en acto procesal distinto que dicte el Juez con fuerza parcial o totalmente decisoria.

Tal es el caso sometido a estudio de la Sala. El Juez Superior, de acuerdo con el artículo 481 del ordenamiento procesal tenía obligación de hacer pronunciamiento sobre todos y cada uno de los elementos sometidos a su consideración. No podía, como lo pretende el impugnador de la sen-

tencia de segundo grado, omitir la calificación de los hechos constitutivos de concusión. Ni el Tribunal negarle competencia para hacerlo. Esta le venía impuesta de Ley. Los hechos denunciados tuvieron, en su concepto y en el del Juez Penal del Circuito que los conoció inicialmente, apariencias de conexidad. Debían por lo mismo estudiarse conjuntamente, por el juez que exhibía rango superior. Y si en derecho es evidente que no todo acto jurídico participa de la naturaleza del hecho que lo origina, la competencia del Juez Superior que tuvo origen en la conexidad, bajo el supuesto de que la falsedad y la concusión existían, desaparecida su vinculación por gracia del sobreseimiento definitivo que, con fundamentos razonables, ratificados por el Tribunal, profirió el Juez Superior en favor del sindicado, no por ello desapareció su competencia, como no sería excusable su negativa a continuar el trámite del negocio, hasta su terminación, contra expreso mandato del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. La conexidad obliga la instrucción y la calificación conjunta. Pero conexidad y competencia no son de igual naturaleza, así por ministerio de *ley* la segunda se cause en la primera. La competencia se fija en el momento en que la existencia presunta de delitos diferentes, aparentemente conexos entre sí hace aconsejable investigarlos y fallarlos en proceso único y se mantiene para todos los efectos hasta su terminación. Y el sobreseimiento temporal o definitivo que el juez de la conexidad dicte en favor del procesado por el delito que al tenor del artículo 39 le dio la competencia para investigarlos y fallarlos en conjunto, no tiene por qué influir en su capacidad legal para hacerlo en el futuro, a menos que sobrevengan causas de inexcusable cumplimiento, como sería, valga el ejemplo, la sustancial incompetencia del juez, porque la concusión dejara de serlo, por exigir calificación jurídica distinta, por fuera de la competencia del Juez Superior.

En previsión de que el delito de competencia privativa del Juez de superior categoría diere ocasión al sobreseimiento definitivo o a otro fenómeno jurídico que disuelva en el proceso la conexidad, quiso el legislador que el juez que de ella devino competencia para entender de los delitos inicialmente conexos, continuara en el juzgamiento. El cargo no prospera.

Cargo segundo

Se plantea como errónea interpretación en la apreciación de las pruebas, con indebida aplicación del artículo 156 del Código Penal.

Se fundamenta en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 580 del Estatuto Procesal.

No dice el recurrente si el error por él anotado es de hecho o de derecho.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal apunta que tocaba al demandante demostrar fehacientemente el hecho o los hechos de evidencia ostensible en el sumario ignorados por el sentenciador, o cuáles, que no existían allí, fueron tenidos como pruebas de incuestionable mérito, de forma que, si tal no hubiera ocurrido la sentencia habría sido absolutoria.

Y en el segundo caso —error de derecho— haber mostrado qué hecho probatorio, con tarifa legal, fue desconocido en la sentencia, con indicación de la norma procedimental que tasa su mérito, y su incidencia en la Ley sustancial que se dice violada.

O advertir, si era el caso, qué disposición reguladora de las formas de asunción de pruebas al sumario fue igualmente ignorada por el fallador, si también en ello consiste el error de derecho en la apreciación de aquéllas.

El cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Quiénes juzgan a los Infantes de Marina.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto diecinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 40

Vistos

Decide de plano la Corte el conflicto de competencia creada entre el señor Comandante de la Fuerza Naval del Sur —Juez de Primera Instancia—, y el Inspector General de la Armada Juez de Primera Instancia—, en cuanto al juzgamiento del Soldado de Infantería de Marina Bernardo Palacios Rozo contra quien se adelantó proceso penal bajo la sindicación de haber sido autor de un delito contra la propiedad, en perjuicio del señor Ramón Rodríguez Celis.

Los hechos tuvieron ocurrencia en el barrio "ciudad Kennedy" de Bogotá y luego de que la Justicia Ordinaria a través del Juzgado 17 Penal Municipal inició la investigación, le fue solicitado el proceso por las autoridades militares una vez que se estableció que el señor Palacios Rozo pertenecía a la Armada Nacional como Soldado de Infantería de Marina.

La investigación fue confiada entonces a un funcionario de Instrucción adscrito a la Justicia Penal Militar, y una vez perfeccionada, pasó el proceso al Señor Inspector General de la Armada Nacional —Juez de Primera Instancia— para que determinara, en definitiva, a qué funcionario correspondía la competencia para conocer de este proceso (fl. 84). El Señor Inspector General de la Armada envió el negocio al Auditor Superior de Guerra del Comando de la Armada "para la correspondiente asesoría jurídica y especialmente para que se pronuncie sobre el juez competente para conocer de este proceso" (fl. 65).

El Auditor Superior de Guerra de la Armada Nacional resolvió la cuestión planteada, considerando que en principio, el delito atribuido al Soldado de Infantería podía ser de competencia de la justicia ordinaria, pero que, por cuanto se estableció la vinculación del sindicado a la Armada Nacional, y además, el país se hallaba en estado de sitio cuando el hecho se cometió, su conocimiento estaba atribuido a la Justicia Castrense. De otra parte, expresa el señor Auditor, se estableció que el sindicado estaba adscrito "al Apostadero Naval ARC 'Leticia' y esta Unidad depende orgánicamente del Comando de la Fuerza Naval del Sur... Por lo anteriormente expuesto considero que deben enviarse todos los antecedentes al Comando de la Fuerza Naval del Sur..." (fl. 66). Así se dispuso, por determinación del señor Inspector General de la Armada (fl. 72).

El señor Comandante de la Fuerza Naval del Sur procedió a ordenar "que los autos vayan al Despacho del señor Auditor Auxiliar de Guerra Nº 19 con sede en la ciudad de Bogotá, a fin de que se digne emitir concepto sobre el mérito del mismo" (fl. 77).

El Auditor produjo el concepto solicitado por el Comandante de la Fuerza Naval del Sur, y claramente expresó que "el presente proceso es de competencia del Señor Comandante de la Fuerza Naval del Sur en su condición de Juez de Primera Instancia ya que a esa Guarnición pertenece el sindicado". Que, así mismo, debe descartarse

que la competencia corresponde a la Justicia Ordinaria por cuanto está demostrado en el proceso, que el sindicado "no ha sido dado de baja y permanece en servicio activo", por todo lo cual concluye, que debe "dictar una Resolución convocando un Consejo de Guerra Verbal" para el procesamiento del inculpado (fl. 79).

El señor Comandante de la Fuerza Naval del Sur compartió el concepto del Auditor de Guerra y dictó la Resolución 006 mediante la cual convocó el Consejo Verbal de Guerra que juzgaría al Infante de Marina (fl. 80). El Consejo se desarrolló normalmente y los Vocales emitieron por unanimidad veredicto de inocencia y, así, de acuerdo con él se dictó la correspondiente sentencia absolutoria" (fl. 94).

Al tramitarse la consulta de ley ante el Tribunal Superior Militar, éste declaró la nulidad del proceso a partir de la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, por cuanto se estableció que los cuestionarios sometidos a consideración de los Vocales no habían sido firmados por el Presidente del Consejo, ni por el Asesor Jurídico y el Secretario, y tampoco habían sido insertados en la correspondiente acta de audiencia (fl. 112).

El proceso fue remitido al Comandante de la Fuerza Naval del Sur como Juez de Primera Instancia y en cuya sede se había llevado a cabo el Consejo de Guerra declarado nulo, obviamente, para los efectos pertinentes que no podían ser distintos que los de corregir la irregularidad anotada por el Tribunal Superior Militar. Sin embargo, en esta oportunidad, el Comandante de la Fuerza Naval del Sur decidió que la competencia para juzgar al Infante de Marina correspondía al Inspector General de la Armada, planteando desde ya la colisión de competencia negativa.

Aduce en favor de sus tesis el Comandante de la Fuerza Naval del Sur, que el sindicado Bernardo Palacios Rozo estaba a órdenes de la Sanidad Naval desde hacía más de un año, lo cual significa que "no podía existir ninguna relación de jurisdicción y mando entre el Comando de la Fuerza Naval del Sur y el acusado". Que, de otra parte, se ha establecido "doctrinaria y jurisprudencialmente que en los casos de comisiones permanentes, o sea, aquellas superiores a noventa días, cambia la competencia, aunque siga existiendo la relación directa del comisionado con su guarnición sede", por lo que, en tales circunstancias, y no siendo el Director de Sanidad Naval de quien dependía directamente el procesado, en el momento de cometer el ilícito, funcionario con facultades jurisdiccionales, deberá darse aplicación a la "excepción" consagrada en el artículo 339 del Código de Justicia Penal Militar que adscribe al Inspector General de la Armada el conocimiento de los casos que no fueron previstos en los artículos que reglamentan la competencia para el Juzgamiento del personal de la Armada Nacional (fl. 117).

El señor Inspector General de la Armada afirma la competencia para conocer de este proceso en el Comandante de la Fuerza Naval del Sur, con base en los siguientes argumentos:

1º La calidad de militar del sindicado está demostrada en los autos si se tiene en cuenta que no se ha producido "por la Dirección de Personal de la Armada la correspondiente disposición que lo desacuartelara o licenciara", por lo que, debe entenderse que sigue con su calidad de miembro de las Fuerzas Militares;

2º La separación del cuerpo de Infantería de Marina de la Fuerza Naval del Sur a donde estaba adscrito, no se produjo por comisión del servicio, situación que requería una orden del Comando de la respectiva Fuerza "con especificación del lugar, la misión a cumplir y el tiempo de duración", por lo que, no se daría la hipótesis planteada por el Comandante de la Fuerza Naval del Sur; y,

3º No es el caso de aplicar la "excepción" a que se refiere el artículo 339 del Código de Justicia Penal Militar, porque el hecho que debe juzgarse en este proceso sí se halla previsto en las normas respectivas del citado Código, y más específicamente, en el artículo 336 **ibídem**, por lo que, considera el señor Inspector General de la Armada que el proceso debe regresar al señor Comandante de la Fuerza Naval del Sur por ser este funcionario competente, como Juez de Primera Instancia para conocer del ilícito atribuido al Infante de Marina Palacios Rozo.

Es incuestionable que, en cuanto a la ca-

lidad de militar del Infante de Marina señor Bernardo Palacios Rozo, está demostrada, precisamente por no haberse dictado la correspondiente determinación de la Dirección de Personal de la Armada mediante la cual se hubiera dispuesto su separación de las Fuerzas Militares, tal como lo afirma el señor Inspector General de la Armada. La prueba de tal afirmación se evidencia, si se tiene en cuenta además, que el dicho Infante de Marina estaba sometido a tratamiento médico a órdenes de la Sanidad Naval, como lo reconoce expresamente el Comandante de la Fuerza Naval del Sur. No se trataba entonces de ningún tipo de comisión que diera lugar a plantear la hipótesis a que se refiere el Juez Instructor en el acta visible a folio 64.

El Código de Justicia Penal Militar en el Título III sobre Organización de la Justicia Penal Militar dice, "quienes ejercen la Jurisdicción Penal Militar, y distribuye la competencia tomando en cuenta el arma a la cual pertenece la persona sometida a proceso: Personal del Ejército, de la Armada Nacional, de la Fuerza Aérea, del Personal de la Policía. Y en cuanto a la Armada Nacional, muy claramente dispone el artículo 336, que a los Comandantes de las Fuerzas y Bases Navales le está adscrita la competencia como jueces de primera instancia para el conocimiento de los juicios penales militares" contra el personal de Suboficiales... Tropa de Infantería de Marina... que esté bajo su dependencia. Luego prevé la norma otro tipo de competencias relativas a los hechos cometidos en Buques, y finalmente, en el artículo 338 se dice, que en los casos que no han sido previstos, es decir, como excepción a la norma general contemplada en los artículos anteriores y para el caso de que un determinado hecho no haya sido previsto en ellas, las competencias se le adscribe al Inspector General de la Armada.

En el caso de autos, no queda la menor duda de que el hecho objeto de la colisión encaja perfectamente dentro de la previsión contenida en el artículo 336 del Código de Justicia Penal Militar, porque, como quedó dicho, se trata primeramente de un militar en servicio (Art. 308 numeral 2º Código Justicia Penal Militar), y que estaba además bajo la dependencia del Comando de la Fuerza Naval del Sur, entendiendo por dependencia, no sólo la presencia física del Infante en respectiva Base, sino su adscripción a ella por norma interna de los mandos que tienen facultad para tomar esa disposición.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias de que se trata en el sentido de declarar que el conocimiento de este proceso corresponde al Comando de la Fuerza Naval del Sur, al que será remitido previo aviso de lo aquí resuelto al Inspector General de la Armada Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COHECHO

Su definición y sus efectos

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto diecinueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 39 de doce de agosto de 1976.

Vistos

El Juzgado 12 Penal del Circuito de Bogotá, en auto de diez de mayo del año próximo pasado y en negocio inicialmente promovido por Guillermo León Sánchez Molano, por "estafa", contra José Alfonso Cárdenas Castro, averiguación que luego tomó su verdadero rumbo, esto es, por "cohecho" para comprender a denunciante, denunciado y a los hermanos Samuel Alberto y Hernán Escrucería, ordenó en su aparte segundo de la sección resolutiva: "Ratificar que se compulsen las copias pertinentes a fin de que se investigue por separado las presuntas infracciones imputadas al señor Contralor General de la República doctor JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ, copias con destino a la Honorable Corte Suprema de Justicia". (fls. 189 a 193, del cuaderno que en lo sucesivo se identificará como el Nº 2).

El Magistrado Julio Roncallo Acosta, a quien le fueron repartidas dichas fotocopias, ordenó abrir investigación penal en contra del Doctor JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ, Contralor General de la República, y al efecto, en su aparte 2º dispuso "tener como elementos de juicio los contenidos en los documentos determinantes de las presentes diligencias", a la vez que señaló de modo concreto la práctica de numerosas diligencias. Este auto está fechado el 1º de agosto de mil novecientos setenta y cinco (fls. 2 a 4, Cuaderno Nº 1).

La doctora Gloria Velandia Rodríguez, Juez 52 de Instrucción Criminal de Bogotá, Ambulante, fue designada para actuar como instructora y a órdenes del Magistrado Sustanciador. (fls. 6 y 7, Cuaderno Nº 1).

Desde el 29 de agosto del año en referencia hasta el 16 de febrero del año en curso, actuó la funcionaria instructora, dejando perfeccionada la investigación. (fls. 7 a 318, 319, 320 a 334, Cuaderno Nº 1).

Posteriormente, el nuevo Magistrado Sustanciador, inició y culminó el debido emplazamiento, como sindicado ausente, del doctor ESCALLON ORDOÑEZ, designándole como apoderado de oficio al doctor Rafael Poveda Alfonso. (fls. 335 a 339, Cuaderno Nº 1).

Cumplida esta actuación, mediante auto de dos de abril, se declaró cerrada la investigación y se procedió a los traslados de ley. (fls. 340, 403 y 404 Cuaderno Nº 1).

El Procurador 3º Delegado en lo Penal, doctor Eduardo Torres E., en extenso, completo y bien estructurado concepto, al cual se referirá la Sala en detalle, solicita se dicte "...auto de proceder contra el ex-Contralor General doctor JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ por el delito de Cohecho (capítulo III, Título III, Libro 2º del Código Penal)..." (fls. 341 a 401. Cuaderno Nº 1).

Por su parte el señor apoderado, doctor Rafael Poveda Alfonso, tiene ocasión de referirse a los resultados de la averiguación y de analizar los puntos de incriminación destacados por la Procuraduría Delegada,

estudio que le permite deprecar la expedición de un sobreseimiento definitivo, en favor de su representado y asistido. (fls. 405 a 410. Cuaderno Nº 1).

Debe ahora la Corte señalar la calificación sumarial que corresponde a los elementos de prueba allegados a este proceso. Y no existiendo motivo de invalidación que incida perjudicialmente en lo actuado, a ello se procede.

Hechos

Para el mes de agosto de 1974, José Alfonso Cárdenas Castro se desempeñaba como empleado en la Contraloría General de la República (Auditor en Telecom) y mantenía amistad con los hermanos Escrucería, especialmente con Samuel Alberto, quienes exhibían y demostraban singular confianza y entendimiento con el doctor JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ. Estos factores permitieron la insinuación, por parte de Samuel Alberto, para que aceptara un traslado a la Auditoría de Ecominas, posición que facilitaba la obtención de lucros económicos, con lo cual se podía ayudar a ESCALLON ORDOÑEZ, quien estaba pecuniariamente quebrantado por razón de gastos ocasionados en enfermedades de su familia, particularmente de su hija Yolanda, abandonada por su esposo. Cárdenas Castro rehuyó la designación por inconvenientes personales pero seleccionó a Guillermo León Sánchez Molano, con quien conservaba buena amistad y estaba igualmente vinculado a la Contraloría en la División de Auditorías Fiscales, facilitándose por esto su designación.

Al entrevistarse los tres, Samuel Alberto Escrucería indicó a Sánchez Molano "...que él sabía que las minas estaban produciendo puesto que a él lo tenían informado sobre las remesas de esmeraldas que estaban trayendo los funcionarios de la Contraloría destacados en Muzo y Coscuez, y que por ello esperaba que ... se manejara bien para poderlo sostener en el cargo...". Posteriormente, creado este estímulo, Escrucería comunicó a Cárdenas Castro que el valor fijado para dispensar el nombramiento, ascendía a la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). Aceptó Sánchez y de la Caja de Ahorros del Banco de Colombia, hizo el primer retiro por la cantidad señalada. Al llevarle este dinero Cárdenas a Escrucería, éste le manifestó que "...por ahora no se podía que guardara el dinero y que él me avisaría cuándo se hacía el nombramiento para que le entregara el dinero...". A principios del mes de septiembre de 1974, se formalizó el ilícito arreglo, pero el contacto principal, Escrucería, informó que el nombramiento tenía un costo de cien mil pesos ($ 100.000.00). Sánchez Molano procedió a retirar cincuenta y dos mil pesos ($ 52.000.00) y completó la suma exigida. La suma total, cien mil pesos ($ 100.000.00) la entregó Cárdenas a Escrucería, en el Hotel San Francisco. Se concertó, para el 18 de octubre, una cita entre Escrucería y Cárdenas para ir a casa de ESCALLON ORDOÑEZ y comprobar directamente que el dinero había llegado a su final destinatario como también que el nombramiento se haría antes de viajar ESCALLON ORDOÑEZ al exterior, ese mismo mes. Allí éste le hizo saber a Cárdenas Castro que pasaría, en reemplazo de Miguel Aldana, a la Subauditoría de la Aduana Interior y se le ratificó que antes de partir ESCALLON ORDOÑEZ para Nueva York, quedaría en firme la designación de Sánchez Molano. Ya el 18 de noviembre, Samuel Alberto Escrucería le advirtió que ESCALLON ORDOÑEZ solicitaba, para cumplir lo pactado, un término de dos días más. Efectivamente, el 20, Escrucería le comunicó el número de la resolución que ordenaba el traslado de Sánchez Molano a la Auditoría de Ecominas, pero también la exigencia de reajustar en cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) el valor total acordado. Cuando Sánchez Molano apareció en la residencia de Cárdenas Castro con el original y copia de la carta en donde daban cuenta de su traslado (fechada el 21), Cárdenas le hizo saber el sobreprecio. De inmediato iniciaron gestiones para atenderlo y fue así como Sánchez Molano buscó un préstamo de Julio Silva, para este fin, y Cárdenas, ante la protesta de Sánchez Molano por la tardanza en enviarlo a la zona de Muzo y la perspectiva de dificultarse la recuperación del dinero, intentó su consecución con el doctor Juan Lara Aguancha, Jefe del Departamento Médico del Ministerio de Obras Públicas y ex-Senador de la República, quien le ofreció ayu-

darle si lograba la venta de un ganado. Para afianzar a Samuel Alberto Escrucería, Cárdenas obtuvo de Lara Aguancha que hablara telefónicamente con él y le hiciera saber de su gestión y promesa. Después vino la marcha atrás de ESCALLON ORDOÑEZ, ya porque estaba temeroso de ser descubierto en este nuevo ilícito, por obra de las investigaciones que se estaban impulsando, ya porque no se le satisfacía totalmente su requerimiento, y devolvió a Escrucería, setenta mil pesos ($ 70.000.00) en cheque y treinta mil pesos ($ 30.000.00) en efectivo. Sánchez Molano le confirmó la recuperación de los treinta mil pesos, de manos de Samuel Alberto Escrucería y supo a ciencia cierta que este inescrupuloso y sombrío intermediario se negaba a devolver todo el dinero "...porque no iba a perder su trabajo ya que él había hecho esa gestión para ganar algún dinero toda vez que no estaba actuando en la Cámara...". Fue inútil todo esfuerzo para lograr lo que realmente se buscaba con el nombramiento, el envío a la zona esmeraldífera —Muzo, Coscuez— o para recuperar el dinero. Cárdenas Castro, apremiado en este doble sentido, tuvo que soportar el peso de las protestas y frustraciones de Sánchez Molano. Entonces apareció la denuncia por "estafa", en su contra, formulada por Guillermo León Sánchez Molano el seis de febrero de 1975, en cuantía de setenta y dos mil pesos ($ 72.000.00), ampliada luego ante el Juez 67 de Instrucción Criminal, con base en que Cárdenas Castro le había inducido en error con el engaño de establecer un restaurante en la zona norte de la ciudad de Bogotá, convenciéndole de la realidad y ventajas de este negocio al punto que entregó, en dinero contante y sonante, esa suma. Cárdenas Castro, el 6 de marzo, (fls. 25 y ss. Cuaderno Nº 2) y el 28 de abril de 1975 (fls. 58 y ss. Cuaderno Nº 1), resolvió narrar la verdad de lo acontecido, en la forma que se deja visto, aunque en los hechos resultaba seriamente involucrado.

Opinión de la Procuraduría

La alternativa probatoria, que limita y define la posibilidad de un comportamiento delictuoso en ESCALLON ORDOÑEZ, consiste en tener por cierta la versión de Cárdenas Castro o negarle mérito a ésta para concedérselo a la de Sánchez Molano. Para Cárdenas Castro, el dinero recibido de quien fuera su denunciante, tuvo por finalidad retribuir el nombramiento de Auditor de Ecominas, con lo cual se propiciaban los viajes a Muzo y Coscuez, dinero que se entregó a Escrucería y fue a parar a ESCALLON ORDOÑEZ, quien parece los restituyó a Escrucería, quedándose éste con su mayor parte, o sea, setenta mil pesos ($ 70.000.00). En cambio, para Sánchez Molano, el ex Contralor no existe en el plano de sus relaciones pecuniarias, ni menos Escrucería, a quien no conoce ni ha tratado. La única causa de su infortunio económico, radica en el comportamiento de Cárdenas Castro, pues éste, hábil en el ardid y el engaño, le indujo en error al proponerle un lucrativo, fácil y seguro negocio de restaurante, que, como toda añagaza, no apareció nunca ni permitió la recuperación de su dinero, exclusiva meta de los artificios.

El Ministerio Público tiene ocasión de repasar los múltiples aspectos probatorios de este sumario, al punto que detalla cada uno de los elementos de convicción que integran este expediente, para destacar, sin inquietudes, la verdad que bulle en el testimonio de Cárdenas Castro y la mentira que afecta y destruye el de Sánchez Molano. Abunda, a este respecto, en la verificación de atendibles circunstancias indiciarias. No pocas de estas acotaciones, por su fidelidad al proceso y su correlación e influencia, las prohijará la Sala y las ampliará en el acápite de sus propias reflexiones.

Aspectos que demeritan la versión de Guillermo León Sánchez Molano

Pues bien, para establecer la incierta naturaleza del testimonio de Sánchez Molano y lo alejado que está de lo que pretende imponer como acomodaticia y artificial verdad, la Procuraduría menciona estos aspectos:

a) A pesar de la considerable cantidad de dinero confiada a Cárdenas Castro, no recuerda Sánchez Molano la época en que ello ocurrió. De autos se colige fehacientemente que fue a principios de septiembre de 1974, pero Sánchez Molano ubica el

comportamiento en octubre. Y no es que trate de referirse a la segunda entrevista, verificada en este mismo mes, ya que para él solo existió un contacto para la entrega de tan apreciable suma. Tampoco acierta cuando rememora el lugar en donde se efectuara esta operación;

b) El origen del dinero entregado a Cárdenas, cuando se hace depender de la venta de una casa a Emilio Ramírez R., es inexacto, o al menos, de indescifrable confusión. La mayor parte del dinero proveniente de la compraventa del inmueble, la recibió con posterioridad al negocio con Cárdenas Castro, y, "...aunque se aceptara que había recibido con anterioridad como arras la cantidad que se dio por pagada en esa fecha, esta era insuficiente para completar el monto del dinero entregado...";

c) No pudo precisar, en definitiva, quién fue el que le acompañara para retirar el dinero. En su denuncia (fl. 1 Cuaderno Nº 2) sólo menciona la presencia de Antonio José Araque y Marta Ligia Cruz. En careo de fls. 194 v. Cuaderno Nº 2, dice que llevó por testigos a Araque y a Luz María Currea de Sánchez Molano. Este Araque Celis, a fls. 10 Cuaderno Nº 2, advierte que acompañó, no al banco sino a su casa, a Sánchez Molano para retirar el dinero. No alude a la cónyuge de éste. El declarante recupera la memoria, meses después y señala su presencia y la de Luz María Currea en el banco (fl. 291 Cuaderno Nº 1) coincidiendo ya con ésta (fl. 232 Cuaderno Nº 2) y con Sánchez Molano;

d) No es aspecto comprensible que sobre negocio de tanta magnitud, por la cantidad de dinero que requería y las obligaciones graves y complejas que creaba, como el del supuesto restaurante, no se escribiera una sola línea ni se confeccionara el documento correspondiente. Contrasta esto con la exigencia, por parte de Sánchez Molano, de una letra de cambio para garantizar un préstamo que hiciera a Cárdenas Castro, en cuantía de dos mil pesos;

e) Al comentar las comisiones cumplidas como revisor en la Empresa Colombiana de Minas, aludió a una realizada por la Costa Atlántica, que a la postre no existió según demostraciones producidas al respecto, pero se silenció la que realmente cumpliera a las minas de Coscuez;

f) De la entrevista celebrada con Herrera y Silva, en la cual solicitó a éste un cuantioso préstamo para atender asunto relacionado con un "cargo" para el cual había sido nombrado, nada dice que no sea desconocerla. Esta realmente se verificó y la prueba no puede ser más abundante y calificada.

Circunstancias que valorizan el testimonio acusador de José Alfonso Cárdenas

En cambio, en favor de la veracidad del dicho acusatorio de Cárdenas Castro, la Procuraduría enfatiza en los siguientes puntos:

a) Las manifestaciones de éste no se dirigieron a buscar su defensa, su exculpación absoluta. No. La versión le comprometía en acción grave e implicaba acusación seria contra funcionarios de la calidad del doctor ESCALLON ORDOÑEZ y de la influencia política del doctor Samuel Alberto Escrucería:

b) Indicó la entrega, a este último y con destino al primero de los mencionados, de cien mil pesos ($ 100.000.00), provenientes de Sánchez Molano, quien los diera en dos partidas, cada una en cuantía de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). Pues bien, Sánchez Molano aparece retirando del Banco de Colombia, de su cuenta de ahorros, cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) el 4 de septiembre de 1974, y, cincuenta y dos mil pesos ($ 52.000.00), el 9 de octubre del mismo año, fechas señaladas con buena precisión por Cárdenas Castro;

c) Samuel Alberto Escrucería afirma, en desprestigio de las manifestaciones en que le envuelve Cárdenas Castro, que apenas le conocía de vista. Pero Cárdenas Castro afirma que le entregó en el Hotel San Francisco, un cheque del Banco Popular, sucursal Avenida Caracas de Bogotá, por la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00), que aquél debía consignar en Cali. El cheque figura en la investigación y tiene fecha de 21 de octubre de 1974. (fl. 35 Cuaderno Nº 2). Escrucería, sin fortuna, intenta explicar la razón de ser de éste y elude a que se trata de algún favor que hizo de cambiar ese cheque, que resultó sin fondos, lo cual dio origen a que a él se le diera la suma correspondiente y devolviera el título valor,

pero sin saber "de quién sea esta firma que gira el cheque". (fl. 108 Cuaderno Nº 2);

d) El nombramiento de Sánchez Molano lleva fecha de 21 de noviembre de 1974, fundamental aspecto que concuerda perfectamente con los ciclos de conversación que realizaban Cárdenas, Escrucería y ESCALLON ORDOÑEZ y con las promesas que los dos últimos hicieron;

e) La final exigencia de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) aparece respaldada por la actividad desplegada por Cárdenas Castro para obtenerlos de Juan Lara Aguancha, quien comunicó esta pretensión a Escrucería, persona esta que, por la gravedad del factor incriminante, niega este contacto telefónico; y la de Sánchez Molano, con Alberto Herrera Galindo y Julio Roberto Silva Castellanos, fundamental circunstancia de incriminación rechazada por aquél;

f) ESCALLON ORDOÑEZ, para esta época crucial, aparece recibiendo cuantioso préstamo de Samuel Alberto Escrucería ($ 150.000.00) y devolviéndolo rápidamente, en forma parcial: primero setenta mil pesos ($ 70.000.00) y luego quince mil pesos ($ 15.000.00). La última cantidad no recuerda si fue pagada en efectivo o en cheque. Anota que de esto se hizo recibo, pero Escrucería niega esta documentación. El movimiento de este dinero, concuerda con las informaciones recibidas por Cárdenas Castro, suministradas por Escrucería sobre la marcha atrás que diera ESCALLON ORDOÑEZ sobre la posesión de esta suma;

g) Cárdenas Castro fue visto en casa de ESCALLON ORDOÑEZ.

Otros elementos de sindicación

Se agrega a esto la siguiente serie de indicios:

a) La deuda con Escrucería no aparece relacionada en la declaración de renta de ESCALLON ORDOÑEZ, como tampoco otras anteriores que dice existieron con la familia Escrucería y con las cuales pretende dar piso a esta entrega de dinero en suma cuantiosa;

b) La capacidad económica de Escrucería tiene que afincarse en evasión fiscal y en contrabando de cemento al Ecuador, pero ni aún así se demuestra esta aptitud para esta clase de préstamos;

c) El cambio de Sánchez Molano, a Ecominas, no fue solicitado, pero se produjo. Y fue necesario crear el correspondiente cargo en la Auditoría de esta dependencia y determinar otras modificaciones. La firma de ESCALLON ORDOÑEZ fue necesaria para que surgieran estas situaciones;

d) Para Cárdenas Castro saber suceso tan privado como fue la devolución del dinero a Escrucería, tuvo que tener información de éste. El hecho sí se presentó, aunque ESCALLON ORDOÑEZ alude el fenómeno del préstamo;

e) En el mes de abril de 1975, Sánchez Molano fue enviado en comisión a la región esmeraldífera de Boyacá. Las minas estaban cerradas y bajo control militar. La comisión no se ordenó, dice el Auditor Cecilio Cortés, por ESCALLON ORDOÑEZ, pero sí conoció de ella. El motivo de la misma no se pudo precisar satisfactoriamente. No produjo el inventario, razón de ser de la misma, y su informe no pudo ser más breve para una labor de varios días;

f) La vinculación de Cárdenas, Sánchez y Escrucería es manifiesta.

Alegación del señor apoderado de oficio

Empieza éste por indicar que los elementos probatorios aportados a esta investigación, permiten componer muy diferentes e incompatibles versiones, según el criterio que sobre los mismos se acoja. El Procurador Delegado, se adscribió a la tesis antiescalonista y de ahí las múltiples páginas que tuvo que escribir para poder creerle a Cárdenas Castro.

Por el contrario, le bastan al memorialista breves glosas para demostrar una muy diferente conclusión, vale decir, que ESCALLON ORDOÑEZ no ha incurrido en delito alguno, esto porque hay que dispensarle rotunda credibilidad al testimonio de Sánchez Molano, quien registra limpieza de antecedentes y ha mantenido, sin variaciones, su inicial testimonio, aspecto este último que no cuenta para Cárdenas Castro, acusador que en un principio se mostró cauteloso (llegó a indicar que no sabía los motivos de su indagatoria) y aprovechó el desafecto que la Procuraduría no ha podido ocultar contra ESCALLON ORDOÑEZ. Por eso, éste denunciante no acudió a los juc-

ces ordinarios sino al Delegado para la Policía Judicial de la Procuraduría, en donde dominaba un ambiente de prevención contra el procesado y se difundía y ampliaba toda noticia que le fuera desfavorable y perjudicial.

Critica, por inverosímil, el relato de Cárdenas Castro. Al respecto anota:

a) El motivo de la actividad delictuosa que se imputa a ESCALLON ORDOÑEZ, consistió en los gastos de una intervención quirúrgica practicada a su hija Yolanda. Esto no puede ser más falso, pues "en el proceso está desmentido suficientemente que la hija del doctor ESCALLON hubiera sido operada";

b) "No hay mucha claridad en el proceso acerca de los vínculos que ataron a Cárdenas y Escrucería, pero sí la hay de que no existieron entre Cárdenas y Sánchez", lo cual presenta como algo ficticio la condición de "redentor" gratuito que Cárdenas quiso asumir para con Sánchez;

c) Cuál es el motivo y quién lo ha demostrado, para que se tenga como valor de la Auditoría de Ecominas, la suma de cincuenta, cien, o ciento cincuenta mil pesos? De donde puede desprenderse, y cuál la prueba de autos que así lo establezca, que una posición administrativa de esta índole produce un enriquecimiento delictivo? Quién se ha lucrado, abundante y puniblemente, de un nombramiento de esta especie? No es dable incurrir en la aberrante posición de entender que "en la provisión de ese puesto y de otros, como los de Aduanas, se presume la mala fe solamente porque la sospecha popular así lo tiene sentado";

d) Resulta incomprensible que las variaciones en el precio (cincuenta, cien, ciento cincuenta mil pesos) fueran admitidas, sin protesta, por parte de Sánchez o de Cárdenas. Si a éstos "nada los ataba... no eran vecinos, ni los acercaba una vieja amistad, ni tenían amigos comunes", por qué Cárdenas llegaba al extremo de buscar por propia cuenta la suma de cincuenta mil pesos, cuantía de la última inopinada cuota, y hasta arriesgarse a responder por ella ante el doctor Juan Lara Aguancha? "La inverosimilitud de este episodio rebosa todos los excesos";

e) Cárdenas Castro, a falta de elementos serios y atendibles, finge circunstancias muy accesorias para denotar relación con ESCALLON ORDOÑEZ (verle pasar en su vehículo oficial, entrar a su casa una vez, describir algunos de los lugares de ésta, llamar por teléfono, asistir a un homenaje, etc.). "El señor Cárdenas tuvo el buen cuidado de mostrarse amigo del doctor ESCALLON para poder vincularlo en el supuesto cohecho. Con dos o tres intimidades que dijera de su vida, así no resultaran todas ciertas, ello bastaba para procesar al doctor ESCALLON siendo así que se vivía un ambiente muy propicio contra su persona y su imagen". La popularidad de un hombre público como el procesado, permitía conocer muchas de sus particularidades y de ahí que al conocer, por Escrucería, la existencia del préstamo que éste le hiciera y el pago parcial del mismo en un cuantioso cheque, le sirviera a Cárdenas "para montar la farsa del cohecho, así la razón de ser del cheque hubiese sido la que le dan de consuno ESCALLON y Escrucería";

f) Todo esto lo que indica, a las claras, es que Cárdenas es un "lagarto", de los que tanto abundan y merodean alrededor de los personales nacionales para buscar un puesto o mejorar el que tienen. "Están metidos en todas partes", "chupando a los grandes, rodeados del desprecio general" y con tan buena suerte en todas sus trapacerías que, por ejemplo, este Cárdenas Castro, a pesar de conocerse el acta de matrimonio civil celebrada con una amante suya, en Venezuela, no ha sido sancionado por bígamo. El doble matrimonio, que constituye un doble engaño, es representación fiel de su comportamiento con los demás.

Consideraciones de la Sala

Al analizar, con todo detenimiento, los aspectos críticos que presentan el Procurador Delegado y el doctor Rafael Poveda Alfonso, tiene que concluirse en favor de la tesis y conclusiones del primero. No por afán de advertir situaciones adversas para el procesado sino por la consistencia de las circunstancias incriminadoras que escruta y la fuerza del raciocinio que en ellas puede apoyarse. Nada hay de artificial en ellas y la solidez de sus deducciones es aspecto

notable. El criterio más escéptico y sagaz, aplicado a tales planteamientos, no logra sino conclusiones armónicas con esa opinión y en la línea que conduce a establecer una conducta delictiva en ESCALLON ORDOÑEZ. Las circunstancias que destaca la Procuraduría, revisten mayor mérito cuando se advierte la entidad de los adversos factores que a ellas se oponen. Escrucería, Sánchez y ESCALLON ORDOÑEZ, formaron un monolítico bloque para impedir el descubrimiento de sus actuaciones y para contraprobar el origen, razón de ser y dirección que Cárdenas pregonaba de tales hechos; y, sinembargo, cada uno de los puntos revelados por este testigo de cargo, se fue constituyendo en una realidad inocultable. "El delito de cohecho no suele dejar huellas materiales. El delincuente se cuida de firmar documentos o papeles acusadores. La prueba, pues, hay que buscarla en otras fuentes. Y si no se descubre malicia alguna en el testigo que incrimina y, por el contrario, sus afirmaciones reflejan entera buena fe y ausencia de todo propósito de engañar o formular un cargo mendaz, debe presumirse que ha dicho la verdad" Gaceta Judicial Tomo LXXXVII, páginas 290, 1958. Esta circunstancia es lo que valoriza, de paso, los factores indiciarios que surgen en averiguaciones de esta índole. En efecto si el sigilo domina esta actividad e impide el conocimiento simultáneo de los hechos y logra enturblar el posterior entendimiento de los mismos, de resalto aparece la eficacia que gana todo elemento probatorio que sus actores no lograron destruir, alterar o confundir. Pues bien, a pesar del secreto de la ilícita operación y la conjura de ESCALLON ORDOÑEZ, Escrucería, Sánchez y otros, para entorpecer el descubrimiento de ésta, la posición abierta, sincera y firme de Cárdenas Castro, pudo más. Su dicho se fortaleció mediante comprobaciones colaterales, sobre las cuales no tenía oportunidad ni capacidad para crearlas, modificarlas o dirigirlas. Solo un concepto de realidad podía ofrecer este respaldo y acorde a composición. Allí reside, precisamente, la bondad de la prueba incriminadora contra ESCALLON ORDOÑEZ.

A decir verdad, las explicaciones del señor apoderado no logran desarticular los esquemas acusatorios que la Procuraduría conformó. Algunas de sus razones no se adentran en el núcleo de la prueba de cargo y rozan muy superficialmente la argumentación que en contra de ESCALLON ORDOÑEZ se ofrece prolija y severamente por el Ministerio Público. Otras, aíslan los factores indiciarios para interpretarlos separadamente y restarle trascendencia a la integración de los mismos. Y, no pocas veces su reflexión, si se ahonda en ella o se le da todo su desarrollo, termina por volverse en contra del procesado.

La Corte va a insistir en los planteamientos que señala con pleno éxito el señor Delegado de la Procuraduría. En ellos apoyará su apreciación y formulará la calificación que le merece este sumario. Pero antes de reiterarlas, y ellas de por sí implican una efectiva refutación de las valoraciones apuntadas por el señor apoderado, conviene señalar algunas observaciones sobre los comentarios del doctor Rafael Poveda Alfonso.

Y a esto último se procede.

Observaciones sobre algunos temas de la defensa

El que la versión de Sánchez Molano se muestre, desde su primera intervención ante las autoridades, cuando denunció a Cárdenas, uniforme y permanente, no la constituye en declaración incontrovertible ni de mejor calidad a la que surge de las manifestaciones de Cárdenas Castro. De entrada podría decirse que el relato de este último, en este proceso, aparece como algo inmodificable e inmodificado. Su posición es la misma: acusar a Sánchez, Escrucería y ESCALLON ORDOÑEZ. Pero si la cotejación se refiere al sumario promovido por Sánchez contra Cárdenas, por estafa, se advertirá que éste, desde un principio, negó la supuesta instalación del restaurante, fingido motivo que Sánchez aprovechó para exigir la devolución del dinero con que se quedara Escrucería y conservar así su puesto en la Contraloría y no comprometerse en algo tan grave como era revelar la verdad del acuerdo delictuoso en que participaba ESCALLON ORDOÑEZ. Pero

algo más, la indagatoria de Cárdenas, en esa primera investigación, se sucedió el 27 de febrero de 1975 (fls. 11 y ss. del Cuaderno Nº 2) y en su indagatoria de 28 de abril del mismo año, descubrió la verdad de lo acontecido, posición que desde entonces no ha mudado en lo más mínimo (fls. 58 y ss. Cuaderno Nº 2). Es más, en el careo de fls. 42 y ss. de este citado cuaderno, verificado con Rafael Puentes Sánchez (marzo 25/75) indica: "...no creo conveniente hacer un relato fiel y verdadero a la pregunta que se me acaba de formular (actuaciones delictuosas de empleados de la Contraloría), por cuanto la farsa y trama para el denuncio de que soy objeto debe dejarse y me refiero a la contestación de la pregunta, para hacerlo frente al denunciante, pues de lo contrario el testigo mismo y por ende su apoderado saldrían a complementar la farsa..." (subraya la Sala).

Pero no interesa tanto esta toma de posiciones y su mantenimiento como sí los motivos para asumirlas, el apego a la verdad y las comprobaciones que una y otra suscitan. En todo esto, innegablemente, la versión y postura de Cárdenas Castro gana mérito sobre la de Sánchez Molano, bastando indicar que mientras las manifestaciones de aquél golpean con dureza y precisión y se respaldan en múltiples elementos, las de éste no pasan de ser medrosas, huidizas, vagas e incomprobadas.

No convence la argumentación de tener a Cárdenas Castro como testigo mendaz, porque caprichosamente se afirme un maligno entendimiento con la Procuraduría o se aluda a un interés, en ambos, para perder a ESCALLON ORDOÑEZ; ni menos que se invoque, a este mismo fin, la utilización de la campaña publicitaria, igualmente malintencionada, que dominaba la época y tenía por víctima al procesado. Las divulgaciones populares contra ESCALLON ORDOÑEZ, venían desde buen tiempo atrás, como antigua también era la legítima labor que la Procuraduría desarrollaba en relación a ESCALLON ORDOÑEZ. La alusión carece de importancia y no encuadra la crítica del señor apoderado con las reales circunstancias que imperaban. A más de que todo esto nada podía en orden a crear y compactar pruebas con efecto retroactivo. Lo que Cárdenas Castro reveló sobre conductas de ESCALLON ORDOÑEZ, tenía existencia anterior y dependía de hechos bien distintos y complejos. No puede aceptarse, en demérito suyo, la actitud oficial y limpia de la Procuraduría, que se limitó a cumplir con su deber al oír esta información y obrar de acuerdo con ella.

Si algo da valor a las exposiciones de Cárdenas Castro, es la auto-acusación que éstas contienen. No estaba interesado en salvarse, en arrojar el gravamen penal sobre otros, en presentarse como absolutamente inocente. Su propósito era la verdad, la misma que le envolvía a él con graves consecuencias punitivas... Y, de contera, atraía la reacción de personajes que tenían capacidad para perderle más intensamente y para demostrarle, de haber tenido un ardid de realidad en su favor, lo fingido y malévolo de su comportamiento. Aquí sobresale una nota de calidad. Los doctrinantes de pruebas expresan unánime criterio al destacar el decisivo y calificado valor que tiene el testimonio - confesión, esto es cuando se reconoce la propia participación en hechos delictivos realizados con otros, a los cuales se descubre. Mientras Cárdenas lo arriesga todo, Sánchez Molano teme a la verdad porque ésta le compromete y perjudica no sólo en el campo penal sino en la recuperación del dinero ilícitamente entregado y le frustra las ventajas del cargo obtenido, que después de la denuncia le llevó, por dos ocasiones, a las deseadas regiones de esmeraldas de Boyacá.

No responde el proceso, en sus resultados, a lo que supone el señor apoderado cuando vacila y hasta niega los nexos de Cárdenas con Escrucería y de aquél con Sánchez Molano. Si algo puede tenerse por demostrado es este aspecto. El trabajo conjunto en la Contraloría, en donde también laboraba un hermano de Samuel Alberto Escrucería (fl. 122 Cuaderno Nº 2); al contacto personal desde años atrás con unos u otros (fls. 131, 194, 237 Cuaderno Nº 2); la vecindad que tuviera con Sánchez (fls. 87 y 194 Cuaderno Nº 2), demuestran esta realidad.

Nadie, ciertamente, ha fijado de modo oficial el valor de un puesto en Ecominas, muy propicio a ganancias ilícitas si se ejerce en este plano. Ni debe acudirse a consejos para deducir ese imaginado precio. No

quiere la Corte apoyar un compromiso sobre lo que puede corresponder a una opinión desfavorable a ciertos cargos, funciones o funcionarios, aunque tampoco se puede pecar de ingenuo negando ciertas realidades en cuanto a puntos neurálgicos y sensibles de la corrupción. Pero lo que acredita la posible explotación dolosa de una posición oficial, lo que revela el injusto aprovechamiento de su desempeño, lo que demuestra el interés por hacerse a determinado cargo para tan inconfesables fines, es la propia conducta de quien esto busca u obtiene. Cómo negar ese propósito si Sánchez Molano se desprendía de considerable suma de dinero, si a todo trance procuraba hacerse a ese destino y para ello vendía su casa y buscaba cuantioso préstamo con Julio Roberto Silva Castellanos, a quien le mencionaba su urgencia para atender a un nombramiento? Cómo rechazar estas correlaciones si Sánchez Molano no disminuía el asedio para conseguir prontamente su nombramiento y ansiaba lo que para un empleado honorable nada tenía de halagüeño, o sea, ir en comisión a la zona esmeraldífera, en donde acechaban los peligros y no ganaba viáticos. Sánchez Molano fue quien demostró la intención delictuosa que le animaba en lo del puesto en Ecominas y fijó la proporción de sus ilícitas ventajas al no considerar suma desproporcionada ni inversión estéril entregar cien mil pesos y buscar otros cincuenta mil pesos para el mismo fin.

Estas últimas acotaciones pueden servir, igualmente, para explicar algo que resulta inexplicable para el señor apoderado: el sometimiento a las constantes fluctuaciones de las exigencias pecuniarias de Escrucería y ESCALLON ORDOÑEZ.

Lo que figura como incomprensible para el señor apoderado, tiene una fácil inteligencia. En efecto, Cárdenas Castro no podía cejar en su empeño de obtener el cargo, porque ya se había hecho una fuerte inversión en el mismo y se tenía la manifestación de Escrucería, que por provenir de quien provenía no podía tomarse como simple baladronada, de no restituir la totalidad del dinero, puesto que la gestión había demandado tiempo y esfuerzos y así compensaba lo que perdía por no asistir al Parlamento. Las revelaciones de fls. 140, 143 y 148 del Cuaderno Nº 1, sobre actuación del citado Escrucería en el aeropuerto de Palmaseca, en Cali, indican su calidad moral y la nociva influencia que ejercía en la Contraloría. Pues bien, Cárdenas Castro, como pocos comprendía a las claras esa perjudicial alternativa, la misma que también echaba por tierra lo que a él podía corresponderle en la jugosa Auditoría de Ecominas. Por eso insistió en evitar ese doble trastorno y procurar saldar la última exigencia de ESCALLON ORDOÑEZ y Escrucería. De otra parte, la obtención de esa suma final corría por cuenta de Sánchez Molano, contribuyendo Cárdenas Castro, únicamente, en el hallazgo del prestamista.

La serie de intimidades que destaca el testimonio acusador de Cárdenas Castro, no pueden explicarse, como vanamente lo intenta el señor apoderado, por la actitud de "buscón", "lagarto" y "vivo" que se quiere prodicar de aquél. Entre esta postura, que conduce a finalidades muy distintas y que nunca involucran una tan delicada y azarosa trama de fondo, y la que realmente asumió Cárdenas Castro, media una reconocible distancia: la que hay entre el "logrero" de favores y apariencias políticas, sin repercusión alguna, y la del coautor de empresa criminal que redituaba beneficio a todos y que solo se llevaba a cabo entre gente de confianza e influencia, así fuera relativa, en el ambiente administrativo en que se desarrollaba.

Ni ESCALLON ORDOÑEZ ni Escrucería eran sujetos para propalar a diestra y siniestra, préstamos y pagos de tanta cuantía y producidos en una coyuntura política difícil. La cuestión traduce tanta entidad que no se concibe su manejo imprudente y asequible para desconocidos. Las condiciones de ESCALLON ORDOÑEZ y Escrucería, imponían, precisamente, actitud bien contraria. Y esa fue la que ejecutaron siempre. Otra cosa es que la investigación, por sus vicisitudes y apremios, haya conseguido este esclarecimiento o impelido a sus secretos actores a revelarla, tratando de acomodar una interpretación que les salve de la fuerza indiciaria que representa esta realidad.

Contra lo que arbitrariamente imagina el señor apoderado, Escrucería, por ejemplo, comenta que "ignoro por completo ya

que son intimidades del hogar y de la vida privada del doctor ESCALLON ORDOÑEZ, si él últimamente ha tenido dificultades de índole económica" (fls. 104 Cuaderno Nº 2); y, ESCALLON ORDOÑEZ, fls. 114 Cuaderno Nº 2, se muestra evasivo y discreto en informaciones de esta índole. El conocimiento de Cárdenas Castro tuvo diferente origen al que apunta la defensa.

Si se observa desprevenidamente la posición de Cárdenas Castro, los detalles que suministra, la concatenación de cada uno de ellos entre sí, su perfecta adecuación con la conducta delictiva a que se refieren, se tendrá que concluir que todo esto no es composición artificial, ni acomodaticia defensa, ni interpretación de sucesos equívocos, malignamente aprovechados, sino revelación cierta de una empresa criminosa, que no parece haber sido única en su modalidad y actores principales.

Otras anotaciones probatorias. Existencia de los requisitos para un llamamiento a juicio

Dispone el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, que "Cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe del hecho que se investiga, el juez dictará auto de proceder".

Y el artículo 160 del Código Penal, describe y sanciona como conducta delictuosa la siguiente: "El funcionario o empleado público o la persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que reciba indebidamente para sí o para un tercero dinero o dádivas, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años". (subraya la Sala).

El testimonio de Cárdenas Castro, tiene el valor de testigo apto para apoyar un llamamiento a juicio. Indica de modo preciso que ESCALLON ORDOÑEZ, Escrucería, Sánchez Molano y él, estuvierón de acuerdo en obtener y producir mediante considerable suma de dinero un nombramiento en la Auditoría de Ecominas. Esta dependencia no necesitaba de esa promoción, ni Sánchez Molano, por sus méritos, debía ser el beneficiado. Es más, de pensarse en el ejercicio legítimo de ese nuevo cargo, podía representarle cierto perjuicio. Y sin embargo, la designación se produjo venciendo no pocos obstáculos.

Por la fuerza que este testimonio representa, el de Cárdenas Castro, se ha intentado su desvalorización. El apoderado de ESCALLON ORDOÑEZ dirigió su argumentación a este logro, y trató de refutar cada uno de los aspectos que podían aparecer como serio y ostensible soporte del mismo. El enfoque es evidente y de muy fácil presentación: si se cree a Cárdenas Castro, el enjuiciamiento de ESCALLON ORDOÑEZ es algo indefectible. Si se le repudia, la situación de éste gana favorabilidad. Pero ya se ha visto, las reflexiones y réplicas del apoderado de ESCALLON ORDOÑEZ, no alcanzan este cometido. Cárdenas Castro, en sus incriminaciones, continúa firme, sólido y creíble. Es más, al sopesar la serie de críticas que se dirigen a su descrédito, resurgen sus calidades con más peso y efecto.

Pero a más de esto, el testimonio de Cárdenas Castro ofrece aspectos complementarios que, al resultar probados y correlacionarse con la conducta imputada a ESCALLON ORDOÑEZ, adquieren un valor independiente de indicios.

Resta, entonces, enfatizar un poco más sobre las ideas esbozadas que demuestran la bondad del testimonio de Cárdenas Castro, así provenga de persona que padeció el maléfico influjo que dominaba en la Contraloría. No interesan tanto sus calidades intrínsecas o sociales. De ellas puede decirse que marchaban a la par de las de ESCALLON ORDOÑEZ, Escrucería y Sánchez Molano. Pero era, como éstos, el que sabía por su participación en los hechos, el origen y modalidades de los mismos.

La versión que concreta el testimonio de Cárdenas Castro y que aparece debidamente establecida en autos, es esta: ESCALLON ORDOÑEZ acordó una indebida retribución económica por un nombramiento que estaba en él hacerlo o no. La corrupta condición de Sánchez Molano, que sabía co-

mo aprovechar un cargo en Ecominas, así fueran esporádicas sus visitas a la zona esmeraldífera de Boyacá, resultó el sujeto ideal para que aquél lograra su ilícita pretensión. Y de paso se beneficiaban Cárdenas Castro y Escrucería. La suma inicialmente acordada, a la que se tuvo como monto total de la acción cohechadora, se entregó fácilmente ($ 50.000.00) y luego la segunda, por igual valor, hasta completar cien mil pesos ($ 100.000.00). El nombramiento se produjo pero su principal consecuencia (visitas a Muzo y Coscuez) no apareció con la deseada prontitud. Además, no fue posible procurar el resto de la e x i g e n c i a, otros cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). Se dice que ESCALLON ORDOÑEZ devolvió la suma recibida, pero dada su condición y la de Escrucería, puede ser esto mera apariencia. Establecer esta hipótesis es cuestión de secundaria importancia que no impide tipificar la conducta delictiva de ESCALLON ORDOÑEZ. Como tampoco juega papel dilucidar si Sánchez Molano, al ser satisfecho en su ambición de incursionar por Muzo y Coscuez, no terminara de cancelar los otros cincuenta mil pesos.

Imposible aceptar que las relaciones Cárdenas-Sánchez se hicieran sobre la base de constituir compañía para explotar un negocio de restaurante. Sánchez Molano descuidó fundamentales precisiones, porque no pensó jamás que Cárdenas aflojara la verdad, ya que ésta implicaba autoacusarse y comprometer su cargo en la Contraloría, por la grave acusación que descargaba sobre ESCALLON ORDOÑEZ y Escrucería. De otro lado, para Sánchez era la única alternativa que le quedaba para intentar la recuperación de su dinero y continuar en la nómina oficial.

Pero quién puede creerle a Sánchez? Unicamente quien vea en su declaración lo que realmente representa, valga repetir, la salvación de ESCALLON ORDOÑEZ y Escrucería.

Si Sánchez y Cárdenas carecían de nexos como lo pretende el señor apoderado de ESCALLON ORDOÑEZ, entonces por qué celebraban acuerdo comercial que necesariamente debía suponer confianza extrema, conocimiento especial y trato íntimo? Claro que este tratamiento y compenetración existía. Ya vimos que fueron vecinos, que se visitaban, que laboraban los dos en Contraloría, que Cárdenas recibía préstamos de Sánchez, etc. Se debe negar esta relación para poder descalificar a Cárdenas como incriminador de ESCALLON ORDOÑEZ. Pero la crítica resulta tan descabellada y artificiosa que ella misma ofrece su refutación. Se rechaza el consorcio espiritual para cerrar el ingreso de Sánchez Molano al círculo delictivo de Cárdenas, pero se recrea ahí mismo, y en qué singular intensidad, cuando se comenta lo del restaurante.

Los contrasentidos no pueden ser más abundantes y graves. Para un préstamo de dos mil pesos ($ 2.000.00), para afrontar un trasteo de Cárdenas, su vecino Sánchez Molano (fls. 215 Cuaderno Nº 1 y 194 Cuaderno Nº 2) le exigió una letra de cambio. Pero para entregarle, según él, setenta y dos mil pesos ($ 72.000.00), pero según el proceso, cien mil pesos ($ 100.000.00), no medió la más mínima documentación. Y esta suma se comprometía dizque en un negocio de restaurante, que, a no dudarlo, de ser cierto imponía riesgos, responsabilidades, controversias sobre pérdidas, ganancias o forma de liquidación, etc.

Y Sánchez Molano pretende que se le crea tan cándido e imprevisivo como para desprenderse de esa considerable suma, sin la menor seguridad, y que obtuviera por la venta de su casa. Repásese su declaración de fls. 99 y ss. y su continuación a fls. 222 y ss. del Cuaderno Nº 1, y aún su careo con Cárdenas, fls. 194 y ss. del Cuaderno Nº 2, y no se encontrará detalle de importancia que demuestre la seriedad de esta negociación. Cómo aceptar esa lícita finalidad del restaurante si nunca supo el sitio exacto de su localización, ni la forma de su funcionamiento, ni a quién se compraba, etc., etc. Y sin embargo, mansamente, sin ningún conocimiento personal de Cárdenas ni de las circunstancias objetivas del negocio, vino a entregar tan crecida suma. Y eso que Cárdenas le decía que no tenía dinero para este negocio. (fl. 101 Cuaderno Nº 1) y acababa de verle dilapidar veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), en una casa de juego y diversión, y afrontar un problema penal por esta causa (fl. 200 Cuaderno Nº 2).

Claro que pudo hablarse, para terceros,

del montaje de un "restaurante" para disimular ante éstos la entrega de tan cuantiosa suma. Pero la verdad, la pura verdad, es la que se viene comentando. Hasta lo tardío de la denuncia de Sánchez y los términos de esta misma, en este caso, demuestran la insinceridad de Sánchez Molano y la verdad que palpita en las comprometedoras revelaciones de Cárdenas.

Sánchez Molano, sobre suceso tan significativo, no logra determinar la fecha de retiro de su dinero, ni la entrega del mismo, ni las cantidades, ni el lugar del encuentro con Cárdenas, ni las personas que le acompañaron en una y otra tarea. Claro que todo esto se le dificulta porque informar verídicamente es respaldar la versión de Cárdenas. A medida que la versión de éste se integra y exhibe validez, la de aquél languidece en medio de vaguedades y contradicciones. No puede aludir a la suma de cien mil pesos, suma realmente entregada, porque entonces no puede explicar por qué solamente reclama setenta y dos mil pesos, cantidad muy explicable si se acepta, como lo dice Cárdenas y por información de ESCALLON ORDOÑEZ, confirmada a él por Escrucería y el mismo Sánchez, la devolución de treinta mil pesos. Pero allí están los dos retiros de dinero en la Caja de Ahorros del Banco de Colombia, que suman ciento dos mil pesos y allí están las dos fechas que se acomodan plenamente a lo informado por Cárdenas, al paso que todo desentona con la forzada y fingida posición de Sánchez Molano. (fls. 19 y 20 Cuaderno Nº 2).

El testimonio - confesión de Cárdenas Castro, resulta sobradamente idóneo para apoyar en él un auto de proceder. Pero éste no se funda de modo exclusivo en tan valiosa prueba, sino que lo imponen otros eficaces elementos indiciarios. Brevemente se comentan y destacan esas otras probanzas:

1) No puede negarse, después de lo que este proceso indica y lo que informan otras investigaciones que han concluido en enjuiciamientos para ESCALLON ORDOÑEZ, que su dependencia no era modelo de virtudes ni su actividad oficial paradigma de rectitud y moralidad. Proliferaba la corrupción y no pocos empleados, con su jefe a la cabeza, urdían componendas y deducían ilícitas ventajas económicas. Cárdenas y Sánchez, dos integrantes de ese cuerpo administrativo, reflejan magníficamente bien tales aptitudes para el delito y exhiben una condición moral adecuada para aguantar el trato con . ESCALLON ORDOÑEZ y sacar ventaja indebida de esas posiciones oficiales y esas secretas componendas animadas por Samuel Alberto Escrucería, quien por sus nexos personales con ESCALLON ORDOÑEZ y sus degradadas condiciones, demostraba calificadas facetas para intervenir como parte o director en estas triquiñuelas.

2) Las fechas en que Cárdenas dice haber recibido dinero de Sánchez son las que aparecen en su libreta de retiros en el Banco de Colombia, sección de ahorros. En efecto, aquél indica el primer contado para los primeros días de septiembre y Sánchez, el 4 de septiembre, retira cincuenta mil pesos; para la primera quincena de octubre, Escrucería, a nombre de ESCALLON ORDOÑEZ, exige cincuenta mil pesos más y Sánchez Molano vuelve a retirar, el 11 de octubre, cincuenta y dos mil pesos. Para el 18 de noviembre, Escrucería, transmitiendo la voz de ESCALLON ORDOÑEZ, anuncia que dos días más tarde aparecerá el esperado nombramiento y éste avisa, el 20, que se ha producido. La resolución correspondiente está fechada el 21 de noviembre (fl. 126 Cuaderno Nº 1). Escrucería, como alter ego de ESCALLON ORDOÑEZ, señala en esta fecha que hay que complementar la retribución ilícita del nombramiento, con cincuenta mil pesos ($ 50.000.00). No se cita el testimonio de José Manuel Cruz, cuñado de Cárdenas, que comenta la actividad de éste para conseguir esta última suma (fl. 235 Cuaderno Nº 2), pero sí la declaración de Juan Lara Aguancha, exsenador y médico jefe en el Ministerio de Obras Públicas, quien recibió esta misma inquietud de Cárdenas, al punto que telefónicamente se comunicó con Samuel Alberto Escrucería, en el Hotel San Francisco para hacerle saber que Cárdenas gestionaba con él un préstamo por cincuenta mil pesos, cuya concesión dependía de la venta de un ganado. (fls. 135 Cuaderno Nº 1 y 119 Cuaderno Nº 2).

Pero esta circunstancia, de por sí valiosa, que denota la relación Cárdenas - Escruce-

ría, es secundaria ante la muy importante que surge de los testimonios de Alberto Herrera Galindo y Julio Roberto Silva. El primero, coincidiendo con la afirmación de Cárdenas Castro, recuerda que Guillermo León Sánchez Molano visitó su gallera para hablar con Silva y procurar un préstamo "para un puesto que le iba a salir" (fls. 236 Cuaderno Nº 2), circunstancia que sostiene en carco de fls. 247 y ss. Cuaderno Nº 1. Por su parte, el amigo de Sánchez, señor Silva Castellanos, a fls. 261 y ss. Cuaderno Nº 2, le refresca esta solicitud, muy cuantiosa en su inicial manifestación, y que finalmente quedó en la suma de cincuenta mil pesos. Es de anotar que tanto Silva como Sánchez habían trabajado, años atrás, en las minas de esmeraldas, y en la ocasión en que le solicitara el dinero, "me mostró una carta que estaba en nombramiento para bajar a trabajar de nuevo en las minas... me dijo que le prestara o que le levantara cincuenta mil pesos urgentes que tenía que entregarlos urgentes antes de irse a trabajar". (subraya la Sala; ver también declaración a fls. 111 y ss. Cuaderno Nº 1).

3. La precisión de los detalles que suministra Cárdenas Castro, no se compadece sino con una situación de realidad. Son tantos, tan propios a diferentes tiempos y personas que, sobre los mismos, no puede tener un dominio total y a posteriori. Para defenderse de la pretensión acusadora de Sánchez Molano, ciertamente no era su único camino escoger el más difícil, esto es, el que envolvía una autoacusación por delito sancionado severamente, ni atraer la ira y peso de personajes como ESCALLON ORDOÑEZ y Escrucería. Solo un respaldo de verdad, que podía escrutarse en cualquier momento y salir avante por sí solo, constituye la razón de ser de esa acusación.

4. Ya se destacó la relación que, espontáneamente, se da entre las siguientes cifras y conductas: Sánchez Molano retiró ciento dos mil pesos ($ 102.000.00). Cárdenas acepta que recibió cien mil pesos ($ 100.000.00) y los pasó a Escrucería. Después Cárdenas supo de la devolución de esta suma y la entrega, por parte de Escrucería a Sánchez, de treinta mil pesos. Pues bien, ESCALLON ORDOÑEZ aparece cubriendo un "préstamo" a Escrucería en cuantía de ochenta y cinco mil pesos ($ 85.000.00) y Sánchez Molano intenta la recuperación de setenta y dos mil pesos ($ 72.000.00).

5. El préstamo por ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00), a que aluden Escrucería y ESCALLON ORDOÑEZ, con el cual quieren confundir la figuración de esos cien mil pesos ($ 100.000.00) debidos a otro origen, no deja de exhibir aspectos de sumo interés. La Procuraduría Delegada los destacó en su concepto y concretó la eficacia incriminadora de este factor indiciario. Valga ahora anotar que, ciertamente, las declaraciones de renta del procesado y Escrucería, no revelan estas "transacciones", que mientras el uno, con toda lógica, excluye su documentación, el otro afirma que "esos préstamos (los) son respaldados por recibos ya que existe una amistad que no deja preveer ninguna duda para efectuar esta relación de carácter personal" (fl. 115 Cuaderno Nº 2). Si algo se transparenta en las informaciones de Samuel Alberto Escrucería (fls. 102 y ss. Cuaderno Nº 2) y ESCALLON ORDOÑEZ (fls. 11 y ss. Cuaderno Nº 2), sobre este "préstamo" y pago parcial del mismo, es su vaguedad, reticencia y ánimo de evitar aspectos importantes de tan comprometedora negociación. Lo que se pretende es esquivar el eco que esa situación ofrece a las manifestaciones de Cárdenas Castro, tanto más verídicas cuanto que el propio Escrucería dice ignorar intimidades de ESCALLON ORDOÑEZ y apremios suyos (fl. 104 Cuaderno Nº 2). No aciertan, pues, en fechas, en modalidades del préstamo, en formas de pago. Escrucería anota que se le deben "unos pesos" (fl. 108 Cuaderno Nº 2) cuando si nos atenemos a las cifras que suministran estos amigos de infancia y paisanos (fl. 103 Cuaderno Nº 2) la cantidad insoluta montaba a sesenta y cinco mil pesos ($ 65.000).

Pero lo que menos se entiende es la forma forzada como aparece la hipótesis del "préstamo" y la recortada información, para evitar contrasentidos, que se ofrece al respecto. Y más todavía que subsistiendo la insolvencia de ESCALLON ORDOÑEZ, procediera éste, inexplicablemente, a cubrir con celeridad esos valores, por la época y motivos que en forma distinta anota Cárdenas Castro.

6. No obstante que la zona esmeraldífe-

ra se encontraba cerrada desde julio de 1974, como lo informa ESCALLON ORDOÑEZ, a fl. 117 Cuaderno Nº 2, y que "solamente se hace presente allá la Contraloría cuando conjuntamente la parte administrativa y el Comando Militar lo solicitan", no fue esto óbice para hacer la designación de Sánchez Molano, sin que lo solicitara él o su jefe, o fuera un traslado entre Auditorías. Todas las reglas generales que condicionan estos traslados, se desconocieron y vulneraron. Hasta tuvo que crearse, forzadamente, esa posibilidad para Sánchez Molano (ver testimonio de Hernando Mariño Sánchez, fls. 130 y ss. Cuaderno Nº 1).

Si algo demuestra este punto es que realmente la designación de Sánchez Molano se debió a motivo bien diferente a su legítima promoción a este cargo y que, ciertamente, solo se buscaba la posibilidad de ir a la zona esmeraldífera. Cecilio Cortés Maal (ver declaraciones de fls. 235 Cuaderno Nº 1 y 250 Cuaderno Nº 2), es testigo reticente, que a las claras se adivina sabe más de lo que relata en cuanto a las visitas de Cárdenas a la casa de ESCALLON ORDOÑEZ, las órdenes de éste con relación al nombramiento de Sánchez Molano, la causa ilegítima de su designación y el cumplimiento del pacto, así fuera tardío, de enviarlo a la zona esmeraldífera.

Pues bien, Cecilio Cortés Maal, alude a una comisión de Sánchez Molano a Muzo, pero en realidad fue a Coscuez. No puede precisar la finalidad de la comisión y a la postre reconoce que los inventarios que debía ejecutar no los ejecutó. Ignora el término de la comisión, pues empieza por decir que fue por tiempo de veinte días para ser refutado por la Resolución 0065 que la confirió por 30 días, a partir del 7 de abril, aunque finalmente duró hasta el 14 de mayo. No fue solicitada por nadie y menos por el Comando Militar, bajo cuyo control se hallaba el sector, pero indica que luego se solicitó el correspondiente permiso. La realidad fue que ese Comando impidió abrir los almacenes y no fue posible realizar la más mínima gestión, lo que no fue óbstáculo para que Sánchez permaneciera algo así como un mes y medio, aunque no devengaba viáticos y apenas recibía alimentación y hospedaje. Sánchez no rindió informe escrito de sus actividades.

Posteriormente, en el mes de septiembre de 1975, vuelve Sánchez a la zona esmeraldífera de Muzo y sufre grave accidente. (fls. 127 Cuaderno Nº 1).

Esto refleja, indubitablemente, que Cárdenas no ha mentido sobre el interés de Sánchez por hacerse a tal cargo, a tan alto costo. Si bien no se le pudo satisfacer de inmediato, por la vigilancia y acusación públicas de que fuera objeto ESCALLON ORDOÑEZ, lo que dio campo a que Sánchez se sintiera defraudado, no es menos cierto que posteriormente se le cumplió y se le dejó visitar la zona esmeraldífera. Así se acalló su protesta y se eliminó la tentación de que de pronto fuera a ceder como cedió Cárdenas a las necesidades circunstanciales de decir la verdad.

7. Cárdenas Castro enfatiza que en varias ocasiones estuvo en la residencia particular de ESCALLON ORDOÑEZ, al principio en compañía de Escrucería, cuando el acuerdo se cumplía sin mayores contratiempos, y luego sólo cuando tuvo que afrontar los problemas surgidos, esto es, la inmovilización de Sánchez Castro en Bogotá, como Auditor de Ecominas, y la no devolución del dinero entregado por esta designación, que debía proyectarse, de modo principal, en comisiones a la zona esmeraldífera. Esta situación se invoca como factor indiciario, como algo que da mayor veracidad a su testificación. En verdad, esto repercute en ese sentido, pero su significación no alcanza perfiles mayores ni es elemento decisivo para atender los términos y efectos de la posición que asume Cárdenas. Este cita a más de una persona como perceptoras de su presencia allí (Cecilio Cortés Maal, María Elena Bustos de Cárdenas, su esposa, y Carmen Rosalba Bustos de Navarrete, su cuñada) (fls. 236 Cuaderno Nº 1, 70 Cuaderno Nº 2 y 77 Cuaderno Nº 2). Tal vez la pobreza de esta demostración ajenos de demeritar su dicho puede ofrecer un factor positivo de interpretación. Su familiaridad con el ambiente doméstico de ESCALLON ORDOÑEZ y sus visitas, no son forzadas imaginaciones ni el fruto de la asistencia del curioso o del impertinente. De haberse ideado este aspecto como recurso para demostrar su "farsa", seguramente

la prueba sería abundante y sería. La ausencia de esta generosa o pródiga demostración indica que la realidad no fue acompasada de pruebas ad hoc sino que se citó sobre bases comprobables aunque escasas. De otro lado, la habitación de ESCALLON ORDOÑEZ no era recinto abierto al público ni frecuentado en forma constante e indiscriminada. Se cuidaba a sus concurrentes y sólo los que tenían válidos motivos para hacerlo, por oficio o componenda, se les dejaba pasar. Lo que puede deducirse en torno a este punto, favorece la versión de Cárdenas, pero se repite, es cuestión que no marca interés en la valoración de su testimonio.

8. Ya se aludió a la personalidad de ESCALLON ORDOÑEZ y Escrucería. Sobre este último valga decir que se confiesa, a fl. 162 Cuaderno Nº 2, con negocios permanentes "claro está haciendo evasión al fisco nacional, de los correspondientes impuestos, de exportación de cemento" y llega, ante la impávida contemplación del tolerante juez que dirigió esa etapa de instrucción del proceso de Sánchez contra Cárdenas, doctor Luis E. Naranjo T., a comentar que en el preciso momento en que rinde indagatoria se está realizando un contrabando de esa índole. Si será para creerle las refutaciones que fallidamente intenta de Cárdenas y el desconocimiento de todo contacto, aun telefónico, con el doctor Juan Lara Aguancha.

La condición oficial de ESCALLON ORDOÑEZ

A fl. 110 Cuaderno Nº 1, aparece copia del Dto. 0028 de 1961 (18 de enero), por medio del cual se designó interinamente a JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ, como Contralor General de la República. A fl. 38, figura el Acta Nº 1292, de 22 de enero de 1971, que corresponde a la diligencia de posesión de tal cargo. Y a fl. 37, certificación sobre el desempeño de esa posición oficial desde el 22 de enero de 1971 a su fecha, esto es, 8 de septiembre de 1975.

De la conducta delictiva

Figura el cohecho, sin duda, entre los delitos graves que atentan contra la administración pública. Es germen activo de descomposición social y se considera como ruina moral de las naciones, porque quienes han sido escogidos para preservar la moralidad pública y mantener la organización de la comunidad, para lo cual se les dota de excepcionales recursos, olvidan sus fundamentales obligaciones y vuelven su poder contra la sociedad misma. Desatan el desorden y conmueven las bases jurídicas y éticas del estado. El funcionario o empleado que lo realiza desconoce los principios morales y legales que rigen su actividad, ordenadoras de la forma como debe realizar sus funciones: y quien con él pacta la ilícita retribución, tiene bases seguras para desconfiar de la bondad y rectitud de las funciones públicas y de sus ejecutores y para continuar con el deterioro de la facultad oficial que se le ha vendido. El funcionario o empleado público que así se comporta "menoscaba el decoro y el recto funcionamiento de la administración pública"; por ello se suele omitir consideraciones sobre el daño o peligro patrimoniales.

El cohecho constituye una evidente corrupción. Por eso se le conoce con este nombre, como también con el de baratería. Este último porque el funcionario se engaña a sí mismo al dar algo inestimable (la función pública) por cosa de menor valor (el dinero, la dádiva, la promesa remuneratoria). En forma concisa se dice que consiste en pactar la venta de un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido. Sus dos formas principales, en clasificación que exhibe notorio fundamento y acierto, son el cohecho propio o depravado y el cohecho simple o impropio. El primero representa un pacto mediante el cual por dinero, dádiva o promesa remuneratoria, se omite o retarda el acto que está obligado a ejecutarse o se realiza de modo contrario a sus deberes oficiales; hay, evidentemente, una disconformidad con la ley en cuanto al ejercicio de una función. El segundo, que supone el mismo acuerdo y la misma relación causal entre retribución y acto, exige que éste sea justo y conforme a los deberes del cargo. No hay, en su ejecución, un rechazo de la atribución que se tiene, pero se realiza ésta o se toma la decisión, por el dinero o la dádiva entregados o la promesa remuneratoria ofreci-

da. Los artículos 161 y 160 del Código Penal, representan los modelos de estas dos actividades.

A no dudarlo, la conducta de ESCALLON ORDOÑEZ, se subsume en la última de las mencionadas disposiciones.

Cuando la ley no fija una posibilidad de retribución, todo lo que sea demanda de la misma o exceso de la autorizada, constituye el delito de cohecho impropio o simple. La retribución carece de causa legal y es intrínsecamente ilícita. Para nada cuenta que el acuerdo de venta sea directo o por medio de otra persona, que suele ser la modalidad más frecuente. Basta que aparezca el consentimiento y el interés del funcionario y la relación causal entre acto y retribución. El ingrediente doloso se satisface con la conciencia y voluntad de corromperse, exteriorizadas en la recepción del dinero, sabiéndose que no hay título legal para ello.

Estas notas, ciertamente, se observan a plenitud en el comportamiento de ESCALLON ORDOÑEZ. Acudió, para consumar su conducta delictuosa, al modus operandi más usual. No entró en relación directa con quien iba a recibir el primer efecto de su acto, sino por interpuesta persona, en la cual confiaba por conocer su baja calidad moral. Por medio de éste, que a su vez buscó otro eslabón o contacto, hizo saber la posibilidad en que estaba de realizar un nombramiento de su libre voluntad y la retribución económica que por ello exigía. Convenido el pacto o acuerdo de venta, el dinero llegó a sus manos y la decisión fue tomada. El nombramiento de Sánchez Molano como Auditor de la Empresa Colombiana de Minas, se produjo el 21 de noviembre de 1974. La remuneración ya se había efectuado dos meses antes, al hacerle llegar la suma de cien mil pesos por conducto de Cárdenas Castro y Escrucería.

Un funcionario público de la altísima categoría de un Contralor General de la República, esencial soporte de la juridicidad, moralidad y eficacia de la administración, que tenía la potestad de designar los auditores oficiales, accedió a ejercer esta autónoma atribución mediante considerable suma de dinero. Sólo contó, para ejecutar esta función, la capacidad económica que tenía el beneficiario para pagarla, sin que fueran razones para ello su competencia intelectual y ética. Es patente la traición a su decoro y el quebranto a su deber de conciencia. La acción, legítima en su origen y ubicación, se trocó en ilícita y corrupta, porque se alejó del cauce y destino que le señalan la ley. La comunidad y el servicio público tienen derecho a que no se exija dinero por la realización de un acto de esta naturaleza, al cual se le fija, por ley, un carácter gratuito. Igualmente, pueden y deben exigir que a los cargos oficiales se llame a los mejores y más aptos para realizar esta pública función. Y no es menos imperiosa la prerrogativa de exigir que los nombramientos correspondan a verdaderas necesidades de la administración y no a ficticias creaciones que obedecen a intereses mezquinos e ilegales. Por eso la administración pública aparece reglada en todos sus aspectos, desde la distribución equitativa de facultades, el señalamiento de sus órbitas de aplicación, el requerimiento de aptitudes, la acomodación a factibilidades económicas de funcionamiento y la severa vigilancia de sus impulsos políticos y jurídicos.

El ex-contralor ESCALLON ORDOÑEZ, según se dejó demostrado, olvidó el correcto ejercicio de sus atributos. En la designación de su personal subalterno, debía proceder de modo gratuito, sin esperar ni exigir remuneración de nadie, y consultando el beneficio de la administración. Pero lejos de obedecer a estos dictados de decoro, rectitud y eficacia, aceptó vender su acto y, por interpuesta persona, recibió dinero por el nombramiento del Auditor de Ecominas, recaído en la persona de Sánchez Molano. El procesado resultó inferior a su compromiso para con el país y aprovechó su influyente posición para convertirla en fuente de particular y vedado provecho económico.

Al ex- Contralor ESCALLON ORDOÑEZ, como consta en autos, ha sido necesario emplazarle a los fines del adelantamiento de este proceso. Lo que él dijo en relación a estas acciones, se produjo en el proceso adelantado contra Cárdenas, por denuncia de Sánchez Molano. (fl. 111 Cuaderno Nº 2).

Conclusión

Lo comentado es suficiente para que la Corte Suprema, —Sala de Casación Penal,

Resuelva:

1. Llamar a responder en juicio criminal a JULIO ENRIQUE ESCALLON ORDOÑEZ, ex - Contralor General de la República y de las condiciones civiles apuntadas en autos, para que responda del delito de COHECHO, definido y sancionado en el Código Penal, libro segundo, título III, capítulo III —Delitos contra la Administración Pública—, conforme a las indicaciones señaladas en la parte motiva.

2. El delito de "Cohecho" está excluido de los que merecen el beneficio de excarcelación. Continuará, entonces, vigente la orden de detención preventiva que pesa sobre ESCALLON ORDÓÑEZ, sin que pueda gozar de este beneficio.

3. Al notificarse esta decisión, se hará saber al procesado los derechos de defensa que la ley le otorga.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

DEFENSOR DE OFICIO DE UN MENOR DE EDAD

Lo puede hacer el Juez, a petición del menor, sin que implique nulidad constitucional, porque ninguna norma dispone que tal designación deba hacerse por parte del representante legal del menor acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto diecinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 40 de agosto 19/76

Vistos

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por los procesados y su defensor contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Penal de Decisión, por medio de la cual fueron condenados ROBERTO GASCA (a) El Indio, GILDARDO MARIN RIVAS (a) Cayayo y HENRY CARDENAS POSADA (a) Guillete, como autores del homicidio de Héctor Darío Maya González y del robo de que hicieron víctima al occiso.

Antecedentes

1. El 30 de octubre de 1971, siendo alrededor de las diez y media de la noche, en el sector ubicado en la ciudad de Cali en la carrera 12 intersección con la calle 25, fue herido mortalmente Héctor Darío Maya González, según la descripción hecha en la necropsia:

"Herida en forma de ojal, de cuatro centímetros de longitud, situada al lado izquierdo de la región epigástrica. El arma vulnerante, corto punzante, penetró al tórax y perforó ventrículo izquierdo del corazón, lo que ocasionó la muerte. Presentó también erosión contusa de la piel en la región zigomática derecha. El cadáver presentó olor a bebida fermentada en el estómago" (folio 56 del C. principal).

2. El Juzgado Tercero Superior de Cali, por auto de 29 de febrero de 1972, calificó el mérito del sumario con el enjuiciamiento de Gildardo Marín Rivas (a) Cayayo, Roberto Gasca (a) El Indio y Henry Cárdenas Posada (a) Guillete como coautores del homicidio de Héctor Darío Maya González y de un delito de robo cometido en concurso real, aun cuando citó el artículo 16 del Código Penal con la finalidad de indicar que el ilícito contra la propiedad no alcanzó a salir de los lindes de la tentativa. En cuanto al homicidio, el auto de vocación a juicio estimó como probadas varias circunstancias de agravación. (folios 152 a 165 del C. principal).

3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal de Decisión, el 19 de diciembre de 1972, le impartió confirmación al auto de proceder, aun cuando modificándolo en el sentido de precisar que el robo no quedó en la fase de la tentativa sino que alcanzó a la de la consumación, y que las causales de agravación del homicidio fueron distintas a las señaladas por el Juzgado. El llamamiento a juicio fue por los delitos de homicidio y robo, en concurso material.

4. El Jurado de Conciencia declaró que los encausados son responsables de los delitos de homicidio y robo, conforme al auto

de proceder, sin que hubiera hecho ninguna modificación al pliego de cargos.

5. El Juzgado Tercero Superior de Cali, el 3 de abril de 1975, acogió el veredicto del Jurado de Conciencia y sentenció a Gildardo Marín Rivas (a) Cayayo a veintiún años de presidio, a Roberto Gasca (a) El Indio a veinte años y seis meses de presidio, y a Henry Cárdenas Posada (a) Guillete a veinte años y seis meses de presidio, al pago en abstracto de los perjuicios causados con las infracciones y a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, a la pérdida de la patria potestad si la tuvieren y a la publicación de la sentencia en los términos del artículo 54 del Código Penal (folios 358 a 378 del C. Principal).

6. Por sentencia del 3 de octubre de 1975, el Tribunal Superior de Cali confirmó la de primera instancia, con leves modificaciones.

Demanda de casación

Contra la sentencia del fallador de segunda instancia se interpuso recurso de casación, el que fue sustentado en forma oportuna mediante demanda que, desde el punto de vista formal, fue admitida.

La sentencia fue impugnada "por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad" (causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal).

Concepto de la Procuraduría

En extenso y muy bien razonado concepto, el Procurador Primero Delegado en lo Penal, analizó los cargos hechos en la demanda de casación contra la sentencia impugnada, y concluyó solicitando que la Corte los deseche, por ser infundados.

Consideraciones de la Corte

Para sustentar la causal invocada, la demanda desarrolla seis motivos que a continuación se expondrán y analizarán:

PRIMERO. "No haberse notificado en debida forma el auto de proceder al procesado".

Henry Cárdenas Posada no había cumplido los dieciocho años cuando se le notificó el llamamiento a juicio y se le nombró defensor de oficio, por petición del notificado. Aun cuando el artículo 664 del Código de Procedimiento Penal dispone que "para todos los efectos legales de orden penal relacionados con menores de edad, ésta queda reducida al máximo de 16 años", el artículo 386 del mismo estatuto ordena que "si el sindicado fuere menor de dieciocho años, el nombramiento de apoderado deberá hacerlo su representante legal", agregando que "a falta de éste, el nombramiento lo hará un curador, que será designado por el Juez", pero que "si el representante legal o curador no nombraren el apoderado, éste será designado de oficio por el juez".

A la madre natural del procesado Henry Cárdenas se le notificó el auto de proceder, pero la demanda anota que esa notificación debió hacerse antes que al menor, para que ella hubiera designado al defensor. Además, como la representante legal es analfabeta, la notificación debió hacérsele con la intervención de un abogado, quien debería firmar a su ruego.

También expresa la demanda que el defensor de oficio no dijo en la diligencia de posesión cuál es el número de su tarjeta profesional de abogado, por cuya razón concluye que no es abogado inscrito, lo cual implica la violación del artículo 40 de la Constitución y los artículos 23, 24 y 25 del Decreto 196 de 1971, que estatuyen quiénes son las personas que pueden ejercer la abogacía, y el artículo 26 de la Carta, porque infringió una forma propia del juicio al no haberse notificado legalmente el auto de proceder. Así mismo, se endilga la impugnación de que el artículo 480 del Código Penal fue desconocido al no efectuarse la notificación del enjuiciamiento a la representante legal del procesado menor, antes que a éste.

La Procuraduría General de la Nación ha rebatido las impugnaciones de la demanda argumentando que el nombramiento de apoderado del menor de dieciocho años por parte de su representante legal se refiere únicamente para el caso de la recepción de la indagatoria, conforme lo

estipula el artículo 386 del Código de Procedimiento Penal; el artículo 483 del Código Penal no es aplicable a lo concerniente a la notificación del auto de proceder al procesado menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis, porque esa norma se refiere a la administración de los bienes patrimoniales del pupilo, por parte de los tutores y curadores. La omisión de dejar constancia en la diligencia de posesión del defensor del menor Cárdenas del número de la tarjeta profesional de abogado, no alcanza a formar una impugnación completa, porque la demanda debió alegar que el designado no era abogado titulado, y comprobarlo con una certificación del Ministerio de Justicia sobre el hecho de que no se le ha expedido la matrícula que lo habilita para ejercer la abogacía.

El nombramiento del defensor de oficio por parte del juez, a petición del procesado menor, no implica la nulidad constitucional que se desprende del artículo 26 de la Constitución, porque ninguna norma dispone que tal designación deba hacerse por parte del representante legal del menor encausado. Por otra parte, con el nombramiento del defensor de oficio no se le ha negado al menor ni la posibilidad de que designe uno, ni que haya estado desprovisto de defensa adecuada.

En la demanda se reconoce que en la diligencia de indagatoria del menor Cárdenas se le dio estricto cumplimiento a la ordenación del artículo 386 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se le designó al menor indagado un curador ad litem. La notificación del auto de proceder debe hacérsele no al apoderado que asiste al sindicado durante el sumario, sino a un defensor que designará el sujeto pasivo de la acción penal o un defensor de oficio nombrado por el juez del conocimiento, bien por solicitud del mismo procesado o porque, no habiendo comparecido, se le ha declarado reo ausente.

La afirmación de que el representante legal del menor procesado debe asistirlo a lo largo de todo el proceso, es argumentación basada en el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal derogado, y no en el artículo 386 del estatuto actual, que limita la intervención del representante legal a la diligencia de la indagatoria, según argumento de la Procuraduría.

Por lo tanto, no prospera este cargo.

SEGUNDO: "Al procesado menor de edad, Henry Cárdenas Posada, se le sustituyó el defensor de oficio ilegalmente".

Se funda el segundo motivo de nulidad en la circunstancia de que el defensor de oficio, doctor Jesús Alberto Sarria Mondragón, presentó la excusa de padecer grave enfermedad habitual, lo cual le impedía cumplir cabalmente los deberes de la defensa del menor Cárdenas, y esa excusa le fue aceptada por el juzgado, declarándolo separado del cargo, y designando a otro defensor de oficio.

La ilegalidad de esa remoción la hace consistir la demanda en el hecho de que la enfermedad del defensor de oficio no fue certificada por un médico legista, sino por uno particular.

La Procuraduría ha contestado este cargo alegando que no hay norma legal que impida en tal caso aceptar el certificado que tuvo en cuenta el Juzgado para proceder a nombrar otro defensor de oficio en quien no concurriera obstáculo para que pudiera cumplir sus funciones.

Por otra parte, hay franca contradicción en la argumentación de la demanda en cuanto que impugna el nombramiento del defensor de oficio, por estimar que debió hacerlo la representante legal del menor procesado, y, simultáneamente, afirma que encarna una ilegalidad sustituir el designado, imposibilitado para adelantar la defensa del menor, por otro abogado que estuviera en capacidad de adelantarla.

Este segundo motivo de nulidad no tiene fundamento alguno.

TERCERO: Este motivo de nulidad lo plantea la demanda aduciendo cuatro aspectos, así:

Por el primero se sostiene que únicamente podría imputarse homicidio agravado y no concurso material del homicidio agravado con el robo; por el segundo se sostiene que no hay homicidio agravado sino homicidio simple, porque no está probado que el homicidio fue un medio para preparar, facilitar o consumar el robo; por el tercero, se vuelve a afirmar que se trata de un asesinato, pero que el fallador se equivocó al aducir como circunstancia de

agravación la sexta del artículo 362 del Código Penal, en vez de la quinta; el último aspecto alegado es el de predicar que fue correcta la calificación del homicidio agravado, pero se incurrió en el yerro de no haber incluido la modalidad de la complicidad correlativa existente en autos porque no es posible identificar al responsable directo del homicidio.

Con buen criterio jurídico la Procuraduría solicita que se deseche este cargo porque la impugnación se funda en argumentos contradictorios como son los de sostener, simultáneamente, que es correcta la calificación de asesinato y de simple homicidio, en relación con un único acto, como lo es el atentado mortal contra Héctor Darío Maya González. Tal planteamiento, por estar fundado sobre argumentos contradictorios, imposibilita a la Corte para saber en qué consiste la impugnación propuesta contra la sentencia de segunda instancia. En efecto, no puede analizarse este aspecto de la acusación con fundamento en que la demanda parte del supuesto de que el delito contra la vida es un homicidio simple, porque la demanda también sostiene que se trata de un homicidio agravado.

Además, este cargo lo funda el impugnador en el desconocimiento de hechos que el Jurado de Conciencia aceptó como realizados. Cuando el Jurado se pronuncia en determinado sentido, resulta imposible discutirle si tuvo razón o no al adoptar la determinación del juzgamiento, porque en sede de casación no se puede alegar que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, porque tal planteamiento no figura entre las causales de casación.

Este tercer motivo de nulidad se rechaza.

CUARTO: "No haberse señalado en el auto de proceder quién o quiénes eran el autor o autores, cómplice o cómplices, encubridor o encubridores, partícipe o partícipes del delito o delitos o si todos eran autores materiales del mismo o de los mismos".

Este aspecto no puede aceptarse, porque en el auto de proceder quedó suficientemente explicado que los tres procesados actuaron como coautores de los delitos de homicidio y robo, porque colaboraron en la ejecución de tales ilícitos en forma principal y de manera coordinada.

QUINTO: "Haberles negado en forma ostensible y reiterada toda posibilidad de defensa tanto en el sumario como en la causa, a excepción del acto público de juzgamiento, a los señores procesados".

El cargo se formula porque la testigo Adalgisa Mora de Alvarez no concurrió a declarar durante la etapa investigativa sino que lo hizo en la audiencia pública, lo mismo que a la falta de careos entre uno de los testigos y los procesados y al hecho de que no hubo un reconocimiento en fila de personas, por parte de los dos testigos acusadores. Se afirma en la demanda que si esos medios probatorios se hubieran incorporado al proceso otro habría sido el resultado de la justicia, por lo cual se violó el artículo 26 de la Constitución porque "la orfandad de defensa fue inaudita en el proceso y por ello la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por la no observancia de las formas propias del juicio".

Para fundar la nulidad constitucional que emerge del artículo 26 de la Carta, el impugnante debe plantear nitidamente en qué consiste el cargo. En cambio, en la demanda se afirma que a los procesados se les negó la posibilidad de la defensa, pero se omite expresar qué relación podría haber existido con la omisión de la práctica de los careos y del reconocimiento en fila de personas. No basta aseverar que la ausencia de una prueba ha perjudicado al procesado, sino que es indispensable razonar sobre la repercusión que tal vacío probatorio ha tenido en contra del procesado, o cómo habría sido favorecido con el elemento probatorio de haberse aportado a los autos. Por lo tanto, en esta parte, el cargo se formuló de manera incompleta, por cuya razón no puede prosperar, máxime si se tiene en cuenta que Adalgisa Mora de Alvarez rindió testimonio en la audiencia pública del juzgamiento, y el jurado de conciencia declaró la responsabilidad de los procesados.

SEXTO: "Haberse reemplazado en el acto público del juzgamiento, a un jurado por otro".

Este cargo carece en absoluto de respaldo procesal, porque lo ocurrido en la au-

diencia pública fue sencillamente que, como dejó de concurrir un jurado principal, el juez lo reemplazó por uno de los suplentes elegidos al mismo tiempo que los principales.

Según queda expresado, el proceso en contra de Roberto Gasca, Gildardo Marín Rivas y Henry Cárdenas Posada no está afectado ni de las nulidades legales descritas por los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal ni de la Constitucional que encuentra su raíz en el artículo 26 de la Carta. Por tal motivo, se desecha la demanda de casación.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación contra la sentencia del 3 de octubre de 1975, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Penal de Decisión, por medio de la cual confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Tercero Superior de Cali contra Gildardo Marín Rivas, Roberto Gasca y Henry Cárdenas Posada, como autores de los delitos de homicidio y robo cometidos en la persona de Héctor Darío Maya González.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero, Luis Zafra, Conjuez.

J. Evencio Posada V. Secretario.

FALSEDAD

La falsificación de documentos exige el dolo, sin que haya la posibilidad de una falsificación por culpa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto diecinueve (19) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 40

Vistes

Mediante sentencia de 22 de noviembre de 1974 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta revocó la absolutoria de trece de agosto del mismo año, proferida por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad, y condenó a Luis Alejandro Bustos Soto, José Rafael García Figueredo y Jesús María Pedraza Moreno a la pena principal de cuarenta y dos meses de presidio y a las accesorias correspondientes, a los dos primeros como coautores y al último como cómplice necesario, "por el delito continuado de FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS de que trata el artículo 231, ordinal 4º, en armonía con los artículos 32 y 19 del Código Penal, conforme a los hechos perpetrados en los meses de agosto y septiembre de 1972 y enero de 1973".

Contra esta sentencia interpusieron oportunamente los defensores el recurso extraordinario de casación, que les fue concedido en auto de catorce de enero del año retropróximo por el nombrado Tribunal y declarado admisible por esta Sala en providencia de seis de febrero del propio año.

Ordenados los traslados de rigor, los defensores sustentaron el recurso en demandas que, por el aspecto formal, se declararon ajustadas a las exigencias legales en providencias del 10 de julio de 1975 y 6 de mayo del año en curso. Es preciso aclarar, como observa el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que las tres demandas coinciden sustancial y formalmente con la que presentó el doctor Luis Zafra en junio del año pasado, con excepción de un quinto cargo que aparece en los libelos formulados a nombre de Bustos Soto y García Figueredo.

Corrido el traslado de las demandas a las partes no recurrentes, el Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo Delegado Penal, presentó alegato. Vencido el término de dicho traslado, ha llegado la oportunidad para que la Corte decida sobre el recurso de casación interpuesto.

Los hechos

Los que dieron origen a este proceso se relatan, en el auto de llamamiento a juicio, dictado por el Juzgado Primero Superior de Cúcuta el 20 de septiembre de 1973, así:

"Entre la Industria Licorera de Caldas —Manizales—, y la Empresa Licorera Norte de Santander —Cúcuta— existía un convenio o contrato comercial por medio del cual la primera como vendedora enviaba a la segunda como compradora cierta cantidad de Ron Viejo de Caldas en las especificaciones de 750 cc. y 360 cc., operación en la cual servían como intermediarios y consignatarios los Almacenes Generales de Depósito Santa Fe S. A., ALMAVIVA de Cúcuta, para que mediante el pago del valor

de la mercancía solicitada y reclamada por la compradora y destinataria exclusiva en el Departamento de Norte de Santander o sea la Empresa Licorera Norte de Santander le fuera entregada la cantidad de Ron Viejo de Caldas correspondiente, debiendo ALMAVIVA como consignataria girar el valor del licor vendido a la Licorera de Caldas junto con la respectiva relación de lo vendido y los comprobantes de entrega, previo el descuento por los gastos de comisión. Fue así como durante el año de 1972 la Licorera de Cúcuta solicitó en compra a la Licorera de Caldas y ésta le envió en venta 259.200 botellas de 360 cc. y 54.276 de 750 cc. de Ron Viejo de Caldas. De la remesa hecha por la Licorera de Caldas de 259.200 botellas de Ron de 360 cc. a la Licorera de Cúcuta solo fueron recibidas por y entregadas a ésta por Almaviva 169.560 botellas que aparecieron amparadas con las respectivas solicitudes de retiro legalmente producidas y con las respectivas órdenes de entrada, al paso que 89.640 botellas no fueron recibidas por y entregadas real y efectivamente a la Licorera de Cúcuta, apareciendo, sin embargo, 74.640 botellas amparadas con falsas solicitudes de retiro y sin las correspondientes órdenes de entrada al Almacén de la Licorera de Cúcuta y 15.000 botellas sin las correspondientes solicitud de retiro y orden de entrada. Del despacho hecho por la Licorera de Caldas a la de Cúcuta de 54.276 botellas de 750 cc. de Ron Viejo de Caldas solo fueron recibidas por y entregadas real y efectivamente a la Licorera de Cúcuta por ALMAVIVA 43.596 botellas que aparecieron amparadas con las respectivas solicitudes de retiro legalmente producidas y con las respectivas órdenes de entrada a la Licorera Norte de Santander, a tiempo que 10.680 botellas no fueron recibidas y entregadas a la Licorera de Cúcuta, resultando sin embargo este último número de botellas amparado con falsas solicitudes de retiro y sin las correspondientes órdenes de entrada a la Licorera de Cúcuta".

Respecto de las 85.320 botellas en total amparadas con falsas solicitudes de retiro y sin las correspondientes órdenes de entrada, preciso es complementar el anterior relato, aclarándolo mediante la siguiente transcripción parcial que se hace de la versión del Procurador Segundo Delegado Penal:

"Las operaciones comerciales entre las dos Licoreras se desarrollaban normalmente, pero a partir de mayo de 1972 el Resguardo de Rentas de Santander del Sur decomisó varios cargamentos de Ron Viejo con destino a Cúcuta (fls. 84 a 88), en la creencia de que sería introducido clandestinamente a este último Departamento con mengua de sus intereses económicos. Al respecto obra en el proceso un ejemplar del periódico 'Vanguardia Liberal' de Bucaramanga del 22 de mayo de 1972 (fl. 111). El Gerente de Almaviva Jesús Pedraza puso en conocimiento del señor Luis Alejandro Bustos, Gerente de la Licorera de Norte de Santander, el problema que confrontaban. Este último en carta del 25 de mayo de 1972 se mostró ajeno porque la Licorera solo adquiría compromisos a partir del recibo de la mercancía y no antes (fl. 109). En la nota del 11 de julio el Gerente Bustos Soto insistía a Almaviva que los gastos para la recuperación del licor decomisado corrían a cargo del consignatario, ya que '...no estamos en condiciones de sufragar gastos que corresponden hacer a ustedes', y agregaba la comunicación: 'en cuanto si ustedes pueden negociar el licor al obtenerse la recuperación, debe (sic) advertirle que en caso de que él sea introducido a nuestro departamento debe venir al almacén de licores nacionales de la empresa, con el objeto de que allí se paguen los derechos de ley' (fl. 110).

"El señor Pedraza Moreno Gerente de Almaviva, explicó en su indagatoria que ante la imposibilidad de recuperar el licor y transportarlo a Cúcuta, decidió venderlo al señor Raúl Serrano, quien se comprometía a llevarlo al Putumayo para allí enajenarlo (fl. 348 del primer cuaderno).

"En vista de que el licor tenía como único destinatario la Licorera de Norte de Santander, el señor Pedraza propuso al Gerente Bustos y al Almacenista García autorizar 'solicitudes de retiro' con base en las cuales se restituía el licor decomisado por el Resguardo de Rentas de Santander del Sur, y se vendía a Serrano con el compromiso de no introducirlo a Norte de Santander.

"Los señores Bustos Soto y García Figue-

redo accedieron a la propuesta de Pedraza y firmaron las 'solicitudes de retiro' que en fotocopia sin autenticar aparecen a folios 75 a 80 del primer cuaderno, con el único propósito de facilitar a Almaviva el rescate de la mercancía y a sabiendas de que ningún compromiso económico corría a cargo de la Licorera de Norte de Santander.

"El licor decomisado aparece relacionado a folios 84, 85, 86, 87 y 88 y corresponde en cantidad a las 'solicitudes de retiro' firmadas por los señores Bustos y García (fls. 75 a 80), así como a las relacionadas por Almaviva en el documento del folio 302".

Actuación procesal

Los hechos así descritos dieron lugar a la investigación que inició el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Cúcuta, en marzo de 1973, y que culminó con el auto del veinte de septiembre del mismo año y en el que el Juzgado Primero Superior de esa ciudad llamó a responder en juicio, sin intervención del jurado, a Bustos Soto, García Figueredo y Pedraza Moreno, como autores los dos primeros del delito de falsedad en documentos públicos y el último como cómplice necesario, y sobreseyó definitivamente en su favor por la infracción de peculado.

El Tribunal Superior de Cúcuta, en providencia del 13 de diciembre de 1973, confirmó la decisión de primera instancia. En lo que respecta al peculado, la nombrada Corporación le impartió su aprobación al criterio del a quo de que, habida cuenta de que el licor decomisado no pertenecía a la Licorera de Norte de Santander, palmariamente ésta no había adquirido el dominio y no había sufrido perjuicios económicos por la venta de la mercancía a Serrano por parte de Almaviva, consignataria de la Licorera de Caldas.

Concerniente a la falsedad, el Tribunal ratificó la tesis esbozada por el juzgador de primer grado de que las "solicitudes de retiro" eran documentos públicos por la intervención de Bustos y García, funcionarios o empleados de la Licorera de Norte de Santander, porque el documento había servido para la entrega de los licores por el Resguardo de Santander y porque no era cierto que aquella empresa estuviera interesada en adquirir la mercancía decomisada o retenida.

El Juzgado Primero Superior de Cúcuta dictó sentencia absolutoria el 13 de agosto de 1974. El Tribunal Superior, al revisar por vía de consulta tal decisión, la revocó y, en su lugar, condenó a los tres acusados.

Las demandas

Son cinco los cargos que se formulan a la sentencia recurrida al amparo de la causal primera de casación, por su segundo aspecto, por violación indirecta de la Ley sustancial (Art. 231, ordinal 4º, del Código Penal). Para exponerlos se aprovechará la fiel síntesis que de ellos hace el Procurador Segundo Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

Primer cargo

"Error de derecho en la apreciación de la prueba relativa al elemento objetivo de falsedad en documentos públicos, por estimar el Tribunal que las seis 'solicitudes de retiro' son documentos públicos, siendo así que ni la ley ni la doctrina les dan ese carácter.

"Este motivo de impugnación se desarrolla bajo dos aspectos:

"A) Las 'solicitudes de retiro' no son documentos públicos desde el punto de vista legal.

"El actor sostiene que los documentos mencionados no se acomodan al concepto que de documentos públicos trae el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal. En efecto:

"En primer lugar, porque no fue expedido por un funcionario público en ejercicio de funciones. Las solicitudes de retiro fueron confeccionadas por Almaviva y suscritas por el Gerente y el Almacenista de la Licorera de Norte de Santander. Además, en dicho escrito no se consignó una certificación en materia documental y tampoco se ejerció la función de dar autenticidad, a fin de garantizar la fe pública.

"En segundo lugar, el documento en estudio no corresponde a exigencia legal alguna. Es decir, a formalidades que correspondiera atender al Gerente y al Almace-

nista de la Licorera de Norte de Santander. Los demandantes hacen notar que, precisamente, de incumplirse las formalidades de ley, el documento se degrada a escritura privada según los artículos 1760 del Código Civil y 266 del Código de Procedimiento Civil.

"Y, en tercer lugar, las solicitudes de retiro no eran aptas, por sí mismas, para demostrar la entrega y el recibo del Ron Viejo de Caldas. Se explica en el libelo que el compromiso por parte de la Empresa Licorera de Norte de Santander se adquiría con la 'orden de entrada' y el respectivo cheque los cuales se presentaban a Almaviva, empresa que a su vez entregaba el licor. 'En ese momento se consumaban la entrega de la mercadería y el recibo y pago de la misma. Era dando y dando; do ut des, o en términos comerciales, pago contra entrega...'"

"B) Las 'solicitudes de retiro' tampoco son documentos públicos desde el punto de vista doctrinal.

"En opinión de los demandantes en casación, las solicitudes de retiro equivalen a una factura expedida por Almaviva en su calidad de consignatario. El contrato de compraventa, es cierto, se celebró entre las dos Licoreras pero en él también tomó parte Almaviva como consignatario del licor.

"No se trata de un contrato administrativo sino de carácter privado, comercial, que se somete a las disposiciones legales que gobiernan este tipo de actos jurídicos. Este concepto se corrobora con la intervención de Almaviva como consignatario, según los términos del artículo 1377 del Código de Comercio y del Decreto 356 de 1957 relativo a los Almacenes Generales de Depósito.

"Se sostiene lo siguiente en los libelos:

"'Queda, pues, demostrado hasta la saciedad, que las solicitudes de retiro 'sustancialmente son una factura'; y siéndolo, su naturaleza es la de documento privado, y jamás la de documento público.

"'Esta conclusión se ilumina. —Todavía más—, considerando que tales papeles le sirvieron a Almaviva para hacer los comprobantes y asientos de contabilidad respectivos —como lo anota el Tribunal— y para poderle girar el precio de la mercancía a la Licorera de Caldas. Y bien sabido es que, al tenor de los artículos 38 de la Constitución Nacional y 61 del Código de Comercio, los libros y papeles del comerciante son estrictamente reservados, reserva que es incompatible con el concepto de documento público, esto es, de un escrito que está al alcance del conocimiento de todos.

"'En consecuencia, aparece manifiesto que no siendo las solicitudes de retiro documentos públicos, sino meramente privados, el cuerpo del delito de falsedad pública reprimido por el Tribunal carece de existencia, y entonces no se configura el delito de falsedad previsto en el artículo 231 del Código Penal, que requiere como elemento esencial, que la mutación dolosa de la verdad se haga en escrituras o documentos públicos'".

Según este primer cargo, la sentencia censurada infringió, procesalmente, los artículos 215, 216, 217, 261 y 310 del Código de Procedimiento Penal, e indirectamente el artículo 231, ord. 4º, del Código Penal, por aplicación indebida.

Segundo cargo

"Error de derecho en la apreciación de la prueba del elemento objetivo de la falsedad (cuerpo del delito), al dar por demostrado el perjuicio efectivo de tercero con simple prueba testimonial, cuando es lo cierto que la ley exige exclusivamente en tal hipótesis la prueba pericial.

"La sentencia recurrida, opina el actor, se limita a declarar que la alteración de la verdad en las 'solicitudes de retiro' causó perjuicios a la Nación, al Departamento de Norte de Santander, a la Caja de Previsión Social Departamental, a la Industria Licorera de esta sección del país y también a la de Caldas, pero sin precisar el perjuicio efectivo y su cuantía.

"Los demandantes en casación sostienen que no hubo prueba pericial para estimar los perjuicios que es inexorable, según el mandato perentorio de los artículos 265, 334, numeral 6º, 503 y 504 del Código de Procedimiento Penal. Al informativo se allegaron testimonios que en forma vaga se referían a los perjuicios, sin concretarlos. Todavía más: el Tribunal Superior de Cúcuta censuró con fundamento a la Con-

traloría de ese Departamento que suspendió la averiguación fiscal cuando se inició este proceso, es decir, que tampoco esta entidad estableció los posibles perjuicios sufridos por la actuación de los tres acusados.

"En relación con el perjuicio como elemento del delito de falsedad, los demandantes en casación consignan la doctrina de la Corte respecto de los documentos públicos. En ella predomina la exigencia del daño o del peligro efectivo de un bien jurídico distinto al de la fe pública. Por manera que la simple alteración de la verdad, con los demás ingredientes del ilícito, no es suficiente para estructurar la falsedad en documentos públicos.

"En síntesis, que las 'solicitudes de retiro' sean documentos públicos —como los califica la sentencia recurrida— o documentos privados —como los estima la defensa— no se demostró en el proceso por medios idóneos el perjuicio.

"Este error de derecho al dar por demostrado el perjuicio infringió por aplicación indebida el artículo 231, numeral 4º, del Código Penal".

Tercer cargo

"Error manifiesto de hecho por mala apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras referentes al dolo del delito de falsedad, al darlo el Tribunal Superior de Cúcuta por demostrado, cuando es lo cierto que, bien interpretadas las pruebas respectivas, descartan dicho elemento.

"A juicio de los demandantes al procederse así se quebrantó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal que exige la plena prueba de la infracción y el 231, numeral 4º, del Código Penal, por aplicación indebida.

"Las pruebas mal interpretadas son las cartas del 25 de mayo y el 11 de julio de 1972 que obran a folios 109 y 110 del primer cuaderno, suscritas por el Gerente de la Licorera de Norte de Santander Luis Alejandro Bustos y el testimonio del Comandante del Resguardo de Rentas de Santander, Camilo Durán.

"Las pruebas que el fallador no tuvo en cuenta, a pesar de estar acreditadas en el proceso, son: las indagatorias de los tres procesados, Bustos, García y Pedraza; las tornaguías que amparaban el licor remitido por la Licorera de Caldas; el informe rendido al Gobernador de Norte de Santander por altos funcionarios de ese Departamento (fls. 90 a 102); las órdenes de decomiso impartidas por el Resguardo de Rentas de Santander (fls. 84 a 88 y 119); los testimonios de Saúl Serrano y de Efraín Avila; y la inspección judicial practicada en los libros de minuta de guardia del mencionado Resguardo de Rentas.

"Los elementos de juicio acabados de mencionar, sostienen los demandantes en casación, demuestran la ausencia de dolo en el comportamiento de los tres acusados y del propósito de causar perjuicio a alguien, elementos estos que exige el delito de falsedad documental.

"En las cartas del 25 de mayo y el 11 de julio de 1972, el Gerente Bustos Soto declara no tener responsabilidad por el decomiso de la mercancía en Bucaramanga, y afirma que las diligencias para superar ese obstáculo las debe realizar Almaviva. El Tribunal Superior de Cúcuta dio a estos documentos un alcance que no corresponde a su verdadero contenido.

"En igual error incurrió la Corporación al dar crédito al testimonio de Camilo Durán en el sentido de que no hubo decomiso sino retención.

"Y en cuanto a las pruebas no tenidas en cuenta, los actores sostienen que el Tribunal Superior de Cúcuta ignoró las explicaciones que los tres acusados dieron en sus indagatorias, en que aseguraban no haber tenido la intención de causar perjuicio sino la de evitar el injusto decomiso del licor por el Resguardo de Santander.

"De otro lado, el informe al Gobernador de Norte de Santander suscrito por el Secretario de Hacienda Departamental, al Contralor y al Jefe de Visitadores, demuestra que no hubo perjuicio, porque la mercancía no entró al territorio del citado Departamento.

"Las boletas de folios 84 a 88 del primer cuaderno demuestran dos hechos que el juzgador de primer grado ignoró: el decomiso de los licores y su entrega a Saúl Serrano, quien se comprometió a llevarlo a la Intendencia del Putumayo.

"Por último, la inspección judicial practicada a los libros de minuta de guardia del

Resguardo de Rentas de Bucaramanga enseña que fueron mutilados, hecho este que el sentenciador de segunda instancia también desconoció.

"Por todo lo expuesto, concluyen los demandantes en casación en el sentido de que no se probó el dolo en la conducta atribuida a los tres acusados, Bustos, García y Pedraza.

Cuarto cargo

"Este motivo de impugnación, calificado como error de derecho, se refiere a la equivocada apreciación del auto de proceder, al cual el Tribunal Superior de Cúcuta le otorgó un valor que la ley no le reconoce.

"Es evidente que la citada Corporación se excedió en la apreciación de esa pieza procesal a la cual dio el carácter de inmodificable en el juicio y de obligatorio cumplimiento por la jurisdicción.

"El actor demuestra con sobra de argumentos que el auto de enjuiciamiento no es una ley del proceso en el sentido de que inexorablemente conduzca al fallo condenatorio. Si así fuera, sobraría el plenario y aún más, sobraría esa providencia, pues agotado el sumario solo cabría dictar sentencia condenatoria.

"Por el contrario, la jurisprudencia ha establecido la intangibilidad de la parte resolutiva del auto de proceder cuando se trata de un fallo condenatorio. Es decir: no puede modificarse la calificación jurídica del delito por el cual se comprometió en juicio ni para agravar la situación jurídica del acusado ni para disminuirla. Dentro del mismo género la sentencia puede agravar la pena que corresponde al inculpado o atenuarla, según las circunstancias de una u otra índole que se aduzcan en la etapa del plenario —parte motiva—. A propósito las demandas recuerdan el fallo del 22 de mayo de 1975 en la casación de Nohora Díaz viuda de Duarte, en que fue Ponente el Honorable Magistrado Federico Estrada Vélez en el cual la Honorable Corte Suprema de Justicia fijó los criterios acabados de expresar.

"Lo expuesto es suficiente para concluir que el Tribunal Superior de Cúcuta incurrió en error de derecho al otorgarle al auto de proceder dictado en esta causa un valor jurídico que la ley le ha negado. No es cierto que esa pieza procesal conduzca inexorablemente a una condena. En la etapa del plenario —tutelada por la Constitución Nacional— bien pueden allegarse pruebas que desvirtúen la acusación y, aún, como se sostiene en las demandas, el mejor criterio jurídico del juzgador de segunda instancia es suficiente para fundamentar la absolución del acusado o para disminuir la responsabilidad dentro del género del delito indicado en la parte resolutiva del enjuiciamiento".

Quinto cargo

"El último motivo de acusación se hace consistir en lo siguiente: error de derecho en la prueba relativa al cuerpo del delito, porque las seis 'solicitudes de retiro' materia de esta investigación penal aparecen en fotocopia no autenticada, y por tanto carecen de toda eficacia probatoria.

"Se sostiene en los libelos de casación presentados a nombre de Luis Alejandro Bustos y José Rafael García que las seis fotocopias de folios 75 a 80 del primer cuaderno no aparecen autenticados por Notario, Juez u otro funcionario público, previo el respectivo cotejo con los originales. Se agrega que tampoco fueron reconocidos esos documentos en los términos del artículo 347 del Código de Procedimiento Penal.

"En consecuencia, el juzgador de segundo grado incurrió en error de derecho por equivocada apreciación de la prueba documental con quebranto de los artículos 281 del Código de Procedimiento Penal y 231 del Código Penal, así como de las normas que contemplan los requisitos para dictar sentencia condenatoria".

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado Penal hace un detenido análisis de los cargos que se le formulan al fallo recurrido al amparo de la causal primera de casación (inciso segundo) análisis que lo lleva a coadyuvar las demandas presentadas y a solicitar "a la Honorable Corte Suprema de Justicia casar la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta" que condenó a Luis Alejandro Bustos, José Rafael García y Jesús María

Pedraza por el delito de falsedad, "y como consecuencia absolverlos".

Por tratarse de un estudio a fondo, la Corte citará algunos de sus apartes en el cuerpo de esta providencia.

Se considera

Primer cargo

Como se ha visto, este primer cargo consiste en atribuirle al juzgador de segundo grado error de derecho en la apreciación de la prueba concerniente al elemento objetivo (cuerpo del delito) de la falsedad en documento público, al estimar que las "solicitudes de retiro" son documentos públicos, "siendo así que ni la ley ni la doctrina les dan ese carácter".

Importa, pues, fijar claramente el concepto de documento público y luego confrontar con él las llamadas "solicitudes de retiro".

Según los demandantes, la Industria Licorera de Caldas y la Empresa Licorera de Norte de Santander tenían relaciones de compraventa comercial en los siguientes términos: a petición telegráfica o telefónica de la segunda, la primera le enviaba determinada cantidad de Ron Viejo de Caldas de 360 y 750 c.c., con arreglo a la cantidad de que disponía, dirigida directamente a los Almacenes Generales de Depósito Santa Fe S. A. (Almaviva) de Cúcuta como consignatarios, para que, mediante las formalidades de rigor, entregaran el ron a la Licorera de Norte de Santander, previo el pago del precio correspondiente.

El ron lo despachaba la licorera vendedora con sus respectivos "tornaguías" y, a su vez, comunicaba telegráficamente el envío con sendos mensajes dirigidos al gerente de la entidad compradora, a las Rentas Departamentales de Norte de Santander "y a todos los Resguardos de Rentas de los distintos Departamentos por donde debía hacer tránsito el licor enviado" (fl. 91 del cuaderno 1º).

Dichos mensajes "se presumen recibidos, puesto que ninguno de ellos fueron (sic) devueltos por destinatario desconocido", según se lee en el informe oficial del folio 91 antes citado.

Llegado el cargamento a las instalaciones de Almaviva en Cúcuta, esta empresa llenaba un formulario denominado "solicitud de retiro", que enviaba a la firma de un funcionario de la Licorera de Norte de Santander. En tal formulario se detallaba, entre otras cosas, el nombre de las dos licoreras —la de Caldas y la de Norte de Santander—, la cantidad de botellas remitidas y su especificación, la anotación de que Almaviva recibía la mercancía "EN CONSIGNACION", el valor por unidad de cada botella y el precio total de la remesa, la orden de Almaviva al Jefe de bodega de la misma de entregar el licor al comprador, "por haber recibido la suma de..." y, finalmente, el "Recibí de Conformidad", donde después firmaba el Gerente o el Almacenista de la Licorera de Norte de Santander, que entonces lo eran, en su orden, el doctor Luis Alejandro Bustos Soto y José Rafael García Figueredo. Preparadas de tal manera las solicitudes de retiro, un empleado de Almaviva las llevaba el mismo día "a la Empresa Licorera de Norte de Santander para ser firmadas por los funcionarios de esa entidad" (fl. 100, cuaderno 2º).

Informada la Licorera de Norte de Santander de la existencia de Ron Viejo de Caldas en Almaviva, elaboraba un documento denominado "orden de entrada", que suscribían el Gerente, el Almacenista y el Auditor de la Contraloría Departamental. En dicho escrito se anotaban el detalle de la mercancía, su cantidad, el valor por unidad y el precio total, juntamente con esta observación: "Por compra de contado a Industria Licorera de Caldas (Almaviva)". Lo que significa que el contenido de la "orden de entrada" coincidía con el de "solicitud de retiro". Con la "orden de entrada" el Almacenista de la Licorera de Norte de Santander elaboraba una "cuenta de cobro" y obtenía del Pagador de la empresa un cheque por el valor total del licor, a favor de Almaviva. Almaviva entregaba la mercancía a la Licorera de Norte de Santander y recibía el cheque, la "orden de entrada" y la "solicitud de retiro". Por último, Almaviva enviaba a la Industria Licorera de Caldas el valor de los licores, descontada la comisión respectiva, y los demás documentos de que se ha hecho mención.

Se pregunta el Procurador Segundo Delegado Penal a qué corresponde la "solicitud de retiro". Y contesta que tal escrito no corresponde al "bono de prenda", ni a la "factura cambiaria", ni al "certificado de depósito" de que tratan los artículos 1180 a 1190 y 772 del Código de Comercio, "porque no cumplen los requisitos indicados expresamente en las disposiciones acabadas de citar".

Según concepto del Procurador, tampoco se trata de una "factura comercial", porque ésta la expedía la empresa vendedora con destino a su consignatario y a la empresa compradora. "Es, entonces, un simple aviso que Almaviva daba a la Empresa de Licores de Norte de Santander acerca de la llegada del licor, las especificaciones de éste, su valor, etc. Obsérvese que el mismo nombre del documento —"solicitud de retiro"— no corresponde a la realidad, ya que no autorizaba el retiro de la mercancía en razón de no haberse cubierto su valor. Además, figuraba como solicitante un funcionario de la Licorera de Norte de Santander, la petición se dirigía a Almaviva y se señalaba como destinatario de la entrega a aquella industria (fls. 75 a 80 del primer cuaderno), aunque en el fólder número 1 curiosamente aparece la Industria Licorera de Caldas".

De ahí concluye el Agente del Ministerio Público que, correspondiendo la "solicitud de retiro" a un "aviso" que Almaviva daba a la Licorera de Norte de Santander acerca de la mercancía, es un documento privado.

Es palmar que la "solicitud de retiro" es un documento privado en cuanto emana de una entidad particular (Almaviva) y tiene la naturaleza de "aviso" que señala el Agente del Ministerio Público. Mas es un documento público en lo que respecta a la Licorera de Norte de Santander, al firmar el "Recibí de conformidad" el Gerente o el Almacenista de la misma, con carácter de certificación. Es obvio que con la "solicitud de retiro" la Licorera de Norte de Santander "no adquiría el derecho de reclamar la mercancía", pero era un requisito previo indispensable para esa adquisición, por modo que surtía efectos jurídicos.

Las entidades descentralizadas las forman los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Sobre este particular dice el doctor Luis E. Romero Soto:

"Los primeros han sido designados como parte de la rama ejecutiva y los otros como organismos vinculados a la administración (Decreto 1050 de 1968).

"Significa lo anterior que en tanto las personas vinculadas a los establecimientos públicos pueden considerarse funcionarios y empleados públicos, no sucede lo mismo con todos los que prestan sus servicios en las otras dos categorías de entes autónomos.

"Es necesario, sin embargo, hacer una advertencia. De acuerdo con el artículo 5º del Decreto que se acaba de mencionar, algunas actividades de los establecimientos públicos pueden ser desempeñadas por personas vinculadas a ellos mediante contrato de trabajo.

"No parece que los documentos producidos por estas personas puedan tener el carácter de públicos. Nos basamos para ello en la consideración de que las funciones propias del ente, esto es, las orgánicas no podrían ser transferidas contractualmente a otras personas por el carácter público de las mismas. Con todo, ésta sería materia para estudiarla en cada caso particular.

"Por lo que hace a las empresas industriales y comerciales del Estado el Decreto 3135 de 1968 establece, en su artículo 5º., que las personas a ellas vinculadas tienen el carácter de trabajadores oficiales, 'sin embargo, añade esa disposición, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos'.

"O sea que para determinar, en tratándose de tales empresas, quiénes pueden producir documentos públicos, deben examinarse los estatutos de ellas para ver a quiénes se les han conferido actividades de dirección o de confianza y sólo habrá esa especie de documentos cuando tales personas ejerzan esas funciones". (Luis E. Romero Soto, La falsedad documental, segunda edición, página 71).

Es indiscutible que la Empresa Licorera de Norte de Santander es una entidad descentralizada en la modalidad de empresa

industrial del Estado. Y ejerciendo actividades de dirección y de confianza el Gerente y el Almacenista de la misma, pueden producir documentos públicos.

Al firmar el Gerente y el Almacenista de la Licorera de Norte de Santander el "Recibí de Conformidad" en las llamadas "solicitudes de retiro", producían documentos públicos, porque, siendo funcionarios oficiales, procedían en ejercicio de sus funciones y estaban facultados para impartir fe pública.

En conclusión, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Como se ha visto, consiste en atribuirle al juzgador de segundo grado error de derecho en la apreciación de la prueba del elemento objetivo de la falsedad (cuerpo del delito), al dar por demostrado el perjuicio efectivo de tercero con simple prueba testimonial, cuando es lo cierto que la ley exige expresamente en tal hipótesis la prueba pericial.

Se ha dicho con fundamento que la ley no puede erigir en delito, un hecho que no cause perjuicio efectivo o que sea, por lo menos, apto para producirlo, pues fuera de las infracciones de daño y peligro no hay otras en derecho penal. Por consiguiente, **la falsedad inocua**, aquélla que no tiene siquiera la potencia de dañar, jamás podrá ser estimada como falsedad punible. La fe pública, especialmente, no se siente vulnerada por ella, porque el Estado no impone a los asociados la creencia en la autenticidad, veracidad e intangibilidad de todas y cada una de las palabras escritas en un documento, aunque sea un instrumento público, sino en la verdad de haberse consignado en el documento los derechos o relaciones jurídicas que éste debe acreditar.

No es suficiente, en tratándose de falsedad, que la verdad haya sido alterada con intención fraudulenta: preciso es, además, que la alteración pueda causar un perjuicio. Es enteramente cierto que **falsitas non punitur quae non solem non nocuit, sed nec erat necere** (no es punible la falsedad que no sólo no ha hecho daño, sino que no era idónea para hacerlo). En efecto, la intención por sí sola, por criminal que fuere, no puede constituir delito; es necesario que un perjuicio real o posible haya sido la consecuencia del acto incriminado. Por esto no es delito la falsedad llamada **inútil** o **inocua**, o sea, la que nunca puede producir daño, como acontece cuando la falsedad recae sobre un documento inexistente o absolutamente nulo.

Por modo que no es necesario que el perjuicio sea efectivo o real; basta el perjuicio potencial. Esto se evidencia con sólo tener en consideración que la incriminación de la falsedad por factura total o parcial de un documento falso o adulteración de uno verdadero, no la subordina la ley al uso que pueda hacerse del documento falsificado. Si la falsificación es punible, aun en el caso de no haberse hecho uso del documento falso, es claro que la falsedad existe aunque faltara todo perjuicio efectivo, siempre que pueda ser la causa eventual de un perjuicio.

Carrara, refiriéndose a la naturaleza dolosa del delito de falsedad, nos da a conocer su concepto respecto de la necesidad de un perjuicio cuando dice, en el parágrafo 3667 de su **Programa de Derecho Criminal**, que aunque la gente tuviese la más perversa intención de dañar, no existiría delito cuando no fuese posible que la falsedad perpetrada ocasionara un daño; y no hay delito, porque el hecho no va más allá de la intención malvada, cuando no tiene potencia de dañar. Señala Carrara que otro de los requisitos de esta infracción, que ha de ser especialmente destacado, es el correspondiente al daño, "porque en atención a su índole de **delito social** —a diferencia de lo que ocurre en la falsedad privada— no se requiere para constituir la falsedad pública un daño efectivo, sino que basta un daño **potencial**". Obviamente se infiere de las palabras de Carrara la diferencia que existe entre la falsificación de un documento público y la falsificación de un documento privado; para ésta se requiere la efectividad del perjuicio, en tanto que para aquélla basta la potencialidad, ya que es esa potencia de dañar la que consuma el delito.

Chauveau A. y Hélie F. señalan en su

obra Teoría del Código Penal (tomo II, páginas 382 y siguientes) que es condición esencial a la existencia del delito de falsedad, que el mismo pueda causar algún perjuicio a otro, principio mentado por la ley romana que ha sido después ecuménicamente reconocido. En efecto —siguen diciendo—, si el escrito, aunque haya sido fraudulentamente alterado, no puede producir ningún efecto, y no puede convertirse en fundamento de ningún derecho, de ninguna acción, esa alteración no es más que la expresión de un pensamiento criminal, pero incapaz de producir el delito que el autor ha meditado, pues la ley no toma en cuenta el delito sino cuando se revela mediante actos que pueden causar lesión a la sociedad, sin que la intención de dañar se castigue nada más que cuando a ella se unan actos de ejecución. Para los autores comentados no hay diferencia alguna entre el perjuicio material y el perjuicio moral. La elaboración de un escrito falso capaz de dañar la reputación de un tercero constituye el delito de falsedad, norma aplicable incluso para el caso de que el escrito únicamente perjudicare un interés de orden general y público. Asimismo no es indispensable para la punibilidad de la infracción que ésta produzca un perjuicio actual, siendo suficiente que pueda producirlo.

Cierto es que puede haber falsedades en documento público inocuas o inútiles, mas también lo es que todo delito de falsedad en documento público lleva en sí la potencia de perjudicar. Y ello, porque para que la falsedad de que se trata sea punible, es preciso que incida sobre lo esencial del documento, es decir, sobre la prueba del derecho o relación jurídica que por medio del instrumento quiso preconstituirse.

Por eso, en el caso sub judice, la falsedad de que se trata sí es punible por este aspecto, porque ella recae sobre lo esencial de los documentos públicos constituidos por las denominadas solicitudes de retiro al firmar el Gerente y el Almacenista de la Licorera de Norte de Santander el "Recibí de conformidad" y al no recibir ésta las 85.820 botellas de Ron Viejo de Caldas de 750 c.c., amparadas con dichas solicitudes de retiro y sin las correspondientes órdenes de entrada. Tal falsedad tenía potencia de dañar, aun cuando de hecho no causara perjuicios.

Además, como apunta el Procurador, el perjuicio es un elemento de la infracción y de acuerdo con el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal se puede demostrar con cualquiera de los medios ordinarios de prueba.

"De otra parte, una es la prueba del perjuicio como elemento constitutivo del delito y otra muy distinta el avalúo de los daños sufridos con la comisión del ilícito investigado. Para el primero, como ya se dijo, juega la libertad de prueba a que ya se hizo referencia y para el otro sí es indispensable la prueba pericial, siguiendo las prescripciones de los artículos 503 y 504 del Código de Procedimiento Penal".

De lo anterior se colige que el cargo no puede prosperar.

Tercer cargo

Según se ha visto, este cargo consiste en "error manifiesto de hecho por mala apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras referentes al elemento subjetivo del delito de falsedad representado en el dolo, al darlo el Tribunal por demostrado, cuando es lo cierto que bien interpretadas las pruebas respectivas, descartan dicho elemento estructural y genérico de la infracción ameritada... Al proceder así, la sentencia quebrantó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que exige, para condenar, la plena prueba de la infracción por la cual se llamó a juicio; y violó, igualmente, el artículo 231 del Código Penal, por aplicación indebida, al haberlo empleado en un caso que no era pertinente".

Siendo doloso el delito de falsedad, para Peco, es uno de sus elementos el perjuicio real o potencial, porque la falsificación instrumental se consuma, no al ejecutar el acto público con la conciencia y la voluntad de hacer un instrumento falso o alterar uno verdadero, sino, además, cuando concurre la representación de la posibilidad del perjuicio.

Soler afirma rotundamente que es unánime la opinión en el sentido de que la falsificación de documentos exige el dolo, sin que haya la posibilidad de una falsifica-

ción por culpa (falsitas sine dolo committi non potest), siendo suficiente para advertirlo así la consideración de la significación misma del vocablo falsedad y lo que él supone en cuanto a las relaciones intelectuales. Para que pueda hablarse de falsedad, se requiere siempre conocimiento: "lo inexacto se transforma en falso solamente cuando es conocida la inexactitud por el sujeto que emplea el documento". Conceptúa este autor que las discrepancias se presentan al tratar de determinar el contenido subjetivo que caracteriza una falsedad como dolosa, principalmente en lo relativo a la posibilidad del perjuicio.

Fontán Balestra asevera que la falsedad documental requiere que el hecho sea subjetivamente doloso, debiendo el sujeto activo conocer no sólo la falsedad sino también la posibilidad de perjuicio, posibilidad que no lo detiene en su obrar.

Carrara señala como uno de los elementos configurativos del delito de falsedad documental el dolo y dice que éste, a primera vista, parecería estar constituido por el conocimiento de la inmutación de la verdad, pero que esto es exacto únicamente en sentido eliminativo, ya que no es falsario quien comete falsedad por un error, desconociendo que lo que escribe es diferente de la verdad. Definiéndose el dolo como "la intención de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley", no es, sin embargo, punible toda falsedad, sino tan sólo aquélla que daña o tiene potencia de dañar, por lo cual para que el agente conozca que su falsedad es contraria a la ley, es necesario que además de conocer que es falsedad, conozca que es dañosa, por lo menos en potencia. "Si esto falta —agrega— tendrá la conciencia de que hace una cosa falsa, pero no tendrá la conciencia de que hace algo contrario a la ley y, de tal modo, no estará en dolo". Para Carrara la buena fe del agente excluye la imputabilidad, tanto cuando se cree verdadero lo que es falso, como cuando conociendo la falsedad se piensa que ella es inocua.

Chauveau y Hélie opinan que una de las condiciones precisas para configurar el delito de falsedad es la intención fraudulenta, o sea, el dolo. Puntualizan que la voluntad criminal tiene matices y grados. En algunos casos consiste únicamente en conocer la prohibición de la ley y en querer vulnerarla. En otros no basta que el agente tenga conciencia de la inmoralidad del hecho y la voluntad de cometerlo, sino que se necesita además que esa voluntad sea dirigida a un fin determinado, siendo la criminalidad de ese fin la que se refleja sobre la intención y determina la culpabilidad. Tal acontece con el delito de falsedad. La alteración se puede haber cometido a sabiendas y voluntariamente y, sin embargo, no habrá aún delito, pues hace falta que se haya cometido con fraude, esto es, con el propósito de perjudicar a otro o de suscitar peligro. Recuerdan estos autores que esta regla, universalmente reconocida, fue ya establecida por los romanos en términos muy precisos: non nisi dolo malo falsum. En otros párrafos advierten Chauveau y Hélie que la intención de dañar es independiente del provecho personal que la falsedad pueda procurar a su autor, ya que es concebible que el provecho sea nulo y que no embarga ante la intención de dañar, pueda actuar con toda energía. Como sucede también que la intención de dañar es un elemento del delito tanto cuando atenta a los intereses privados como si lesiona los intereses públicos.

Para esta Corporación el dolo en la falsedad documental consiste "en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con la intención de perjudicar derechos ajenos". (G. J. Nos. 2340 a 2345, pág. 524).

En el caso sub examine, como anota el Procurador, el decomiso de los cargamentos de licor por el Resguardo de Rentas de Santander fue un hecho cierto y las cartas del Gerente de la Empresa Licorera de Norte de Santander fijaban claramente la posición de esa entidad de no asumir ninguna responsabilidad por tal hecho ni de sufragar gastos. "Esta actitud estaba conforme con la manera como se desarrollaban las operaciones entre las dos Licoreras (la de Norte de Santander y la de Caldas), como ya se dejó explicado al estudiar el primer cargo. Aún más: en pleno acuerdo con el tipo de contrato existente entre las dos empresas: pago contra entrega.

"Ante el decomiso del licor cuyo único destinatario era la Licorera de Norte de Santander, el consignatario Almaviva de-

bía adoptar una solución, y no podía ser otra que la intervención de la empresa mencionada para evitar la injusta medida. Se dice injusta, porque la mercancía estaba destinada a Norte de Santander y no a otro Departamento como de buena fe creyeron las autoridades del Resguardo de Rentas de Bucaramanga.

"En este momento se suscribieron por los acusados las solicitudes de retiro de folios 75 a 80 que permitieron a Saúl Serrano retirar el licor, previo el pago correspondiente a Almaviva".

Si bien se alteró la verdad a sabiendas y voluntariamente, no hubo en los procesados intención fraudulenta, vale decir, el propósito o el ánimo de causar un perjuicio o de suscitar un peligro, pues procedieron con la creencia de que la falsedad que cometían era inocua. Al firmar los empleados de la Licorera de Norte de Santander el RECIBI DE CONFORMIDAD contenido en las llamadas solicitudes de retiro, tuvieron como única finalidad la de facilitar a Almaviva el hacer el giro a la Licorera de Caldas del precio del licor vendido en Bucaramanga, aseveración de ellos que no está desvirtuada por prueba alguna en el proceso.

La Corte acoge, por hallarlas ceñidas por modo estricto a derecho y a la realidad procesal, las siguientes consideraciones que se hallan en las demandas:

"El Tribunal encontró la demostración del dolo por parte del doctor Busto Soto, en sus cartas fechadas el 25 de mayo y el 11 de julio de 1972. Pero son, precisamente, esos documentos privados los que rechazan tan errada apreciación del juzgador.

"En la primera carta, el doctor Bustos Soto le previene al Gerente de Almaviva que el ron despachado por la Licorera de Caldas con destino a la del Norte de Santander sólo estará 'bajo nuestra responsabilidad en el momento en que lo cancelemos... De tal forma que cualquier pérdida que se registre debe ser asumida por el despachador o en su defecto por ustedes como consignatarios' (fl. 109).

"Con esta misiva, el doctor Bustos está defendiendo, sin lugar a dudas, los intereses de la empresa que representa, puesto que, categóricamente, le dice a Almaviva que, en caso de pérdida del ron, ésta no debe ser asumida por la Licorera del Norte de Santander. Y si está defendiendo, en esa forma, los intereses de la entidad puesta bajo su dirección, es absurdo pensar que la esté perjudicando con tan honesta actitud.

"Luego el Tribunal incurrió en error evidente de hecho, al darle a dicho documento un contenido y alcance que no tiene.

"El mismo error, y aun mayor, se descubre en la interpretación de la otra carta. En ella habla el doctor Bustos Soto del ron 'decomisado' y de su recuperación, en la cual no puede intervenir pecuniariamente la Licorera de Norte de Santander, porque 'no estamos en condiciones de sufragar gastos que corresponden hacer a ustedes como consignatarios'.

"Y - agrega la carta—, 'en cuanto si ustedes pueden negociar el licor al obtener la recuperación, debo (sic) advertirle que en caso de que él sea introducido a nuestro Departamento debe venir al Almacén de Licores Nacionales de la Empresa, con el objeto de que allí se paguen los derechos de Ley' (fl. 110).

"Como se ve, en esa carta hay dos enfáticas defensas de la Licorera de Norte de Santander: la primera, en cuanto el Gerente doctor Bustos Soto se abstiene de hacer gastos en la recuperación del ron decomisado; y la segunda cuando previene a Almaviva que si el licor entra a ese Departamento, se deben pagar 'los derechos de Ley'. Y quien defiende así a la entidad que representa, está actuando lícitamente, situación que, de suyo, excluye toda sospecha de dolo.

"Tampoco estuvo acertado el Tribunal cuando le dio pleno crédito al testimonio del Comandante Camilo Durán, en el sentido de que no hubo decomiso, sino mera retención del Ron Viejo de Caldas. Pues las boletas de requisa de los camiones y la diligencia de inspección judicial en los Libros del Resguardo, como ya se vio, comprueban plenamente que sí hubo decomiso, lo cual desquicia la credibilidad que merece dicho testimonio, máxime si se tiene en cuenta que el sentenciador, en su auto de proceder, afirma que los dos Comandantes del Resguardo tienen pendientes un proceso por 'la mutilación de algu-

nos libros de registro de tránsito de mercancía llevados por las autoridades del Resguardo Departamental de Santander' (fl. 68, C. 2º).

"Y entonces, siguiendo la doctrina de esa Honorable Sala, 'en todo análisis probatorio debe desecharse hasta el más pequeño factor que induzca o pueda inducir a restarle fuerza al testimonio. Así lo exige la crítica del mismo, que es labor en la que debe emplearse la mayor ponderación' (Sent. de 3 de septiembre de 1946, G. J. Nos. 2038-39, pág. 173).

"Por consiguiente, hubo yerro evidente de hecho en la apreciación del testimonio del Comandante del Resguardo, señor Camilo Durán Vergara.

"Asimismo, concurre ostensible error de hecho al no tener en cuenta el sentenciador las indagatorias de los procesados, los recibos que expidió Saúl Serrano J. y el testimonio de él, pruebas estas que establecen especialmente la condición que impuso el doctor Bustos Soto de que el licor vendido en Bucaramanga no entrara al Departamento de Norte de Santander, y, en caso de que ello sucediera, debían pagarse 'los derechos de ley'; todo lo cual pone de presente que no hubo el propósito de dañar derechos ajenos por parte de los acusados, es decir, que obraron sin dolo.

"Además, al dejar de apreciar las órdenes de requisa de los camiones que conducían el Ron Viejo de Caldas, impartidas por el Resguardo; el informe sobre el procedimiento seguido por las dos Licoreras y Almaviva para la entrega y recibo del ron; las Tornaguías correspondientes; y la inspección judicial practicada en el Comando del Resguardo, que demuestran que sí se consumó el decomiso; también se equivocó el Tribunal sobre las circunstancias que determinaron la venta del licor —el grave temor de perderlo a causa del decomiso—, circunstancia que aleja toda posibilidad de dolo en el comportamiento de los procesados. Y no sólo esto, sino que el conjunto de las mencionadas pruebas mal apreciadas señala indudablemente que el doctor Bustos Soto y García Figueredo, cuando firmaron el RECIBI DE CONFORMIDAD que se ha tachado de delictuoso, lo hicieron con la sana voluntad de prestarle una ayuda al Gerente de Almaviva en el arreglo de cuentas con la Licorera de Caldas, y jamás con el mal propósito de perjudicar a ninguna de las dos Licoreras. Con qué sencillez y sinceridad así lo expresa García Figueredo con estas palabras: 'ha sido con buena voluntad' (fl. 174)."

En síntesis, no está probado el dolo en forma alguna y, en consecuencia, el Tribunal Superior de Cúcuta, al proferir sentencia condenatoria, violó directamente el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal e indirectamente el 231 (ord. 4º) del Código Penal, por aplicación indebida.

Por tanto, este cargo prospera y, por lo mismo, huelga el estudio de los restantes cargos. De donde se sigue que ha de procederse de conformidad con el numeral primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, casando el fallo recurrido y, en su lugar, absolviendo a los condenados.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oídas las voces del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 22 de noviembre de 1974 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, y en su lugar, ABSUELVE a Luis Alejandro Bustos Soto, José Rafael García Figueredo y Jesús María Pedraza Moreno.

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

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

VIOLENCIA CARNAL Y HOMICIDIO. CONCURSO DE DELITOS

Si el culpable, en el acto de ejecutar violencia carnal (consumación, tentativa), voluntariamente es causa de la muerte de la víctima, responde de violencia carnal y homicidio doloso agravado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto veintitrés de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 40 de agosto 19/76.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el doctor Carlos J. Uribe Beltrán, defensor de JOSE ANTONIO MONTOYA DIAZ, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de 22 de septiembre del año de 1975, confirmatoria de la de primer grado, dictada por el Juzgado Superior de Barrancabermeja mediante la cual se impuso al procesado "la pena principal de ocho años seis meses de presidio y las accesorias de rigor, por los delitos de homicidio y violencia carnal tentada".

El recurso se admitió por auto de veintidós de enero del año en curso, y el dos de abril se declaró ajustada, por el aspecto formal, la demanda presentada por el defensor del sindicado.

Hechos y actuación procesal

El Tribunal Superior los resume en la siguiente forma:

"Dormían en promiscuidad, José Antonio Montoya Díaz y su concubina Teresa Moreno, con los hijos de ésta, Gladys Moreno y Orlando Albarracín, en humilde habitación del 'Centro', sitio 'Campo 13' de la comprensión Municipal de Barrancabermeja, la noche del 29 de marzo de 1971. Recogidos desde temprana hora, nada hacía sospechar la tragedia que habría de desatarse y que segaría la vida de la núbil Gladys Moreno. Tan sólo se sabe que, transcurridas algunas horas, despues de padecer de insomnio las personas mayores, la mujer quedó sumida finalmente en profundo sueño, del cual despertó sobresaltada al sentir ruido en el aposento y escuchar leves quejidos de la joven Gladys acudiendo presurosamente a indagar la causa, hallándola herida, manando sangre del rostro y de la cabeza, en tanto que el concubino ponía 'pies en polvorosa', huyendo definitivamente por lo cual hubo de dar voces de demanda de auxilio de sus vecinos y corriendo a dar cuenta del crimen a las autoridades del lugar..." (fl. 8).

Practicó las primeras diligencias el Inspector Departamental de Policía, y luego las envió al Juzgado Civil Municipal en donde permaneció el proceso desde el diez de abril de 1971 hasta el doce de enero de 1973 sin que el Juez Municipal hubiera practicado ninguna diligencia tendiente al esclarecimiento de los hechos. En la fecha últimamente citada, fue remitido el proceso al Juzgado Superior por considerar que era el competente. El Juzgado Superior resolvió comisionar al Juez Municipal para la práctica de diversas diligencias, y, finalmente perfeccionó la investigación el Juez

15 de Instrucción Criminal designado especialmente para el caso.

Agotada la instrucción, se calificó el mérito del sumario mediante auto de llamamiento a juicio contra José Antonio Montoya Díaz por los delitos de homicidio y violencia carnal, en el grado de tentativa, y en concurso real de infracciones.

Contra esta providencia se interpuso recurso de apelación y el Tribunal Superior de Bucaramanga lo confirmó en todas sus partes. Celebrada la audiencia pública, el jurado popular contestó afirmativamente, y por unanimidad, a los dos cuestionarios que le fueron propuestos por el Juzgado Superior.

En desarrollo del veredicto condenatorio se dictaron los fallos referenciados.

La demanda de casación

Con apoyo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula dos cargos contra la sentencia así:

Cargo primero

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga es violatoria de la Ley procedimental "por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad", ya que en el auto calificatorio se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, error que genera nulidad según el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. El error que vicia el juicio radica básicamente en haber considerado en el auto de proceder que los hechos investigados significaban un concurso material de delitos formados entre el homicidio y la violencia carnal, y haberlo declarado así en la parte resolutiva de esa providencia, ya que, como se demostrará, JOSE ANTONIO MONTOYA DIAZ ha debido ser enjuiciado por el delito de violencia carnal, infracción cometida en el grado imperfecto de tentativa y agravada por el resultado —muerte de GLADYS MORENO—.

El recurrente critica la prueba aportada al proceso y que dio fundamento para sustentar la sentencia condenatoria que se impugna. Acepta el censor, que el sindicado Montoya Díaz "tenía una afición inocultable, casi desenfrenada, que lo llevó a proponerse como objetivo preciso poseerla carnalmente, se remite a las diferentes declaraciones que obran en el proceso, y que, muy a las claras, comprueban esta afirmación.

Expresa luego:

"En la noche del 29 de marzo... José Antonio Montoya Díaz decidió acceder carnalmente a Gladys. Era su propósito de tiempo atrás y obviamente quería ejecutarlo sin tardanza. Se acercó al colchón que la niña ocupaba y luego, para preocupación de la justicia, de los jueces y de la sociedad, MONTOYA DIAZ tuvo que huir sin satisfacer su deseo ante el acontecer no previsto, cual fue el de que la joven quedara lesionada y a causa de esas lesiones muriera más tarde".

Que, si bien está plenamente comprobado que el sindicado había manifestado su deseo de acceder carnalmente a la menor, ese deseo, ese impulso, ese fin, ese motivo "es contrario y radicalmente incompatible con el propósito homicida", por cuanto no se comprendería como podría satisfacerse ese impulso sexual, causando la muerte a la persona deseada. Que, de otra parte, con el examen de los antecedentes del sindicado, de sus manifestaciones en relación con la menor, se infiere fácilmente que nunca le asistió el propósito homicida, por lo que, "dado lo anterior, la muerte de GLADYS MORENO, ocurrida como consecuencia de las heridas que sufriera en la noche del 29 de marzo, se presenta, en un orden lógico de ideas, como una consecuencia no querida de actos propios, éstos sí dolosos, del delito de violencia carnal. Hacia ese punto confluyen armónicamente todas las pruebas".

Que si bien la prueba aportada al proceso indica claramente la existencia de la conducta encaminada a la comisión del delito de violencia carnal, no así a la demostración de la actividad homicida, y que, por ello, en la apreciación del demandante, los hechos pudieran ocurrir, en forma tal, que eliminan plenamente la conducta homicida puesto que en desarrollo de los mismos "GLADYS, aún dormida o recientemente despertada, sin gritar y en forma

mecánica e instintiva ejecutó actos tendientes a alejarse de quien la buscaba, durante los cuales se lesionó gravemente, precisamente en el momento en que MONTOYA DIAZ, tratando de violarla, actuaba sobre ella de manera brusca y violenta".

De otra parte, dice y como está demostrado, el instrumento contundente (ladrillo) con el que se causaron las lesiones a la menor que le ocasionaron su deceso más tarde, se halló ensangrentado en la humilde pieza donde habitaba la menor, su madre y su hermano, las manchas que presentaba el arma utilizada, no pueden considerarse como indicios de violencia por cuanto pudo haberse impregnado de sangre ya que según los testimonios "la pieza quedó casi toda bañada en sangre".

En definitiva, sostiene el censor, que no habiéndose demostrado, en forma clara la conducta homicida, se estaría en presencia de la hipótesis definida en el artículo 318 del Código Penal porque "una acción humana, enderezada a violar a Gladys Moreno, concluye, por razón de los actos ejecutados sobre ella y de sus propios mecanismos inconcientes de defensa, en la muerte de la mujer. Esa acción, lo buscado y lo no querido, forman una unidad punible contemplada por el artículo 318 del Código Penal Colombiano", por lo que se estaría en presencia de una nulidad en cuanto a la denominación jurídica de la infracción cuya variación significaría igualmente la presencia de otra nulidad por incompetencia, dado que, el hecho ilícito calificado al tenor del artículo 318 del Código Penal correspondería al Juzgado del Circuito.

Cargo segundo

También con apoyo en la causal cuarta el demandante afirma la existencia de una nulidad por cuanto se presenta la hipótesis contemplada en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal "esto es la incompetencia del funcionario instructor que generó a su vez una nulidad constitucional que afecta todo el proceso".

La nulidad alegada, que invalidaría la totalidad del proceso, la hace consistir el recurrente en el hecho de que el Juzgado Superior de Barrancabermeja, con apoyo en el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal resolvió comisionar al Juzgado Segundo Penal Municipal de la misma ciudad para la práctica de diversas pruebas, durante el sumario. Estando el proceso en el Juzgado Municipal, el señor Fiscal del Juzgado Superior, con apoyo en el artículo 109 del Estatuto Procedimental Penal, resolvió asumir directamente la agencia del Ministerio Público desplazando al Personero Municipal, y según se infiere por la nota visible a folios 21 vuelto, y "por la gravedad del delito", solicitó al Juzgado 2º Penal Municipal que el negocio fuera enviado al Juez de Instrucción Criminal "radicado en esta ciudad", para que prosiguiera la investigación.

De lo anterior, deduce el censor, la existencia de la nulidad que invalidaría todo el proceso, por cuanto que "el Juez 2º Penal Municipal de Barrancabermeja y el fiscal del Juzgado Superior de la misma ciudad tomaron el asunto como si se tratara no de una comisión, como en efecto lo era, sino como cuestión caprichosa y de conveniencias, sin contar con el juzgado comitente, y por ello resolvieron enviar el proceso al Juez 15 de Instrucción, quien sin observar que carecía de competencia por no haber sido comisionado por el competente adelantó la investigación", de donde, concluye, que toda la investigación estaría viciada de nulidad de carácter legal (artículo 210 numeral 1º) y constitucional (Art. 28 de la Carta).

Respuesta del Procurador

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita desechar la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Primera: Que, en el caso de autos, existiría un impedimento de orden jurídico para examinar los cargos, por cuanto que, tratándose de procesos con intervención del jurado "no permite el replanteamiento, en sede casacional, de los hechos y estimación probatoria que dieron convicción íntima a sus integrantes para la veredicción". Igualmente, y sobre estos mismos presupuestos, que al "salir airoso el enjuicia-

miento al catálogo probarlo, se llegaría a una declaración de contraevidencia de los veredictos, absurdo jurídico que mal estaría en programarse dentro del recurso, extraordinario de casación, en atención a que la Honorable Corte no tiene competencia para tal declaración, pues tal figura jurídica no se ha erigido como motivo o causal para activar este recurso. Luego, entonces, solo puede escucharse para el momento procesal actual y adecuable al cuestionamiento de acusación al fallo, la certeza que se refleja en la causa de la muerte de la menor Gladys Moreno, predicada aquélla por el acta de necropsia y en parte por la del levantamiento del cadáver".

Que el análisis jurídico hecho por el Tribunal, con apoyo en tesis expuestas por doctrinantes nacionales y extranjeros relativos a la estructura jurídica del delito definido en el artículo 318 del Código Penal, respaldan plenamente la calificación que se le ha dado a la ilicitud en este caso.

"Bien claros son el espíritu y la letra del artículo 318 del Código Penal, expresa el Procurador, identificándose ambos en el sentido de que las lesiones o muerte que pueda sufrir la víctima, han de ser un resultado que rebase la voluntad del agente, 'ultra voluntatem', sin que pueda caber el resultado dentro de la autonomía intencional que inspira al 362 ibídem. Montoya Díaz, lo pregona altivamente el acta de necropsia, obró con intención innegable de causarle la muerte a la menor, es decir que la muerte fue un resultado que él quiso al golpearla 'con cuerpo contundente sobre región temporal derecha', para quebrantar la resistencia que ella oponía y facilitar su violación".

Segunda: En relación con el cargo segundo propuesto contra la sentencia, el Procurador expresa, que las constancias existentes en el proceso y relativas al informe de Secretaría en que se indica sobre la designación del Juez de Instrucción para que prosiga la investigación, etc., son afirmaciones que deben interpretarse por el sentido mismo de ellas, sin que puedan desconocerse, así porque sí. Y, que como la certificación del Secretario del Juzgado Penal Municipal dice que fue designado el Instructor, débese tener por cierta tal designación, hasta tanto no se demuestre que contradice la realidad. Y si hubo designación del Instructor, cae por su base el argumento esgrimido por el censor de que lo que hubo fue una especie de sub-comisión del Municipal al Instructor. Y, en cuanto a la intervención del Fiscal del Juzgado Superior ella se encuentra plenamente respaldada por el texto claro y terminante del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, solicita a la Corte, "rechazar la demanda a estudio y devolver el expediente al Tribunal de origen".

Consideraciones de la Corte

Habrá de ocuparse la Sala, primeramente, de la respuesta del Procurador especialmente en aquella parte en la que considera como obstáculo de orden jurídico el replanteamiento probatorio del proceso, por cuanto esto lo impide la circunstancia de la intervención del jurado popular en cuya valoración probatoria solamente debe considerarse su "convicción íntima"; y, también el relacionado con la posibilidad de que se pudiera plantear una hipótesis de contraevidencia en sede de casación.

Primeramente, debe recordarse que aquí se trata, como muy claramente lo afirma el demandante, de una hipótesis de errónea calificación jurídica de la infracción, que se origina en el auto de enjuiciamiento, que por ser anterior a la veredicción, en nada influiría sobre ella. Es elemental considerar, que de prosperar la causal la decisión lógica que debería tomarse en semejante caso, no podría ser distinta a la de retrotraer el proceso para que se haga una nueva calificación que corresponda ella sí, a la del hecho ilícito ejecutado, sin que por tanto, haya para qué considerar el veredicto, que caería con la nulidad de la calificación.

Pero además, debe recordarse que sobre este particular la Corte desde el año de 1970 modificó sustancialmente la jurisprudencia que hasta esa fecha era tesis corriente, según la cual, "si el recurrente no acepta los hechos que el juez tuvo en cuenta para la calificación, ha debido aducir y demostrar los motivos propios de la causal primera, inciso segundo, en vez de la cuarta invocada en forma autónoma e indepen-

diente, pues la jurisprudencia ha repetido en múltiples ocasiones, 'que la causal cuarta invocada como fundamento de la errónea apreciación de las pruebas por razones de hecho o de derecho, resulta, como en este caso, improcedente por sí sola'.

"No se da ciertamente razón valedera para que la Sala mantenga dicha jurisprudencia, pues cada una de las causales es autónoma y debe invocarse con fundamento en sus proyecciones peculiares, dentro del ámbito preciso de su incidencia y demarcación".

Y, en esa misma sentencia, se dijo esto que aclara plenamente la posición del Procurador:

"El veredicto es la respuesta del jure al cuestionario que el juez somete a su consideración. El cuestionario debe reflejar con exactitud los hechos calificados por el juzgador en el auto de proceder. Este puede eventualmente contener, en sí mismo, error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción o a la época o al lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido y determinar, en consecuencia, el veredicto injusto o simplemente equivocado. Cuando uno de estos presupuestos menoscaba el auto de proceder y no es advertido por el juez en su caso, ni por el jurado de conciencia, en el suyo, y tampoco por el tribunal de instancia, trasciende a la sentencia viciándola de nulidad cuestionable en el recurso de casación. No porque esté de por medio la actuación del jurado de conciencia que pronunció el veredicto, la nulidad es intocable. Ni el error palpitante cometido por el juzgador en un evento de tal naturaleza adquiere por ello el mérito de la cosa juzgada" (Casación de 15 de diciembre de 1970 G. J. Tomo CXXXVI, números 2334, 2335 y 2336, pág. 341).

Dicho lo anterior, se procede al examen de los cargos propuestos contra la sentencia.

El delito de violencia carnal está definido en el artículo 316 del Código Penal como la conducta del que mediante violencia física o moral que coarta la voluntad del sujeto pasivo, logra el acceso carnal. Delito considerado como atentatorio del interés jurídico relativo a la libertad y el honor sexuales.

En el artículo 317 del mismo estatuto previó el legislador varias modalidades relativas, una, a la conducta (concurso de personas) otra, a la situación especial del sujeto pasivo del delito (mujer virgen o de irreprochable honestidad), y finalmente, la relativa a la posición del sujeto activo del hecho, todas con el valor jurídico de circunstancias agravantes específicas del delito base, descrito en el artículo anterior.

Luego, en el artículo 318 trata de una circunstancia específica, de este delito, que se relaciona no con los factores considerados anteriormente, sino con la gravedad mayor del resultado que excede en mucho, el que integra la figura básica del hecho: la muerte de la víctima como consecuencia de los actos de violencia física o moral ejecutados para lograr el acceso carnal.

De la definición que da el legislador del delito de violencia carnal, se puede afirmar fácilmente, que el núcleo central del ilícito está integrado por la conjunción carnal violenta que se descompone en una doble conducta del agente así: por una parte, y cronológicamente anterior al acceso, está el uso de la violencia física o moral (amenaza) contra el sujeto pasivo; y por la otra, el acceso carnal con el mismo sujeto, que se coloca con nexo de causalidad físico y psicológico con el primero. Es decir, que el uso de la violencia física o moral que es el primer estadio de la conducta, se ubica en la estructura del modelo legal delictivo, como causa para llegar al segundo el acceso carnal —que es efecto o resultado, no material sino jurídico del delito y que señala el momento de su consumación—.

No interesa a los fines del asunto sometido a esta decisión el examen relacionado con el concepto jurídico de acceso carnal, ya que este aspecto en nada incide sobre el fallo que ha de producirse, además, porque no ha sido objeto de controversia.

En cambio, sí interesa afirmar, de acuerdo con la unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, que el delito de violencia carnal es delito de naturaleza formal, o si se quiere, de mera conducta en el sentido de que para su perfeccionamiento no es necesario que se produzca un resultado material u objetivo, separado de la conducta y que señalaría el momento consumati-

vo del ilícito. No, en este delito, las dos acciones —el empleo de la violencia física o moral, (amenaza) y el acceso carnal así logrado, agotan la infracción, sin que sea necesario, se repite, que se haya producido una modificación del mundo exterior, que pueda considerarse como diversa de la conducta típica. Es decir, que puede afirmarse, como lo hace algún autor, que el delito de violencia carnal está todo en el comportamiento, en cuyo agotamiento, presentes las eventuales condiciones queridas por el precepto, está la ofensa al interés protegido. El evento o resultado, si es que de él puede hablarse desde el punto de vista estrictamente jurídico en este delito, o sea como ofensa, no puede ni debe considerarse como un efecto de la acción de culpable, sino que todo el delito está integrado por la **modalidad de la acción ejecutiva**. El acceso carnal se mezcla íntimamente con la conducta violenta, y por ello, no puede considerársele como efecto o resultado de la misma. Hay pues, una fusión total entre la conducta violenta, y el acceso carnal, que si se lo quiere considerar como evento, hay que darle el valor de resultado jurídico o sea, de ofensa al interés tutelado. La característica esencial del ilícito que se considera, está fundamentalmente en la modalidad de la conducta que se exterioriza como violencia física o moral, esta última, más técnicamente entendida como **amenaza**. La violencia, escribe Antonio Peroraro-Albani, puede definirse como la exteriorización de energía física que trasciende en perjuicio físico de una persona o cosa. Es obvio, que para las cosas no puede tratarse de otro perjuicio. Propiamente es violencia la conducta del hombre que tienen el indicado carácter. Violencia es la calificación de un comportamiento que se desarrolla mediante energía físicamente lesiva. El contenido de la violencia es la fuerza material, física. Violencia es fuerza activa. Sin embargo la exteriorización de una energía física que excede un perjuicio físico puede tambien comprometer a la persona no ya en su aspecto orgánico o corporal, sino como ser que actúa.

También, a los fines de esta especie de tutela la violencia puede configurarse siempre que existan los mismos extremos conceptuales que se predican de la violencia contra la persona en su integridad física, pero, con la peculiaridad propia del objeto diverso que se agrede. Este no puede ser sino la capacidad de la persona para obrar, la cual es removida desde fuera de un modo mecánico, material. En síntesis, el costreñimiento de la voluntad ajena se puede conseguir con hechos que entran en el ámbito de la agresión a la incolumidad, puede realizarse tambien con hechos que, aunquando no atentan contra la incolumidad corporal, se traducen siempre en un perjuicio físico para la persona, en cuanto la privan de la posibilidad de la acción, de la conducta externa". (Il concetto di violenza nel diritto penale, Giuffreé, 1962 páginas 29 y ss.).

La ley, como se vio, requiere, como elemento típico de la figura, el empleo de **violencia** o moral y el sentido que debe darse a esta expresión que es meramente descriptivo y no valorativo o jurídico, es el que ya se anotó, o sea, la aplicación de energía física, con perjuicio a la persona sobre la cual se aplica o contra quien se ejerce la violencia. Este perjuicio a la persona, puede ser de naturaleza tal, que quede absorbido jurídicamente en el tipo delictivo de la violencia carnal, formando con ella, un tipo de delito complejo o compuesto. Tan cierto es esto, que al tratar de la modalidad agravada, la norma del artículo 318, expresa que si "los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la **muerte o grave daño** en su salud", la pena se agrava. Lo cual quiere decir, a **contrario sensu** que los actos violentos que han causado, y en la mayoría de los casos así sucede, un daño en la salud o en el cuerpo de la víctima, que por no ser "graves", no se calificarán separadamente, sino que deberán considerarse como integrantes de la figura. Y, es que no es fácil concebir la aplicación o el empleo de violencia física sin un daño, porque como se anotó, el concepto de violencia, implica siempre el perjuicio, así sea de entidad mínima.

Entonces, el punto fundamental está en determinar el grado o la potencialidad perjudicial de la violencia que es elemento integrante del tipo, y aquella violencia que por trascender la que debe tomarse como elemento constitutivo, deba imputarse al

agente, por separado, o sea, como delito autónomo. Y, así mismo, determinar la naturaleza de la violencia que aún excediendo el grado de aquélla que es elemento del tipo, deba sin embargo, valorarse como mera circunstancia agravante, y no como autónoma figura delictiva. O sea: en qué casos se presenta el concurso real o formal de delitos, por ejemplo, violencia carnal y lesiones personales; violencia carnal y homicidio, etc., y cuándo se dará la hipótesis en que el perjuicio, a la persona, que implica el empleo de la violencia, estructure la figura agravada del artículo 318?

Esa es la cuestión que cumple decidir, para determinar si en el caso sub examine se ha dado una calificación jurídica correcta a la ilicitud.

Primeramente, y tal como lo afirma Enrico Contieri, que siendo la violencia carnal un delito contra la libertad del individuo en la esfera de las relaciones sexuales, no ocurre que la violencia física, ejercida para constreñir a la unión de los sexos, obre de tal modo que anule la voluntad del ofendido, sino que es suficiente con que coarte la voluntad. En otros términos, y aplicando al principio a los casos generales, debe considerarse que si la violencia es física, no ocurre que también el constreñimiento sea meramente físico, como en el artículo 23 del Código Penal. No se exige entonces, la "insuperable coacción ajena", sino que es suficiente la demostración, en el caso concreto, de que el ejercicio de la fuerza física o moral (amenaza) fue lo suficientemente idónea para eliminar la voluntad del sujeto que debería expresarse en la aceptación (consentimiento) de la coniunción carnal. De modo que, el delito se integrará, como lo advierte el autor citado, tanto en el caso de que subsista un absoluto constreñimiento físico que anule la voluntad, como también cuando el agente obre solo parcialmente sobre la fuerza física de la víctima de la violencia, de suerte tal que la ausencia del consentimiento se coloque en nexo de causa a efecto con la violencia. (Enrico Contieri, la congiunzione carnale violenta, 3ª ed. 1974, pág. 79).

De suerte que, por este aspecto, se puede desde ya, tomar un punto de referencia relativo al grado de la violencia necesario para la configuración del resto, y, consiguientemente, de las consecuencias que el ejercicio de esa violencia puede ocasionar. Así, deberá afirmarse, que si el agente ejerció violencia física sobre la víctima superior a la requerida para vencer su resistencia, tomando en consideración, por ejemplo, circunstancias relativas a la edad, siempre dentro del título de la violencia carnal, o de otro orden, o que sobrepasó hasta causar el daño en el cuerpo o en la salud, no hay duda de que se dará la hipótesis agravada del artículo 318 del Código Penal.

Pero además, y este es factor fundamental, que siendo el delito de violencia carnal de mera conducta o formal, como se anotó, es incuestionable que el exceso, o que el ejercicio de la violencia que trasciende en resultados más graves, como lesiones personales u homicidio, debe, para ser considerado como mera circunstancia agravante del hecho, entenderse como una prolongación del empleo o ejercicio de la violencia. Es decir, que el exceso de violencia que causa el resultado más grave, que compromete la cuantía de la sanción, debe examinarse primeramente, por su intensidad, y luego, por su íntima y necesaria relación con el hecho al cual se refiere, o sea que debe ser una violencia excesiva, pero una violencia típica de... la violencia carnal.

Lo anterior tiene pleno respaldo en la norma, si se observa que allí se expresa el legislador así: "si los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionan la muerte... etc", frase en la que deben considerarse dos términos, que indican sin lugar a duda, el significado de la disposición, o sea: actos ejecutados sobre la víctima. Cuáles serán esos casos, sino los específicos, los típicos de la violencia carnal? Si la fuerza física se ejerce sobre la víctima con el fin u objeto de lograr el acceso carnal y a través del vencimiento de la voluntad, necesariamente los actos a que se refiere la agravante no pueden ser sino los propios de la conducta ejecutiva del resto. Además, la ley habla de que ese mayor daño, efecto de esos actos, debe haber ocasionado el daño o la muerte, o sea, que deben haber causado ese mayor resultado que

agrava la pena. Existe incuestionablemente un doble nexo de causalidad: uno, de carácter físico o material, y otro, propio en éste, y que se refiere al fin que persigue el agente, que no puede ser otro que el acceso carnal.

Así, se dará la situación planteada en la norma en estudio, (violencia carnal agravada), en el caso por ejemplo, de que la víctima haya muerto por ahogamiento o por asfixia, como consecuencia de la violencia física ejercida por el agente, con el fin de evitar que pueda pedir auxilio. En este caso, se ve claramente, que el resultado excesivo es una prolongación, o si se quiere, una progresión de la actividad delictiva propia de la infracción, que solo llegaría a constituir delito autónomo, imputable en concurso con el de violencia carnal consumada o imperfecta, cuando se demuestre que la violencia física excesiva fue ejercida con ánimo homicida, o sin que subsistiera relación alguna con los actos propios del delito de violencia carnal, —y también, cuando existiendo el nexo con el delito de violencia carnal, se ha causado el daño excesivo (muerte o lesión) en forma tal, que se evidencia que su causación se produjo en forma tal que el autor tuvo conciencia del exceso, lo cual haría que el resultado se califique como doloso.

En el caso de autos, se tiene, y de acuerdo con la narración que la madre de la infortunada menor hizo en su denuncia, que la noche de los hechos, "nos acostamos mi hija Gladys en el suelo y en la cama mi hijo Orlando mi marido José Antonio Montoya Díaz y yo... cuando me desperté fue porque sentí un ruido duro, no se si sería que la niña se levantó y se pegó contra la mesa entonces yo me levanté en seguida... y me arrimé a ver la niña y la encontré boquiarriba quejándose, cuando vi de que estaba toda bañada en sangre... etc." (fl. 1).

Luego, en la diligencia del levantamiento del cadáver de la infortunada, el funcionario anotó lo siguiente: "Los peritos procedieron a examinarla cuidadosamente y le hallaron los siguientes signos de violencia: el ojo izquierdo completamente amoratado, una equimosis sobre el pómulo derecho, la oreja derecha completamente amoratada, huellas palpables de derrame de sangre en la boca, oídos y nariz". (fl. 4 v/to).

Y en cuanto la relación hecha por los legistas que practicaron la autopsia de Gladys Moreno, se dijo, entre otras cosas: "...se disecó en su totalidad el cuero cabelludo hallándose sufusión sanguínea intensa sobre toda la zona parietal y temporoccipital derechas y una LINEA DE FRACTURA que se inicia sobre la eminencia parietal y temporal derecha... profundizándose a la base del cráneo... Por todo lo expuesto se concluye que la muerte de la niña Gladys Moreno se debió a contusión cerebral mortal por golpe con cuerpo contundente sobre región tempoparietal derecha..." (fl. 8).

Sobre las pruebas aportadas al proceso y los resultados evidenciados a través de los informes, cuyos apartes más importantes se han transcrito, se fundamenta la sentencia de condena dictada contra José Antonio Montoya Díaz por los delitos de violencia carnal, en grado de tentativa, y homicidio voluntario. Lo esencial de la sentencia y que ha sido objeto de reparos en sede de casación, se refiere a la imputación del homicidio como hecho autónomo del de violencia carnal, descartándose de esta manera, la aplicación del artículo 318 del Código Pena..

El censor, como se anotó, compartiendo la versión del sindicado, afirma que las lesiones halladas en el cuerpo de la infortunada menor, fueron causadas por la actividad propia de la joven al buscar huir, casi instintivamente, de las agresiones de Montoya Díaz, por lo que, en su opinión no es jurídico imputar a su patrocinado la causación del hecho, o sea las graves lesiones que degeneraron en la muerte posterior de la víctima —sino que, al contrario, han debido tomarse como una sola unidad natural y jurídica, y así aplicar la norma del tantas veces citado artículo 318 del Código Penal.

Los fundamentos de esta apreciación se basan en los argumentos centrales; uno, que resulta ilógico, por decir lo menos, que si Montoya Díaz quería acceder carnal-

mente a la menor, no era natural o corriente que pretendiera la muerte de su anhelada aventura sexual; y otro, que no se ha aportado la prueba necesaria ni en cuanto al elemento material, ni menos psicológico, que indique que su patrocinado fue el autor de las lesiones que constituyen la causa inmediata del deceso de Gladys Moreno.

Es incuestionable, y tal como se anota en la sentencia de segundo grado, que si bien en este proceso no existe una prueba directa, que señale en forma indubitable el curso o desarrollo de los sucesos que culminaron con la muerte de Gladys Moreno, es igualmente innegable la existencia de un cúmulo de indicios con las características propias de este medio de prueba, o sea su GRAVEDAD, UNIVOCIDAD y CONCORDANCIA, que comprueban, muy a las claras, que Montoya Díaz sí fue el autor único y por ello el responsable de los delitos de que da cuenta el proceso.

En muchos casos, la reconstrucción del hecho con todos los detalles de su desarrollo, no es siempre fácil, pero tampoco es estrictamente necesaria. Necesario es, en cambio, y para los fines de la prueba, tomar y valorar todos aquellos elementos que aporten indicaciones ciertas sobre aspectos jurídicamente relievantes a demostrar la existencia de los requisitos esenciales del suceso y calificarlos en su significado jurídico. En el caso de autos, se repite, si bien no existe la prueba directa relativa a la existencia del hecho incriminado y su desarrollo se aportaron los elementos necesarios con base en los cuales se ha llegado a la certeza legal y moral del delito imputado y de su autor responsable.

Ninguna duda, que Montoya Díaz hacía vida marital con Teresa Moreno madre de Gladys. Ninguna duda que el concubinario de la Moreno buscaba por todos los medios los favores sexuales de la menor, no en forma oculta, sino antes por el contrario expresa y casi pública. La causa o motivo del delito no deja duda alguna; nació en la persona del incriminado un deseo vehemente de poseer carnalmente a la joven Gladys. La oportunidad se le presentaba relativamente fácil, por la circunstancia de habitar bajo el mismo techo. Era fácil que Montoya Díaz realizara sus pravos deseos? Seguramente que no. En primer término, se oponía su propia concubina que en más de una ocasión, ya por celos, ora por puro pudor de madre, no permitiría que ello sucediera. Pero, además, la propia Gladys manifestó muy claramente que no permitiría el atropello de su padrastro. Todo lo anterior, emerge límpido de las pruebas aportadas al proceso.

Capacidad para delinquir es otro presupuesto que se ha querido poner en duda en el proceso. Lo tenía, y en forma suficiente el incriminado, desde el mismo momento en que no paró mientes en buscar los placeres sexuales en la hija de su concubina; en una joven menor de edad, que en gentes con suficientes frenos morales no puede inspirar sentimientos o pasiones como los que despertó en el alma del sindicado.

Oportunidad para la ejecución del ilícito? Cuál mejor que la de aprovechar la necesaria vecindad de su víctima?

En cuanto al modo de ejecución del delito, sobre el cual el demandante monta toda la estrategia de la defensa, con base en la tesis de que no se aportó la prueba directa que incrimine a su patrocinado, también emerge clara del cúmulo de indicios que se ligan unos a otros con la necesaria lógica de su concatenación para desembocar en la certeza legal que indica que Montoya Díaz es el autor de tan depravado hecho.

Si, por una parte, el sindicado sabía, por las múltiples manifestaciones que le había hecho la joven de no acceder a sus propósitos lascivos; si, además, contaba con la presencia de su concubina, que para el caso de que la menor pidiera auxilio, seguramente, con el coraje de la madre, buscaría la defensa de su hija. La empresa a cumplir no resultaba pues, del todo fácil, y si quería realizar a cabalidad su deseos, tenía que hacerlo con las mayores seguridades. Conviviendo bajo el mismo techo con su víctima, sabía de la existencia del arma (ladrillo) que podría utilizar para el caso de que la resistencia de la joven fuera superior a lo esperado. De esta forma, se encontró el sindicado con una negativa rotunda que lo condujo a golpear a la joven, causándole las heridas que determinaron posteriormente su muerte.

La tesis del recurrente, relativa a la for-

ma como fueron ocasionadas las lesiones en el cráneo y en la cara de Gladys, no deja de ser un esfuerzo de quien representa los intereses del sindicado, pero obviamente, sin el menor respaldo probatorio en el proceso, y sin bases siquiera, frente al normal acontecer.

Todo este proceso delictivo del hecho delictuoso, estuvo siempre inspirado por el dolo necesario de la actividad cumplida y sobre el que también se ha hecho fuerte crítica por el demandante.

El dolo, como fenómeno psicológico interno, no es posible probarlo mediante elementos materiales u objetivos, como se prueban los comportamientos externos que dejan vestigios de su existencia en la realidad objetiva y que por lo mismo, se pueden comprobar a través de diversos medios materiales. De modo que ese fenómeno interno había que probarlo, la mayoría de las veces, mediante la inducción que se cumple sobre los factores externos que se presentan como indicativos de su existencia.

La existencia de un acto de voluntad, de una representación, de un motivo, escribe MARCELLO GALLO, puede inferirse únicamente de la existencia de las circunstancias externas que normalmente constituyen su expresión o manifestación, o la acompañan, o de todos modos están ligados a estos estados psíquicos. El recurso a las reglas de experiencia resulta una constante del llamado conocer y acontecer históricos. Al igual que la labor del historiador, el intérprete tiene frente a sí, un hecho, no como una realidad existente, sino como algo que hay que reconstruir. Lo que tiene ante sí, es un complejo de pruebas, testimonios, documentos, y sobre tales bases es necesario que llegue a representarse, en el cuadro de las propias experiencias mentales "cómo se han desarrollado las cosas". De la misma manera que estaría metodológicamente fuera de lugar, y sería contradictorio prohibir al historiador servirse de éste o de aquel elemento en el curso de un proceso de comprobación, no se puede tampoco poner límites a los datos que, en cuanto pertenecen a la realidad del hecho, son utilizables por el operador del derecho para los fines de la reconstrucción histórica. Probar el dolo significará siempre: inferir de los datos externos conclusivos en el ámbito de los cuales —a la luz de apropiadas máximas de experiencia— un comportamiento psicológico interno (Dolo, diritto penale, en Enciclopedia del Derecho, Vol. XIII, pag. 758 ss).

Pero no se trata, como aparecería a simple vista y con la utilización de las llamadas reglas de experiencia del id quod plerum que accidit, o sea, de aquello que ordinariamente sucede, de revivir una especie de presunción legal que al igual que el indicio, que es de lo que aquí se trata, se funda sobre las citadas reglas de experiencia. Y no es presunción, porque como limpidamente lo afirma BETTIOL, al hacer la distinción entre indicio y presunción, el indicio es un elemento o complejo de elementos de hecho de naturaleza objetiva o subjetiva de los cuales el juez deduce la existencia de un hecho relevante para el proceso sobre la base de una regla de experiencia dejada a su prudente discreción. La presunción, en cambio, es aquel procedimiento necesario a relacionar entre sí dos hechos a través de una regla de experiencia fijada por el legislador.

De los hechos externos, materiales, objetivos que han sido ampliamente demostrados en el proceso, se puede inferir la autoría y luego la responsabilidad del sindicado? La respuesta no puede ser sino afirmativa.

Si Montoya Díaz se propuso acceder carnalmente, y mediante la utilización de la fuerza física y la menor Gladys Moreno opuso fuerte resistencia a sus proclives deseos, lo lógico, lo que ordinariamente sucede en la actividad delictiva de este tipo, es que se busque de todos modos, realizar el acto alimentado espiritualmente desde tiempo atrás y que creó la vehemencia sexual que llevó incuestionablemente a Montoya Díaz a buscar, por todos los medios a su alcance, vencer la resistencia de la menor. Que las lesiones causadas y que ocasionaron la muerte de la menor fueron propinadas por quien pretendió el acceso carnal violento, es asunto que no deja la menor duda, entre otras razones, porque no existe prueba en el proceso de la cual se pueda inferir lógicamente, que los hechos delictivos tuvieron un desarrollo distinto. Todo lo contrario, esas pruebas, se repite,

indican muy a las claras, que su desarrollo no pudo ser otro que el que produjo, a la postre, la muerte de la menor.

Ahora bien, podrá afirmarse que los golpes, y no el golpe, porque fueron varios los que se hallaron en el cuerpo de la Moreno, deben considerarse como propios, como específicos, como típicos de los que estructuran la violencia carnal? Y, por otra parte, podrá afirmarse que la conducta ejecutada y que produjo los resultados conocidos, se realizó sin la conciencia en el agente de que con dicha actividad podría causarse la muerte? Podrá afirmarse, así mismo, que los golpes propinados con arma contundente y que ocasionaron tan graves lesiones en el cerebro de la víctima, son golpes propios, por su ubicación, por su reiteración y por su intensidad de los de violencia carnal?

La respuesta a estos interrogantes la da VANNINI autor que ha sido citado en la sentencia, cuando escribe que "si el culpable, en el acto de ejecutar violencia carnal (consumación, tentativa) voluntariamente se convierte en causa de la muerte de la víctima responde de violencia carnal y homicidio doloso agravado. Ejemplo: el culpable da muerte por rabia a la mujer que opone valerosa, desesperada resistencia a la violencia por él ejecutada, con el fin de llevar a cabo con ella la conjunción carnal". (O. Vannini, Il delitto di violenza carnale, pág. 56).

Todo lo anterior está a indicar que la calificación dada en la sentencia a la conducta ilícita de José Montoya Díaz es la que corresponde a su calificación jurídica, y por lo mismo, no existiendo la nulidad alegada, el cargo no prospera.

Cargo segundo

En relación con este segundo cargo, las consideraciones del Procurador son plenamente valederas para descartar la tesis de la nulidad alegada. En realidad, las constancias existentes en el proceso relativas a los informes rendidos al Juez Municipal por su Secretario, en el sentido de hacerle conocer la designación del Instructor para que prosiga la investigación son documentos y manifestaciones que por provenir de funcionario público en ejercicio de sus funciones están amparadas por la presunción de su legitimidad no sólo en cuanto a la emanación del acto, sino principalmente en cuanto a su contenido que es al que el demandante ha pretendido dar un significado diferente del que en realidad tiene.

No existe la nulidad alegada por cuanto que de acuerdo con las referidas constancias, jamás se puede entender que el envío del proceso por parte del Juez Municipal al Instructor, deba tomarse como una hipótesis de comisión que no podía hacerse. Por el contrario, tal actuación debe considerarse como una especie de desplazamiento del instructor, que, como se ha visto, fue solicitado por el Fiscal del Juzgado para que prosiguiera la instrucción, dada la gravedad del hecho investigado, y, en consideración también a que el Juzgado Municipal que primitivamente conoció del proceso, no desarrolló actividad ninguna tendiente a esclarecer el delito, motivo por el cual, seguramente se pidió, y se obtuvo, la designación del Juez Instructor radicado en la ciudad de Barrancabermeja.

Por lo anterior, el cargo propuesto no prospera.

Con fundamento en las razones que se dejan expresadas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo penal y de acuerdo con él y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez. Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

BIGAMIA

Delito instantáneo aunque sus efectos sean permanentes. No se entrelaza con otro u otros para sostener que entre ellos existe un nexo que los hace inseparables.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado en sesión del 26 de agosto de 1976, según Acta Nº 41.

Vistos

El Juez 1º Penal del Circuito de Buga provocó colisión de competencia negativa al Juez Penal del Circuito de Cali en este proceso que por uno o varios delitos de "Bigamia" se sigue al sindicado Antonio María Salcedo Herrera. El Juez 13 Penal del Circuito de Cali aceptó entrar en colisión con su colega bugueño y es esa la razón para que el asunto venga a la CORTE. El punto se dirime de la siguiente manera:

1. El proceso de donde surgió la colisión. Humberto Marín Bedoya denunció a Antonio María Salcedo Herrera por haberse casado éste con Matilde Leticia Alvarez a pesar de estar casado ya con María Anazard Rincón. La investigación se inició en el Juzgado 11º Penal Municipal de Cali mediante auto cabeza de proceso del día 16 de febrero de 1976 y el día 26 del mismo mes se decretó la detención preventiva del denunciado. Por el día 4 de marzo siguiente el instructor dispuso el envío del asunto al repartimiento de los Jueces Penales del Circuito de Buga, por competencia, ya que Ginebra se encuentra en territorio de la jurisdicción de éstos. El proceso correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito de Buga que aprehendió el conocimiento, continuó la investigación, practicó algunas pruebas y finalmente decidió provocar colisión de competencia como se dijo al principio. En el expediente se encuentran las comprobaciones documentales de tres (3) matrimonios contraídos por el sindicado. Ellos son: a) Con María Anazard Rincón el día 26 de octubre de 1970 en la Iglesia de la Parroquia de Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Cali; b) Con Nhora Patiño Gómez el 23 de julio de 1972 en la Iglesia de la Parroquia de la Sagrada Familia del Barrio Popular de Cali, y c) Con Matilde Leticia Marín el 13 de diciembre de 1975 en la Iglesia de la Parroquia de Nuestra Señora del Rosario de Ginebra. Este último dio origen a la denuncia formulada por Humberto Marín Bedoya.

2. Las razones de los jueces en colisión. El Juez 1º Penal del Circuito de Buga afirma que no se tiene noticia acerca de que el primer matrimonio sea bigámico. Parte de un segundo matrimonio contraído en Cali y de un tercero contraído en Ginebra, y dice, para sustentar su tesis de que no es competente para conocer del asunto: "Sinembargo, es preciso reconocer que las dos conductas punibles, o la repetición del mismo hecho ilícito, puede ser investigado y fallado en un solo proceso por entenderse que son delitos que por naturaleza no requieren formación de cuadernos separados, pero como el primer delito se cometió en Cali y como fue en la misma ciudad

donde se formuló la denuncia, donde se inició la investigación, donde fue puesto a disposición el sindicado y donde se halla en la actualidad, es a los señores Jueces Penales del Circuito de dicha ciudad, a quienes corresponde seguir conociendo de este proceso al tenor del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal". El Juez 13 Penal del Circuito de Cali no acepta dichos razonamientos y a su vez se declara incompetente por las siguientes razones: "Tenemos entonces, que de este último delito (el que surge del matrimonio contraído en Ginebra, aclara la SALA) es competente el señor Juez Penal del Circuito de Buga, pues todos los actos para su realización fueron llevados a cabo en su jurisdicción, como lo es en el municipio de Ginebra, considerando este despacho que no puede existir ninguna conexidad en los matrimonios ilegales llevados a cabo por el incriminado, pues entre ellos medió una cantidad de tiempo considerable, casi tres años, y lo que es más, tampoco podría hablarse de concurso de delitos. En estas condiciones discrepamos con todo respeto de los planteamientos expuestos por el funcionario en mención, quien ha debido sí ordenar se compulsen copias de lo pertinente para que por separado se investigue el delito enunciado en cuanto al de bigamia que tuvo su perfeccionamiento en Cali y continuar él con el ocurrido en su jurisdicción".

Para resolver se considera

El tercero de los matrimonios contraídos por el sindicado Antonio María Salcedo Herrera se celebró en Ginebra (Valle) y fue el que dio origen a la denuncia formulada por Humberto Marín Bedoya, padre de la pseudocónyuge Matilde Leticia Alvarez Marín o Marín Alvarez. El sitio en donde este tercer matrimonio se realizó da la competencia para conocer del asunto al Juez 1º Penal del Circuito de Buga ya que, por otros aspectos o factores, como son la naturaleza del hecho y la persona justiciable, el asunto corresponde a los Jueces Penales del Circuito. El factor territorial falta en este caso en relación con el Juez 13 Penal del Circuito de Cali, en cuyo caso, asiste a este último la razón en la colisión de competencia que ahora dirime la SALA. No son de recibo, entonces, las razones que para no conocer de este proceso da el provocador y sí lo son, a contrario sensu, las del provocado.

Para dar la razón al Juez 1º Penal del Circuito de Buga habría que aceptar que el de bigamia es delito que admite continuidad o que entre cada matrimonio bígamico exista una conexión que permita su juzgamiento en un solo proceso. Y resulta claro que ni una ni otra situación se dan en tema de bigamia porque es este un delito instantáneo aunque sus efectos sean permanentes y porque no se entrelaza con otro u otros para sostener que entre ellos existe un nexo que los hace inseparables. Siguiendo la definición que para el delito consumado trae Massari debe decirse que el de bigamia se consuma cuando el acto cumplido por el agente refleja o reproduce todos los elementos previstos como necesarios para integrar la figura delictuosa prevista en la correspondiente disposición sustantiva que lo prevé. De donde resulta claro que la inflexión verbal "contraiga" que la ley penal colombiana utiliza en el cuerpo de la norma (Art. 358 del Código Penal) indica cuál debe ser la acción que se requiere para la concreción del ilícito y al mismo tiempo permite establecer la instantaneidad que de él se predica. Lo que se sanciona es el hecho de contraer otro o más matrimonios por parte de quien se sabe ligado ya por uno anterior válido o por quien a pesar de saberse libre contrae matrimonio con persona de quien sabe se encuentra válidamente casada. Debe concluirse entonces que es característica del delito de bigamia su instantaneidad pues instantánea es la acción que lo produce ya que el delito se consuma en el momento mismo de contraer el matrimonio vedado sin que para nada se necesite la consumación de éste o la ulterior vida en común de los pseudo-cónyuges. Siendo como es de consumación instantánea resulta obvio que corresponde al Juez 1º Penal del Circuito de Buga el conocimiento del proceso iniciado a raíz del descubrimiento del matrimonio de Antonio María Salcedo Herrera con Matilde Leticia Marín Alvarez porque este matrimonio se realizó en Ginebra que es territorio de su jurisdicción, pues como

apunta Irureta Goyena: "Las resoluciones genéricas no se conciben en estos delitos: cada violación de la ley penal supone una intención específica propia e independiente. La poligamia no constituye una bigamia continuada, sino una bigamia reiterada y su sanción se rige por los principios de la concurrencia real, distintos de los de la continuación..."

Por lo mismo que se dice en el párrafo anterior no le corresponde el conocimiento de la posible bigamia que surge del matrimonio que el mismo sindicado contrajo con Nhora Patiño Gómez pues este matrimonio ocurrió en Cali. También se realizó en Cali el matrimonio con María Anazardi Rincón que hasta el momento se supone el primero y único válido. Luego de asumir el conocimiento en el caso del matrimonio contraído en Ginebra, debió expedir copia de la actuación cumplida para que en Cali se siguiera la investigación de lo relacionado con los dos matrimonios antecedentes ya que solamente de esta manera cumplía con lo dispuesto sobre "unidad del proceso penal" por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal que dice: "Salvo las excepciones legales, para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes". Todo lo anteriormente dicho sin perjuicio de que en la conducta del sindicado aparezcan posibles infracciones de otro tipo (falsedad, falso testimonio, estupro, por ejemplo) y de que más tarde los distintos procesos que en su contra puedan surgir deban acumularse con base en la causal 1ª del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal.

Corresponde entonces el conocimiento de este proceso al Señor Juez 1º Penal del Circuito de Buga a quien se devolverá el expediente y quien deberá compulsar copias de la actuación cumplida para que su colega de Cali conozca de los matrimonios allí contraídos por quien se dice no podía contraerlos válidamente.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, DIRIME la colisión de competencia a que se ha hecho mérito en el sentido de decidir que el conocimiento de este proceso corresponde al Señor Juez 1º Penal del Circuito de Buga a quien se enviará el proceso, comunicando lo resuelto en esta providencia al Señor Juez 13 Penal del Circuito de Cali.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

C O N F E S I O N

Qué se entiende por tal?

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado en sesión del 26 de agosto de 1976. Según Acta Nº 41.

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, procede la SALA a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, fechada el día 31 de diciembre de 1975, por la cual se impuso al procesado Humberto Rodríguez la pena principal de cuatro (4) años de presidio y multa de cinco mil pesos ($ 5.000.00) a favor del Tesoro Nacional, como autor responsable que se le encontró de haber cometido la infracción prevista en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 o, lo que es lo mismo, por tráfico de estupefacientes y, concretamente, de marihuana. En la primera instancia el asunto había sido fallado por el Comandante de la Brigada de Institutos Militares.

Hechos

El día cinco (5) de agosto de 1975 fue capturado en el aeropuerto de "Eldorado" y cuando se disponía a viajar a España en el vuelo número 984 de la empresa "Iberia" el individuo llamado Humberto Rodríguez. El pasaje que llevaba y que estaba distinguido con el número 45805065 de "KLM" se dijo que era robado y al requisar el equipaje del nombrado Rodríguez se encontró dobles fondos en la maleta y allí oculta en bloques prensados "una yerba color verdoso oscuro". También fue involucrado en este asunto un segundo individuo, Carlos Julio Ramírez Flórez, que pretendía viajar con otro pasaje que también se dice robado y que guarda similitud con el del anterior. El análisis del producto decomisado ("narcotest") dio positivo para marihuana y al folio 62 se habla de 19 bolsas de polietileno decomisadas y de un peso total de 3.180 gramos aproximadamente, pero éste que en verdad es de 76 gramos si se tiene en cuenta el dictamen del Laboratorio de Toxicología que aparece al folio 62.

Según el informe de captura debidamente ratificado bajo juramento por el Teniente Augusto Wagner Pinilla (fl. 43) los dos individuos nombrados fueron capturados por separado y al comprobarse que trataban de viajar con pasajes robados. La marihuana fue encontrada en la maleta de Rodríguez y éste manifestó que el pasaje le había sido vendido por un individuo apellidado Ramírez en una empresa de turismo de la Avenida 19. No hubo decomiso de marihuana para Ramírez Flórez pero el pasaje que llevaba sigue en numeración al de Rodríguez y, según parece, fueron expedidos por una misma persona. Un allanamiento a la casa de Rodríguez permitió encontrar allí varias cartas escritas en Roma por Jorge Rodríguez, al parecer su hermano, que se encuentra purgando pena en la cárcel de Ribibbia al parecer por tráfico de estupefacientes. En esas cartas da a su destinatario una serie de instrucciones entre ellas la de viajar a Francia porque "las

cosas están muy pesadas en Italia" y le aconseja que "tenga mucho cuidado porque están dando mucha cana". Existe también en el expediente una declaración de Alberto López Puerto a quien cita el sindicado como persona que puede declarar sobre su presencia en el aeropuerto en compañía de otro. Hay varias declaraciones de conducta sobre uno y otro procesado. Carlos Julio Ramírez Flórez fue absuelto.

La sentencia acusada

La sentencia que es objeto de la demanda de casación fue dictada por el Tribunal Superior Militar el día 31 de diciembre de 1975 y confirma, con reformas en relación con la pena impuesta a Humberto Rodríguez la que emitió el Comandante de la Brigada de Institutos Militares el día 22 de septiembre de 1975. Dicha sentencia tiene una primera parte en donde se trata de la comprobación plena y completa del hallazgo de la marihuana en la maleta de Rodríguez, reproduce las explicaciones que éste da en su indagatoria, cita la declaración de López Puerto y se refiere a la presencia y captura de Carlos Julio Ramírez Flórez y a sus posibles vinculaciones con Rodríguez. Luego puntualiza las deficiencias que en la investigación se encuentran y en las cuales fundamenta su petición de absolución al Fiscal. Igual cosa hace con las alegaciones de la defensa. También trata de los allanamientos que aquí se realizaron y el hallazgo de las cartas dirigidas a Rodríguez. Finalmente, encuentra la comprobación exacta de que el procesado infringió la norma del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y los requisitos que se necesitan para fundamentar una sentencia de condena para Rodríguez y de absolución para Ramírez Flórez y aumenta un (1) año de presidio a la pena que se le impuso en la primera instancia al primero. Después ordena expedir copias para que se investigue un posible delito de robo en relación con los pasajes que utilizaron los dos sindicados.

La demanda de casación

Ataca el demandante la sentencia con base en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y formula cuatro cargos en su contra que resume así:

"a) Se dejó de apreciar la prueba de confesión, al desatender la que hiciera Humberto Rodríguez y con ello se violó la ley sustancial;

"b) Por error de derecho en que incurrió al fallar, tomando como indicio lo que no lo es, olvidando que las pruebas se aprecian por su estimación legal, se infringió la ley, puesto que contra la prohibición del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, (equivalente del 444 del Código de Justicia Penal Militar) se condenó a Humberto Rodríguez;

"c) Al reconocer el Tribunal Superior Militar en la sentencia acusada la deficiencia investigativa y probatoria, ha debido, al menos, aplicar el principio **in dubio pro reo** que no es facultativo sino imperativo para esas situaciones; al no hacerlo así, violó la ley sustancial, pues dejó de aplicar el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal (equivalente al 445 del de Justicia Penal Militar);

"d) En subsidio, y en este orden de ideas, las impresiones subjetivas del fallador de segunda instancia no podían llevar en gracia de discusión, sino a inferir negligencia o descuido por parte del señor Rodríguez; y, en consecuencia, a condenarlo a título de culpa. Al no hacerlo, incurrió en infracción directa de la ley sustantiva, artículos 38 y 44 del Decreto 1188 de 1974".

Luego efectúa la demostración de cada uno de estos cargos advirtiendo que donde dice "causal tercera" debe entenderse tercer cargo con base en la misma causal primera. La confesión de Rodríguez la hace consistir en el hecho de haber aceptado que era portador de la valija en donde se encontró la marihuana. El error de derecho al tomar como indicio alguno que no lo es en el hecho de que el juzgador tomó como indicios lo que son sólo dudas o sospechas suyas, o "personales perplejidades" o "consideraciones vacilantes". La violación de la ley sustancial en la apreciación de las pruebas al no aplicar el principio del "**in dubio pro reo**" que es un imperativo de equidad. Y, finalmente, la sustentación de la infracción directa de la ley sustanti-

va al considerar como doloso un hecho que, en gracia de discusión, sería culposo.

Réplica del Ministerio Público

El Ministerio Público representado en este caso por el Señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares emitió su concepto al final del cual sostiene que no debe casarse la sentencia demandada. Resume en parte y en parte transcribe las alegaciones del demandante y en cuanto al primer cargo sostiene que mal puede dejar de apreciarse una confesión si ésta no existe como sucede en el caso de autos en donde el sindicado no reconoce participación alguna en la infracción investigada y pone énfasis en el hecho de que la sentencia acusada en ningún momento ha dicho que se tratara de una confesión; en cuanto al segundo cargo afirma que no se trata de un indicio sino de varios, los que existen para comprobar la responsabilidad del procesado e incluso los califica de "indicios necesarios"; en cuanto a la alegación de que debió absolverse al procesado por dudas, dice que "carece de relevancia procesal", pues la prueba indiciaria recogida es suficiente para fundamentar la condena, y, finalmente, en cuanto al cargo cuarto afirma que en ningún caso puede tratarse de un hecho culposo, aun en el caso de que el individuo a quien el sindicado se refiere con el apellido de Ramírez existiera, pues el procesado recibió consciente y deliberadamente la maleta que, entre otras cosas, no necesitaba pues tenía su propia valija (una "tula") que inexplicablemente y con base en su versión abandonó en un automóvil de servicio público. En fin, que lo que quería Rodríguez era transportar una buena cantidad de marihuana a un país europeo.

Para resolver la Sala considera

En la sentencia acusada no se incurrió, como lo afirma el demandante, en violación de la ley penal al no considerar como prueba la confesión del sindicado por la sencilla razón de que ésta, como bien lo apunta el Ministerio Público, no existe. La confesión es uno de los medios de prueba que reconoce la ley y como tal se encuentra reglado en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, así: "La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito". En Casación de 6 de julio de 1949 la CORTE dijo que "La confesión en materia penal es el reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa por haber participado en el hecho de que se le sindica" (Gaceta Judicial Tomo LXVI, 412), y resulta fácilmente comprobable que el sindicado en el caso de autos desde el principio alega su total y completa inocencia y la absoluta ignorancia de que en la maleta que llevaba consigo cuando intentó viajar a Europa con un pasaje que se dice robado iba marihuana. Para saber con certeza que en este proceso no existe confesión alguna por parte de Humberto Rodríguez basta saber que contesta con un "No, no doctor realmente no sé" cuando el instructor le pregunta si sabe o presume quién o quiénes son autores, partícipes o encubridores del delito de tráfico de estupefacientes que se investiga en las diligencias correspondientes.

Acepta es cierto que llevaba la maleta en donde se encontró la hierba verde, en bloques prensados, que resultó ser marihuana. Pero no es menos cierto que se dice totalmente ajeno a ese hecho pues agrega que la maleta que él inicialmente llevaba, una "tula", la cambió por la que le ofreció el mismo individuo que le vendió el pasaje y con el cual llegó hasta el aeropuerto como puede decirlo, en relación con este último hecho, Alberto López Fuerto. Este en realidad afirma que le vio en el aeropuerto en compañía de un individuo desconocido para él que llevaba la maleta y agrega que le conoció en el barrio de "La Perseverancia" una "tula" a Rodríguez pero no sabe qué se hizo dicha "tula". Es más, en su indagatoria, dice: "Si hubiera sido de mi pleno conocimiento, que yo llevaba esa hierba que encontraron, no iría a hacer tan bobo para viajar también con un pasaje robado, lógico que me tendrían que coger por alguna de las dos cosas" (fl. 29). Entonces, no puede tenerse como confesión el

hecho de que el procesado no negara que la maleta en donde se encontró la marihuana la llevaba consigo. Por otra parte, no se necesita esa aceptación para comprobar que la había presentado como equipaje y como tal había sido aceptada si se tiene en cuenta que ya estaba acomodado en el avión cuando se habló de robo de pasajes y fue sacado de la aeronave y puesto frente a la maleta que portaba. Más claramente aún: ya su equipaje estaba registrado y se efectuaba el correspondiente despacho del mismo en el avión en que debía viajar su poseedor. El aceptar que llevaba consigo la maleta es apenas aceptar la existencia de un hecho circunstancial que en manera alguna puede tenerse como confesión y menos si se tiene en cuenta, como sucede en el caso de autos, que el procesado se dice prácticamente engañado por un tercero de quien aceptó el ofrecimiento de la maleta a pesar de tener él una "tula" que era más que suficiente para meter en ella sus pertenencias. Si no existe confesión es apenas obvio decir que no puede ser apreciada como prueba y que no puede hablarse aquí de indivisibilidad por lógica absoluta. En consecuencia, el primer cargo no prospera, en ésta que sería una alegación de violación indirecta de la ley penal sustantiva.

El segundo cargo se refiere a una posible interpretación errónea de la ley por error de derecho al interpretar como indicio lo que no lo es. El error lo hace consistir el demandante en el hecho, según él, de que el juzgador de segunda instancia al encontrar plenamente demostrado que Rodríguez llevaba consigo la valija en donde se encontró marihuana tomó ese hecho como indicio de responsabilidad e hizo a un lado, sin fundamento, todas las explicaciones que alrededor de ese hecho dio el indagado. No se ve por parte alguna el error de derecho que el demandante plantea. Ya se vio que no hay confesión aquí y que lo que existe es solamente una versión del sindicado o si se prefiere, su dicho. Sobre este tema también ha dicho la CORTE que: "El dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil" (Sentencia de 27 de octubre de 1942, LIV, 204). En la sentencia acusada no se ha hablado en ningún momento de confesión como ya se dijo por parte del Ministerio Público y como lo repite la SALA por el contrario se habla de "versión o testimonio de disculpa" y se agrega que "tiene todas las características de ser acomodada" para luego explicar el por qué de tal afirmación y toda una serie de inferencias y deducciones que no constituyen dudas o sospechas del fallador sino la natural eliminación de posibilidades, en pro o en contra, que todo juzgador debe efectuar al analizar la prueba de que se dispone en el proceso. Además, el hecho de portar una maleta repleta de marihuana, consignar esa maleta con destino a Europa, recibirla de buenas a primeras de un individuo a quien apenas si se le conoce el apellido y a quien se le compra un pasaje por fuera de las empresas que suelen venderlos y a un precio inferiorísimo al corriente, más el hecho de tener consigo cartas provenientes de una cárcel romana, la de Ribibbia, en donde se ve muy claramente que quien la escribe purga allí condena y en todo cuando dice se toca al tráfico de estupefacientes con el peculiar vocabulario de los traficantes, no son dudas o sospechas ni perplejidades del juez ni consideraciones vacilantes como lo dice el demandante, sino un análisis serio de la prueba recogida. Tampoco por este aspecto puede prosperar cargo alguno contra la sentencia en examen.

Un tercer cargo lo hace consistir el demandante en el hecho de que no se aplicó en el caso de Rodríguez el principio del "in dubio pro reo" que, según sus propias palabras, no es facultativo sino imperativo. El artículo 216 del Código de Procedimiento Penal al hablar de la estimación legal de la prueba y del pricipio enunciado, dice: "En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla". Sostiene el demandante que el juzgador de segunda instancia solamente dudas tuvo acerca de la responsabilidad de su patrocinado y en lugar de inclinar la prueba a favor de éste resolvió condenar. No resulta verdadero lo dicho porque si bien es cierto que en la sentencia revisada se habla de

deficiencias en la investigación y el juzgador participa por este aspecto del concepto de su respectivo Fiscal, también es cierto que analiza y razona para demostrar que con la prueba recogida, sin perjuicio de que hubiera podido ser mejor, existe base suficiente para fundamentar una sentencia de condena por satisfacer los requisitos de que trata el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. Que la investigación no sea perfecta no quiere decir que no contenga los elementos probatorios suficientes para fundamentar la condena. No otra cosa ha dicho el juzgador de primera instancia al aceptar que existen dudas en relación con el sindicado Ramírez Flórez pero no en relación con Humberto Rodríguez. Y es natural que así sea pues a Ramírez Flórez no se le decomisó ninguna maleta con marihuana ni en su domicilio se encontraron cartas comprometedoras, etcétera. Tampoco entonces puede prosperar este tercer cargo.

El cuarto cargo lo dice el demandante de infracción directa de la ley sustantiva al atribuirle a Rodríguez la autoría de un hecho doloso cuando en verdad se trataría de un hecho culposo aunque el propio demandante agrega que no hay culpa alguna en la conducta de Rodríguez. Este cargo, que como posición subsidiaria plantea el demandante, tampoco tiene asidero alguno en el proceso. Si la culpa de que habla en gracia de discusión se hace consistir en el hecho de aceptar así por así no más una maleta de un individuo prácticamente desconocido, sin revisarla, para meter allí sus pertenencias y llevarla consigo a Europa, forzoso es aceptar que si de tal manera obró el sindicado no hay culpabilidad en él. Ya antes el propio demandante al enunciar otro cargo había aportado citas según las cuales en casos como el descrito hay que concluir que ninguna infracción comete el procesado. Cuando el juzgador de segunda instancia analiza este punto y considera rara la conducta del sindicado al tomar una maleta que se le ofrece y abandonar su "tula" en un automóvil de servicio público no quiere decir que establezca las bases para pensar en un acto imprudente o ligero de su parte sino para eliminarle credibilidad al dicho del procesado en orden a establecer una ignorancia total del contenido de la valija. Demás está el agregar que estos delitos son eminentemente dolosos como los verbos rectores que se incorporaron al artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 lo demuestran. La culpa no podía caber en este caso como el mismo demandante lo dice con claridad. No hay cambio de una situación por otra, ni aplicación de una norma por otra, ni presunción de dolo, ni nada que se le parezca. En consecuencia, este cuarto cargo tampoco puede prosperar.

No prospera, según lo antes considerado, la causal primera de casación, única que se ha alegado por el demandante que la ataca por los cuatro aspectos que se dejan examinados.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO

Puede haber alteración de un documento que constituye falsedad documental, aun cuando le falten determinados requisitos que la Ley Civil establece para darles plena validez dentro de los procesos civiles, si ese escrito es auténtico y tiene importancia para la vida jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 42 de agosto 26/76.

Vistos

Contra la sentencia de 9 de octubre del año en curso por medio de la cual se revocó la del Juzgado 11 Superior de Bogotá y se condenó a JESUS MARIA GRILLO VARGAS y a ISABEL MOLINA GRACIA a la pena de dos años de prisión mas las accesorias correspondientes así como al pago de los perjuicios causados con la infracción, por el delito de falsedad en documentos cometido en esta ciudad el 26 de junio de 1974, interpuso el primero de los nombrados recurso extraordinario de casación que le fue concedido por el ad quem y declarado admisible por esta Sala que lo tramitó hasta agotar el rito procesal razón por la cual se procede a decidir lo que sea del caso.

Hechos y actuación procesal

Aquéllos pueden resumirse diciendo que el 26 de junio de 1974 se presentó el agente del DAS distinguido con el número 2419 ante Ovencio Grillo Vargas quien se encontraba en la Agencia de Asesorías Jurídicas que su hermano Jesús María Grillo Vargas tenía por aquel entonces en el edificio Nº 8-23 de la calle 13 de esta ciudad, diciéndole que se llamaba Jaime Valbuena Arias y le solicitó le expidiera un certificado en que constara había cursado y aprobado el quinto año de bachillerato, a lo cual accedió Grillo Vargas previo compromiso de pagarle dos mil pesos de los cuales el agente del DAS le entregó quinientos, quedando aquél de darle el certificado al día siguiente. En efecto ese día se presentó de nuevo dicho agente y Ovencio Grillo le dio el certificado que aparece a fl. 3 del cuaderno principal en el cual se dice que el Rector y Secretaria del Colegio Superior de Bachillerato Diurno con aprobación Nº 1648 de abril 26 de 1972 certifican que Jaime Valbuena Arias cursó y aprobó el quinto año de bachillerato diurno durante 1971 habiendo obtenido las calificaciones que consigna a continuación.

El escrito en cuestión está firmado con los nombres de Ruperto Molina Sánchez como rector y Ana I. Molina Gracia como secretaria.

Al entregárselo Ovencio Grillo al agente del DAS, le pidió esperara a que la secretaria del colegio, a quien estaba aguardando le pusiera los sellos correspondientes pero el agente no esperó sino que, identificándose, procedió a conducir a Grillo a las dependencias del DAS.

Luego hizo llamar al doctor Jesús María Grillo manifestándole que le iba a entregar el resto del dinero y cuando éste cumplió la cita que para tal efecto le hizo el agente de seguridad, fue detenido por otros miembros del DAS.

Abierta la investigación se recibió indagatoria a Ana Isabel Molina Gracia, Jesús María Grillo Vargas y a su hermano Ovencio.

La primera dice que elaboró la certificación que se deja mencionada y la firmó como secretaria habiéndole hecho firmar a su padre como rector del colegio todo lo cual llevó a cabo, dice, por lástima con el peticionario quien, voluntariamente, le entregó quinientos pesos.

Jesús María Grillo en una primera declaración hecha ante el DAS confesó haber tramitado, por conducto del Colegio Superior de Bachillerato y valiéndose de que su hermano Ovencio estudiaba allí, certificados de estudios por los cuales cobraba entre mil y dos mil pesos entre ellos uno a favor de quien dijo llamarse Jaime Valbuena Arias por el cual abonó al colegio la suma de quinientos pesos que fue lo que el cliente le dio.

Empero en su indagatoria afirmó que él no intervenía en las validaciones sino que esto lo tramitaba su hermano Ovencio aprovechando que la señorita secretaria del colegio donde éste estudiaba se había ofrecido a prestar tales servicios por la suma de quinientos pesos.

Ovencio Grillo expresa en su injurada ser verdad que la dicha secretaria le había hecho ese ofrecimiento y que la suma dicha era lo que ella cobraba por tal servicio.

Se practicó una diligencia de inspección judicial en los archivos del colegio mencionado durante la cual se encontraron allí varios certificados similares al que dio origen al presente proceso y sobre los cuales fue interrogada Isabel Molina Gracia quien expresó que la gran mayoría de tales escritos eran ejercicios de mecanografía a los cuales, por "molestar" les habían puesto los sellos que su madre había dejado por ahí pero que no se trataba de verdaderos certificados.

También se trajeron a los autos, entre otras pruebas, copia del recibo en que aparece que el pretendido Jaime Valbuena Arias pagó quinientos pesos, quedando un saldo pendiente de mil quinientos pesos, avisos de periódicos en que se anuncian validaciones para años perdidos y se ofrece también solución para problemas estudiantiles y una constancia del Ministerio de Educación según la cual el Colegio Superior de Bachillerato carece de aprobación para los cursos quinto y sexto de bachillerato pero en cambio tiene aprobados los de primero a cuarto del ciclo de enseñanza secundaria (fl. 99).

En providencia de 19 de agosto de 1974 el Juzgado Once Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario sobreseyendo definitivamente en favor de Jesús María y Ovencio Grillo Vargas, Aseneth y Ana Isabel Molina Gracia y Ruperto Molina Sánchez.

Consultada esta decisión, el Tribunal, por medio de auto de 18 de diciembre del año mencionado la confirmó en relación a Ruperto Molina y María Aseneth Molina Gracia. Pero la revocó en lo referente a Ana Isabel Molina Gracia y a Jesús María Grillo Vargas a quienes llamó a responder en juicio por el delito de falsedad en documentos.

Asimismo sobreseyó temporalmente en favor de Ovencio Grillo Vargas.

Tramitada la causa sin que se adujeran pruebas que alteraran la sustancia de los hechos, el juzgado dictó, con fecha 30 de abril de 1975, sentencia definitiva por medio de la cual absolvió a los dos procesados por el cargo de falsedad que se les había hecho en el auto de proceder.

El Tribunal al resolver la consulta ordenada por el a quo, revocó por medio de la sentencia que ahora es objeto del recurso de casación, lo decidido por el inferior y, en su lugar, dispuso condenar a los encausados a la pena de dos años de prisión más las sanciones accesorias correspondientes así como también al pago de los perjuicios causados con la infracción.

En lo pertinente de esta providencia el ad quem aseveró que la conducta de los procesados corresponde a la descrita por los numerales cuarto y séptimo del artículo 231 del Código Penal llevada a cabo sobre documentos privados pues a esta categoría corresponden los certificados de estudio expedidos por establecimientos no ofi-

ciales y que si bien al que fue origen del proceso le faltan los sellos del colegio no por eso pierde su categoría de documento, teniendo en cuenta que tal requisito es apenas una formalidad ya que no existe duda alguna sobre la autenticidad del documento pues se sabe con certeza que lo firmaron Ruperto Molina Sánchez en calidad de Rector y Ana Isabel Molina Gracia como secretaria del establecimiento educativo que lo expidió.

Agrega, con cita de algún autor colombiano, que un escrito es jurídicamente relevante cuando sirve o puede servir, directa o indirectamente, de prueba de hechos o situaciones que tienen importancia para la vida civil.

Por lo que hace al argumento, esgrimido por la defensa, de que el documento no fue usado expresa el Tribunal que ese requisito no lo exige el artículo 240 del Código Penal.

En cuanto a la alegación, hecha también por la defensa de que el certificado era inocuo por cuanto se expidió a nombre de persona inexistente, replica el ad quem que la falsedad en este caso está constituida por la falsa narración de los hechos y por la circunstancia de haber expedido certificación sobre un documento que no existe.

Finalmente replica al argumento de la defensa de que no existe en este caso el perjuicio diciendo que no es un requisito cuya presencia haya exigido la ley en forma ineludible pues el artículo 240 del ordenamiento citado habla también de la intención de causarlo, esto es, que no es indispensable que se haya causado un daño sino que basta el propósito de ocasionarlo.

De todo ello concluye el Tribunal que se reunen de autos los requisitos exigidos por la ley para proferir sentencia condenatoria y a ello procede en la forma ya expresada.

Demanda de casación

Un solo cargo hace el demandante a la sentencia recurrida: lo enmarca en el primer aparte del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y lo hace consistir en haber aquélla violado, según estima el recurrente, la ley sustancial por aplicación indebida de la misma.

Concretando la censura asevera el actor que la dicha decisión vulnera el artículo 240 del Código Penal en armonía con los numerales 4º y 7º del artículo 231 del mismo ordenamiento, también lesionados por la misma causa alegada.

Para fundamentar sus acusaciones dice, en primer término, que el Tribunal, pese a que en el Código de Procedimiento Penal existen normas que reglamentan el origen y alcance probatorio de los documentos, echó mano de las del Código de Procedimiento Civil, procediendo con un criterio absolutamente civilista a juzgar la conducta materia del proceso.

Expresa además que se hizo caso omiso del documento concreto sometido a su consideración y se dedicó a examinar un documento irreal y abstracto, haciendo planteamientos de doctrina general sin tomar en cuenta que el escrito a que se referían tales consideraciones no tiene carácter documental ya que los propios Inspectores del Ministerio de Educación que intervinieron en la inspección judicial llevada a cabo en el sumario aseveraron que para que un certificado de un colegio privado tenga valor probatorio suficiente ante el Ministerio en mención es necesario no solo que vaya firmado por el Rector y el Secretario del establecimiento educativo que lo expide sino también que lleve los sellos y esté autenticado ante Notario, requisitos de que carece el escrito objeto material de la conducta juzgada.

Agrega que por faltarle los aludidos requisitos el escrito en mención nada puede probar ni ante el Ministerio ni ante nadie y que, al considerar lo contrario, el Tribunal violó las normas penales contenidas en el Capítulo III del Título IV del Libro II del Código Penal.

Asimismo afirma que se han desconocido por el Tribunal en el presente caso tanto las doctrinas de los autores extranjeros de los cuales hace abundantes citas, sobre falsedad documental como las de los nacionales de uno de los cuales hace también copiosas transcripciones para concluir que no era aplicable a la actuación del recurrente lo dispuesto por el artículo 240 del Código Penal mucho menos si se relaciona esa norma con el numeral séptimo del artículo 231 del mismo ordena-

miento, como tampoco lo es en referencia con el numeral 4º de esta última disposición ya que no cabe, dice, falsedad ideológica en los documentos privados.

Concepto de la Procuraduría

Luego de un detallado resumen de los hechos y de las pruebas aducidas al proceso en la etapa sumaria, el Procurador Tercero Delegado Penal hace una juiciosa exposición sobre los argumentos aducidos por el demandante para sustentar el cargo, concluyendo que ellos carecen de validez y que, por lo tanto, debe desecharse el recurso.

Las razones expuestas por el Ministerio Público serán tomadas en cuenta por la Sala para elaborar sus propios razonamientos ya que la Corte los encuentra aceptables casi en su totalidad.

Consideraciones de la Corte

1. Se entiende en derecho penal como documento un escrito que contiene manifestaciones de voluntad o narraciones de hechos, con importancia jurídica, apto para servir de prueba y cuyo autor pueda ser determinado con base en el mismo documento.

De la definición que antecede cabe destacar, como elemento importante para los fines de la presente providencia, la aptitud probatoria que debe tener el documento.

Porque a este propósito es preciso expresar que si bien el valor probatorio de un documento suele apreciarse de acuerdo con las normas pertinentes del procedimiento civil, en el campo penal el concepto de documento excede al que tiene en el derecho civil y debe ser protegido aun cuando no se cumplan estrictamente en él los requisitos que las normas civiles establecen para darle pleno valor probatorio.

Las vinculaciones jurídicas que se crean en la vida social, o sea lo que modernamente se llama el "tráfico jurídico" que es el conjunto de las relaciones intersubjetivas reglamentadas por el derecho, son mucho más numerosas y variadas que lo previsto en las normas civiles. La fe pública, como interés jurídico penalmente amparado, no se limita, en su aspecto documental, a los escritos que cumplen los requisitos establecidos por tales normas sino que abarca todos aquellos que en alguna forma contribuyen a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Porque en derecho penal si bien no se pierde de vista el valor que puedan tener los documentos dentro de un proceso, se toma también en cuenta que no todos los escritos de valor documental son creados para fines procesales, esto es, para que sirvan de prueba dentro de los litigios sino que muchas veces son elaborados para evitarlos.

A lo cual puede añadirse que el número de documentos formados para que sirvan de prueba y que la doctrina llama "preordenados" o "predestinados" al ejercicio de la función probatoria, es mucho menor que el de los que nacen al acaso de las relaciones sociales, sin fin probatorio alguno y que solo de manera accidental llegan a servir de prueba.

Significa lo anterior que el carácter documental de un escrito no debe juzgarse, en derecho penal, con el mismo rigor que se hace en el civil.

Y que el poder probatorio de un documento debe valorarse en derecho penal no con el rigor de las normas civiles sino con la amplitud que permiten las normas procesales penales.

Porque no en vano es tan escueto el Capítulo V del Título V del Libro II del Código de Procedimiento Penal que solo exige para establecer el valor probatorio del documento privado, que su autenticidad esté probada en el proceso y que da una gran amplitud para establecerla ya que lo hace posible con cualquier género de pruebas (Arts. 262 y 263 Código de Procedimiento Penal).

Una vez probada la autenticidad de un documento, el Juez sólo está sujeto a las normas de la crítica para apreciar su valor probatorio (Art. 262 ibídem).

Significa lo anterior que puede, con base en razonamientos atendibles, llegar a la conclusión de que un documento privado es auténtico aun cuando no haya sido establecida su autenticidad por los medios que señalan las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil o no se hayan cumplido, en determinado caso, to-

dos los requisitos que para asegurar esa autenticidad establecen normas legales específicas.

También puede guiarse por la sana crítica para juzgar el contenido del documento privado y llegar a la conclusión de que tiene importancia jurídica procesal o extraprocesal.

2. Dentro de esa amplitud del campo de acción fijado por la ley a los jueces penales pueden decidir que, en determinados casos, la alteración de un documento constituye falsedad documental si consideran que, aun cuando le falten determinados requisitos que la ley civil establece para darle plena validez dentro de los procesos civiles, ese escrito es auténtico y tiene importancia para la vida jurídica.

De ahí por qué no sea prudente establecer que un documento nulo para el derecho civil carezca de importancia penal, esto es, no pueda ser falsificado o servir para la comisión de otro delito, v.gr. una estafa.

El aforismo "quod nullum est nullo habet effectum", atendible en derecho civil, no tiene tanta validez en el penal para determinar cuándo un documento que contenga un contrato nulo conforme a las leyes civiles o que no preste mérito probatorio para demostrar las obligaciones civiles en él establecidas se presta o no para ser falsificado porque puede ocurrir que la alteración de la verdad recaiga sobre partes de dicho documento que tengan importancia jurídica y entonces existe el delito de falsedad documental.

3. Teniendo en cuenta los anteriores razonamientos, es dable también afirmar que el perjuicio requerido para que se configure dicho ilícito no es sólo el que pueda causarse al poder probatorio que el documento tenga en el proceso civil sino todo daño, así sea extraprocesal, que esté en capacidad de ocasionar a los derechos de los particulares o del Estado dentro del tráfico jurídico.

Porque el documento tiene una función eminentemente social como portador de derechos o prueba de los mismos y por lo tanto es sobremanera útil para establecerlos dentro de dicho tráfico y de ayudar, por tanto, a que éste sea más fluido y desembarazado.

Y de ahí que toda alteración de la verdad llevada a cabo en un documento y que pueda entorpecer la adecuada marcha de las relaciones jurídicas, debe considerarse falsedad documental punible por cuanto viene a afectar el bien jurídicamente protegido en estos casos que es la confianza pública en los escritos de carácter documental como elementos valiosos dentro del mencionado tráfico jurídico.

4. Finalmente debe tenerse en cuenta que el perjuicio propio de la falsedad documental no es solo el real y efectivo que se causa a las relaciones jurídicas de que se viene hablando sino el que las amenace de una manera cierta y directa. En otras palabras, el delito en cuestión no es, para usar una terminología tradicional no muy acertada en la actualidad, de daño concreto sino de daño potencial o de peligro concreto.

Significa esto que aun cuando no se establezca que se ha perjudicado a una determinada persona, el delito de falsedad documental existe si se puede aceptar razonadamente que el documento falso tiene aptitud para perturbar una relación jurídica bien sea contribuyendo a negar un derecho a quien lo tiene o a atribuírselo a quien no lo tiene ya en el campo de las relaciones entre particulares o bien en el de éstos con el Estado.

5. Aplicando estos principios teóricos al caso de autos se tiene que no existe, a juicio de la Sala, duda sobre la presencia en el presente proceso de un delito de falsedad en documentos privados.

Porque no es cierto, como lo pretende el actor, que el escrito de f. 3 esto es, el presunto certificado de estudios expedido por el Colegio Superior de Bachillerato a nombre de Jaime Valbuena Arias carezca de carácter documental.

Lo tiene, en primer lugar, porque no hay duda de que se trata de un escrito auténtico, es decir, emanado de las personas que lo firman en calidad de autores o sea el Rector de dicho colegio y la Secretaria del mismo.

Y no es óbice para reconocerle ese carácter documental el hecho de que carezca de autenticación notarial y que no tenga los sellos del Colegio.

Esto no le resta autenticidad establecida como se halla su autoría y las circunstancias en que fue elaborado.

Y en segundo término, tampoco puede negarse su eficacia jurídica. Contiene una certificación sobre el hecho de que el presunto beneficiario cursó en ese establecimiento el quinto año diurno y obtuvo determinadas calificaciones que lo habilitarían para pasar a un curso superior.

Que ese escrito no tenga el pleno valor probatorio atribuído a los de su clase que llenen todos los requisitos legales, no obsta para reconocerle eficacia jurídica pues no puede negarse que constituyó una primera fase, la más importante por cierto, de un proceso que debía completarse con la aposición de los sellos del colegio y la posterior autenticación ante Notario.

En otras palabras; tal como está, representa ya un peligro grave e inmediato para la fe pública puesto que es el primer paso para burlar la reglamentación establecida por el Estado para cursar la enseñanza secundaria en el país.

6. Contiene el susodicho certificado una serie de aseveraciones de hechos que se dicen ocurridos sin que eso corresponda a la verdad, a saber; que el pretendido Jaime Valbuena Arias cursó el quinto año de bachillerato, que lo hizo en las horas diurnas y que obtuvo las calificaciones que allí se consignan.

Expedir ese tipo de certificados es algo que pueden hacer los establecimientos de educación secundaria en nuestro país por cuanto para ello han sido facultados por disposiciones legales específicas.

Se está, en consecuencia, frente a uno de los casos en que los particulares poseen facultad certificadora, esto es, la posibilidad de vincular, en forma notable, la fe pública a sus escritos.

De ahí que sea dable en esta clase de documentos la llamada falsedad ideológica que consiste en faltar a la verdad en el contenido de un escrito de carácter documental.

7. En conclusión de todo lo anterior se tiene que el Tribunal aplicó correctamente el derecho en la sentencia recurrida, es decir, que no incurrió en la falla que le censura el recurrente al decir que hubo en ella aplicación indebida de la ley sustancial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia a que se refiere la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

HOMICIDIO IMPERFECTO

Homicidio tentado y homicidio frustrado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto veintisiete (27) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 42

Vistos

Agotado el trámite legal, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de diez de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó la del Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito de 16 de septiembre de 1974 que condenó a José Amador Galeano Cardona a la pena principal de seis años y ocho meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio frustrado en la persona de Marta Ligia Muñoz.

Hechos

Los que dieron origen a este proceso los relata en el auto de 8 de marzo de 1972 el juzgador de segunda instancia, ciñéndose a la realidad procesal, así:

"Refieren los autos que en las primeras horas de la mañana del día 14 de julio de 1971, llegó José Amador Galeano, en estado de avanzada embriaguez a la casa donde vivía su compañera Marta Ligia Muñoz, en la Inspección de Puerto Rico, después de varios días de ausencia del hogar, haciéndole manifestaciones de cariño que ella le rechazó por varias veces, tratamiento encaminado a reconciliarla para que accediera a irse con él para la finca donde vivía y trabajaba el citado Amador; pero ocurrió que ante esta propuesta ella se negó rotundamente a aceptarla, alegando que no accedía a ir por allá, porque en otras ocasiones en que ella había estado en la finca él le había matado dos de sus niñas y no quería que ese caso se volviera a repetir. Dicho esto por Marta Ligia, José Amador montó en cólera y le dio varias bofetadas con las cuales la hizo caer y hallándose ella en tal situación le cargó a puñaladas, con un cuchillo que llevaba en el bolsillo, pero por la intervención de la pequeña Betty Muñoz, hija de los dos, Marta Ligia logró escapar hacia la casa del frente, mientras era perseguida por José Amador, quien le decía que de sus manos no se le iba, pero Marta Ligia alcanzó a entrar a dicha casa, donde se hallaban dos arrieros y uno de ellos al captar la situación cogió una peinilla para evitar que el perseguidor de Marta Ligia pudiera rematarla, ante lo cual se contuvo el agresor y botó el cuchillo, para ir a presentarse en seguida al puesto de Carabineros, mientras Marta Ligia era conducida al puesto de salud de ese lugar, para ser atendida de urgencia".

Actuación procesal

El Juzgado Tercero Superior de Villavicencio, en auto de 12 de enero de 1972, llamó a juicio, con intervención del jurado de conciencia, a José Amador Galeano Car-

dona "por el delito de homicidio en la modalidad de frustrado" y por el delito de aborto "en conexidad" con el anterior. Apelada esta providencia, la confirmó el Tribunal en providencia de ocho de marzo del mismo año, "modificándola en el sentido de suprimirle el delito de aborto", porque "el a quo erró al calificar el fenómeno material del aborto como un delito específico e independiente del de homicidio frustrado, por cuanto solo se trata de una circunstancia agravante de aquél, al tenor del inciso segundo del artículo 376 del Código Penal, por lo cual no es el caso de hacerle al procesado un llamamiento a juicio, separado, por otro delito, sino uno solo, pero agravado con tal circunstancia".

En la audiencia pública celebrada el 24 de abril de 1973, fue sometido a la consideración del jurado el siguiente cuestionario:

"El procesado JOSE AMADOR GALEANO CARDONA, hijo de José Ramón y Elvira, de 43 años de edad en la fecha de la infracción, natural de Quimbaya (Quindío), casado con María del Carmen Alvarez, agricultor, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 487.424 de Villavicencio, alfabeto y vecino de Puerto Lleras, ES RESPONSABLE, SI o NO, de haber ejecutado todos los actos necesarios para consumar el delito de Homicidio en la persona de Marta Ligia Muñoz Pulgarín, con propósito de matar, lo cual no se realizó por circunstancias independientes a su voluntad, dando como resultado el Aborto por cuanto la víctima para esa época se hallaba en estado de embarazo, según hechos ocurridos en las horas de la mañana del 14 de julio de 1971, en la región de Puerto Rico, jurisdicción de Puerto Lleras, comprensión de este Distrito Judicial?"

El tribunal popular respondió por unanimidad: "Es responsable de lesiones personales".

El Juzgado Tercero Superior, en proveído de 28 de noviembre de 1973, declaró este veredicto "claramente contrario a la evidencia de los hechos que en el proceso constan". Consultado este auto, el Tribunal lo confirmó en el suyo de 14 de marzo de 1974 y ordenó que el Juez del conocimiento convocara nuevo jurado para el juzgamiento.

En la nueva audiencia pública se sometió a la consideración del jurado el mismo cuestionario que en la anterior y los jueces de hecho, por mayoría, respondieron así: "Sí es responsable por intento de homicidio frustrado".

Con base en esta veredicción, el juez de derecho profirió el 16 de septiembre de 1974 sentencia en la que condenó al encausado a la pena principal de seis años y ocho meses de presidio y a las accesorias condignas, sentencia que, consultada, la confirmó plenamente el superior en la suya de 10 de septiembre de 1975, que es precisamente el objeto del recurso de casación en estudio.

Como este recurso fue interpuesto y sustentado por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio, se le corrió traslado de la demanda, de acuerdo con el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, al Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien manifestó que "la tesis central predicada en la demanda sobre la que debió haber sido la justa calificación jurídica de la infracción no la comparte esta Procuraduría Delegada, por lo cual se abstiene de hacer uso de las facultades que el artículo 571 de la Ley Procesal Penal da al Procurador para ampliar la demanda, toda vez que la antinomia conceptual que existe entre el criterio del señor Fiscal demandante y la Procuraduría Delegada no puede llevarse al campo de la controversia, ya que ello rompería la unidad del Ministerio Público que ambos componen, resultando, si se debatiese lo planteado en la demanda, que simultáneamente sería el Ministerio Público parte recurrente y no recurrente, marco insustituíble para el absurdo jurídico".

La demanda

Al amparo de la causal de casación establecida en el ordinal cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se le formulan dos cargos a la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 10 de septiembre de 1975, por haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad.

Primer cargo

Para sustentarlo expone el demandante:

"El artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 5º, establece que es causal de nulidad el haber incurrido el juzgador en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. En efecto, el Honorable Tribunal Superior de Villavicencio al modificar el auto de proceder del Juzgado a quo también nulo por los mismos motivos, incurrió en la causal de nulidad prevista en la norma atrás citada al calificar los hechos imputados al justiciable JOSE AMADOR GALEANO CARDONA como tentativa de homicidio con la circunstancia agravante del aborto.

"Resulta evidente que la sentencia dictada con fundamento de este auto de proceder, viciado por errónea calificación, quebrantó la norma aludida, por las razones que a continuación paso a exponer...

"Resulta, empero, que de acuerdo con la conclusión médica que aparece al folio 31 del expediente, mediante la cual se establece la materialidad del delito, la conducta imputable a JOSE AMADOR GALEANO CARDONA es la tipificada en el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal en concordancia con el artículo 372 ibídem, pues el daño sufrido en el cuerpo de la víctima, mediante la acción violenta del justiciable, tuvo como consecuencia el 'Aborto'...

"Fácil resulta por ende, en el presente caso, demostrar que el Honorable Tribunal Superior de Villavicencio —Sala Penal— dictó sentencia sobre un negocio viciado de nulidad, porque al calificar los hechos imputados al justiciable como constitutivos de Homicidio Frustrado 'con la circunstancia agravante prevista en el artículo 376 numeral 2º del Código Penal', como textualmente se expresa el Tribunal (Folio 128), equivocó la denominación jurídica del delito, por cuanto el artículo 376 citado como circunstancia agravante, describe —que no define—, un tipo penal de Lesiones Personales con Aborto, vale decir, aquello que algunos tratadistas denominan con propiedad 'Aborto Preterintencional'...

"La clasificación hecha por el legislador como fundamento de la penalidad en relación con la gravedad del daño que con la conducta antijurídica sufra la víctima, no debe confundirse con los tipos complementados o circunstancias de agravación consignados taxativamente por el legislador en el artículo 363 del Código Penal para el Homicidio y extensivo para las Lesiones Personales en el artículo 379. Las modalidades en cuanto al daño tipificadas en los artículos 372 a 376, son elementos del delito de Lesiones Personales que sirven para diferenciar, en cada caso, la sanción del infractor como fundamento de la responsabilidad penal. Los tipos complementados del artículo 363 son en cambio circunstancias de agravación del delito, las cuales se miden, no por el daño, sino por la intensidad del dolo como en la insidia, la sevicia o la premeditación o la insensibilidad moral de quien viola el vínculo de parentesco, etc.

"Y si el aborto ocasionado por las lesiones personales es elemento del delito de conformidad con el artículo 376 del Código Penal, considero que no puede ser traído, como lo hizo el Tribunal en el fallo cuestionado, como agravante del Homicidio Frustrado, delito que tampoco se tipifica. La errónea calificación dada por el Honorable Tribunal en el auto de proceder que confirmó el de la primera instancia, constituye, en mi modesta opinión, un garrafal dislate jurídico porque el 'Homicidio Frustrado agravado con aborto', para valerme de la equívoca expresión del Tribunal, no está consagrado en el Código Penal Colombiano, ni en aquéllos que le sirvieron de fuente, como tipo penal por sí.

"De otra parte considero que los llamados dispositivos amplificados de tipo o 'tipos penales amplificados', como el homicidio imperfecto en todas sus modalidades, por ser delitos de peligro, que no de resultado, solamente se predican cuando la conducta antijurídica agotada no encaja exactamente en un tipo penal, de tal suerte que, en el caso de autos, no puede hablarse de homicidio frustrado si el hecho imputado al justiciable se ajusta íntegramente a la norma tipificada en el artículo 376 inciso 2º del Código Penal, en concordancia con el artículo 372 ibídem. Menos podía el Tribunal, como ya lo afirmé, agravar el homicidio frustrado con la 'circunstancia de aborto', porque ésta no está contemplada como tal en el artículo 363; por manera que el error en la denominación jurídica de la infracción dada por el Tribunal

en el auto de proceder que sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria, es ostensible, toda vez que 'la rectificación del derecho vigente está más allá de la misión del juez porque éste al interpretar la norma está ligado por la ley' (Von Liszt)".

Aduce también el demandante que "en los delitos de ímpetu" "no caben" "los tipos amplificados como la tentativa y la frustración", "porque el sujeto no dispone del tiempo suficiente para medir sus actos, la resolución es instantánea y la violencia de la emoción impide la acción de los frenos inhibitorios de la voluntad".

De suerte que estando probado que José Amador Galeano Cardona obró impulsado por "ímpetu de ira al negarse su compañera de 18 años a seguirlo, al lugar de su trabajo", procedió "de manera violenta e instantánea sin parar mientes en los resultados de su acto", por lo cual no se tipifica el homicidio frustrado "que le fue imputado por el Tribunal en el auto de fondo al calificar los hechos, providencia que sirvió de base a la sentencia condenatoria impugnada en esta demanda".

Segundo cargo

Expresa el demandante que habiendo sustentado en el cargo anterior que "el antijurídico imputado al justiciable es un delito de lesiones personales con aborto, como consecuencia resulta evidente la nulidad procesal en este negocio que surge a partir del auto que cerró la investigación inclusive, porque los delitos de Lesiones Personales no contemplados en los artículos 373 y 374 del Código Penal, corresponden por competencia a los Jueces del Circuito, toda vez que el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 2º, establece que los Jueces del Circuito en el Ramo Penal conocen en primera instancia de los procesos por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuido a otras autoridades. El artículo 37 ibidem establece cuál es la competencia de los Jueces Municipales a quienes la ley les atribuye el conocimiento de las Lesiones Personales contempladas en el artículo 373 y 374; de manera que es de competencia de los Juzgados del Circuito el conocimiento de los procesos por los delitos tipificados en el artículo 375 a 377 de la misma obra..."

Por modo que —concluye el actor— habiendo conocido de este negocio el Juez Superior, se incurrió en la causal de nulidad establecida en el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y por ello la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo

En primer término, cumple analizar si al llamarse a juicio al sindicado por el delito de homicidio frustrado, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica del delito, tal como lo pretende el actor.

Corresponde, ante todo, registrar lo que dice con acierto Petrocelli acerca del aforismo dolus indeterminatus determinatur ab exitu: "El criterio probatorio excluye el que se pueda decidir en el sentido de individualizar el dolo, con fundamento en el efecto producido, según la conocida máxima dolus indeterminatus determinatur ab exitu. El resultado podrá ser un elemento, entre otros muchos, para conseguir la prueba, pero no podrá constituir base de presunción, que excluya la prueba efectiva..."

En sentido semejante se pronuncia Carrara cuando expone:

"En los delitos de ímpetu se presumirá el dolo indeterminado hasta cuando una necesidad lógica no obligue a pensar lo contrario. En efecto, el hombre airado es siempre un ser racional; y como tal, debe proponerse un fin para aquello que hace. Por lo tanto, la regla de que en los delitos de ímpetu ha de tenerse siempre un dolo indeterminado, no es apodíctica o absoluta: es verdadera solamente en sentido relativo".

Por manera que, en el caso sub judice, habiendo procedido el encausado en "ímpetu de ira", según lo reconoció el Tribunal, es preciso verificar si es acorde con la realidad procesal el nomen juris de homicidio imperfecto en el grado de frustración por el que se le llamó a juicio.

Consistiendo la intención delictiva en un hecho psíquico —como dice Antolisei—,

que como todos los hechos psíquicos no puede ser comprobado directamente, ella en los delitos imperfectos debe deducirse sobre la base de las leyes de la experiencia a través del comportamiento exterior del sujeto principalmente. Sin embargo, pueden contribuir a su fijación elementos que se hallan más allá del individual acontecimiento delictivo (alium de, como comúnmente se dice), como la confesión del reo, su actitud sucesiva, sus cualidades personales, etcétera. En definitiva, la intención criminal debe establecerse con cualquier medio a disposición del juez y en la forma en que se comprueba normalmente el dolo en los delitos consumados: esta particular indagación no presenta nada de especial.

Como lo ha dicho la Corte reiteradas veces, la entidad o categoría del homicidio imperfecto se subordina al iter criminalis recorrido por el agente y a la especie de actos realizados; así el intentado requiere los actos preparatorios y el principio de los actos ejecutivos necesarios a la consumación, y el frustrado todos los ejecutivos o consumativos desde el punto de vista subjetivo; en otras palabras, en el intentado hay un principio de ejecución que se suspende en cualquier punto de su curso o desarrollo por circunstancias extrañas al querer del agente del delito, y en el frustrado se recorrió todo el iter criminalis, pero sin la producción del resultado que el agente se propuso por circunstancias ajenas a su voluntad". (Sentencia, 29 de mayo de 1945, LIX, 235, entre otras).

Depone el sujeto pasivo de la infracción, Marta Ligia Muñoz, que José Amador Galeano la había amenazado dos meses antes de los hechos delictivos diciéndole que tenía que matarla, por no haber accedido ella a que él violara a la hija de los dos de nombre Betty Galeano Muñoz (fl. 24).

Ana Dolores Acevedo declara que oyó que José Amador Galeano le decía a Marta Ligia Muñoz cuando la atacaba que ésta no se le iba de las manos (fls. 7 y 41). En el mismo sentido depone Betty Galeano Muñoz (fls. 9 y 60).

Efraín Peña Ríos testifica que una vez le oyó jurar al procesado que tenía que matar a Marta Ligia Muñoz y que él tuvo que prestarle auxilio a ella cuando su concubinario la perseguía para matarla (fl. 43).

En el caso sub examine la acción cometida por el procesado tuvo un desarrollo tal que elimina cualquier duda sobre el fin a que se dirigía.

Según se dice con acierto en el auto de 12 de enero de 1972, el arma utilizada por Galeano Cardona fue un cuchillo, elemento éste con suficiente capacidad intensiva por su peligrosidad y apto, por lo mismo, para segar una vida.

Del propio modo hay que ponderar el número y gravedad de las heridas inferidas (12 en total) a Marta Ligia Muñoz, para lo cual basta transcribir la parte pertinente del dictamen médico legal (fls. 26 a 27):

"1) Heridas varias por arma cortopunzante: a) Dos heridas penetrantes Abdominales; b) Dos heridas perforantes de Intestino Delgado; c) Dos heridas de Bazo; d) Herida de Diafragma. 2) Tres heridas de Tórax... 4) Dos heridas de miembro Superior Izquierdo..."

Sabido es que en el delito frustrado los actos deben ser idóneos para obtener el fin propuesto. La idoneidad o aptitud debe ser apreciada en relación con cada caso en particular y estimando su potencialidad para obtener el fin perseguido. Para ello es preciso que el medio usado y el resultado pretendido estén entre sí en relación de causa a efecto, conforme al curso ordinario y normal de las cosas, id quod plerumque accidit. Como es natural, no debe examinarse aisladamente un acto particular, porque éste puede tener varios significados: es menester considerar toda la acción en el conjunto de las circunstancias de tiempo y lugar en que se ha desenvuelto.

Y, a la verdad, la acción en su conjunto cometida por Amador Galeano, como se dijo, no deja lugar a dudas de que ella se dirigió a causar la muerte de Marta Ligia Muñoz: el arma empleada, la cantidad, gravedad y región anatómica de las lesiones causadas, la persecución implacable a que fue sometida la víctima, las manifestaciones y conducta anteriores del agente, todo ello converge a demostrar, sin sombra de duda, que el propósito inequívoco del encausado fue el de matar a su concubina.

Hubo en el delito perpetrado por Amador Galeano ejecución subjetiva completa. Si no obtuvo la muerte de su víctima, fue por causas ajenas a su voluntad y a su modo de obrar. Se malogró la acción criminosa, no se consumó el delito, por hechos para él fortuitos e imprevisibles, cual fue, en primer término, la presencia de Luis Gerardo Ossa y luego la oportuna y acertada intervención médica.

Por eso la Sala acoge sin reservas ni restricciones las siguientes aseveraciones del Tribunal de Villavicencio contenidas en el auto de 14 de marzo de 1974:

"Frente a estas pruebas positivas de incriminación que hacen ver, claramente, la intención de matar, que impulsaba el brazo del acusado, no existe en los autos ni siquiera la negativa de esa intención, por parte de éste; pues, en su indagatoria, se limita a decir que al ver todas las ofensas de Marta le dio un ataque que lo dejó inconsciente y no supo lo que hizo; ni tampoco se pueden tener como ausencia de esa intención las zalamerías iniciales con que la saludó antes del ataque, porque ya llevaba listo el cuchillo, en el bolsillo, para eliminarla, en el caso de que no accediera a irse con él para la finca.

"De modo que, no habiendo manifestado el acusado si su intención era solamente la de herir y no la de matar a su concubina, no cabe alegar, para destruir la intención de matar, que aparece probada, que hay que atender la confesión del acusado, porque se presume verídica, mientras no se presente prueba en contrario, porque esa confesión no existe, respecto de este punto, por lo cual, el juzgador debe atenerse a los hechos que aparezcan demostrados en el proceso.

"Ahora bien, como el elemento esencial integrante del delito de homicidio es la intención de matar, y en el frustrado, que el hecho no se realice por circunstancias independientes a la voluntad del agente, circunstancia ésta que el señor juez dejó bien demostrada, en el auto que se revisa, tenemos que lo demostrado en los autos es la existencia de un homicidio frustrado y no simplemente unas lesiones personales".

En conclusión, no hay error en la denominación jurídica del delito por haber llamado a juicio a Amador Galeano por homicidio frustrado.

Resta ahora analizar, en lo que respecta a este primer cargo, si la agravación hecha del artículo 376 del Código Penal es constitutivo de tal error.

Es obvio que dicho artículo 376 prevé las lesiones seguidas de aborto, que algunos denominan como aborto ultraintencional, "porque esta consecuencia no es querida por el agente ni siquiera indirectamente. El agresor dirige su acción a causar daño en el cuerpo de la gestante, y a consecuencia de la lesión sobreviene el aborto, o sea la interrupción del embarazo con muerte del feto. El aborto incide en la lesión para los fines del artículo 376 aunque el atacante hubiera ignorado el embarazo de la agredida". (Luis Eduardo Mesa Velásquez, Delitos contra la vida y la integridad personal, segunda edición, pág. 76).

De suerte que el aborto ocasionado por las lesiones personales es circunstancia agravante de las mismas de conformidad con el artículo 376 del Código Penal, y, por lo mismo, no puede ser considerado "como agravante del homicidio frustrado". Ello es palmar. Mas de ahí no puede inferirse que el Tribunal de Villavicencio, equivocándose al estimar las consecuencias previstas en el citado artículo 376 como circunstancia agravante del homicidio frustrado, incurriera en error relativo a la denominación jurídica del delito. Y es que las circunstancias no hacen parte de la estructura de la infracción, que en este asunto encuentra su descripción legal en el artículo 362 del Código Penal en concomitancia con el 17 ibidem. La en este caso errónea agravación del nombrado artículo 376 no incide en la denominación jurídica del delito, porque no cambia la figura genérica del homicidio para tipificarla como entidad delictual distinta del mismo.

Por tanto, este cargo no prospera.

Segundo cargo

Siendo este cargo una consecuencia del anterior, pues el actor conceptúa que se trata, no de homicidio frustrado, sino de lesiones personales y que, por lo mismo, hay nulidad por incompetencia de jurisdicción (numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), es intuitivo que también debe desecharse.

De lo expuesto fluye que ha de proce-

derse de acuerdo con el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desechando el recurso y ordenando devolver el expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia de modo expreso en la parte motiva de la presente providencia y ORDENA devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

P R E V A R I C A T O

El delito de prevaricato exige que la resolución, auto o sentencia sean contrarios a derecho y además que con la decisión se cause perjuicio a una persona o entidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., agosto veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 41 de 26 de agosto de 1976.

Vistos

Por apelación interpuesta por el apoderado de la parte civil, se revisa la providencia de mayo treinta y uno del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, sobreseyó en forma definitiva al doctor HECTOR FABIO RODRIGUEZ, de los cargos que le fueron imputados en su carácter de Juez Civil Municipal de Pácora, y ordenó compulsar copias de lo pertinente a fin de investigar disciplinariamente su conducta.

No se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

Los hechos

Fueron resumidos por esta Corporación en auto de octubre 2 de 1975 (fls. 57 y ss.), así: "El doctor Arturo Osorio, representando judicialmente a Aurelio Castaño, demandó por la vía ejecutiva, en proceso de mínima cuantía, al señor Salomón Figueroa, Secretario del Juzgado Civil Municipal de Pácora, ante el Juzgado de Salamina. Ese Despacho se declaró incompetente y remitió el negocio al de Pácora en el cual ejercía las funciones de secretario el demandado. El Juez de Pácora aprehendió el conocimiento del asunto; aceptó el impedimento manifestado por Figueroa, con apoyo en el numeral 5º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, y nombró Secretario ad hoc para que actuara en el proceso. Tramitado el incidente, el juez denunciado reconoció probada la excepción de 'cobro de lo debido', alegada por Figueroa, fundándose en interrogatorio extrajuicio absuelto por el ejecutante. Este formuló, por ello, denuncia penal contra el titular del juzgado, atribuyéndole la comisión del delito de prevaricato, pues estima que debió declararse impedido, por ser superior jerárquico del demandado, quien, además, no podía litigar en tal asunto, dada su calidad de empleado judicial. Como al demandado se le condenara en costas Figueroa inició proceso ejecutivo para cobrarlas, ante el mismo Juzgado de Pácora, en cuantía superior a dos mil pesos ($ 2.000.00) y a pesar de ello, litigó en nombre propio".

De la investigación penal y sus resultandos

El Tribunal Superior de Manizales al recibir la queja presentada por el señor Aurelio Castaño, consideró prudente antes de abrir investigación ordenar la ratificación del denunciante. Con base en las copias del proceso civil que se aportaron con la denuncia y que obran a fls. 1 a 22, el fallador de instancia, por auto de diciembre 11 de 1974, consideró que no era del caso abrir

investigación contra el juez acusado (fl. 32).

La decisión inhibitoria fue impugnada por el denunciante mediante los recursos de reposición interpuesto como principal y de apelación, como subsidiario. El a quo en providencia de abril 1º de 1975, se abstuvo de reponer el auto inhibitorio (fl. 44), concediéndose la alzada para ante la Corte. Esta, conforme a providencia de octubre 2 de 1975 (fl. 57), revocó y ordenó abrir investigación penal contra el doctor HECTOR FABIO RODRIGUEZ, Juez Municipal de Pácora, en el Departamento de Caldas.

2º Con los documentos que obran a fls. 94 y 85 respectivamente, se estableció que el doctor HECTOR FABIO RODRIGUEZ ocupaba el cargo de Juez Civil Municipal de la población de Pácora, por la época de los hechos. Igualmente, se probó que el señor Salomón Figueroa ocupaba el cargo de Secretario de ese Despacho judicial y que se encontraba en el desempeño de sus funciones (fl. 92).

3º La totalidad de la prueba recaudada, en razón de la naturaleza del hecho investigado, está constituída por copia de la actuación judicial cumplida por el señor Aurelio Castaño en contra de Salomón Figueroa Restrepo, y, las posteriores diligencias sobre cuantificación de los perjuicios adelantadas por el demandado Figueroa Restrepo, perjuicios que vinieron como secuela del proceso ejecutivo principal (fls. 3 a 22).

4º De la documentación aportada, en resumen, se destacan las siguientes circunstancias de orden probatorio:

a) El 6 de junio de 1973, el doctor Carlos Arturo Osorio obrando como endosatorio al cobro del señor Aurelio Castaño, demandó en su propio nombre, por la vía ejecutiva, a Salomón Figueroa Restrepo, por la época de los hechos Secretario del Juzgado Civil Municipal de Pácora. El libelo de ejecución primitivamente fue presentado ante el Juzgado Civil Municipal de Salamina, y tenía por objeto obtener el pago de una suma de dinero representada en nueve letras de cambio por valor de $ 370.00 pesos, cada una, más los correspondientes intereses (fl. 87). El demandado señor Figueroa Restrepo presentó ante el Juzgado de Salamina las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda y cobro de lo no debido;

b) Previo el estudio correspondiente, el Juzgado Civil Municipal de Salamina, declara probada la excepción de incompetencia de jurisdicción y ordena el envío del expediente al Juzgado de Pácora, para que allí se continuara el trámite normal del proceso de ejecución (fl. 11 vto). Avocado el conocimiento por el Juzgado de Pácora, el demandado Salomón Figueroa Restrepo, Secretario del Despacho, en escrito de octubre 25 de 1973, informa al juez que se declara impedido para actuar en el proceso porque aparece como demandado. El juzgado acepta el impedimento manifestado por el secretario y lo separa del conocimiento, designándose como Secretario ad hoc al señor Ignacio Martínez Franco;

c) Se recibe la declaración del señor Julio E. Giraldo Londoño y se constituye el despacho en diligencia de audiencia pública para continuar el estudio de las excepciones propuestas por el demandado Figueroa Restrepo, y que no habían sido motivo de examen por parte del Juzgado Civil Municipal de Salamina. El 27 de noviembre de 1973 se produce la correspondiente providencia por medio de la cual el Juzgado declara probada "la excepción de cobro de lo no debido", ordena el levantamiento del embargo que pesaba sobre los bienes del demandado y la devolución de la quinta parte del sueldo del empleado demandado. Como en la providencia se ordenara por el Juzgado la condena del ejecutante en costas, Figueroa Restrepo, amparado en la facultad consagrada en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, formuló una liquidación motivada y acompañó una relación de pruebas en apoyo de su pedimento;

d) A esta solicitud se le dio la tramitación establecida en la norma citada y luego de algunas incidencias surgidas en su desarrollo y de evacuar las pruebas solicitadas por las partes, se dictó por el juzgado la providencia de folios 80 vto., y ss., en la cual se resolvió "no hacer regulación de los perjuicios a que se condenó ingenere a la parte demandante en el proceso ejecutivo de mínima cuantía, adelantado ante este despacho por el doctor Carlos Arturo Osorio R., cesionario al cobro del señor

Aurelio Castaño A., contra el señor Salomón Figueroa R..." Se dispuso, asimismo, declarar extinguida la obligación.

5) Del desarrollo y trámite de las actuaciones cumplidas por el juzgado en el juicio ejecutivo de mínima cuantía, y en donde figura como demandado el Secretario del Juzgado Civil Municipal de Pácora, nació la denuncia penal en contra del titular del despacho, doctor HECTOR FABIO RODRIGUEZ MUÑOZ, por cuanto que el vencido en el proceso civil, señor Aurelio Castaño, consideró que el juez no había aplicado la ley correctamente al caso debatido, por amistad hacia su empleado y subalterno, señor Salomón Figueroa. Afirmó que el funcionario judicial había dictado el fallo correspondiente, movido por el afecto y el interés para favorecer a su inmediato dependiente.

En diligencia de indagatoria (fl. 120) el acusado explica su conducta en el sentido de manifestar que su decisión fue justa; y en cuanto al hecho de no haberse declarado impedido al tenor del artículo 142, numeral 5º del Código de Procedimiento Civil, explicó que "no me declaré impedido por cuanto no había causal alguna" de las allí consagradas.

A su vez el empleado judicial demandado señor Figueroa Restrepo, manifestó que el Decreto 196, artículo 28 de 1971, y por tratarse de un juicio de mínima cuantía, le permitía litigar en causa propia.

6º Motivación y fundamentos de la providencia apelada.

El a quo motivó el decreto de sobreseimiento definitivo, en estos términos: "Es evidente al trasluz de la abundante prueba documental traída a los autos que el doctor Héctor Fabio Rodríguez, Juez Civil Municipal de la localidad de Pácora, incurrió en serias y ostensibles irregularidades de procedimiento en la tramitación del juicio ejecutivo que instaurara el doctor Carlos Arturo Osorio como cesionario al cobro del señor Aurelio Castaño en contra de Salomón Figueroa Restrepo, por aquella época secretario titular de su despacho.

"Esas irregularidades se pueden concretar así:

"Primera. El artículo 142 del Código de Procedimiento Civil en su numeral 5º establece como causal de impedimento "ser alguna de las partes, su representante o su apoderado, dependiente del juez o administrador de sus negocios". No obstante la evidencia de esta causal de impedimento dentro del proceso ejecutivo en referencia, el juez no se declaró impedido al advertir su existencia, y dándole una interpretación que no se ajustaba al precepto de la norma, aceptó el manifestado por su secretario, siendo que la causal que a éste hacía relación era la prevista en el numeral 1º del mismo artículo.

"Segunda. Con manifiesta violación del artículo 80 del Decreto 250 de 1970, que prohibe terminantemente a quienes ejerzan cargos en la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público "toda participación en el ejercicio de la abogacía", permitió que Salomón Figueroa Restrepo, Secretario del Juzgado a su cargo, ejecutara actos de postulación o de litigio en el negocio donde éste era parte demandada y posteriormente beneficiario del derecho al cobro de unos perjuicios deducidos en la providencia que falló las excepciones formuladas dentro del juicio ejecutivo.

"Para los fines de esta providencia es menester inquirir hasta dónde aquellas violaciones del procedimiento fueron influídas por intención dañina o desviada que permitan afirmar la existencia de un propósito deliberado dirigido a favorecer a la parte demandada en detrimento de los intereses representados en el juicio por el actor; o también si las decisiones adoptadas estuvieron movidas por efecto o desafecto, en razón a que tales presupuestos enmarcan el cuadro de juzgamiento de las actividades llevadas a cabo por el juez acusado.

"Y se afirma lo anterior por cuanto en el delito de prevaricato es condición sustancial que la resolución, auto o sentencia contrarios a la ley sean proferidos con la intención manifiesta de violarla y de faltar a la justicia, pues no otra cosa quiere significar el elemento a sabiendas como existencia de la norma; o que al omitir, rehusar, retardar o denegar un acto propio de sus funciones el sujeto activo del delito obra por simpatía o animadversión a cualquier interesado.

"Estos elementos para que puedan ser declarados por el juzgador deben aparecer

plena y evidentemente comprobados en autos.

"A la simple violación de normas de procedimiento no puede dársele a prima facie, miradas en relación con su existencia objetiva, la entidad suficiente para extraer de ella la estructuración de un dolo penal que permita afirmar el acaecimiento de una actividad delictiva de parte del funcionario que a tal eventualidad ha ajustado su proceder.

"De allí por qué la doctrina y la jurisprudencia hayan sido contestes y exigentes en la comprobación plena de aquellos elementos subjetivos, sin extender los predicados de la norma, dentro de un exagerado rigorismo, a las equivocaciones, ostensible o no, en que por razón de la falibilidad de los juicios humanos pueden verse comprometidos los razonamientos jurídicos que en el cuotidiano acontecer corresponde a los jueces en su permanente misión de administrar justicia.

"El doctor RODRIGUEZ MUÑOZ sindicado en estas diligencias penales, en su declaración de inquirir, ha dado explicaciones, que si bien no se ajustan a una definida y verdadera hermenéutica en relación con la interpretación jurídica que le dio a los textos legales que motivaron la formulación de la denuncia, sí, bien entendidas, deben aceptarse como justificantes de su conducta, no influida por elementos extraños vinculados a la mala fe, al ánimo dañino o intención manifiesta de favorecer a alguna de las partes en detrimento de la otra. Todo fue el fruto de un concepto particular en relación con la aplicación de la norma o normas previsoras de los eventos en donde presuntamente se radicó la falta.

"De buena fe, consideró que la interpretación dada a los textos legales era la que se ajustaba a su contenido y alcance; no vislumbró la existencia de una causal de impedimento que incidiera en el ámbito de su facultad juzgadora, y las partes, sobre todo a quien favorecía la previsión de la misma, no obstante la oportunidad y las facultades establecidas en la ley, no lo recusaron.

"Y en relación con la permisión de litigar a su secretario, no obstante su calidad de empleado de la Rama Jurisdiccional, en sí misma considerada, desprovista de intención torticera o deliberada expresión de favorecerlo en los resultados del proceso ejecutivo, apenas si alcanza, como violación que es del artículo 30 del Decreto 250 de 1970, a tipificar una falta disciplinaria, la cual como bien lo observa nuestro colaborador fiscal, debe ser materia de especial investigación por cuerda separada".

7º El Ministerio Público representado en esta oportunidad por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que debe revocar la providencia consultada y en su defecto llamar a juicio al doctor HECTOR FABIO RODRIGUEZ, por el punible de prevaricato. La parte civil representada por el doctor Néstor Iván Ospina coincide con la petición del Ministerio Público, por cuanto que se afirma en el escrito que: "...es necesario que la sociedad, los abogados, y los jueces, sepan que la administración de justicia no es un juego de niños o una manera de burlar los intereses de los asociados. El hecho de que un individuo sea investido de la facultad de juzgar es un acto que imprime y da carácter, que exige una conducta ceñida a la verdad y en especial a la equidad".

Consideraciones de la Sala

La investigación se orientó a esclarecer la conducta criminosa en que hubiera podido incurrir el doctor HECTOR FABIO RODRIGUEZ al no declararse impedido en el proceso de ejecución, en donde figuraba como demandado su dependiente el señor Salomón Figueroa Restrepo y permitir que éste litigara en nombre propio, contraviniendo el artículo 30 Decreto 250 de 1970, que prohibe en forma terminante a quienes ejerzan cargos en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público, "toda participación en el ejercicio de la abogacía". La apreciación inicial de la conducta del sindicado, insinúa un comportamiento doloso. Pero, para los fines de este proveído, es necesario saber hasta dónde estas violaciones del procedimiento pueden constituir infracción penal. Se debe determinar si existió intención dañina o desviada, que permita inferir propósito deliberado de violar intencionalmente la ley con el ánimo in-

equívoco de favorecer a su dependiente, en contra de los intereses del actor. Conviene recordar que el delito de prevaricato, exige que la resolución, auto o sentencia sean contrarios a derecho y además que con la decisión se cause perjuicio a una persona o entidad. Mas aún, se debe probar la relación de causalidad entre el acto ejecutado por el sujeto activo del delito, y el fin que éste se ha propuesto, que equivale a conocer una norma jurídica en cierta forma y aplicarla de modo diferente.

Dicho lo anterior, veamos cómo explicó el indagado su conducta. En su diligencia de indagatoria manifestó que no se declaró impedido por cuanto que no había causal alguna de las consagradas por el artículo 412 del Código de Procedimiento Civil para hacerlo, y que permitió que su empleado litigara a nombre propio porque el juicio era de mínima cuantía, siéndole permitido a cualquier ciudadano litigar en virtud de lo dispuesto por el Decreto 196, artículo 28, de 1971.

Si las explicaciones del juez no son plenamente satisfactorias, tampoco, por este hecho, aparece demostrado el especial elemento doloso que exige esta figura, destacado con la expresión "a sabiendas". La actuación cumplida en el proceso ejecutivo en donde figuró como demandado el "dependiente judicial" Figueroa Restrepo, no deja entrever intención manifiestamente torcida, encubierta y dañina que en un momento determinado hubiera inclinado la voluntad del fallador, para producir una resolución contraria a derecho, que favoreciera a su empleado y menoscabara los derechos del actor. La buena fe debe presumirse, mientras no exista prueba en contrario.

La ley de procedimiento establece que los Jueces y Magistrados deben declararse impedidos para conocer de un proceso siempre y cuando existan causales de recusación y tan pronto como adviertan la existencia de la causal correspondiente (Arts. 77 del Código de Procedimiento Penal y 141 del Código de Procedimiento Civil). Pero si el juez o magistrado no se declarare impedido, las partes tienen el derecho de recusarlo y obtener así su reparación. (Arts. 84 del Código de Procedimiento Penal y 143 del Código de Procedimiento Civil).

En el caso sub júdice, el doctor Néstor Iván Ospina al no recusar al funcionario aceptó la actuación de éste, pues si consideraba que sus derechos estaban conculcados por el juez, en atención a que el demandado era su empleado, ha debido proceder de inmediato a recusarlo para excluir su intervención y no esperar el pronunciamiento del fallo para entablar acción penal contra el doctor HECTOR FABIO RODRIGUEZ MUÑOZ. De ahí la razón por la cual la Corte no está de acuerdo con la petición que éste, secundado por la Procuraduría, hace de llamar a juicio al sindicado. Si estaba en manos del abogado recusarlo en su oportunidad, mal puede invocar ahora, con fines penales, ese silencio. La ley otorga trascendencia a ese factor impeditivo, pero no en forma absoluta e indefinida. Si las partes no mantienen el efecto de esa norma, éste decae e imposibilita una deducción como la que se pretende, sobre el elemento doloso. Una prórroga de competencia objetiva o subjetiva no puede desconocerse luego, cuando ha producido sus finalidades de ley, para generar nulidades o sanciones penales o disciplinarias. Y si el impedimento acallado no sirve a los intereses que se pretenden en esta ocasión, el "a sabiendas" de la resolución contraria a derecho debe buscarse y probarse en otros elementos, no en la posible equivocación valorativa en que pudo incurrir el juez sobre la prueba de las excepciones.

En reiteradas oportunidades la Corte ha dicho que el delito de prevaricato es un delito esencialmente doloso, y el dolo consiste en proferir la sentencia, si de ésto se trata, "a sabiendas", es decir, a conciencia de la ilegalidad de su contenido, con pleno conocimiento de que el derecho que en ella se declara no es el que se sabe y ha debido aplicarse. Respecto al error, la Corte dijo en providencia de octubre 16 de 1963: "La ignorancia del funcionario, el error suyo en la estimación de los hechos o en la selección de la norma que los gobierna o en la determinación del contenido y alcance de la misma, o cualquiera otra falla imputable a negligencia del agente, así no sea disculpable, esa conducta excluye el

prevaricato, pues este delito no consiste —como dice Soler, con apoyo en Carrara— en la discordancia entre el derecho declarado y el real, sino en la inconformidad entre el derecho declarado y el conocido. De ahí que no pueda existir un prevaricato meramente objetivo, inadvertido por el juez. Esa característica, agrega el autor citado, determina que para que se pueda imputar un hecho como prevaricato, no basta demostrar la incorrección jurídica de la sentencia, sino que es preciso mostrar la incorrección moral del juez".

La Sala no comparte el criterio expresado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando conceptúa "demostrado que el sindicado omitió 'a sabiendas' actos propios de sus funciones por simpatía a una de las partes a la que favoreció con sus decisiones judiciales", porque esta afirmación no está probada en el proceso. Del contexto de la prueba allegada a los autos se deduce algo muy distinto, que el juez omitió declararse impedido, y no fue recusado, pero no se da el elemento "a sabiendas" a que alude el Procurador Delegado. Y aun aceptando en gracia de discusión la tesis del Ministerio Público, ésta no es valedera porque como lo ha enseñado la Corte: "la declaratoria de impedimento por parte del funcionario es una cuestión que queda a su prudente juicio y no comete delito el que no hace tal manifestación". (Sentencia de diciembre 15 de 1954).

En cuanto al aspecto esbozado por el Colaborador Fiscal de que el juez permitió que su dependiente litigara en causa propia en el despacho, ello no es constitutivo de infracción penal, sino de sanción disciplinaria, al tenor del artículo 80 del Decreto 250 de 1970.

Por ello en criterio de la Sala la providencia apelada merece ser CONFIRMADA.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

CONFIRMAR el fallo apelado.

Cópiese, notifíquese y remítase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Existen actos procesales de indispensable cumplimiento por cuanto constituyen las bases de la acción jurisdiccional ya que permiten asegurar el cumplimiento de los fines que persigue todo proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre dos de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 44.

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia que lleva fecha 1º de diciembre del año pasado al decidir la apelación que el defensor de PEDRO PABLO OSORIO había interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Décimo Noveno Penal del Circuito de esa ciudad el 27 de septiembre de ese mismo año y la consulta que de la misma ordenara el juzgado en referencia, confirmó el numeral 1º de ésta con la reforma de que Gilberto Salazar y Pedro Pablo Osorio Medina quedaban condenados a la pena de seis años de prisión cada uno y a multa de mil quinientos peso, aumentando en la misma proporción las sanciones accesorias. Asimismo decidió revocar el numeral 2º de la sentencia revisada por medio de la cual se absolvió Gildardo Cataño Jaramillo y en su lugar condenarlo a cuatro años de prisión y multa de mil pesos por el delito de estafa, señalándole, al mismo tiempo, las sanciones accesorias. Finalmente confirmó la absolución proferida por el a quo a favor de Salomón Villada Marulanda.

Esta sentencia se dictó en los juicios acumulados que, por diversos delitos de estafa, se venían adelantando contra las personas que se dejan mencionadas.

Hechos y actuación procesal

Para mayor claridad se resumirán a continuación los hechos que dieron origen a los tres procesos seguidos contra Pedro Pablo Osorio, Gilberto Salazar, Gildardo Cataño Jaramillo y Salomón Villada Marulanda:

1. José Lisandro Higuita y Daniel Zuluaga, negociantes en oro, tuvieron conocimiento de que se ofrecía a la venta una cantidad apreciable de dicho metal y, buscando comunicarse con sus poseedores, se pusieron en contacto con Pedro Pablo Osorio quien los llevó al barrio Doce de Octubre, de Medellín, donde, según les dijo, el propietario del oro tenía el precioso metal. Llegados allá, encontraron a Gilberto Salazar quien les mostró el metal del que sacaron una muestra que hicieron examinar y como tal examen produjera resultado positivo entraron a negociarlo habiendo pagado, luego de algunas llamadas telefónicas y entrevistas misteriosas que culminaron en una reunión de todos en un establecimiento público, la suma de ciento ochenta mil pesos, recibiendo, en cambio, una bolsa o paquete que decían los vendedores contenía el oro lo cual no era cierto pues al hacer examinar el metal contenido en la bolsa, resultó ser plomo.

2. Jesús Antonio Ramírez conoció, en el mes de julio de 1974 y en el café "Bar Costa Azul" a un sujeto que después identificó en rueda de personas y que resultó ser

Gildardo Cataño, quien le dijo que había unos señores que ofrecían oro y pese a que el primero le manifestó que no tenía dinero para comprarlo ni entendía de ese negocio, logró convencerlo para que, al día siguiente y en el mismo establecimiento se entrevistara con otro individuo, identificado después por el ofendido como Pedro Pablo Osorio Medina quien lo convenció de que comprara el oro, y en una segunda entrevista en el mismo lugar, le dijo que dicho metal estaba en una casa del barrio Doce de Octubre a donde los llevó y en donde encontraron a un nuevo sujeto, identificado posteriormente como Gilberto Salazar de quien dijeron los otros que era el dueño del oro y que procedió a sacar de debajo de una cama un paquete que desenvolvió manifestando que su contenido era el oro que vendía. Del metal que había en el paquete sacaron Ramírez y su acompañante Mario Cano una muestra que, examinada por el último, resultó ser oro del mejor. Se allegaron entonces, con la contribución de varias personas entre ellas el hermano de Ramírez, los dineros necesarios para la compra cuyo monto total fue de noventa y seis mil pesos que le fueron entregados a Pedro Pablo Osorio Medina para luego, en un hotel, recibir el metal que fue transferido a un frasco el cual dejó Ramírez a guardar a un señor Rubén Darío, dueño de la joyería "La Bolsa del Reloj" en donde permaneció hasta el lunes siguiente cuando de nuevo se examinó el metal resultando ser plomo y no oro.

3. Pablo Emilio Vargas Gallo entró en contacto, por intermedio de Salomón Villada, con un sujeto a quien posteriormente reconoció, en rueda de presos, como Pedro Pablo Osorio, quien le dijo que otro individuo vendía una barra de oro y lo condujo a una casa en donde estaba otro a quien identificó luego como Gilberto Salazar y que era quien tenía el oro. Efectivamente éste le mostró una barra de la cual sacaron una muestra que resultó ser oro puro, dando el mismo resultado un examen posterior, barra por la cual le pidió dicho individuo doscientos mil pesos, pero como Vargas manifestara no poseer esa cantidad ni poder reunirla, le propuso Salazar que viera cuánto dinero podía allegar. Se dedicó Vargas a reunir lo que pudo vendiendo para ello un carro de su propiedad por la suma de ochenta mil pesos que le llevó a Salazar quien, a cambio, le entregó la barra la cual procedió Vargas a hacer examinar resultando ser cobre.

La calificación del proceso por el hecho resumido en el numeral 1º fue llevada a cabo por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, que, con fecha 16 de enero del año pasado profirió auto de proceder confirmado en todas sus partes por el Tribunal Superior de Medellín en su providencia de 11 de abril del mismo año.

Se consideró en dicha providencia que el testimonio de los ofendidos aparecía corroborado por las declaraciones de Castor Montaño, José Angel Caro, Manuel González y especialmente por las afirmaciones contenidas en la indagatoria de María Sofía Acevedo en cuya casa se reunieron procesados y ofendidos para llevar a cabo el negocio del oro y que prestó su residencia a Gilberto Salazar previo ofrecimiento que éste hiciera de ayudarla con dinero y que también conocía a Pedro Pablo Osorio de quien sabía que había estado detenido por estafa.

Tanto Osorio como Salazar fueron reconocidos, como ya se dijo, por los ofendidos y se demostró como, pese a que los procesados negaron haberse visto, se conocían desde antes.

También el Juzgado Décimo conoció de la conducta narrada en el numeral 2º que antecede. En providencia de 31 de mayo de 1975 llamó a juicio, por el delito de estafa, a Pedro Pablo Osorio Medina, Gilberto Salazar y Gildardo Cataño Jaramillo.

Se basó el funcionario del conocimiento en que Ramírez Chavarro, esto es, el ofendido, señaló en rueda de presos, a las personas que habían intervenido para engañarlo con las pepitas de oro.

Asimismo tuvo en cuenta las declaraciones de algunos vecinos de Gilberto Salazar Cataño y la de María Sofía Acevedo Ochoa ya citada en el anterior proceso y quien dijo que Salazar Cataño y un individuo llamado Roberto le pidieron prestada la casa a la declarante para un negocio halagándola con ayudar a terminar la construcción de la misma para lo cual le dieron la suma de seiscientos pesos.

También se basó en lo declarado por Mario Cano Arica que intervino para conectar al ofendido con los presuntos vendedores del oro y quien llevó a examinar la muestra a un taller, cuyos operarios tambien declararon para respaldar el dicho del mencionado declarante quien, además, señaló a Pedro Pablo Osorio como uno de los que intervinieron en la estafa.

Y por lo que hace al tercer proceso, esto es, al que se inició por denuncia de Pablo Emilio Vargas Gallo, fue calificado por el Juez Décimo Penal del Circuito de Medellín, por auto de 3 de abril de 1975, con llamamiento a juicio, por el delito de estafa, contra Gilberto Salazar Cataño (a. El Pescao), Pedro Pablo Osorio Medina (a. Teléfono o Pedrito) y Salomón Villeda Marulanda y con sobreseimiento temporal para Roberto Zapata Cortés.

Fundamentos de la decisión mencionada fueron, en primer término, el reconocimiento que el ofendido hiciera de Salazar Cataño y de Osorio Medina y las declaraciones de Nancy Gil de Vargas, esposa del ofendido y de Humberto Gaviria Gaviria, el joyero que examinó las limallas sacadas del lingote y quienes se dieron cuenta del negocio que Vargas traía entre manos, lo mismo que Alfredo Ochoa Ospina quien le compró el carro y al que enteró de lo que pretendía hacer con la suma que le pagó por el vehículo.

También se basó en el hecho de que la casa a la cual fue conducido Vargas y en donde estaba el sujeto con el lingote, era la misma de María Sofía Acevedo Ochoa usada en los casos anteriores para llevar a cabo los correspondientes "negocios".

Estas motivaciones fueron, en su mayoría, reiteradas por el juez en la sentencia que puso fin a la primera instancia, en la cual, sinembargo, se absuelve a Gildardo Cataño Jaramillo y a Salomón Villada por considerar que no había fundamento suficiente para condenarlos.

En dicha providencia se dice respecto a Pedro Pablo Osorio Medina lo siguiente:

"No menos comprometido que el anterior (se refiere a Gilberto Salazar Cataño) se encuentra este sindicado. Era el encargado en (sic) conseguir clientes interesados en la compra del aurífero metal para llevarlos ante Gilberto Salazar y hacerlos víctimas de una típica estafa". (fl. 442, cdno. Nº 1).

Hace, a propósito de este sindicado, un detallado análisis de su comportamiento en los tres procesos acumulados señalando, además, la similitud de los procedimientos empleados para engañar a las víctimas, y cómo en ellos el procesado Osorio Medina desempeñó el mismo papel. Se valió el juez de lo investigado en cada uno de los tres procesos para aplicar idénticos razonamientos a los otros, procedimiento respecto del cual anota, con cita de autor colombiano, que no es algo indebido sino, por el contrario, uno de los fines de la acumulación procesal que sirve, entre otras cosas, para un mejor aprovechamiento de la prueba (fl. 455 ibídem.):

De todo ese examen concluye que hay base probatoria suficiente para condenar a los procesados Salazar Cataño y Osorio Medina.

Al tasar la pena parte del mínimo señalado por el artículo 410 y la incrementa hasta el máximo teniendo en cuenta, en primer término, el valor de lo estafado, que fue de ciento ochenta mil pesos y en segundo lugar los perjuicios causados a las víctimas. A mas de esto, aplica lo dispuesto por el artículo 33 del Código Penal, por efecto de la acumulación y eleva la pena a cuarenta y dos meses de presidio, agregando luego dos meses para Osorio a virtud de que obró en complicidad con otro previamente concertada y cuatro para Salazar Cataño por esta misma circunstancia y por haber sido condenado anteriormente por homicidio.

El Tribunal, en la sentencia que es materia del recurso de casación acoge los razonamientos del a quo pero estima que es baja la pena y, teniendo en cuenta que los motivos determinantes fueron innobles, la conducta anterior de los sindicados mala y hubo premeditación para ejecutar los hechos, señala una pena definitiva de seis años de prisión para cada uno.

Además considera que Gildardo Cataño fue coautor de los delitos ya que era el encargado de esparcir la noticia de que alguien estaba vendiendo oro tras de lo cual se presentaba Pedro Pablo Osorio para llevar a las víctimas a donde se encontraba Gilberto Salazar.

Para apoyar esa aseveración analiza varias declaraciones entre ellas la de María Sofía Acevedo y el carco entre ésta y Cataño así como la descripción que hace Jesús Antonio Ramírez del individuo "moño, zarco" que le manifestó había unos sujetos que tenían oro sacado de una mina de parientes de dicho individuo que no era otro sino Gildardo Cataño, dado lo cual afirma que resultaría absurdo aceptar que no sabía la finalidad antisocial perseguida por dichos individuos lo que quiere decir que participó con Osorio y Salazar de los delitos e infracciones juzgadas.

Por esas razones revoca la absolución proferida por el **a quo** en favor de dicho procesado y lo condena, con invocación de los artículos 19, 33, 408 y 410 del Código Penal, a la pena principal de cuatro años de prisión mas las accesorias pertinentes.

Demanda de casación

Tres cargos formula el actor contra la sentencia recurrida: el primero se encuadra en el ámbito de la causal 4ª de casación, el segundo en el segundo aparte de la causal 1ª y el último en el primer cuerpo de la causal que acaba de mencionarse.

Se pueden resumir las censuras en la siguiente forma:

Primer cargo

Sostiene el demandante que el Juzgador de instancia incurrió en nulidad de aspecto constitucional por falta de observancia de las formas propias del proceso penal.

Hace consistir tal falla "in procedendo" en que, según dice, no obran en los autos declaraciones de testigos que den base para condenar a su representado, Pedro Pablo Osorio ya que, en su concepto el Tribunal, lo mismo que había hecho el Juzgado, se basó exclusivamente en el dicho de los ofendidos con lo cual "quebrantó la previsión contenida en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal al atribuirle valor de plena prueba a las declaraciones de los denunciantes, sin apoyo en otras pruebas del proceso".

Segundo cargo

Sustancialmente igual al anterior por cuanto censura al **ad quem** haber condenado a Osorio Medina con respaldo en el dicho de los denunciantes y sin que existieran, a su juicio, otros elementos de prueba que demostraran la responsabilidad penal de aquél.

Critica, además, que se hubiera considerado a Osorio Medina como coautor de los delitos de estafa apreciación que considera reñida con la realidad "en razón de que, dice, la actividad que desarrolló el señor Pedro Pablo Osorio Medina se encaminó a vincular a los posibles clientes en la compra de oro de la mejor calidad, según los exámenes que resultaron positivos, pero esa actividad nunca se extendió a lograr que los vendedores del precioso metal lo cambiaran por plomo o cobre en el momento de la entrega a los compradores. Agrega que su poderdante no entregó ningún metal, ni vendía oro, ni recibió dinero alguno.

Concluye que hubo error de derecho en la apreciación de las pruebas que obran en el proceso y señala como violados los artículos 408, 19 y 33 del Código Penal así como el Decreto 444 de 1967 que reglamenta la venta de oro.

Tercer cargo

Acusa la sentencia de haber incurrido en error de derecho por violación de la ley sustancial en el momento de dosificar la pena y señala como concretamente infringidos los artículos 408, 210, 19 y 33 del Código Penal "pues, dice al resumir el cargo, al imponerle la sanción al recurrente Osorio Medina, se excedió en los límites fijados por la ley y la jurisprudencia consistente en haberse excedido en dos años de prisión señalado (sic) como pena prueba para el delito de estafa, puesto que el aumento que hizo aplicando el artículo 33 del Código Penal no podía exceder de dos años que fue la pena inicialmente graduada".

Concepto de la Procuraduría

Por intermedio del Procurador Primero Delegado Penal el Ministerio Público ha

expuesto su opinión en este recurso para solicitar que debe desecharse la petición que hace, como resumen de los cargos, la demanda.

Considera que estos carecen de fundamentación atendible y expresa en referencia a los dos primeros, que los denunciantes tienen la calidad de testigos y deben ser apreciados conforme a las normas de la crítica testimonial.

Y respecto al último hace ver que el aumento de pena que impone el artículo 33 del Código Penal para los casos de acumulación de procesos, es de carácter objetivo en cuanto no depende del juzgador hacerlo o no sino que debe proceder siempre a incrementar la sanción de acuerdo con los módulos señalados en la norma legal citada.

La Sala comparte los planteamientos del Procurador Primero Delegado Penal y hace suyos los razonamientos expuestos en el juicioso concepto de que se ha hecho mérito.

Consideraciones de la Corte

Para mayor claridad, la Sala habrá de referirse separadamente a las diversas censuras enderezadas por el demandante contra la sentencia, comenzando por la primera por hallarse apoyada en la causal 4ª de casación.

Primer cargo

La infracción al artículo 26 de la Carta Política en cuanto se refiere a la omisión de las formas propias del respectivo juicio, se refiere, como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, a los trámites fundamentales que caracterizan los procesos penales en general y al específico tipo de proceso dentro del cual se dictó la sentencia censurada.

Existen actos procesales de indispensable cumplimiento por cuanto constituyen las bases de la acción jurisdiccional ya que permiten asegurar el cumplimiento de los fines que persigue todo proceso.

Por medio de ellos se avanza desde el comienzo de la acción penal hasta su definición en la sentencia.

El legislador ha revestido estos actos de formas adecuadas a su finalidad, muchas de las cuales son esenciales para la constitución, modificación, conservación o definición de los derechos y obligaciones procesales.

Estas pueden ser llamadas formas generales del juicio y su inobservancia genera nulidad de rango constitucional.

Hay, además, otras que permiten diferenciar una clase de juicio de otra. Así las que caracterizan el juicio predominantemente escrito del verbal, o del que se adelanta ante el Congreso o ante los Jueces de Menores etc. Omitirlas hace desaparecer esa diferencia específica y, por lo tanto su inobservancia también produce el tipo de nulidad mencionado.

Si se observan tales formas fundamentales, los errores "in procedendo" que cometen los jueces no tienen la entidad suficiente para alcanzar la categoría de nulidades constitucionales.

Porque es preciso tener en cuenta que la norma contenida en el artículo 26 de la Carta por medio de la cual se establece que debe observarse la plenitud de las formas de cada juicio tiene su origen en la Enciclopedia y sus primeras formulaciones en la Revolución Francesa que la consideró como una defensa de la libertad contra la arbitrariedad de los gobiernos despóticos para lo cual sometió a los jueces a precisos requisitos en el adelantamiento de los juicios. De ahí que se diera que "la forma es la hermana gemela de la libertad". (Ihering).

Mas, al igual que ocurrió con otras garantías de esta, se exageró la protección formal dentro de los juicios hasta degenerar en el formalismo, vicio que todavía tiene cultores en todos aquellos que estiman que cualquier desvío de las formas procesales establecidas por la ley constituye una violación de esta garantía siendo así que solo pueden considerarse lesivos de ella los antiprocesalismos que de modo directo e inmediato vulneran el mencionado derecho subjetivo y que son, como ya se dijo, tanto los que fundamentan en general todos los juicios como los que sirven para diferenciar unas especies de procesos de otros.

En todo caso, la forma de los procesos está constituida por una serie de requisitos

externos, de obligatorio cumplimiento y en ningún caso toca con ella el contenido de los actos procesales por lo cual resulta inaceptable la alegación de que se viola la forma propia de un juicio cuando el juez interpreta mal una prueba, pues ésta es una actividad de índole puramente interna en la cual la facultad del juez para valorar los elementos de convicción viene a hacer el oficio de contenido de un acto jurisdiccional que puede revestir diversas formas.

Y puede ocurrir que el juez cometa un error en dicha apreciación sin que por ello vulnere la forma prescrita para el acto procesal. Se trataría, en este caso, de un error "in judicando" distinto del error "in procedendo" que consistiría, como ya se dijo, en la violación de las formas prescritas para el adelantamiento del juicio.

De acuerdo con lo dicho se concluye que es equivocado y, por ello, no debe aceptarse el planteamiento que hace el actor al decir que se han violado las formas propias del juicio ordinario penal por una pretendida errónea valoración de las pruebas.

No prospera este cargo.

Segundo cargo

Es, según se dejó expresado ya, una repetición del anterior sólo que esta vez no se plantea en el marco de la causal cuarta de casación sino en el del segundo aparte de la primera.

Empero tampoco puede correr en esta oportunidad mejor suerte que en la anterior porque basta revisar el expediente para saber que el juzgador, tanto de primera como de segunda instancia, no sólo tomó en cuenta el dicho de los ofendidos para fundamentar la condenación de los procesados sino otras pruebas concomitantes, como los testimonios que se dejan mencionados en la primera parte de esta sentencia. Además de eso se basó en la absoluta similitud del procedimiento empleado en cada uno de los tres casos juzgados y, particularmente por lo que hace a Osorio, en el papel de intermediario que éste desempeñó en ellos.

Por otra parte, la intervención de éste no fue mal calificada como coautoría, según expresa el demandante, ya que este sindicado intervino directamente en el proceso de ejecución del delito, contribuyendo a engañar a las víctimas no importa que directamente no entregara a estas el metal con que se sustituyó el oro que se les había mostrado en primer término.

Es bien sabido que para que un individuo sea considerado como coautor de un hecho delictuoso, es decir, como copartícipe en esta categoría, no es necesario que haya ejecutado todos los actos del tipo sino que basta con que lleve a cabo al menos uno de ellos.

Así, en la estafa es suficiente que haya contribuido al engaño de la persona ofendida aun cuando no participe en aquellos actos que, en la modalidad de ese delito consistente en el traslado del patrimonio del ofendido a la esfera del sujeto activo del delito se haya tomado parte en el despojo de la víctima.

En el presente caso si bien el procesado Osorio no tuvo parte en el cambio del oro por otro metal sí actuó para inducir en engaño a los ofendidos lo que es suficiente para considerarlo como coautor de las estafas ya que tuvo parte en uno de los actos constitutivos del ilícito.

Tercer cargo

No aparece de autos que el sentenciador hubiera violado el artículo 33 del Código Penal al fijar una pena corporal que excediera el "otro tanto" que fija como límite dicha norma para hacer el aumento en los casos de concurso material de delitos o de acumulación de procesos.

En efecto, el Tribunal consideró (fl. 505 cdno. Nº 1) que la pena impuesta por el a quo y que para Osorio fue de cincuenta y cuatro meses, o sea cuatro años y seis meses, era baja, teniendo en cuenta la pluralidad de personas que resultaron perjudicadas, los móviles determinantes que fueron innobles, la conducta anterior de los inriminados que había sido mala y la premeditación con que obraron y por eso la aumentó fijando un total de seis años con aplicación del artículo 33 del Código Penal

lo que quiere decir que la pena básica que consideró adecuada era de, por lo menos, tres años, estimación que está dentro del arbitrio legal del juzgador.

No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia a que se refiere la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA

AUTO DE PROCEDER

Su importancia. Sus requisitos sustanciales (Art. 481 del Código de Procedimiento Penal) y formales (Art. 483 del Código de Procedimiento Penal). Su reporcusión en la sentencia. Nulidad. Criterio adoptado hoy sobre las nulidades en sede de casación. Cuándo las puede alegar la parte civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre nueve de mil novecientos setenta y seis).

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 46.

Vistos

El doctor Alfonso Patrón Bustamante, en su condición de apoderado de la parte civil, recurrió en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, fechada el 17 de octubre de 1975, y mediante la cual se impartió confirmación al fallo absolutorio, dictado el 24 de abril del mismo año, por el Juzgado Segundo Penal de Circuito de la citada ciudad, en favor de GERMAN AUGUSTO DURANGO, a quien se había residenciado en juicio para responder del delito de "Peculado", en perjuicio de la Electrificadora de Córdoba S. A.

Concedida la impugnación en tiempo oportuno, el doctor Manuel H. Iriarte Uparela asumió la representación de la parte recurrente e introdujo la correspondiente demanda, la que por ajustarse formalmente a las exigencias de ley, fue admitida.

Ahora, concluido el trámite de rigor, se dispone la Sala a decidir el recurso.

Hechos

En oficio 00670 de 17 de junio de 1972, la Electrificadora de Córdoba S. A., comunicó a las Empresas Públicas Municipales de Montería, la apreciable cuantía de la obligación que, por servicios de energía, le alcanzaba a deber para esa fecha. Tres días después, en nota GG. 0149, las Empresas Públicas Municipales afirmaban el total y oportuno pago de los valores que se indicaban como monto de la deuda. Se ordenó, entonces, un estudio contable y, ciertamente, la Electrificadora de Córdoba había recibido los pagos que se echaban de menos, pues los correspondientes cheques aparecían debidamente consignados. Pero estas considerables sumas no se imputaban integralmente a los servicios prestados a esa entidad municipal, sino que hacían figurar como cubriendo servicios particulares, pagados por ventanilla en dinero en efectivo. Esta ilícita actividad, mediante la cual se cumplió la acción peculadora, ocurrió a partir del mes de diciembre de 1970 y persistió hasta el mes de junio de 1972. Debe anotarse que, en este último mes, GERMAN DURANGO MARTINEZ, a quien se atribuye el cumplimiento de esta conducta, también tomó de modo directo algunos pagos que en dinero contante y sonante hicieron algunos usuarios.

La oficina en donde se cumplió esta continuada apropiación estaba a cargo de GERMAN DURANGO MARTINEZ, quien al 16 de de marzo de 1962 ingresó a la Empresa como auxiliar de contabilidad, y pasó luego, el 15 de agosto de este mismo año, a cajero principal, posición que ocupaba cuando dejó de prestar sus servicios,

el 30 de junio de 1972. (fls. 101 a 103, c. Nº 2).

La Junta Directiva, al recibir esta noticia, activó una investigación fiscal y administrativa, que fue realizada por el señor Domingo Berrocal Galván, revisor fiscal de la Contraloría General de la República, entre el 26 de junio y el 10 de julio de 1972, fecha en la cual levantó el acta respectiva que fijaba un faltante de quinientos setenta y tres mil veinticuatro pesos con veinte centavos ($ 573.024.20). Posteriormente, ya en curso la investigación penal, la Contraloría General de la República, por intermedio de su División de Visitadores, practicó (noviembre 20/1972) una definitiva y exhaustiva visita, cuya copia se entregó al instructor, que concretaba el faltante en la suma de cuatrocientos cuarenta y tres mil treinta pesos con nueve centavos ($ 443.030.09).

Esto dio lugar a este proceso, que ha tenido el siguiente trámite:

Actuación procesal

El doctor Roberto Palacio Merlano, gerente de la Electrificadora de Córdoba S. A., en escrito de 11 de julio de 1972, formuló denuncia contra el señor GERMAN DURANGO MARTINEZ, cajero pagador de la mencionada empresa comercial del estado, acusándole del delito de "peculado", en cuantía superior a los quinientos mil pesos ($ 500.000.00) (fls. 4 a 6 del C. Nº 2; ver ampliación de fls. 147 a 149 de este mismo cuaderno).

El Juez Primero Penal de Circuito de Montería, conoció de esta denuncia y comisionó al Juez 5º de Instrucción Criminal, radicado, para que abriera y adelantara la correspondiente investigación (fls. 7 a 10, C. Nº 2).

GERMAN DURANGO MARTINEZ, en escrito de 13 de julio, explica su ausencia del lugar de trabajo por la suspensión que en contra suya dictara el revisor fiscal Berrocal Galván, y solicita se le oiga en indagatoria, si a ello hay lugar (fls. 1, 14 y 20, C. Nº 2). Esta diligencia se produce el 17 de julio (fls. 21 a 25, C. Nº 2).

En auto de 21 de julio del año en referencia se admite la constitución de parte civil, y se reconoce como representante suyo al doctor Alfonso Patrón Bustamante. (fls. 26 a 30, C. Nº 2).

El 20 de agosto de 1972, el Juzgado 1º Penal de Circuito, ordena ampliar el sumario, comisión que cumple el citado Juez 5º de Instrucción Criminal.

Este mismo juez señala fecha, hora y peritos para realizar una inspección judicial que, a la postre, se cumple sin los designados expertos. En el Acta se indica que al comparar los saldos, "...es decir, lo relacionado en los reportes de recaudos hechos por el cajero de la empresa y las consignaciones correspondientes dan como resultado una diferencia de $ 17.097.13, dejados de consignar... los datos globales examinados, se refieren únicamente a los reportes elaborados por el señor Cajero y a los volantes de consignación que él enviaba a la sección de contabilidad de la empresa..." (Subraya la Sala).

Esta diligencia se inicia el 14 de septiembre fls. 275, C. Nº 2 y concluye el 22 de septiembre de 1972 (fls. 33 y 39, C. Nº 3).

Nuevamente (septiembre 29/72) recibe el Juez 5º de Instrucción Criminal, el encargo de concluir esta investigación (fl. 41 C. 3) y, durante esta etapa se allega la copia del acta levantada por los visitadores fiscales de la Contraloría General de la República, señores Miguel Flórez Silva y José Luis Sepúlveda Pabón, quienes deducen un definitivo alcance de cuatrocientos cuarenta y tres mil treinta pesos con nueve centavos ($ 443.030.09), a cargo de GERMAN DURANGO MARTINEZ, cajero recaudador (fls. 61 a 83, C. 3).

Por impedimento del Juez 1º Penal de Circuito, doctor Guillermo Márquez Ruiz, asume la continuación del trámite el doctor Emerson Espitia Garrido, Juez 2º Penal de Circuito. (fls. 59, 85, 87, C. 3).

Este despacho, en auto de 2 de abril de 1973, decreta la detención preventiva de DURANGO MARTINEZ, (fls. 115 a 119, C. 3).

Por auto de 10 de mayo de 1973, se declara cerrada la investigación. (fl. 119 vto., C. 3).

La calificación sumarial se produce tardíamente el 27 de mayo de 1974 (fls. 127 a 136), con llamamiento a juicio de GERMAN AUGUSTO DURANGO MARTINEZ, para que responda del delito de "PECU-

LADO" en cuantía de cuatrocientos cuarenta y tres mil treinta pesos con nueve centavos ($ 443.030,09). En el mismo proveído se **sobresee definitivamente en favor de Domingo Narciso Berrocal Galván, Juvenal María González Petro y Luz Marina Otero González.**

Luego se procedió a la declaratoria de reo ausente y a la designación de defensor de oficio. (fl. 140, C. 3).

La respectiva audiencia se cumple el 30 de octubre de 1974 (fls. 146 a 151, C. 3) y en la sentencia de 24 de abril de 1975 (fls. 152 a 159, C. 3) se termina por absolver a DURANGO MARTINEZ.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en providencia de 17 de octubre de 1976, por mayoría, confirma esta sentencia, haciendo suya la argumentación del **a quo** e insistiendo en la falta de peritación oficial para establecer el faltante, al punto que la inspección judicial decretada por auto de 5 de septiembre de 1972, con designación de contadores públicos juramentados (Augusto Ariza E. y Remberto Ruiz R.) (fls. 212 y 213, C. 3), se realizó sin el concurso de éstos (fl. 254, C. 3) y, en la desorganización que dominaba en la empresa ofendida (fls. 10 a 14, C. 7); salvamento de voto, (f.s. 15 a 19).

Esta es la decisión que se ha recurrido en casación por el apoderado de la parte civil.

La demanda de casación

En dos motivos funda el impugnador su ataque a la sentencia del Tribunal. Uno, la nulidad que afecta el debido proceso (artículos 580 numeral 4º Código de Procedimiento Penal y 26 C. N.) y el otro, que "el sentenciador de segundo grado violó la ley sustancial al dejar de estimar o de apreciar determinadas pruebas que en forma plena establecen el cuerpo del delito, incurriendo en manifiestos errores de hecho".

Primer cargo

La fórmula al amparo de la causal 4ª del citado artículo 580, destacando su característica y eficacia constitucionales, artículo 26 de la Carta. El auto de proceder, según la censura, no obedece a las fundamentales exigencias del Código de Procedimiento Penal, que lo constituyen en "pieza central del juicio, al fijar el ámbito concreto de la acusación y al abrir el debate para que las personas que intervienen en el proceso tengan una orientación definida sobre las pruebas que deben presentar en el plenario, en orden a demostrar sus respectivas tesis; y al determinar los límites jurisdiccionales en que ha de moverse el juzgador al proferir la sentencia".

Sobre este punto se citan conocidas doctrinas de la Corte en las cuales se enfatiza la garantía de juzgamiento que constituye este acto procesal al extremo que el ordenamiento citado "lo estructura de modo circunstanciado", impidiendo una forma libre de redacción. Por eso "...dada la capital importancia de esa pieza del proceso, su imperfección sustancial, vr. gr., **por imprecisa** o ambigua o antibológica definición del delito imputado, o por notoria **deficiencia de presentación del cargo,** en forma tal que por ello se imposibilite o entrabe el normal ejercicio de la defensa o se hace imposible o difícil la aplicación del derecho en la sentencia, se crea una nulidad supralegal, con soporte en el artículo 26 de la Carta..."

Recuerda que "la determinación del delito imputado en su ESPECIE, es exigencia del numeral tercero del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, al disponer, que como uno de los requisitos esenciales del auto vocatorio, que en su parte motiva debe expresar 'la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, CON LAS CIRCUNSTANCIAS CONOCIDAS QUE LO ESPECIFIQUE'. No basta, por tanto, la simple referencia al género del delito. Se impone fijarlo en su particular ESPECIE, puesto que el hecho en su concepción genérica está reprimido por la ley. Específicamente la represión penal opera con respecto a la ESPECIE del hecho que se imputa como delito. El peculado en su denominación genérica (Libro Segundo, Título III, Capítulo Primero, del C. Penal), comprende TODAS las especies a que se refiere el Código, pero sólo en potencia y no en concreto cada una de ellas (Por aplicación oficial diferente, culpose, por extensión, por apropiación, por uso indebido). Omitida en el vocatorio la determinación del delito en su ESPECIE, se genera una imperfección jurídica por

desconocimiento de uno de los requisitos esenciales de esa forma propia del juicio, lo que lleva a la configuración de la nulidad supralegal".

En el aludido vocatorio, enfatiza el memorialista, se ignora la modalidad de la conducta peculadora. Se habla de la responsabilidad de DURANGO MARTINEZ, por delito del "CUAL TRATA EL CODIGO PENAL EN SU LIBRO SEGUNDO, TITULO III, CAPITULO I Y QUE TIENE LA DENOMINACION DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA (PECULADO)", pero nada más. Hay una referencia genérica, a todo lo largo del enjuiciamiento, comprendiendo la parte motiva y la resolutiva, lo que a las claras indica que hay imprecisión e imperfección en el cargo: "Ciertamente se hace relación a un faltante de fondos. Pero el hecho de relacionar un faltante, no indica que se acuse al empleado de apropiación o de uso indebido, ya que el faltante puede presentarse a consecuencia de actividades culposa, o provenir de causas ajenas a la responsabilidad del funcionario..."

"Al no establecerse con claridad, destaca el recurrente, la relación de responsabilidad entre la actividad del funcionario y el hecho del faltante, apenas se tomó el peculado incriminado en su simple denominación genérica, sin entrar a fijarlo en su particular especie. Y esto constituye la imperfección del auto vocatorio, que lesiona esta forma propia del juicio".

De otro lado, la redacción que indica el artículo 483 ibídem, para la parte motiva, también se quebrantó visible y sustancialmente.

Por último, para cerrar la presentación del cargo, comenta que "las nulidades constitucionales no existen sólo en provecho del procesado" sino en garantía de los derechos concedidos a todas las partes que intervienen en el proceso. Cita en especial la doctrina de la Corte publicada en la Gaceta Judicial, tomos CXI y CXII, números 2276 a 2277, páginas 183 y 184.

Opinión de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal acepta el planteamiento del censor y amplía la noción y consecuencias de la nulidad invocada. Como encuentra fundado el cargo, se abstiene de analizar la restante argumentación. Algunos de los más pertinentes aspectos de esta opinión fiscal, son los siguientes: "...al ordenar el calificador del sumario al sindicado que se presente al juicio criminal a responder del delito de Peculado, dicho en forma genérica, sin precisarle las modalidades o circunstancias, ya debidamente demostradas, que lo especifican dentro su gama, vale decir, sin moldearlo de tal manera que dé forma, ya a la figura de la aplicación diferente de la oficial señalada a las caudales que administra el funcionario público, bien, de hacer uso indebido de ellos, ora porque en razón de culpa de aquél, se extraviaron o perdieron, además, por haberse apropiado de ellos indebidamente en provecho suyo o de un tercero, se está cayendo en el mayor de los desatinos legales, traspasando las fronteras del inviolable campo constitucional, en razón de que al no colocar al procesado en frente a una de estas diversas hipótesis configurativas del delito de Peculado, se lleva de calle la norma procesal penal rectora de la providencia enjuiciatoria y se agrede flagrantemente al Estatuto Fundamental, asilante en su artículo 26 de las instituciones cuya presencia es insustituible en el juzgamiento, específicamente la que defiende la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio.

"Ordenar el enjuiciamiento de un ciudadano como acontece en el caso sub judice, bajo la sindicación de ser autor del delito de Peculado, sin informarle las especificaciones propias que identifican la modalidad comprobada, equivale a hacerlo, obviamente en caso diferente, y a vía de ejemplo, por el delito de homicidio, sin precisar si lo fue por el delito tipo, ya degenerado, bien configurado en hipótesis diferentes. Nadie negaría que para el ejemplo que se trae, ha de promulgarse en el vocatorio a juicio si se trata de homicidio simplemente voluntario u homicidio agravado, bien culposo, preterintencional, etc.

"Revisándose el auto de enjuiciamiento proferido por el señor Juez 2º Penal del Circuito de Montería, fustigado debidamente por el señor demandante, hay que estar de acuerdo con la censura. En verdad, la parte motiva no amojonó en forma alguna la hipótesis peculadora imputable al procesa-

do, pues que sólo se habla de que Germán A. Durango Martínez es responsable de un delito de Peculado, o que a él no se le pudo localizar para 'notificarle el faltante de fondos deducido en su contra, o que se ha demostrado' la responsabilidad del sindicado Germán A. Durango Martínez del delito investigado, del cual trata el Código Penal en su Libro II, Título III, Capítulo I y tiene la denominación de delitos contra la Administración Pública (Peculado)„ omitiéndose, censurablemente, identificar la fuente específica, ya que no genérica, de la responsabilidad que se derrama sobre el procesado, toda vez que no se precisó si dispuso indebidamente de los fondos en provecho suyo, o de un tercero, o fue que les dio una destinación oficial diferente a la indicada por ordenamiento legal alguno, o haber hecho uso indebido de ellos, etc.

"El que la censura y reclamo de la nulidad constitucional sancionatoria del vocatorio a juicio, sea hecha o solicitada por el apoderado de la parte civil, no es obstáculo para que la Honorable Corte se pronuncie al respecto, pues, como bien lo dice aquél, las nulidades, de manera primordial las constitucionales, no se han creado como patrimonio exclusivo o privativo de las partes, sino que lo son en protección del ordenamiento jurídico por estar enquistadas, válgase el término, en el denominado orden público. Y bien puede tenerse también presente que la obtusa calificación que el Juez a quo dio al sumario, pudo o puede ser causa de la absolución que dos de los tres magistrados de la Honorable Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Montería impartieron a través del fallo recurrido, piedra angular del interés jurídico que asiste a la parte civil para recurrir en casación, a fin de conseguir que al declararse la responsabilidad del sujeto activo de la infracción penal, surja el derecho para el resarcimiento de los perjuicios económicos que ha producido al transgredir la norma penal sustantiva que protege el interés del ofendido..." Subraya la Corte.

Réplica del mandatario del procesado

El doctor Luis Carlos Pérez, al enfrentar los términos de la demanda y la significación del concepto de la Procuraduría, anota:

"...La parte civil carece de legitimidad para proponer en casación nulidad de rango superior como son las descritas en el artículo 26 de la Carta, tratando de demostrar que al procesado se le denegó el derecho de defensa en las instancias, por haber pretermitido las formas propias del juicio. Es verdad que el quebranto de estas actuaciones, tal como se determina en la ley, afectan tanto la esfera privada de las personas como la necesidad de una adecuada justicia, y que por eso no sólo es viable la reposición del proceso cuando lo solicita el indebidamente condenado, sino cuando se afectan intereses de la comunidad y lo demanda en su nombre el ministerio público. Pero es opuesto a la pretensión indemnizatoria tratar de obtener a través del recurso extraordinario el reconocimiento de que el proceso se adelantó violando el derecho de defensa de la persona a quien se acusa, posición incompatible con el interés de la parte civil, reducido al fin indicado. Restablecer las actas y demás actuaciones porque la violación concluyó con un fallo de condena, es aspiración justificable en la víctima de las irregularidades judiciales. Pero no es excusa, ni se explica en la parte contraria, que tuvo cómo corregir los defectos y no lo hizo y que por eso se presenta en casación rebasando sus facultades, en detrimento de quien se conformó con el resultado. La parte civil no puede ir, en este aspecto concreto, más allá del procesado, sirviéndole de guardián y reclamándole conveniencias que él no quiere, porque evidentemente no lo son, o especiales tratamientos que él rechaza. El derecho de defensa no se administra como las drogas curativas, a pesar del paciente, pues de aceptarse tan extraña colaboración, se llegaría a graves extremos sobre el contenido de las actividades procesales. Supóngase que el enjuiciado se niegue a defenderse, dejando correr los términos, declinando la práctica de pruebas o los recursos contra cualquier decisión, y que, como ha ocurrido en circunstancias excepcionales pero verdaderas, casos singulares de culpabilidad sentimental, pida o sugiera que se le condene. Aplicando la tesis planteada, la parte civil quedaría con poderes totales para intervenir en ayudar de quien así se comporta traicionándose a sí misma y colo-

cándose en el centro de una criminosa connivencia..."

Agrega que no se observa qué efecto pudo tener esa situación procesal en contra de los intereses de la parte civil. No se insinúa desventaja suya en el debate ni un injusto privilegio para el procesado, como consecuencia de ese procedimiento tildado de defectuoso. Las modalidades del peculado, no advertidas en el cuestionado auto, no tienen la importancia que destaca el impugnador porque "es tan clara la forma como esa providencia narra los hechos, tan objetiva la posición del presunto infractor, tan explícitas las funciones que desempeñaba en su calidad de cajero, que nadie podría llamarse a error en la apreciación del cargo". "Los documentos cuyo valor probatorio se reclama estarían llamados a establecer la apropiación directa, en el propio beneficio del empleado. No habría que hacer ningún esfuerzo imaginativo para entenderlo así".

Comenta la indicación contenida en el numeral 3º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, diciendo que ésta deviene en doble requisito de garantía de defensa. "El primero (calificación genérica del hecho), es sustancial, pues si no se menciona el delito, no existe propiamente juicio, porque el sujeto ignora el motivo de la persecución y carece de bases para demostrar su inocencia o su culpabilidad atenuada... Pero la segunda exigencia (con las circunstancias conocidas que lo especifiquen) no tiene igual profundidad ni extensión, es puramente formal, porque trata de relacionar modalidades que pueden ser necesarias o contingentes según el respectivo tipo penal. No toda entidad criminosa contiene circunstancias, de donde se deduce la imposibilidad de mencionarlas, a diferencia de los elementos, sin los cuales el delito se destruye o muda de naturaleza... Sobra la confrontación para advertir que el peculado es delito simple, sin circunstancias de tiempo porque pueden cometerse en cualquiera, ni de lugar porque la apropiación o el uso, verbigracia, no requieren uso determinado. Queda sólo la circunstancia modal que se expresa con la frase "en cualquier forma", frase que ha querido extenderse a extremas y variadas posibilidades, a veces correctas y en otras improcedentes y hasta aventuradas. En este caso concreto, el legislador colombiano, lejos de exigir una determinada modalidad, aclaró innecesariamente que no la exigía. "Tampoco es circunstancia modal el que la conducta se realice por el sujeto mismo o por un tercero, pues esto lo que plantea es un problema de coparticipación. Mucho menos puede afirmarse que entraña una circunstancia el hecho de que la conducta se cumpla en uno o varios actos, pues tal enunciado conduce a la figura del delito continuado".

Consideraciones de la Sala

1. La importancia del auto de proceder lo destaca el sistema procedimental que rige nuestra justicia penal, trascendencia que la doctrina se ha encargado de conservar y caracterizar debidamente. El artículo 481 del Código de Procedimiento Penal indica los requisitos sustanciales que se exigen para su proferimiento y el artículo 483, ibidem, determina sus requisitos formales. Pocas veces se ocupa este estatuto de señalar el contenido y forma precisos de una providencia. Su redacción es asunto fundamental y básico que se regula detalladamente. Por eso no es proveído de composición libre, ablevia o caprichosa, sino rigurosamente normado, con exigencia perentoria de acatamiento, so pena de generar nulidad si se desatienden sus características esenciales. Dentro de esta previsión sobresalen dos grandes reglas, las de los ordinales 3º y 4º, inciso segundo, del artículo 483.

La jurisprudencia no cesa en reiterar que es "acto procesal de innegable trascendencia y necesario para la posibilidad de la defensa, pues él contiene el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda, por tanto, si dicho pliego no se formula al acusado, difícilmente sabrá éste de qué tiene que defenderse, y en consecuencia cómo podrá defenderse"; "en la parte motiva del enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al punible"; "en la parte motiva del auto de proceder se consignan los elementos constitutivos del delito, los de la responsabilidad y las modalidades específicas que le dan al hecho punible una característica especial"; debe formularse un cargo claro y determinado, sin que aparezca

algo que pueda reputarse como vago o impreciso que diere lugar a dificultades en el derecho de defensa.

El auto de proceder contiene el conjunto de cargos que la investigación arroja contra el procesado, para que éste pueda defenderse y también para que el juez sepa por cuál delito debe condenar o absolver, según el caso. En esta forma se garantiza el derecho de defensa y se limitan, a su vez, los poderes del sentenciador al dictar el fallo definitivo. La calificación genérica no puede modificarse, no así la parte motiva que puede variar por las ulteriores comprobaciones. Mas cuando el auto de proceder no ha sido modificado en su parte motiva, con nuevos elementos de prueba allegados durante el plenario, ni la situación jurídica puntualizada en los considerandos de esa providencia está afectada de un claro error, o en contraposición con los elementos probatorios recogidos en el sumario, entonces ya el juez queda vinculado a ese pliego de cargos y no puede salirse de él arbitrariamente para dictar la sentencia en rebeldía con el enjuiciamiento. Obrar de otra manera sería incurrir en una especie de deslealtad con las partes y faltar al respeto de las providencias ejecutoriadas, cuando ello no es necesario para mantener el imperio de la justicia ni la defensa de la sociedad. Por consiguiente, algún papel deben desempeñar las "circunstancias conocidas" determinadas en el auto de proceder —parte motiva— cuando ellas logran resistir el debate probatorio del juicio, las críticas de las partes y el razonamiento jurídico del juez: y ese papel no puede ser otro que el de tenerlas en cuenta al dictar el fallo definitivo.

2. Insistir en la decisiva e incontrovertible importancia del auto de proceder, es asunto innecesario. Bien se conoce su manifiesta sustantividad en lo que debe ser el debido proceso. Constituye el parámetro de los cuestionarios y el fundamento de la sentencia, la cual no puede sobrevenir sino cuando se han conocido los cargos en forma precisa, clara y permitido su refutación. En él se fija de modo nítido y seguro las reglas indispensables del futuro debate, que deben obedecer, por igual, procesado, defensor, ministerio público, parte civil y juez.

Recortada y perjudicial perspectiva es la de entender que la fundamentalidad del auto de proceder solo dice relación a los derechos y prerrogativas del procesado y defensor. Con frecuencia se insiste de modo preferente en esta parcializada consecuencia en razón de que la más de las veces, suele repercutir su deterioro procesal en el derecho de defensa del enjuiciado. Pero esta tendencia no da margen para restringir a marco tan estrecho, inarmónico y antitécnico, el ámbito de este efecto. Ya se ha visto como los eventuales cambios que puedan sobrevenir a esta resolución, afectan por igual a diversos sujetos. El procesado tiene que conocer, con certidumbre, el cargo formulado, cuáles son sus modalidades fácticas y jurídicas y específicamente, la manera como quiere comprometerse su responsabilidad; el Ministerio Público, como organismo de equilibrio en la búsqueda de la justicia, debe disponer de idéntica oportunidad de conocimiento, para procurar la liberación del inocente, la represión del culpable y poder velar porque los derechos concedidos a las partes en lucha, no se desvíen, ni deterioren, ni el juez abuse de sus facultades y poderes; la parte civil, porque de la orientación y perfil de esos cargos depende la eficacia de su actuación; y el juez, porque su conducta decisoria tiene que ceñirse y concordar con el pliego de cargos. Cuando el auto de proceder afecta, por desconocimiento o quebranto de las normas legales que lo regulan de modo sustancial, a cualquiera de estas partes o sujetos, es necesario aplicar el remedio de la invalidación, para que retrotrayendo la actuación se salven los derechos del procesado, de la parte civil o de la sociedad.

Estos enunciados bien pueden ilustrarse con la siguiente doctrina: "... La nulidad constitucional no está erigida sólo cuando ella opera como favorable al procesado. Su alcance también puede extenderse cuando ella se encamina a una finalidad de índole social, si se tiene en cuenta que las irregularidades o informalidades del juicio penal constituyen atentados contra la organización judicial y las prerrogativas de los procesados, que por ser de orden público, su incumplimiento acarrea perjuicios a la sociedad, desde luego que desampara a los ciudadanos y los deja librados a la arbitrariedad de los jueces (Auto, 24 de noviembre de 1953, LXXVI 799; cas. 10 noviembre 1955

LXXXI, 813; 18 julio 1956, LXXXIII, 316)..." Y con la transcripción completa de la jurisprudencia citada fragmentariamente por el impugnador: "... d) La Corte, por lo demás, en sentencia de 10 de diciembre de 1955, publicada en el Tomo LXXXI de la Gaceta Judicial, Págs. 877 y ss. expresó: 'Conviene no perder de vista la extensión de la doctrina, porque ella le quita toda su fuerza al argumento de que sólo es nulo un proceso cuando se menoscaba el derecho del procesado, que es una parte del juicio penal, pero no la única, puesto que el Ministerio Público, que representa los intereses de la sociedad y cuya misión estriba en velar porque se castiguen los delitos, es decir, en que se cumplan los fines de la justicia, es parte legítima y no está colocada, por lo tanto, en condiciones de inferioridad en el proceso penal, que es una relación de derecho y no actuación unitaria en donde lo único que prevalezca sea la situación de quien con el delito violó el orden social establecido.

'El artículo 26 de la Constitución consagra, es cierto, un mínimo de garantías para el acusado; pero también atiende a todos los estados sustanciales del procedimiento, precisamente por constituir como se acaba de expresar, una relación en la que obran varios derechos igualmente respetables y dignos de ser amparados.

'Al encabezamiento de este artículo (Nadie podrá ser juzgado..), no puede dársele una interpretación precaria o parcial, porque el juzgamiento es de orden público y porque las formas propias del juicio no están establecidas en provecho exclusivo del infractor.

'Esa norma hace parte de un título que comenta el doctor Tulio Enrique Tascón, en su libro 'Derecho Constitucional Colombiano', diciendo que es deficiente porque en él no se trata sólo de los derechos civiles sino de los derechos públicos (pág. 69, obra citada). Y en cuanto a las garantías, al ser sociales deben comprender a todos los miembros de la comunidad, pues han sido dictadas, como dice el señor Samper, 'en bien de los asociados, que es el objeto y tendencia de la reunión y vida sociales...'" (G. J., números 2276 y 2277. Tomos CXI y CXII, pp. 183 y 184).

3. Esto explica el criterio adoptado hoy en día para tratar el tema de las nulidades en sede de casación. La oficiosidad que pugna por dominar su reconocimiento y declaración, se apoya en que el proceso, como primera y mínima condición, debe traducir un acatamiento a las normas básicas y esenciales que lo rigen. La Corte, en asunto de tanta monta, está obligada a actuar por iniciativa propia sin esperar los interesados estímulos de las partes.

El artículo 26 de la Carta consagra lo que ha dado en llamarse el debido proceso y que contiene estas cuatro hipótesis: a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) legalidad de la jurisdicción; c) observancia plena de las formas del juicio; y, d) aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

Para el caso en estudio interesa considerar el aspecto relacionado con la "observancia plena de las formas del juicio", pero sin limitar su alcance al solo derecho de defensa de que debe gozar el procesado. Esta es una de las facetas que integran la destacada situación, tal vez la más importante pero no la única. El carácter excepcional que implica la sanción de nulidad supralegal, mediante la cual "se corrigen errores prominentes en la tramitación del proceso y en el tratamiento del imputado", no desaparece ni se menoscaba con la tesis anunciada. Esa característica la conserva porque ella no depende de su aplicación, en forma exclusiva y excluyente, en favor del enjuiciado sino en que la inobservancia de las formas del juicio sea plena y altere sus aspectos esenciales, los mismos que encuadran y garantizan los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso. El canon constitucional interpretado tan restrictivamente no es que pierda su eficacia y grandeza, pero cuando desarrolla todo su contenido institucional, alcanza su máxima perfección y bondad.

Esto pregona, a las claras, que hay desafío abuso y desvío cuando se considera el proceso y la plenitud de sus formas, como privilegio concedido solamente a una de las partes, al enjuiciado, dejando al Ministerio Público y a la Parte Civil sin las consecuencias de este importantísimo resguardo constitucional.

La preservación del trámite apreciado como sustancial e insustituible, está concebi-

do en favor y en perjuicio de todos. No hay motivo, tampoco, para preguntarse, ante la violación de un precepto de esta magnitud, por la clase de perjuicio que ha generado. Sería tanto como aceptar que el legislador trascendentaliza el sometimiento a ciertos preceptos de trámite, porque sí, sin que los mismos representen en su desconocimiento la inevitable causación de un daño para quienes tienen que ejercitar sus facultades valiéndose de esas normas. Cuando la declaratoria de nulidad supralegal se tenga como garantía propia y exclusiva del procesado, se estará admitiendo que éste puede desentenderse, hasta fraudulentamente, de la regularidad básica del procedimiento porque siempre podrá invocar el vicio anulatorio en su favor si las decisiones finales le son adversas y oponerse de modo eficaz a todo intento de enmienda que dimane de las otras partes. Por el contrario, cuando esta facultad se extienda a todos, se estará introduciendo un factor de lealtad tan fecundo que movilizará los esfuerzos de quienes intervienen en el proceso para hacer de éste un trámite siempre válido, soporte de la sentencia absolutoria o de condenación.

4. Las desatendidas oportunidades para corregir un trámite vicioso, cuestión que puede deducirse tanto para el procesado como para el Ministerio Público y la Parte Civil, no debe impedir su alegación ni obstaculizar su reconocimiento así sea en casación. El restablecimiento de la plenitud de las formas del juicio, mediante la cual la sociedad espera realizar una cumplida administración de justicia, es interés superior que no puede subordinarse a eventualidades de segundo orden, siempre explicables por más de un sugestivo motivo.

No logra entenderse a derechas cómo el Ministerio Público puede gozar de esta prerrogativa, a la par del procesado, sin distorsionar el exclusivista derecho de defensa, y se niegue igual posibilidad a la parte civil. No es dable escindir la realidad, gravedad y efecto nocivo de un delito, adjudicando razón al Ministerio Público cuando interviene sobre la base de este supuesto, y negársele a la parte civil cuando actúa de modo semejante. ¿Acaso la representación concreta de los derechos vulnerados por el delito, deterioran su posición procesal y truecan la absolución inmerecida, apoyada en un trámite vicioso, en acto de inobjetable justicia? De ser esto así se estaría desnaturalizando la forma como se ha institucionalizado la parte civil en el moderno procedimiento penal.

No se pretende, de otro lado, "ir... más allá del procesado", sino llegar hasta donde puede hacerlo la parte civil y el Ministerio Público; ni se trata de servir de "guardián" ni reclamar "conveniencias" que no quiere el procesado, sino procurar la tutela de los intereses que corresponden a la parte civil y al Ministerio Público, que la ley procesal ampara. No se busca, pues, solicitar un remedio, conveniencia, tratamiento o derecho del procesado, contra su deseo, que sí hacer valer lo que en este mismo ámbito y actuación está atribuído a la parte civil y al Ministerio Público.

No hay duda alguna, entonces, en cuanto a la decisiva importancia del auto de proceder y la ineludible obediencia que se debe a las disposiciones que regulan su redacción, al punto que su inobservancia puede invocarse por cualquiera de las partes que intervienen en el proceso, con igual derecho y eficacia.

5. La objeción de nulidad se centra sobre la fuerza como fue redactado el auto de proceder dictado en contra de GERMAN AUGUSTO DURANGO MARTINEZ. El recurrente destaca la inobservancia del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que debe disciplinarlo en forma integral.

En el cuerpo de esa providencia, no se advierte el cumplimiento de "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", y la parte resolutiva omite atender lo dispuesto en el segundo aparte del ordinal 4º del citado artículo.

La censura no puede ser más acertada y real. En efecto, la sección considerativa del auto de proceder no hace mención, en absoluto, de ninguna norma sustantiva que se relacione con el delito de "peculado". El Código Penal, que se refiere a esta infracción en sus artículos 150 a 155, no es objeto de cita ni menos de preciso análisis. Tampoco se menciona para nada el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. Lo único que al respecto se señala es lo siguiente:

"...Estos hechos vienen a demostrar la responsabilidad del sindicado Germán Augusto Durango Martínez del delito investigado, del cual trata el Código Penal en su libro Segundo, Título III, Capítulo I y tiene la denominación de Delitos contra la Administración Pública (Peculado). Y por tal motivo, se le llamará a responder en juicio criminal por los trámites ordinarios..." (pág. 136, C. Nº 3).

La sección dispositiva reza "...Primero: Abrir causa criminal por los trámites ordinarios en contra del sindicado GERMAN AUGUSTO DURANGO MARTINEZ, como responsable del delito de PECULADO, cometido en contra de los intereses de la Empresa Electrificadora de Córdoba S. A. en cuantía de $ 443.030.09..." (fl. 136, C. Nº 3).

Lo que debía aparecer en esta parte resolutiva se mencionó en la motiva, desconociéndose la obligante prescripción del ordinal 4º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal. Esta irregularidad podría tolerarse en virtud de la integración que puede darse entre uno y otro texto. Pero no ocurre lo mismo en cuanto a la omisión de la fundamental exigencia que consagra el ordinal 3º Por parte alguna se percibe la precisión de "las circunstancias conocidas (del hecho) que lo especifiquen". Razón tiene el recurrente cuando anota que no se sabe si se trata de un delito intencional o culposo de peculado y dentro del primero si la acción se contrae a una aplicación oficial diferente de los caudales o más bien una apropiación o uso indebido de los mismos, para no comentar otras figuras.

Para el apoderado de DURANGO MARTINEZ la cuestión carece de importancia, ya porque el contexto de la providencia despeja esta duda, o bien porque la doble garantía que consagra el Código Penal, en su artículo 483, ordinales 3º y 4º, aparece satisfecha con el incumplimiento de la segunda, que a la postre es la de mayor importancia y significado.

Esta respuesta no se compadece ni con la realidad del texto de ese auto de proceder, ni con la interpretación de las reglas de procedimiento que informan esta pieza procesal.

En la única ocasión en donde se alude en el auto de enjuiciamiento a algo que sea afín al fenómeno de apropiación, es en la narración de hechos —fl. 127, C. 3,— cuando se dice: "...habiéndose levantado un acta (por Domingo Berrocal Galván, revisor fiscal de la Contraloría General de la República) en que se establece la forma como el señor Germán Durango Martínez se apropiedad (sic) de dineros y fondos de la entidad...".

Pero esta locución, desfigurada en su escritura, no puede decirse en definitiva que sea la apreciación que admite el Juez, pues pertenece más bien a la opinión deducible del acta levantada por Berrocal Galván, actuación esta tan controvertible que su autor fue indagatoriado posteriormente —fl. 107, C. 3— y el monto del ilícito no fue el determinado por él sino el establecido por los Visitadores de la Contraloría —fls. 61 y ss., C. 3—. Además se acude, sin distinguir, a las expresiones desfalco y faltante, que difieren profundamente en su significación penológica, al punto que si el primero puede traducir una actividad ilícita, por apropiación o por uso indebido, sin poderse saber cuál de las dos modalidades sea la prevaleciente, el segundo apenas denota un fenómeno físico contable, vale decir, carencia de un caudal o efecto, que puede tener tan variadas causas como que van desde el caso fortuito hasta la sustracción, pasando por la aplicación oficial de los bienes administrados a fines diferentes y combinando fenómenos subjetivos tan encontrados como el intencional y el culposo.

Lo único que pudo representar un señalamiento adecuado fue la mención de las disposiciones legales pertinentes o el empleo de las locuciones precisas usadas por la ley. Pero, al no cumplirse con esta exigencia básica y perentoria, que tiene profundas implicaciones en el proceso penal, el auto se resiente de sustancial e insubsanable defecto.

La doble garantía que para las partes representa este múltiple requisito, fue omitido en forma por demás grave y perjudicial. Porque mal puede atribuirse a una determinada exigencia legal el carácter de garantía y permitir su omisión y desconocimiento sin que exista sanción adecua-

da. No deja de inquietar un poco que se destaque esta nota de trascendencia, pero se le deje, en su pretermisión, sin efecto alguno.

La importancia de la comentada garantía reside precisamente en que integra la mención genérica que se hace en la parte resolutiva y permite, entonces, la estructuración del cargo o cargos. Precisamente la redacción que señala el ordinal 4º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, puede cumplirse en forma tan genérica porque la parte motiva ha creado los factores indispensables de determinación. Ya es posible, a partir de este momento procesal, cumplido eficientemente, desarrollar una actividad probatoria concreta y presentar alegaciones que tienden a su desvirtuación, mantenimiento o modificación. Estas circunstancias así especificadas permiten esta labor de las partes y posibilitan, conservándose la denominación genérica, que aquellas singularizaciones desaparezcan o cambien. Pero mal puede ocurrir esto si la actividad judicial omitió cumplir con estas obligaciones de ley. Hasta ahora la doctrina permanece inalterable en exigir, como presupuesto fundamental de juzgamiento y tutela de los derechos de las partes, esas especificaciones. No se ha quebrantado la línea doctrinaria que rechaza como auto de enjuiciamiento válido el que se reduce a mencionar en forma genérica el delito, ajeno por completo a necesarias e imprescindibles singularizaciones.

El señor apoderado de DURANGO MARTINEZ no oculta su esfuerzo por reducir a su mínima expresión la importancia de este punto. Por eso acude a explicaciones como éstas: que la claridad del cargo, su especificidad, surge de modo manifiesto por las características del texto de la providencia, por las expresiones que este usa y las reiteraciones que ofrece sobre ciertos tópicos; y que la falta de referencia al fenómeno de la apropiación no tiene repercusión alguna puesto que este aspecto no puede tomarse como elemento del delito ni como circunstancia de tiempo, lugar y modo.

Este planteamiento atrae inevitablemente estas observaciones:

a) La formulación de un cargo no puede quedar librada a conjeturas, adivinaciones o esfuerzos dialécticos de complementación o exclusión. La ley señala, para que tenga su adecuado perfil, fórmulas muy lógicas y nada complejas; y,

b) Si la figura del delito de peculado corresponde a un tipo legal simple, no se advierte ni la conveniencia ni la necesidad de aludir a condiciones de modo, tiempo o lugar, etc. Como el delito de peculado no impone que la acción se desarrolle dentro de circunstancias modales o temporo-espaciales, descritas en el tipo legal, sobre la disgresión, pues ésta no logra siquiera el propósito de evitar que la verdadera exigencia legal, o sea la conducta como elemento o característica del punible, desaparezca o pierda entidad.

Pero volviendo a lo que interesa, esto es, la ubicación del hecho en su respectivo tipo legal, debe anotarse lo siguiente: el tipo legal constituye un límite al poder punitivo del Estado (función de garantía) y es la base para considerar una conducta como delito (función fundamentadora). Suele decirse que es el punto de partida del examen judicial del caso y entraña una garantía de seguridad jurídica insoslayable. "La punición de una conducta está subordinada a la subsunción del comportamiento de un tipo en sentido no solo formal sino material".

Esa adecuación del hecho a la norma incriminadora que describe el delito, tiene que tener en cuenta cada uno de los elementos generales y particulares del tipo legal.

La configuración del tipo penal exige de tres requisitos o elementos fundamentales: sujeto activo primario, conducta externa y un bien jurídicamente tutelario.

Para el segundo de ellos importa de modo esencial el verbo rector, o sea "aquella forma verbal que nutre ontológicamente la conducta típica de tal manera que ella gira en derredor del mismo". Un autor nacional comenta que nuestro Código Penal utiliza en su parte especial 169 verbos rectores, sobre un total de 235 tipos penales, lo que significa que unos mismos verbos rectores han sido empleados en diversos ti-

pos. Muchos de estos verbos, en razón de su significación lógica se integran en otros de más amplio alcance. Para el caso sub judice basta aludir a estos dos: el verbo "adquirir" —con significado de ingreso de algo al patrimonio de alguien— caben los verbos quitar, apoderarse, sustraer, apropiarse, obtener; en el verbo "usar" —en la aceptación de hacer que una cosa preste un determinado servicio— encierra los de aprovechar, emplear, utilizar, destinar.

De modo que si el peculado puede consistir en una "aplicación" diferente de los o "uso indebido" de los mismos; o de un "extravío o pérdida" de ellos, a fortiori tiene que entenderse y admitirse que este aspecto no traduce ninguna condición secundaria, continente, sino la conducta misma y por tanto un elemento del delito.

El juez, en el auto de proceder, está obligado a analizar los diversos elementos que integran la infracción penal, de los que depende la formulación correcta del cargo que debe afrontar el enjuiciado y sobre el cual deben actuar las demás partes intervinientes en el proceso.

En la tipificación que del delito de "peculado" hace el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, que sustituyó a los artículos 151, 152 y 153 del Código Penal, la acción delictuosa se concreta en la "apropiación" o "uso indebido". Constituye, conviene reiterarlo, un elemento del delito, de tanta importancia que, por sí, define la intencionalidad de la infracción y hace superflua la agregación de "en provecho suyo o de un tercero", hipótesis residuales que siempre se comprenden en la forma de apropiación (un equivalente, en los delitos contra la propiedad, de sustraer, disponer, apoderarse), o de uso indebido.

El asunto de la nulidad reviste, por fuera de lo dicho, un efecto de igual trascendencia al plantear esta fundamental duda: no se sabe si la infracción, tal como aparece en el auto de proceder, se predicó a título de dolo o culpa. Y la cuestión no deja de ser interesante porque las sentencias de primera y segunda instancia destacaron factores relacionados con la deficiente organización de la empresa ofendida así el defectuoso auditaje, la pluralidad de sujetos receptores de dinero, la producción del acta fiscal inicial por persona a quien posteriormente se indagó y sobreseyó definitivamente, la irregular tabulación de cuentas, etc., que auspiciaban el actuar culposo.

6. Pero la tesis del debido proceso, interpretado en forma restrictiva, esto es, como vulnerante del derecho de defensa, sirve eficazmente para demostrar la nulidad que invoca la parte civil. Este recurrente también alega la causal primera de casación puesto que "el sentenciador de segundo grado violó la Ley sustancial al dejar de estimar o de apreciar determinadas pruebas que en forma plena establecen el cuerpo del delito, incurriendo en manifiestos errores de hecho". De prosperar este motivo, el impugnador solicita "que se dicte la sentencia condenatoria que debe reemplazar a la absolutoria". No quiere la Sala, ni se ajusta a las necesidades de la decisión, aludir a las observaciones que el apoderado de DURANGO MARTINEZ le formula a la presentación de esta causal. Pero para este final análisis debe considerarse como alegación idónea que eventualmente pueda prosperar y lleve a la Corte a pronunciar el solicitado fallo. La situación no podría ser más gravosa e injusta para el procesado, puesto que sufriría condena con base en un procedimiento viciado de nulidad, ya que en el auto de proceder no se concretó el cargo ni se dijo si este "peculado" suyo era a título intencional o culposo, o si su conducta correspondía a modalidad de simple destinación, diferente de caudales o más bien constituía una apropiación o uso indebido de los mismos. Tomar una resolución de esta índole con tan precario apoyo, sería imperdonable y gratuito agravio a la juridicidad, concretamente el debido proceso, expresado ahora sí en el importante pero no absorbente derecho de defensa. Tendría pues, que rechazarse la pretensión de la parte civil (Art. 583-1 del Código de Procedimiento Penal) así tuviera razón al invocar la causal 1ª del artículo 580 ibídem. Esto indica, a las claras, que el proceso sí adolece de la nulidad supralegal que se deja comentada. La Corte no puede perder unidad en su criterio, esto es, que la nulidad no existe si la parte civil la alega, pero sí aparece, con toda su fuerza impediente, si la impugnación se construye sobre otra causal que de lu-

gar a sustituir el fallo absolutorio por uno de condenación. Esto pregona, de paso, la uniformidad y armonía de las facultades y derechos de las personas que intervienen en el proceso penal y la ausencia de nulidades que éste debe traducir como primer y fundamental requisito.

Conclusión

La nulidad que se deja analizada y que fue propuesta por el apoderado de la parte civil, es situación real en el proceso. No es dable desconocer la eficacia de su argumentación. La aceptación de esta causal de casación, lleva a la Sala a prescindir de las otras alegaciones.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, obrando de acuerdo con el concepto de la Procuraduría, INVALIDA el fallo recurrido y DISPONE devolver el proceso, por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería al Juzgado Segundo Penal de Circuito de esa ciudad, para que se reponga el procedimiento a partir del auto de veintisiete de mayo de 1974 (fls. 127 y ss. del C. 3).

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CUERPO DEL DELITO. SU COMPROBACION

No hay errónea apreciación de la prueba del cuerpo del delito, cuando ésta, a pesar de los defectos formales, produce en asocio de otras pruebas del proceso, certeza sobre la existencia y naturaleza de la infracción punible.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre nueve (9) de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado: Acta Nº 46 de 9 de septiembre de 1976.

Vistos

Agotados los trámites propios del recurso extraordinario de casación, se procede a resolver el propuesto por el doctor Juan Antonio Murillo Villada, defensor del procesado William Antonio Restrepo Siegert, en contra de la sentencia de cuatro (4) de noviembre de 1975, mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín revocó la sentencia absolutoria de veintiseis (26) de agosto del mismo año emitida por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Rionegro. Se condenó en esa sentencia al procesado nombrado a la pena principal de cinco (5) años de presidio como autor responsable que se le encontró del delito "contra la salubridad pública" porque fue llamado a responder en juicio. Se le impuso además una multa de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00), se le condenó en forma genérica al pago de perjuicios y se le dedujeron sanciones accesorias que corresponden a la naturaleza de la principal.

Antecedentes

El agricultor Argemiro Echeverri Salazar (fl. 19), residente en la hacienda "Santa Ana", por los lados de "Playa Rica" o "Campo Alegre", en el municipio de Rionegro (Antioquia), informó al Inspector de Policía Carlos E. Pino Posada (fl. 23) de una serie de hechos que había presenciado y que le parecieron sospechosos. Dijo el agricultor mencionado y así lo repitió para la investigación, que en la hacienda colindante, la llamada "Montey", de propiedad de Stella Naranjo viuda de Betancur (fl. 24) se movían unas siete (7) personas que no estaban allí establecidas, que no salían en el curso del día y que eran visitadas, especialmente por las noches, por gentes que llegaban en vehículos de diferentes marcas y colores. A esto, agregó el informante, se sumaban los olores raros que salían de la casa. Eran olores como a farmacia según sus propias palabras. Todo esto ya lo había relatado a Hernán Echeverri Madrid (fl. 27), mayordomo en la hacienda de Stella Naranjo de Betancur, quien declara sobre los mismos puntos sospechosos y quien dice haber entregado la casa a William Restrepo Siegert porque así se lo ordenó en una boleta (fl. 37) la dueña. El mismo día en que el Inspector recibió la noticia se trasladó a "Montey", penetró a la casa que estaba sin habitantes en ese momento y, en compañía de los Cabos Segundos Luis Eduardo Prieto González y Benifacio López Arcila y de otros agentes, forzó una habitación y sacó de allí toda una serie de objetos que en el curso de la investigación que abrió el Juzgado 25 de Instrucción Criminal se demostró eran adecuados para una planta o laboratorio

de procesamiento de cocaína y contenían cocaína. Fueron indagados William Antonio Restrepo Siegert, Hernando Lombana Piñeros y Ana Isabel Betancur Mazorra. Juan Alberto Cañas aparece emplazado. La investigación siguió su curso, se declaró cerrada y al calificarla el juzgador de primera instancia optó por enjuiciar a Restrepo Siegert, sobreseer definitivamente a los otros dos indagados y sobreseer temporalmente al ausente. El enjuiciamiento fue apelado y el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó y en la misma providencia revocó los sobreseimientos definitivos para convertirlos en temporales y se abstuvo, por ser el primero, de revisar el sobreseimiento temporal. Así llegó el asunto hasta sentencia de primera instancia que absolvió a Restrepo Siegert. En la segunda instancia se revocó dicha absolución y se la cambió por la sentencia de condena que el recurrente impugna.

La demanda

En primer término invoca el recurrente la causal 4ª de casación que trae el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Dice, en consecuencia, que existe "nulidad constitucional" de la casi totalidad de los actos cumplidos en la investigación en orden a la comprobación del "cuerpo del delito". Cita el artículo 26 de la Constitución Nacional y, al mismo tiempo, afirma también que esos actos son "inexistentes" y según el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal no se necesita resolución especial para tenerlos por tales. Afirma que en tratándose como se trata aquí de una investigación por sospecha de tráfico o elaboración de narcóticos esa investigación debe ceñirse a lo preceptuado en la Ley 17 de 1973, en su Decreto Reglamentario 1188 de 1974 y, para la fecha de sucesión de los hechos, al Decreto 855 de 1973. Cita los artículos correspondientes de los dos decretos sobre las diligencias iniciales que debe cumplir la Policía Judicial y afirma que ninguna de las previsiones legales se cumplió en este asunto, que no hay actas de decomiso, que el allanamiento fue un acto arbitrario, que no hubo inmediata identificación pericial de los objetos decomisados, etc. De allí concluye que no se han observado las formas propias del juicio ni las prescripciones de la ley especial sobre estupefacientes, e incluso que los peritos actuantes, por una disparidad de fechas que apunta, debieron confundir el examen de los objetos decomisados en "Montey" con otros provenientes de investigación distinta. Y, por lo que hace a la existencia en la investigación de unas grabaciones en "casettes" dice que hubo intercepción ilegal de privadas comunicaciones telefónicas "violando las formalidades del juicio sobre estupefacientes". Termina este punto al decir que todo lo expuesto "sirve sin necesidad de repetirlo para fundamentar y justificar la otra causal de casación" que enseguida invoca.

En segundo término alega la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y afirma que la sentencia impugnada contiene violaciones de la Ley sustancial por las tres modalidades allí previstas. Discrimina así sus razonamientos: a) la sentencia viola la Ley sustancial por "infracción directa" porque condena a Restrepo Siegert como "coautor" sin que en la misma sentencia se condene a ninguna otra persona en la misma calidad ni se vincula la acción o conducta atribuida al acusado a la de algún cómplice o cooperador del hecho. Violó el juzgador los artículos 1º, 19 y 20 del Código Penal porque fue vacilante y confuso y en ningún momento ubicó la delincuencia atribuida al procesado en ninguno de los dispositivos de la Ley 17 de 1973. Cita apartes de la sentencia impugnada y allí donde el Tribunal habla de "otros plenamente identificados" que por negligencia y equivocación de la apreciación de la prueba aparecen temporalmente sobreseídos, dice que fue el mismo Tribunal el autor de dichos sobreseimientos y debió enmendar el yerro para enjuiciarlos; b) la sentencia viola la Ley sustantiva por "aplicación indebida", dice, porque se aplicó indebidamente al Código Penal en sus artículos 36 y 39 en armonía con el 2º de la Ley 17 de "1943", que también fue violado, al no aplicar la sanción mínima de tres (3) años de presidio y cinco mil pesos ($ 5.000.00) de multa que es la mínima que en la última disposición citada se contempla. La sanción de cinco

(5) años de presidio y cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) de multa la considera injusta. Destaca los factores de que trata el artículo 36 del Código Penal para la dosificación de las penas y pone énfasis en lo relacionado con la "gravedad" de la infracción para concluir en que la Ley 17 de 1973 en su artículo 2º habla de varios tipos de conducta delictuosa pero sin atribuirle a ninguno más gravedad que a otro y, al hacerlo el Tribunal, según dice, "invadió campos vedados al tratar de corregir o modificar al legislador que es quien tiene en primera línea doctrinaria la facultad de apreciar, y tipificar la gravedad de las diversas infracciones, lo cual hace al establecer el correspondiente tipo singular de infracción"; c) "la sentencia recurrida es violatoria de la ley por interpretación errónea de la prueba del cuerpo del delito o materialidad de la infracción", dice, y al sustentar el cargo afirma que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar y tener como legalmente producidos "los peritazgos de Decypol que son jurídicamente inexistentes y nulos, y las traducciones de unos cassettes que contienen conversaciones provenientes de la interceptación ilegal e inconstitucional de comunicaciones telefónicas. Agrega que al no observarse "las formas procedimentales exigidas por la Ley 17 de 1943 u el Decreto 855 de 1973, en la formación del proceso, se violó el artículo 26 de la Constitución "y se incurrió en notorio error de hecho al darle a las viciadas, ilegales y arbitrarias actuaciones, un valor probatorio que no tienen". Luego ataca a la sentencia "por error de hecho y de derecho al apreciar y tener como indicios hechos no probados en los autos y otras actitudes que ni la ley ni la doctrina contemplan como acriminatorias". De allí concluye que debe absolverse al procesado pues no existe la prueba plena y completa para sustentar una condena de acuerdo con lo que establece el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. Esos indicios son: el del "contrato" que considera simple sospecha; el del "hallazgo" que califica de asalto a la finca "Montey" y "decomiso de equívocos objetos no identificados, ni precisados, ni examinados oportunamente en forma científica"; el de "la oportunidad y facilidad para delinquir" porque ni siquiera existe la prueba de que Restrepo Siegert hubiera estado en la finca; el de "la oferta de dinero" de que habla un detective captor y niega el procesado, y el de "la negativa del sindicado" que sí se tiene en cuenta como indicio "equivale a retroceder a los tiempos bárbaros de la Inquisición cuando se imponía la confesión ante el tormento". Termina por solicitar que se case el fallo recurrido y se proceda en la forma indicada en el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Réplica de la Procuraduría

El señor Procurador 3º Delegado en lo Penal rinde concepto en este caso para oponerse a la demanda y solicitar se deseche el recurso. En cuanto a las alegaciones iniciales de nulidad que formula el recurrente y, en concreto, por desconocimiento de las formas propias del juicio, vicio éste que impide la demostración de la infracción misma, dice el Ministerio Público que el recurrente se sitúa en el terreno de la apreciación probatoria de la prueba en cuanto a su valor para demostrar la infracción, y si esto es así, debió alegar la causal 1ª por violación indirecta de la ley ya que se dió a las pruebas un valor que no tenían porque no podían ser estimadas. Por este aspecto, dice, deben desecharse las argumentaciones del recurrente. A pesar de ello examina el Procurador la alegación del recurrente en razón de que anticipa que lo dicho al esgrimir la primera causal sirve "para fundamentar y justificar la otra causal de casación" que invoca y, en este examen se refiere a la investigación de la cual dice que si bien es cierto que no se observaron las formalidades o reglamentación de ley, tampoco puede deducirse de allí su invalidez entre otras cosas porque el Inspector de Policía sí podía realizar actos de Policía Judicial. No encuentra contradicción o discordancia entre el informe policial y la declaración del Inspector de Policía, a los dictámenes y a las comunicaciones telefónicas grabadas y no encuentra, salvo en estas últimas, un error resaltante. Luego examina el segundo cargo y a la primera argumentación contesta que no es erróneo condenar al procesado como coau-

tor sin decir cuáles fueron los otros pues el que no se demostraran suficientemente los cargos en contra de los demás no quiere decir que éstos no existan. Además, si se propone el cargo por violación indirecta de la ley resulta improcedente el hacerlo así porque habría que partir del supuesto de que se aceptan dichos hechos "para alegar en relación con la aplicación de la norma". El cargo debe rechazarse en concepto del Procurador. En el segundo que se refiere a una pretendida violación de la Ley sustancial por aplicación indebida al no imponer al sentenciado la pena mínima no encuentra el Procurador falla alguna pues entre los factores que el juzgador debe tener en cuenta, según el artículo 36 del Código Penal, está el de la "gravedad" del hecho y no puede decirse que excediera sus facultades el fallador pues estaba en ejercicio de una facultad y se movió entre los límites mínimo y máximo posibles. Y, finalmente, en cuanto al tercero de los cargos bien se ve en el concepto del Ministerio Público que apunta el hecho de que el recurrente vuelve a las argumentaciones iniciales cuanto sustentó la existencia de una nulidad y que por las mismas razones debe rechazarse. En cuanto a los "indicios" que enumera y comenta dice el Procurador que el demandante es impreciso pues considera que se trata de errores de hecho y de derecho que corresponden a conceptos distintos. Tampoco este cargo puede prosperar y así se concluye por solicitar que se deseche el recurso y se ordene la devolución de este asunto al Tribunal de origen.

Estudio del recurso

La primera causal que el recurrente agita es la colocada en cuarto lugar en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Se refiere, en consecuencia, a la que él considera una nulidad del proceso en cuanto se relaciona con la manera de producir la prueba del aspecto material de la infracción investigada, y la hace consistir en el incumplimiento de las formas propias del juicio con cita expresa del artículo 26 de la Constitución Nacional. Expresamente, dice: "Alego y sostengo la existencia de una nulidad que emana del citado artículo de la Carta, porque casi la totalidad de los actos procesales verificados en la investigación para la comprobación de la materialidad de la infracción, o cuerpo del delito, se llevaron a cabo con grave y evidente violación de la ley que regula la producción jurídica de las pruebas". Lo transcrito sin perjuicio de que el mismo recurrente, acto seguido, se refiera no ya a la nulidad de dichos actos sino a la "inexistencia" de los mismos con cita del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal. Hace consistir ese incumplimiento o inobservancia de las formas del juicio en la omisión, por parte del Inspector de Policía que practicó diligencias de indagación preliminar, de toda una serie de reglas que orientan lo relativo al decomiso, identificación pericial y examen científico de marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra sustancia de aquellas que producen dependencia física o síquica. Por este aspecto, afirma, no se cumplieron los requisitos iniciales de que trata el artículo 2º del Decreto 855 de 1973 que estaba en vigencia por la época en que los hechos se produjeron, requisitos éstos que ahora se encuentran en el artículo 70 del Decreto 1188 de 1974 reglamentario de la Ley 17 de 1973. Para extremar el razonamiento lleva esa inobservancia hasta un punto tal que concluye por sostener la ausencia de comprobaciones plenas y completas del cuerpo del delito y, consecuencialmente, del delito mismo.

En su crítica a la técnica equivocada que utilizó el recurrente al proponer este primer cargo de impugnación tiene razón el Señor Procurador 3º Delegado en lo Penal que conceptúa sobre el tema. En efecto, si se trata de demostrar que las diligencias iniciales practicadas en orden a la obtención de comprobaciones sobre la materialidad de la infracción son inválidas o carecen de toda fuerza demostrativa, resulta claro que al otorgárseles un valor que no tenían o al apreciarlas cuando debió dejárseles de lado, se incurrió en error por parte del juzgador cuya sentencia se impugna. Y si esto es así, como en efecto lo es y como expresamente lo consigna en su demanda el recurrente según se deja demostrado, el problema queda en el terreno de la apreciación o valoración probatoria del aspec-

to material de la infracción y el ataque a la sentencia debe enderezarse a demostrar una violación indirecta de la ley, no a la demostración de la nulidad del acto cumplido. Y es cierto también y así lo apunta el Procurador que conceptúa que: "Como lo ha expresado esa Honorable Corporación en numerosos fallos, cada causal de casación tiene su campo propio, sin que puedan formularse dentro de una causal alegaciones que corresponden a otra diferente, como lo exige la naturaleza y técnica del recurso". Y resulta consecuente cuando solicita que: "por este aspecto deben desecharse las argumentaciones examinadas, en cuanto a la causal cuarta, pues si de acuerdo con la norma pertinente procede su alegación a través de la causal primera, ya que consisten en equivocada apreciación de la prueba, correspondía proponerlas respecto a ésta, sin recurrir a su invalidez por desconocimiento de la norma constitucional".

A pesar de que la SALA rechaza este primer cargo por error de técnica en el recurrente resulta fácilmente comprobable que a pesar de las notorias deficiencias de las diligencias iniciales cumplidas por el Inspector de Policía, la prueba de la materialidad de la infracción se dá en el caso de autos con la plenitud de que trata el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. En primer lugar ese Inspector de Policía, según lo establece el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal puede ejercer, ocasionalmente y en casos de urgencia, o cuando por cualquier otra circunstancia no intervenga inmediatamente el funcionario de instrucción o la policía judicial, funciones de policía judicial. Y, en este orden de cosas puede "inspeccionar minuciosamente el lugar de los hechos" (num. 1 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal), "examinar prolijamente los rastros del delito y recoger los elementos que puedan servir para asegurar las pruebas de su materialidad y de la responsabilidad de sus autores, cuidando de que tales señales no se alteren, borren u oculten, levantarlas, trasplantarlas o registrarlas gráfica o topográficamente o hacerlas conocer o examinar si fuere necesario" (num. 2 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal) y, en cuanto sea pertinente, ejercitar todas las atribuciones que a la policía judicial confiere el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal. Hubo irregularidades en la inspección minuciosa del lugar de los hechos es cierto, pero esas irregularidades de tipo puramente procedimental no tienen entidad de nulidades. Y resulta fácilmente comprobable que con el decomiso efectuado y su envío el Inspector impidió que se perdieran los elementos materiales que servían para la consumación del delito y se logró, por otros medios, el establecimiento pleno y completo del cuerpo del delito. Además, ya lo ha dicho la CORTE: "No hay errónea apreciación de la prueba del cuerpo del delito cuando ésta, a pesar de los defectos formales, produce en asocio de las otras pruebas del proceso, certeza sobre la existencia y naturaleza de la infracción punible" (Casación del 17 de agosto de 1943. Gaceta Judicial Tomo LVII, pág. 384). Y si se considera anormal la conducta del funcionario que asumió el cumplimiento de las diligencias iniciales de investigación bien claro es que ello no constituye causal de casación sino de reproche para dicha conducta.

Y así en lo demás que trae a colación el recurrente pues la diferencia de fechas entre el informe de la policía, el dicho del Inspector y los informes técnicos de examen, es fácilmente explicable y de ello se encarga el Señor Procurador que conceptúa. Tampoco puede decirse aquí que no hay posesión de peritos pues siendo ellos oficiales (artículo 338 del Código de Procedimiento Penal) no la necesitan para cada caso concreto "pues el ejercicio de aquel cargo supone posesión y juramento previos" como lo dijo la CORTE al referirse a los médicos legistas en casaciones de 7 de junio de 1934 (G. J., t. LVII, pág. 620) y 17 de octubre de 1945 (G. J., t. LIX, 996). Y, finalmente, en cuanto a la intercepción de comunicaciones telefónicas es forzoso dar la razón al recurrente sin que de allí se desprenda nulidades y sin que puedan dejarse de lado dichas pruebas en razón de los reconocimientos expresos que de ellas hacen las declarantes Stella Naranjo de Betancur y María Helena o Luz Helena Betancur de Cock.

En segundo lugar el recurrente invoca la causal 1ª del artículo 580 del Código de

Procedimiento Penal y formula tres (3) cargos a la sentencia impugnada. Para el primero (1º) alega "violación de la Ley sustancial" y, a pesar de que dice que la dicha violación consiste en haber condenado al procesado como "coautor" en un proceso en donde ninguna otra persona aparece en las mismas condiciones o con carácter de cómplice o coopenador, por lo cual dice violados los artículos 19 y 20 del Código Penal, efectúa una serie de razonamientos tendientes a demostrar que la conducta atribuida al procesado no es posible subsumirla en ninguno de los dispositivos penales de la Ley 17 de 1973, para inmediatamente referirse a la ausencia de prueba plena y completa para sustentar una condenación "sino un indicio remoto de presunta criminalidad". A pesar de la mezcla de alegaciones que en la demanda existen debe concluirse que este primer cargo debe rechazarse como lo dice el Señor Procurador 3º Delegado en lo Penal porque el hecho de que el poderdante del recurrente sea el único condenado no quiere decir que sea el único autor del hecho investigado. Desde un principio los mayordomos Argemiro Echeverri Salazar y Hernán Echeverri Madrid hablan de varias personas que en automóviles distintos se metían a la casa de la hacienda "Montey" y establecido quedó que los objetos decomisados sirven para la refinación o elaboración de cocaína, de donde se desprende que tenían que ser varias personas las que los manipularan para lograr éxito en la delictuosa tarea. Además está emplazado Juan Alberto Cañas y en su contra existen indicios de peso. Y, por otra parte, los sobreseimientos definitivos para Hernando Lombana Piñeres y Ana Isabel Betancur Mazorra fueron convertidos por el Tribunal en sobreseimientos temporales. Entre estas tres (3) personas y posibles otras más que aun permanecen en la sombra podrían encontrarse los otros autores del hecho que el recurrente no encuentra. Pero aun en el caso de que los demás presuntos autores continuaran totalmente desconocidos la CORTE tiene establecido que: "Si se ha ignorado que otra persona actuó en el delito y se le dejó por fuera de la investigación, no se deduce la inocencia de quien aparece condenado mediante el trámite de las formalidades propias del juicio y con prueba suficiente de su responsabilidad. Eso querrá decir que algunos de ellos gozan de la impunidad, pero nada más. La culpabilidad de los distintos cooperadores es siempre individual, y nada se opone a que el jurado absuelva a unos y condene a otros, o que más tarde se llame a responder en juicio a los que aparezcan culpables" (Sentencia de 15 de marzo de 1949. G. J., t. LXV, pág. 732). La última hipótesis de la cita bien podría darse en este asunto en donde existe una investigación reabierta por sobreseimiento temporal. El primero de los cargos no puede prosperar, en consecuencia.

Tangencialmente roza en este primer cargo el recurrente una pretendida ausencia de ubicación de la infracción atribuída al procesado. No es ello así y aquí también, como lo apunta el Ministerio Público, hay que concluir que el hallazgo de cocaína en varios de los recipientes y demás objetos decomisados y las instalaciones mismas que existían en la casa de la hacienda "Montey" llevan a la conclusión exacta de que allí se refinaba o elaboraba el tóxico. Por tanto, la infracción dicha sí encuentra su ubicación en el artículo 2º de la Ley 17 de 1973. No se ha transgredido, en consecuencia, el artículo 1º del Código Penal que el recurrente cita.

El segundo cargo también es por violación de la Ley sustancial, pero esta vez por "aplicación indebida" porque, según lo dice el impugnador, el procesado merecía para el hipotético caso de una condena, la deducción de una penalidad mínima y no sucedió así. Dice violados los artículos 2º de la Ley 17 de 1973 y 36 y 39 del Código Penal. Tampoco aparece aquí la violación alegada y, por tanto, se desecha el cargo. Para la dosificación de la pena es preciso moverse dentro de los límites que la disposición que describe la infracción y le fija su sanción establece. El artículo 2º de la Ley 17 de 1973 y el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 al fijar la sanción para las conductas allí incluídas habla de un mínimo de tres (3) años y un máximo de doce (12) años de presidio y multa oscilante entre cinco mil y quinientos mil pesos. Al imponer una sanción de cinco (5) años al procesado el Tribunal no rebasó el límite máximo. Simplemente se movió del mini-

mo de tres (3) años hacia arriba y lo aumentó por considerar que la elaboración de cocaína es la conducta más grave de las contempladas en la disposición penal y recurrió al artículo 36 del Código Penal para sustentar legalmente sus razonamientos. No hay violación alguna de ningún ordenamiento legal pues dentro de los límites mínimo y máximo el juzgador puede moverse con libertad atendidas la gravedad del hecho, la responsabilidad del autor, las modalidades del hecho, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad que se encuentren en cada caso concreto. No prospera el segundo de los cargos que con base en la causal 1ª de casación formula el recurrente.

En el tercer cargo vuelve el recurrente a la prueba del cuerpo del delito que había alegado mal con base en una pretendida nulidad. Dice en esta ocasión que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea del cuerpo del delito o, si se prefiere, de la materialidad de la infracción. En esta ocasión también son inexistentes los dictámenes de los técnicos de "Decypol" y las grabaciones de conversaciones telefónicas por inobservancia de las formas procedimentales en su producción. Y vuelve la cita del artículo 25 de la Constitución Nacional. Pero, además de lo dicho, se alega error de hecho y error de derecho por parte del juzgador "al apreciar y tener como indicios hechos no probados en los autos, etc...". Luego viene un examen de indicio por indicio para demostrar las equivocaciones del sentenciador, examen éste que ya se consignó en su aparte correspondiente. La SALA se encuentra en pleno acuerdo con el Ministerio Público en este punto y, por tanto, le transcribe en lo pertinente: "Con relacion al error que consiste según el recurrente en haber dado valor a pruebas inválidas como afirma son los dictámenes referidos y demás indicadas, se trata de argumento examinado anteriormente y que debe desecharse por las razones anotadas; al respecto debe agregarse que del conjunto de dichos elementos probatorios se deduce la demostración de la infracción, esto es la existencia de las instalaciones necesarias para elaboración del estupefaciente mencionado, el cual se encontró, según dichos dictámenes". También en la puntualización de la ausencia de técnica del recurrente en la proposición simultánea, y por las mismas razones, de errores de hecho y de errores de derecho "sin indicarlos debidamente respecto a las pruebas correspondientes, para efectos de su demostración", como apunta el Ministerio Público. Al examinar el punto relacionado con posibles nulidades en este asunto porque las diligencias iniciales no son perfectas se contestó suficientemente este cargo y se hizo un análisis, que no era obligatorio para la SALA, en orden a la demostración de que las irregularidades observables en dicha actuación no tienen entidad ni categoría de nulidades. Y, finalmente, en cuanto a los indicios, ninguna objeción puede formularse a la sentencia impugnada porque ellos en verdad se extraen de hechos comprobados dentro de la investigación como aquel de ser el condenado arrendatario de la casa de la hacienda "Montey", haberse encontrado en ésta elementos aptos para la elaboración de cocaína, haber vestigios de esta droga en los recipientes examinados, etc. Sucede, simplemente, que el recurrente tiene una apreciación distinta de los hechos indicadores y no extrae indicios fuertes y concatenados de donde sí los extrae el juzgador. Y bien sabido es que no basta oponer los propios razonamientos a los ajenos para decir que son exactos los primeros y no los segundos. Se rechaza también este tercer cargo y con él el recurso mismo en razón del rechazo de los antecedentes.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —SALA DE CASACION PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Señor Procurador 3º Delegado en lo Penal, y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Medellín, a que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

R E V I S I O N

Causal 3ª del Artículo 548. Cómo debe fundamentarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº. 46.

Vistos

El Juzgado Primero Superior de Tunja, en providencia de 4 de marzo de 1974, aceptó las veredicciones pronunciadas en este proceso y condenó a TOMAS LOPEZ GUALTEROS a la pena de nueve (9) años de presidio, y las accesorias de rigor, como responsable del delito de "homicidio" en Alfonso Gutiérrez Hernández. En este fallo se le absolvió en cuanto al "homicidio y robo", en perjuicio de Luis A. Mendoza, y se tomó igual determinación, por idénticos cargos, respecto de Marco A. López Villamor (a. tolima).

Esta decisión fue integralmente confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunia, en sentencia de 24 de septiembre de 1974.

El doctor Jorge E. Cipagauta Galvis, como mandatario especial del señor TOMAS LOPEZ GUALTEROS, intenta ahora la revisión de dicho proceso.

Hechos

Tomás López, Medardo Porras, Marco A. López y Alfonso Gutiérrez, guardaban buena amistad. El 17 de julio de 1974, estando debidamente armados de revólveres, se dieron encuentro a eso de las seis de la mañana, en el paraje Manzanares, vereda El Consuelo, jurisdicción municipal de San Pablo de Borbur (B.), con Luis A. Mendoza, quien luego apareció sin vida y despojado de su arma de fuego y de una gruesa suma de dinero que portaba.

Al día siguiente estos mismos sujetos se dedicaron al licor y al juego de tejo en asocio de Jorge Moreno, Alfredo Olaya, Juan Cañón, Salvador Peña, Arturo Forero, José Torres, Laureano López y Angel María Castellanos, en el sitio Manitas, Vereda de Téllez, en el ya citado municipio. A eso de las tres de la tarde, Alfonso Gutiérrez, llevado por el licor y su agresividad, empezó a buscar un enfrentamiento con los circunstantes. Primero escogió a Jorge Moreno, luego a Marco Antonio López, después a Medardo Porras y por último a Tomás López, sujetos estos dos últimos que, participando de la misma belicosidad y embriaguez, no esquivaron el reto ni ofrecieron la más mínima alternativa para que las acciones no pasaran a mayores consecuencias.

En todo caso Gutiérrez salió al patio, revólver en mano, resbaló, volvió a levantarse, hizo varios disparos al aire, trató de recambiar la carga de su arma y al mismo tiempo sonaron varios disparos y se vio correr un buen trecho al citado Gutiérrez, para caer exánime. Portaban armas de igual poder, el mencionado LOPEZ GUALTEROS y Medardo Porras, pero el primero demostró más sobresalto, ánimo de contienda y estuvo más próximo al occiso cuando éste recibió los disparos. La prueba le señaló como el autor de este delito.

La demanda

El doctor Cipagauta Galvis respalda su pedimento de revisión en las causales 3ª y 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal pues explica que "...el fallo condenatorio ...se fundó esencialmente en los testimonios rendidos. ...por JORGE MORENO y ARTURO FORERO, quienes fueron testigos presenciales de los hechos... Dichos testimonios son falsos por cuanto, si bien es cierto que estuvieron presentes en el sitio y momento de los hechos, también lo es el que no declararon en forma espontánea y libre de apremio, toda vez que por temor y coacción declararon en forma distinta a la realidad de los hechos. Después de la condenación ...aparece una nueva prueba que no fue conocida al tiempo de los debates, y es la declaración de un testigo presencial, llamado SALVADOR PEÑA, quien ...manifiesta categóricamente que es inocente mi poderdante TOMAS LOPEZ GUALTEROS, toda vez que él no fue la persona que dio muerte a Alfonso Gutiérrez Hernández, sino que fue Medardo Porras..."

A este memorial se agregaron el poder conferido por LOPEZ GUALTEROS; fotocopias autenticadas de los fallos de primera y segunda instancia, debidamente ejecutoriados; certificación sobre el actual cumplimiento de pena; y declaraciones extrajuicio de Jorge Moreno, Arturo Forero y Salvador Peña.

La actuación cumplida

En los términos de ley se reconoció al doctor Cipagauta Galvis para actuar ante la Corte en la promoción de esta revisión; se aceptó la demanda presentada, por ajustarse formalmente a las exigencias del artículo 585 del Código de Procedimiento Penal; se ordenó diligenciar las pruebas solicitadas por el apoderado y se practicaron las que éste pidió, actuación que cumpliera el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pablo de Borbur.

Concepto de la Procuraduría

Destaca el Ministerio Público la trascendencia de este recurso, que ataca la incolumidad y eficacia de la res judicata, al punto que "puede decirse... que la revisión es una acción excepcional y extraordinaria que tiende a destruir los efectos de la cosa juzgada para la instauración de un nuevo juicio, sobre un hecho que ya había sido fallado con base en pruebas manifiestamente inexactas... no tiene por objeto hacer que la Corte estudie de nuevo cada una de las pruebas del juicio que se pretende revisar, ni que haga un nuevo análisis sobre el valor de cada testimonio y sobre los motivos de credibilidad o de sospecha que abonen o desvirtúen la fuerza del testimonio, así como tampoco puede prosperar la revisión por la sola circunstancia de que la Corte halle contradicciones entre unos testigos y otros, aun entre dos testimonios de un mismo declarante. Todo eso debió ser apreciado en el juicio y la mala apreciación hecha allí no la puede subsanar la Corte...".

Luego se detiene en la transcripción de los testimonios de Jorge Arturo Moreno y Miguel Arturo Forero, ya en la forma como aparecen en el proceso objeto de revisión, ya en sus declaraciones extrajuicio y en su ulterior ratificación, para concluir que sus iniciales versiones tienen un sólido respaldo en otros elementos probatorios y por tanto no pueden servir como soporte a una acción tan excepcional y exigente como la revisión. Por último comenta las condiciones del testimonio de Salvador Peña, considerado como hecho nuevo por el apoderado de LOPEZ GUALTEROS, aspecto este que objeta en forma tan acertada que, al ocuparse la Sala de la causal quinta, tendrá ocasión de citar textualmente los apartes más sobresalientes de esta censura.

Esta argumentación permite el Ministerio Público solicitar que se niegue la revisión pedida "...y ordenar que se compulsen copias de lo pertinente para abrir investigación penal, por el competente, contra Miguel Arturo Forero, Jorge Arturo Moreno y Salvador Peña como autores del delito de Falso Testimonio..."

Consideraciones de la Sala

Primer motivo de revisión

Se acude, por el memorialista, a la causal que determina el artículo 584, aparte

3º del Código de Procedimiento Penal: "Cuando alguno esté cumpliendo condena y demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

La prueba palmar de esta alegación estriba en el cambio testimonial de Jorge Arturo Moreno y Miguel Arturo Forero, quienes a última hora, extrajudicialmente, terminaron por decir que el autor de los disparos contra Alfonso Gutiérrez fue Medardo Porras, y no LOPEZ GUALTEROS, sujeto aquél que les amenazó de muerte si se pronunciaban en forma diferente a como lo hicieron en el proceso impugnado en revisión.

Esta argumentación resulta inadmisible por las siguientes razones:

a) El fallo de condenación pronunciado en contra de LOPEZ GUALTEROS no se basa de modo único y exclusivo en las versiones de Moreno y Forero, pues fácilmente se advierte la intensa incriminación que surge contra aquél por parte de declarantes como José Torres, Angel María Castellanos, Alfredo de J. Olaya y Juan Cañón;

b) Los aspectos que pretenden mudar Forero y Moreno, aparecen en esas otras testificaciones que por sus personales circunstancias se muestran y mantienen como firmes, veraces y con impresionante correlación incriminadora. Esos declarantes (Torres, Castellanos, Olaya y Cañón) señalan a LOPEZ GUALTEROS como el más destacado interviniente en contra de Gutiérrez y el más efectivo en su agresión. De otro lado, Torres y Olaya informan que tanto el sentenciado como Medardo Porras y Marco A. López, filaron a todos los circunstantes y les exigieron, bajo amenaza de recibir muerte, de callar lo visto y decir que un tercero, desconocido, había sido el homicida;

c) Lo que se quiere con los testimonios de Forero y Moreno no es tanto acreditar la falsedad de un elemento de prueba de cargo como si procurar que se reabra la controversia sobre el valor de algunas probanzas. Se pretende hacer prevalecer una apreciación personal y subjetiva sobre la que imperó en el juzgamiento cumplido por los jurados y los jueces de derecho, en debate más amplio y válido. Esto, como bien lo enseña la jurisprudencia en forma reiterada, resulta esfuerzo inconducente e ineficaz, más propio de una alegación de instancia o de un recurso de casación;

d) La extensión cronológica que tuvo el proceso que culminó en condenación para LOPEZ GUALTEROS, así como su recurrido jurisdiccional, permitieron insertar las variaciones de Forero y Moreno. La no ocurrencia de este fenómeno, es factor que sólo puede arbitrarse en desprestigio de su retractación testimonial y en adhesión a las incriminaciones vertidas por otros declarantes que, conviene reiterarlo, coinciden profundamente con las iniciales atestaciones de Forero y Moreno;

e) Las condiciones intrínsecas de los testimonios de Forero y Moreno, no persuaden, en el grado que exige un recurso de revisión, máxime cuando éste se apoya simplemente en una confrontación de las mismas pruebas, de la inocencia de LOPEZ GUALTEROS. El proceso y la sentencia de condenación continúan gozando de su presunción de acierto y veracidad, al punto que aquél contiene elementos hoy en día incontrovertibles de la responsabilidad del citado LOPEZ GUALTEROS; y,

f) Como bien lo preceptúa la jurisprudencia, y la cita viene al caso por la incidencia de la testificación de Salvador Peña y la rectificación que pretenden Forero y Moreno, "... si se intenta demostrar la falsedad de un testimonio o testimonios, por medio de otros testimonios, además de los requisitos de credibilidad que deben reunir los testigos de impugnación, se debe comprobar de manera adecuada, que éstos no se pudieron recibir dentro del proceso objeto de la revisión por algún hecho imprevisible e irresistible que origine fuerza mayor, a causa de una conducta dolosa de parte interesada o favorecida con la sentencia" (G. J., 1960, tomo XVIII, pp. 318 y 319).

Con razón anota el Procurador Delegado que la versión de Moreno y Forero, aportadas para la revisión, aparece como algo anodino, pues LOPEZ GUALTEROS, sujeto de no poca peligrosidad y que estaba armado en el momento de los hechos, no iba a tolerar pacíficamente "que en su presencia

se intimidara a los testigos para que con sus declaraciones juramentadas lo condenaran por el delito que se acaba de realizar. Muy seguramente los falsos declarantes Forero y Moreno, para cambiar sus dichos identificantes del homicida, a la hora de nona sólo tuvieron en mente que como Porras estaba muerto, era fácil cargar a cuenta suya la autoría del homicidio sin correr riesgo alguno de ser desmentidos por éste. Mas, olvidaron que no sólo ellos dos presenciaron la muerte de Gutiérrez, sino que otras personas estaban presentes en el sitio de los acontecimientos".

No prospera la causal invocada.

Segundo motivo de revisión

Se apoya en lo dispuesto en el aparte 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Se estima por el libelista que esta exigencia la satisface el testimonio de Salvador Peña, testigo que no figuró en el proceso, pero que se sabe que estuvo en el lugar de los hechos y presenció su desarrollo.

En síntesis, Peña anota que quien disparó contra Gutiérrez fue Medardo Porras, en el momento en que LOPEZ GUALTEROS, en lugar próximo, cumplía con una necesidad orgánica; y que Porras coaccionó para que se imputara el homicidio a LOPEZ GUALTEROS.

Tampoco es admisible esta causal con fundamento tan precario y objetable.

En efecto, el Ministerio Público acierta de modo notable en la apreciación de este aspecto de la revisión cuando escribe: "...Si se estudia detenidamente la parte sumarial del proceso se encontrará que repetidas veces los instructores solicitaron la presencia de Salvador Peña para oírlo en declaración juramentada, no obstante lo cual fueron infructuosas las órdenes impartidas, sin que tampoco haya constancia de la razón por la cual este sujeto no se presentó dentro de la investigación para dar el testimonio, repetidamente requerido, circunstancia que puede tenerse como desvirtuante de su dicho en el testimonio extrajuicio, toda vez que es presumible conoció que a Tomás López se le estaba procesando como autor del delito de Homicidio, dado caso de la forma como acontecimientos de esta naturaleza llegan a conocimiento de gentes campesinas, o aunque no lo fueran, por la circunstancia de ser conocidas del occiso y del procesado y veedoras de la realización del delito, eventualidad que lógicamente les atrae la atención sobre el desarrollo y culminación del proceso.

"Atinente a la otra razón aducida por Peña para no haber declarado dentro del proceso penal en el que se condenó a Tomás López, o sea el temor que le guardaba a Medardo Porras, pierde todo viso por cuanto, según al folio 140 del cuaderno principal, Medardo Porras murió el 16 de marzo de 1970 y la audiencia pública dentro de la cual se juzgó a Tomás López Gualteros se efectuó el 26 de febrero de 1974, última oportunidad que tenía Peña para presentarse 'voluntariamente' a testificar, como lo da a entender lo hizo para reconstituir la prueba que se acompaña a la revisión a estudio. Corre, entonces, un lapso de cuatro años en el cual había desaparecido toda amenaza contra Peña para decir la verdad, máxime si él sabía, como lo afirma en su declaración extrajuicio, que Tomás López era inocente por ser Porras el autor del Homicidio..."

Pero a más de esto debe repararse en que la prueba tenida en cuenta para el fallo de condenación no se resiente ni debilita con la aparición de este fraudalento testimonio. No consigue esta prueba, valorada como ex novo, destruir la que contiene aquél proceso. Subsiste la tendencia a considerar como válidos, eficaces y ciertos las versiones que incriminaron a LOPEZ GUALTEROS. Por el sólo hecho de aparecer una nueva prueba, no se destruye ni desnaturaliza todo un proceso, pues requiérese que su naturaleza y efecto alcance a demostrar, al menos con fuerza de indicio grave, la inocencia o irresponsabilidad del condenado. Y nada de esto logra, siquiera a primera vista, la interesada y criticable narración del citado Peña.

Por último conviene transcribir los siguientes pronunciamientos de la Corte: "En

realidad, si los hechos nuevos o las nuevas pruebas no atacan de fondo, por su base y lo sustancial, el recaudo probatorio hallado apto por las instancias para proferir sentencia condenatoria, la revisión es improcedente, pues como recurso extraordinario ataca la cosa juzgada, su admisión tiene que condicionarse, por preponderantes razones de orden público y respeto de la juridicidad de los fallos, a presupuestos probatorios que den sólido fundamento a la presunción de error judicial en la condena" (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia —Rama Penal— Tomo IV Nº 3705-Sarasty): "Los elementos probatorios que aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia, la fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción si no de evidencia acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia sino todo el proceso que se dice edificado sobre bases falsas, pruebas secretas o por hechos nuevos no conocidos en los debates" (Sarasty Nº 3717).

Tampoco constituye esta alegación motivo válido para ordenar la revisión solicitada.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL—, de acuerdo con el concepto emitido por la Procuraduría,

Resuelve:

NEGAR LA REVISION del proceso adelantado contra TOMAS LOPEZ GUALTEROS, por el delito de homicidio en Alfonso Gutiérrez Hernández.

Tal como lo solicita el Procurador 1º Delegado, se expedirán las copias pertinentes para investigar el "Falso Testimonio" en que pudieron incurrir Miguel Arturo Forero, Jorge Arturo Moreno y Salvador Peña.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del Tribunal Superior de Tunja, al Juzgado de origen, dejando en la Corte copia del fallo. Insértese en la Gaceta Judicial.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada, V., Secretario.

TESTIMONIO UNICO

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 la suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 46.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado FELIX GIL AGUIRRE contra la sentencia de dos de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, que redujo a veintiocho (28) meses de prisión la pena impuesta a aquél por el Juzgado Décimo Superior de esa ciudad como responsable de falsedad en documentos.

El recurso se admitió por auto de tres de noviembre pasado. Dentro del término legal el doctor Tarcisio Roldán Palacio en representación de Félix Gil Aguirre presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley, mediante providencia de fecha veintinueve de marzo último.

Hechos y actuación procesal

La Auditoría de la empresa "Cervecería Unión S. A.", con sede en Medellín, practicó examen de rutina a las "planillas de venta" de sus productos. Se constató que en varias de ellas se habían producido adulteraciones, con perjuicio patrimonial para ella, que ascendía a catorce mil pesos. Resultaron comprometidos en esos hechos, de acuerdo con la investigación adelantada por la cervecería, los señores Luis Fernando Arenas, quien desempeñaba funciones de "revisor de planillas" y Félix Gil Aguirre, de vendedor, Francisco Luis Dávila H., auditor de "Cervunión" los denunció penalmente.

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Itagüí dictó auto cabeza de proceso el treinta y uno de julio de mil novecientos setenta y cuatro. En desarrollo de la investigación ese mismo despacho oyó en indagatoria a los inculpados, dictó en su contra detención preventiva el catorce de agosto de 1974, contra Luis Fernando Arenas y el veintiuno de los mismos mes y año contra Félix Gil Aguirre.

Al Juzgado Décimo Superior de Medellín correspondió el asunto. Comisionó al Juzgado Segundo Penal Municipal de Itagüí para la práctica de varias diligencias y el veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro declaró cerrada la investigación.

Esta etapa del proceso terminó con llamamiento a juicio para los dos sindicados, por el delito de falsedad en documentos. El veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y cinco, el Tribunal Superior de Medellín confirmó aquella determinación, que fue apelada por el defensor de Félix Gil Aguirre.

Tramitada la causa, el Juzgado de conocimiento condenó a Luis Fernando Arenas

y a Félix Gil Aguirre a la pena principal de veintinueve (29) meses y cinco (5) días de prisión, para cada uno de ellos. El Tribunal confirmó esta determinación, como se dijo, fijando como pena veintiocho (28) meses de privación de libertad. Corresponde a la Sala decidir el mérito de la demanda formulada contra esta providencia.

La demanda

Al amparo de la primera causal de casación, el recurrente formula dos cargos a la sentencia del Tribunal de Medellín.

Cargo primero

Violación indirecta de la Ley sustancial, por error de hecho en la apreciación probatoria. Se enuncia de la siguiente manera:

"Y, bajo su amparo, acuso la mencionada providencia de violación indirecta de los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal, y 240, 231-6º, 242 y 32 del Código Penal que el ad quem aplicó indebidamente en ella como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

"1. Dio por probado, sin estarlo, que el procesado recurrente fue el único vendedor de Cervecería Unión S. A., que estuvo detenido en la época en que, el co-sindicado Luis Fernando Arenas, afirmó haber oído decir que, el vendedor indeterminado a que se refería como proponente de la alteración de las planillas, se encontraba en la cárcel".

"2. Sin identificar a un supervisor anónimo de la empresa al que otro empleado suyo atribuye haberlo oído expresar que Gil Aguirre no compraba envases y sin embargo hacía aparecer lo contrario en las planillas, dio por acreditado el hecho.

"3. No tuvo en cuenta, estando probado, que la versión con que el co-procesado Luis Fernando Arenas compromete penalmente al recurrente fue sugerida y se limitó a reproducir lo que el instructor le estaba preguntando.

"4. Sin ser verdad aceptó que las únicas planillas alteradas correspondían a Gil Aguirre; y

"5. Contra la realidad, dio por establecido que 'la conducta de Gil Aguirre, en cuanto dice a sus relaciones laborales, se halla muy lejos de ser siquiera aceptable'.

"Estos errores fueron el resultado de la apreciación equivocada de las declaraciones de Mario Anciori Rapoli (fl. 92), Luis Fernando Arenas (fls. 90 vto. y 91, 118 y vto.), particularmente, Luis Fernando Dávila Hernández, auditor interno y denunciante (fl. 162 y vto.), de la falta de apreciación de las declaraciones de Orlando Londoño Estrada y José Manuel Barrera Montoya (fls. 94 fine y vto. y 95 fine y vuelto) y de la apreciación equivocada, por lo parcial, de la versión que dio el co-procesado Arenas en la audiencia pública (fls. 361 vto., al principio), como también de la apreciación igualmente parcial y por ende mala de los documentos de folios 295, 298, 289, 290, 300 y de la falta de apreciación del glosado en el folio 264 del proceso..."

Se extiende el censor en el análisis de los anteriores cargos, y con base en apartes de la sentencia acusada y en el examen de las pruebas que enuncia, asegura que el Tribunal Superior de Medellín incurrió en los errores de hecho que se han transcrito, con aplicación indebida de las disposiciones sustanciales dichas.

Segundo cargo

El sentenciador aplicó indebidamente los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal, 240, 231 numeral 6º, 242 y 32 del Código Penal como consecuencia de manifiesto error de derecho en la apreciación probatoria (violación indirecta de la Ley sustancial).

La censura ensaya así la demostración de este cargo:

Para condenar a Félix Gil Aguirre el sentenciador tuvo en cuenta la declaración del co-procesado Arenas, "el hecho de que todas las planillas adulteradas fueron expedidas con el nombre de Félix Gil Aguirre, como vendedor; y éste las firma al pie en señal de recibo y bajo el compromiso de rendir cuentas" y, su conducta laboral que el fallador considera "muy lejos de ser siquiera aceptable".

Como el procesado Luis Fernando Arenas expresó incoherencias y contradicciones el Tribunal Superior de Medellín incurrió en error de derecho, pues los "indicios de gran vigor" que apunta para dar fuerza probatoria a esta versión no lo son, ya que las

diez y seis sanciones impuestas en la empresa lo fueron durante igual número de años trabajados en la misma y, el que las planillas adulteradas lleven la firma de Gil Aguirre son hechos que no necesariamente respaldan la versión de Arenas, pues admiten explicación diferente, violando entonces las prescripciones del artículo 218 del Código Procesal Penal porque "si no hay una relación causal necesaria entre el hecho por probar (causa) y el concurso (resultado), la concurrencia de las pruebas incompletas no alcanza pleno valor probatorio Y el juez, en modo alguno, puede dar por acreditada la existencia de hecho alguno con ellas, o mejor, con tal concurso".

No emerge entonces del proceso la plena prueba que la ley exige para condenar y ya que la duda debe ser resuelta en favor del sindicado, se impone su absolución, casando la sentencia del Tribunal Superior de Medellín.

Concepto del Ministerio Público

Primer cargo

El procesado Luis Fernando Arenas hizo otras manifestaciones para identificar a Gil Aguirre como el empleado que colaboró con él en la defraudación de la empresa. El fallo analiza también otras declaraciones de trabajadores de "Cervunión" a los que Arenas aseguró que Gil Aguirre fue su colaborador en la consumación del ilícito. No se demostró, de otra parte, que distinto empleado hubiese estado detenido por los hechos que dieron origen a este proceso.

Resulta irrelevante el no haber identificado al supervisor que suministró el informe que sirvió para que la empresa formulara la denuncia, porque la responsabilidad del procesado recurrente está establecida con otras pruebas.

Tomadas en su conjunto las respuestas de Luis Fernando Arenas, debe llegarse a la conclusión necesaria de que éste sí identificó a Gil Aguirre, a pesar de la calificación de sugerida que de la afirmación "sí es cierto" hace el censor a la contestación de Arenas ante una pregunta concreta del instructor. Además, el interrogatorio se formuló con base en precisas facultades investigativas.

Carece de trascendencia el hecho de no haber allegado al expediente otras planillas, también adulteradas, porque en las que lo fueron, se comprobó, plenamente, la falsedad que el procesado Arenas acepta realizada con el recurrente.

Aunque otros liquidadores de la empresa realizaban borronaduras en las planillas, ellas no se hacían con el ánimo de modificar la verdad para obtener lucro ilícito con perjuicio para la cervecería, pues se debían a errores involuntarios de ellos, como sí se demostró respecto de Arenas y Gil.

"En cuanto al 'indicio corroborante' consistente en que las planillas eran cobradas por un mayor valor y pagadas -no obstante lo burdo de la alteración— por los cajeros, se debía a que todos los borraban o alteraban en la empresa, es situación que como queda dicho no se ha demostrado, pues las planillas se insiste en que fueron liquidadas por Arenas, quien por otra parte explicó suficientemente los motivos para incurrir en tales irregularidades, como resulta de su indagatoria".

La conducta de Gil Aguirre en la empresa no puede calificarse de "ejemplar" por la comunicación de la empresa en la que agradece sus servicios ni por el largo tiempo que en ella trabajó, pues en su hoja de vida aparecen distintas anotaciones, entre las que se cuentan "...mal desempeño de labores...", "...faltante en ventas...", etc.

Como los argumentos expuestos por el recurrente corresponden a la interpretación que él hizo de las pruebas, enfrentado al criterio del Tribunal, no puede demostrarse considerado el cargo, y así, debe desecharse.

Segundo cargo

Resulta inane el que Arenas, en su declaración, caiga en incoherencias y contradicciones, pues el fallo acusado analizó debidamente versiones de otros empleados de la empresa ante quienes reconoció ser autor del hecho con colaboración del recurrente.

Las equívocas manifestaciones de Arenas pueden explicarse, tanto por las sugerencias que en este sentido le hicieron otros empleados, como por la personalidad de Gil, que

se desprende de su hoja de vida. Además, de otras respuestas que dio aquél, puede fácilmente advertirse que se refería a éste, cuando afirmó que por las irregularidades recibía determinadas sumas de dinero.

La conducta laboral del procesado Gil Aguirre no puede calificarse de ejemplar, como ya se había anotado, y a ella puede darse el valor demostrativo de un desempeño poco satisfactorio "... y que por tanto no excluía en forma alguna la posibilidad de que el citado procesado actuara también en este punto en contra de los intereses de la empresa".

Los fallos de instancia examinaron suficientemente hechos e indicios del proceso para dar por establecida la responsabilidad de los procesados, y como el fallador tiene autonomía en la apreciación probatoria y no se demostró de manera manifiesta el que haya incurrido en error, este cargo debe también rechazarse.

Consideraciones

Cargo primero

Si se examina con la debida atención la prueba recogida en este proceso y la que sirvió en él al sentenciador de segundo grado para proferir sentencia condenatoria en contra de Félix Gil, se llega a la convicción de que en ella no figura ningún hecho incriminatorio de su conducta distinta de la confesión de Luis Fernando Arenas, confesión que el sentenciador refuerza con la versión extrajudicial que el mismo Arenas hizo, antes de rendir indagatoria, ante funcionarios de Cervecería Unión de Medellín.

Luis Fernando Arenas declara que personalmente hizo las adulteraciones en las planillas —dos o tres— que se entregaron al vendedor Félix Gil y que registran su firma, con el fin de que la empresa pudiera saber de quién podía demandar, por haberlas recibido, el precio de las botellas de cerveza a él entregadas en consignación y que en las planillas debía constar al finalizar la correría, con la indicación igualmente del envase devuelto por los compradores. Y afirma que él hizo las enmendaduras y colocó en los documentos números o guarismos superiores a los que aparecían en la respectiva columna, creando por este modo la prueba de haber recibido la empresa devoluciones en cantidad mayor de la real, con beneficio para sí y con perjuicio para la compañía.

Pero agregó Luis Fernando que hizo la adulteración no de su propio motivo sino por inspiración de otras personas y que recibió de manos del vendedor Félix Gil, en dos o tres ocasiones, sumas por valor de trescientos y cuatrocientos pesos, en lo que habría constituído su verdadera participación en el negocio que dio oportunidad a estas averiguaciones.

Y explicó que la adulteración se hizo "en el momento de liquidar las planillas", para los solos efectos contables. "Es decir, que no se efectuó la sustracción real de cajas de envase sino que se hizo aparecer como entradas a la fábrica una cantidad mayor de cajas que la ingresada realmente". Lo que se hacía, según él, antes de liquidar en la caja y después que el vendedor hacía entrega del envase vacío y del envase lleno que entraba a la fábrica.

Y para justificar su proceder, dijo, así mismo, en su indagatoria: "Yo necesitaba de unos pesitos para pagar una cuenta a un señor que me estaba acosando para que le pagara esa plata. Entonces yo aparentemente vi eso muy fácil y entonces alteré esas tres planillas" (fl. 143).

Como Luis Fernando Arenas había expresado que no hizo las adulteraciones de su propia ocurrencia, sino sugeridas por otros empleados vendedores y concretamente dijo haber recibido dineros de Félix Gil Aguirre, en partidas de trescientos y cuatrocientos pesos, fue preguntado por el funcionario investigador si Félix Gil Aguirre le propuso la alteración de las planillas. Dio contestaciones equívocas y acusó temor de posibles retaliaciones, dando a entender que había sido víctima de amenazas. Sin embargo, nuevamente solicitado por el funcionario para que contestara sin dubitaciones si era Félix Gil, la persona que lo convenció para que hiciera las adulteraciones, dijo: "Sí es cierto". Y agregó que aunque no le parecía correcta su propuesta, lo hizo porque estaba necesitado de dinero.

El juez del conocimiento fue el 10 Superior de Medellín. Junto a la confesión del sindicado Luis Fernando Arenas, encuentra vehementísimo indicio de la responsabilidad

del procesado Félix Gil, "documentalmente establecido y plenamente probado", en el hecho de que la totalidad de las facturas adulteradas corresponden a relación de productos expendidos por Félix Gil Aguirre, y de aquí deduce, sin más, que solamente Félix Gil Aguirre pudo recibir el mayor valor y percibir inicialmente el beneficio o utilidad, fruto de las reiteradas maniobras puestas en acción por el concurso delincuente formado por él y Luis Fernando Arenas, sin cuya coparticipación, dice, no hubiera sido posible la defraudación. El proceso no contiene constancia de que la empresa hubiese girado suma alguna a favor de Félix Gil Aguirre por concepto de envases o de mayor valor por devoluciones de clientes de la compañía.

Apelado el auto de proceder de Félix Gil Aguirre, el Fiscal 4º del Tribunal Superior de Medellín pidió su confirmación en lo atinente a Luis Fernando Arenas y solicitó sobreseimiento temporal en favor del primero, por encontrar muy débiles las pruebas de su incriminación y porque, además, ni siquiera había sido juramentado Luis Fernando Arenas por los cargos que, solo en apariencia, hizo a Félix Gil Aguirre.

Dictada la sentencia condenatoria de primera instancia, el Ministerio Público rindió concepto el cuatro de agosto de mil novecientos setenta y cinco y solicitó la absolución del sindicado Gil Aguirre por cuanto no aparecieron en el juicio pruebas distintas en su contra, y sí, en cambio en el acto de audiencia pública el procesado Arenas afirmó que los directivos de la empresa lo coaccionaron para que confesara, y en forma terminante, sin vacilaciones, se retractó de los cargos, no muy claros, que anteriormente hiciera al vendedor Gil Aguirre.

Como bien lo anotan el defensor del recurrente y el Fiscal 4º del Tribunal Superior de Medellín, en el expediente hay evidencias de que distintos vendedores estaban en posibilidad de haber actuado en connivencia con Luis Fernando Arenas y también, como este lo reconoce, de hacer, por su cuenta y riesgo, como confesa que lo hizo (Folio 143), porque le pareció muy fácil, las adulteraciones denunciadas por los auditores de la compañía.

El Ministerio Público señala las siguientes fallas sustanciales en el testimonio de Arenas:

1. Es diverso en cuanto a la cantidad de dinero que dice le entregaban por su participación en los hechos.

2. No resultó ser verdad que hubiese recibido amenazas de Aguirre.

3. Fue igualmente inexacto que Arenas hubiera pasado por un estado de necesidad económica.

4. Es preponderante su retractación. Y fue débil su posición como denunciante.

La Sala observa que la conducta atribuida a Luis Fernando Arenas, confesada por él, no requería del concurso necesario de Gil Aguirre, puesto que si lo que se alteraban eran las planillas y ello podía hacerlo solo, como él lo acepta, por este aspecto carece de solidez la argumentación del sentenciador.

El interrogatorio propuesto a la absolución de Luis Fernando Arenas por el investigador exhibe orientación sugestiva. Y su afirmación de ser cierto el contenido de la pregunta, carece probatoriamente de valor (artículo 236 del Código de Procedimiento Penal).

Tomada aisladamente la confesión de Luis Fernando Arenas, no contiene acusación franca de la participación de Gil Aguirre en los hechos averiguados. Y relacionada con el conjunto probatorio se demerita aún más. Con efecto. En el expediente hay prueba, no contradicha, de que era costumbre de los revisores hacer enmiendas en las actas. Así lo afirman distintos declarantes y los auditores de la empresa lo aceptan. Sobre el particular no existía reglamentación precisa. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal reconoce este hecho, pero lo excusa en razón de que no se ha demostrado que tales correcciones se hubiesen hecho en ocasiones diversas, por revisores distintos de Luis Fernando Arenas, con ánimo delincuente. Los auditores de la empresa admiten que fueron varias las actas adulteradas y que no pueden precisar su número, ni señalar en forma concreta sus autores, porque muchas de ellas se incineraron, de conformidad con prácticas internas de la fábrica.

De todo lo cual se deduce que si Luis Fernando Arenas obtuvo colaboración para

realizar los hechos por los que fue condenado por el Tribunal Superior de Medellín, no necesariamente la obtuvo de Félix Gil Aguirre.

Tan enfático ha sido Gil Aguirre en no aceptar su participación en los hechos que dieron ocasión a este proceso, como contradictorio se ha mostrado su presunto acusador Luis Fernando Arenas.

Y si de lo dicho queda solamente la confusa y endeble sindicación de Arenas, su declaración única, huérfana, de veras, de todo respaldo probatorio, que no sea su afirmación última, en audiencia, de haber sido coaccionado por los directivos de la empresa para que confesara, y su retractación categórica de las imputaciones a Gil, si alguna vez lo hizo, cuando afirmó, dando contestación a un interrogatorio sugestivo, que era cierto lo que se le preguntaba, sin añadir una palabra más, débese concluir que cuando el recurrente señala errada, en forma manifiesta, la conducta del sentenciador en la apreciación de las pruebas, porque tuvo como probado, con fundamento en ella, la coparticipación plena de Gil en los hechos averiguados, demuestra haber incurrido el Tribunal Superior de Medellín, al través de su Sala Penal de Decisión en las violaciones de la Ley sustancial, en la forma indirecta que puntualiza su demanda, pues tuvo como evidente un hecho notoriamente ausente de los autos.

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, como lo es la confesión de Luis Fernando Arenas en cuanto de ella tuvo como testimonio válido el sentenciador.

Como el cargo primero prospera con amplitud suficiente para permitir la anulación del fallo, parcialmente, en cuanto dice relación con la condena de Félix Gil Aguirre, no es el caso de estudiar el cargo segundo.

Con mérito en las consideraciones anteriores, la Corte —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida de la procedencia y fecha de que trata la parte motiva de esta providencia, y ABSUELVE a FELIX GIL AGUIRRE, de notas civiles conocidas, por los hechos que se le imputan en este proceso. Se confirma la sentencia en lo demás.

En consecuencia, se decreta la inmediata libertad incondicional del procesado FELIX GIL AGUIRRE.

Por la Secretaría comuníquese telegráficamente esta decisión al Director de la Cárcel en la que se encuentre detenido Félix Gil Aguirre.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Medellín.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

No toda irregularidad es suficiente para conculcar el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre nueve (9) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 46

Vistos

Agotado el trámite legal, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 15 de noviembre de 1975, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó la del Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito de doce de mayo del dicho año que condenó a Salomón González a la pena principal de dos años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de falsedad en documento público cometido en febrero de 1970.

Hechos

Los que dieron origen a este proceso los relata en el auto de 27 de agosto de 1974 el juzgador de primera instancia, ciñéndose a la realidad procesal, así:

"Según se desprende de autos, el señor SALOMON GONZALEZ y JULIO CHACON LIEVANO adelantaron juicio ordinario contra SALVADOR PORTAÑA CAÑAVATE, juicio dentro del cual se interpuso recurso de apelación y al ser desatado por el Honorable Tribunal Superior de este Distrito, se ordenó la investigación correspondiente por el delito de Falsedad, al ser tachado de falso el Certificado de Paz y Salvo que con fecha 11 de febrero de 1970 fuera expedido a favor de Salomón González. Dicho documento fue presentado ante la Notaría Unica de este Circuito, junto con los demás documentos necesarios para llevar a cabo Escritura Pública que se celebraría entre los citados GONZALEZ y CHACON LIEVANO de una parte y Portaña Cañavate de otro, pero que este último se negó a ello por cuanto los primeros no le cancelaban determinada suma de dinero, lo que dio pie al juicio civil.

"Concretamente, al tacharse de falso el Paz y Salvo que aparece expedido a favor de Salomón González, documento que éste presentó para llevar a cabo la escritura pública según la certificación dada por el señor Notario, se incriminó a González del delito de Falsedad de uso, y tal fue la razón para que el Honorable Tribunal ordenara la investigación respectiva" (folio 140).

Actuación procesal

Cerrada la investigación y oído el apoderado del sindicado González y el Agente del Ministerio Público, se calificó el mérito del sumario mediante auto de 20 de agosto de 1973, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Primero. SOBRESEER TEMPORALMENTE en favor de SALOMON GONZALEZ, de anotaciones personales conocidas en su indagatoria, por razón de los cargos que le fueron formulados en la presente investigación.

"Segundo. Como consecuencia de lo anterior, se dispone dejar en libertad a SALOMON GONZALEZ, mediante caución que por valor de doscientos pesos consignará en el Banco Popular de esta ciudad, y presentaciones al Juzgado cada treinta días.

"Una vez sentada la promesa de presentaciones, se librará la correspondiente boleta de libertad.

"Tercero. Reabrir la investigación, por el término legal, durante el cual se practicarán las pruebas que se dejaron señaladas en la parte motiva de esta providencia.

"Para la práctica de estas diligencias, comisiónase al señor Juez 8º de Instrucción Criminal de esta ciudad con amplias facultades legales..." (fol. 142).

Contra esta providencia interpusieron el Fiscal del Juzgado y el apoderado de la parte civil apelación, que fue resuelta por el Tribunal el 11 de enero de 1974 en auto confirmatorio del recurrido.

Reabierta la investigación, se practicaron algunas diligencias y clausurándose aquélla de nuevo en virtud de auto de 22 de mayo de 1974, se calificó el mérito del sumario el cuatro de junio del mismo año con un segundo sobreseimiento temporal, que se hizo extensivo a Alonso Parrado Barrios, vinculado al proceso por haber sido declarado reo ausente. Apelada esta providencia, fue confirmada por el Superior en lo que respecta a Alonso Parrado Barrios y revocada en lo tocante a Salomón González, a quien se llamó a juicio por el delito de falsedad en documentos.

Rituada la causa en legal forma, se dictaron las sentencias de primero y segundo grado, la última de las cuales es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Primer cargo

Al amparo de la causal cuarta de casación establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante acusa "la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio —Sala Penal— dictada en noviembre 15 de 1975, por haberse dictado en juicio viciado de nulidad supralegal o constitucional", por infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Observa el censor del fallo que "no se trata aquí de una de las nulidades legales comprendidas en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal", sino de una de mayor jerarquía, cuya doctrina la Corte ha elaborado "en largo y metódico proceso evolutivo" con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional" y "cuya razón teleológica reside en la necesidad de preservar en todo juzgamiento un justo equilibrio entre los intereses de la sociedad, representada por el Estado, y la persona a quien se juzga, a fin de que desarrollándose el juicio sobre bases de recíproca lealtad, sin incertidumbre ni sorpresas, toda sentencia tenga como desideratum, al desatar la resolución jurídico procesal, ser la expresión de la verdad, porque en el fondo y en el último análisis, no se trata solo de condenar o absolver, sino de acertar".

Aduce el actor que el Código de Procedimiento Penal "estatuye" como normas plenas y propias del juicio, que al llegar los autos al Superior por apelación de la sentencia de segunda instancia, se fije en lista y se corra traslado al señor Fiscal para que en término de cinco días se presenten alegatos, el defensor obviamente en favor de su cliente y el Ministerio Público en defensa de la sociedad".

Acepta el demandante que tal procedimiento se cumplió, porque las partes expusieron sus argumentos; mas se querella de que la sentencia "desoye, ignora los planteamientos de la defensa y de la Fiscalía" y arguye que, por lo mismo, no se han observado las formas propias del juicio, "pues si bien la Secretaría dio impulso para que la Fiscalía conceptuara y la defensa alegara, tales piezas de análisis no fueron siquiera leídas por los Honorables Magistrados", violándose así "los presupuestos mínimos que impone el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la redacción de las sentencias".

Concluye este cargo así: "...considero Señores Magistrados que tal como lo he enunciado es la sentencia misma la que viola el artículo 26 de la Constitución. Por ello el procedimiento debe retrotraerse para que la Sala del Tribunal de Villavicencio, dic-

te verdadera sentencia con ajuste a la ley a las defensas propuestas en el juicio".

Segundo cargo

Expresa el demandante:

"SUBSIDIARIAMENTE invoco como causal, la del numeral 1e del artículo 580 del Estatuto de Procedimiento, por ser la sentencia violatoria de la Ley sustancial en forma indirecta.

"Pues que el Juzgador, al aceptar que no se ha precisado cual sea el autor material de la falsedad investigada, da por sentado y probado que Salomón González es autor intelectual, lo cual supone por no estar probado.

"La sentencia recurrida se limita a dar por probada la materialidad del ilícito, mas en cuanto a la responsabilidad, se limita a transcribir lo que dijo el a quo sobre este evento, sin hacer análisis alguno o valoración probatoria seria que emerja de los autos. No se puede decir que se es responsable y que existe la prueba de ello porque sí, lo cual constituye un error de hecho manifiesto.

"Viola la sentencia la Ley sustancial, porque, al parecer, aunque no lo dice directamente, recoge, porque confirma los planteamientos del Juez de instancia, en que sitúa el actuar de Salomón González dentro de lo preceptuado por el artículo 19 inciso segundo del Código Penal.

"Viola la sentencia la Ley sustancial de manera indirecta porque no valora las pruebas existentes en los autos, las ignora.

"Precisamente ese ignorar, no tener en cuenta las pruebas del proceso, esa falta de apreciación de las mismas, aparece manifiestamente en los autos con la sola lectura de la sentencia, constituye lo anterior un error de hecho".

Termina el actor solicitando que se case la sentencia impugnada.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un detenido análisis de los cargos que se le formulan al fallo recurrido, para concluir que la demanda debe desecharse.

Por tratarse de un estudio a fondo, la Corte citará algunos de sus apartes en el cuerpo de esta providencia.

Se considera

Primer cargo

Para responder este cargo, la Corte acoge transcribiéndolas, por hallarlas ceñidas por modo estricto a derecho y a la realidad procesal, las siguientes consideraciones del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Asiste razón al señor demandante en la queja que eleva, más que por el irregular proceder ád ad quem, por la falta de elegantia juris en su comportamiento al desdeñar los planteamientos defensivos que en alegación oportuna hiciera. Empero, ello no quiere decir que tal proceder es suficiente para conculcar el derecho de defensa por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, garantía que es la indicada en la demanda como quebrantada.

"Es el señor demandante quien, con propiedad, indica cómo una de las formalidades propias del juicio es la fijación en lista y el traslado al agente del Ministerio Público para que antes de dictarse el fallo por el superior, el Defensor y el Fiscal tengan la oportunidad de hacer las manifestaciones que tengan a bien, en salvaguardia de los intereses que el uno y el otro protegen. El mecanismo constitucional y legal puesto a disposición del inculpado para defenderse de los cargos que se le hacen por la delincuencia imputada, se inmoviliza después de haber precluido el término para que el sentenciador lo diga, obviamente que sus efectos deben ser reconocidos al controvertir o aceptarse en el fallo sus exculpaciones, debiéndose puntualizar eso sí la diferencia existente entre los dos instantes procesales, diferencia que es génesis de la nulidad constitucional, o de la irregularidad procedimental, visible ésta, deslumbrante, en el caso a estudio. No hubo la primera por cuanto, como se acaba de manifestar, se brindó al condenado en primera instancia la oportunidad, que al mismo tiempo es su derecho máximo, para ejercitar su derecho de defensa en

frente a la condena que le impuso el juez a quo, estándose frente a la segunda al omitir el sentenciador de segundo grado hacer referencia expresa a los planteamientos del apelante y del colaborador fiscal formulados en las alegaciones respectivas.

"Quiere decir todo lo anterior que el juzgamiento del condenado Salomón González se llevó a cabo con la asistencia de todos los derechos y garantías que el complejo institucional del artículo 26 de la Ley de Leyes prescribe para tal evento, sin hollar el juzgador tan sagrado patrimonio, garante máximo del debido proceso, tesis que no es puesta en tela de juicio, ni siquiera en forma tangencial por el señor demandante. Asimismo, idéntica predicación se hace para los instantes procesales subsiguientes a los cuales concurrió el procesado sin que sufriera irrespeto en sus prerrogativas constitucionales por los sentenciadores a quo y ad quem. Su protesta ante el segundo, por la decisión del primero, tuvo el escenario pertinente para formularse, así su resonancia en el fallo último no hubiera tenido los alcances que se perseguían, perdiéndose su eco en el silencio censurable, no se niega, del Honorable Tribunal Superior".

En consecuencia, este cargo debe rechazarse.

Segundo cargo

Cuando del apartado segundo de la causal primera de casación se trata, el demandante está obligado a fijar con exactitud la fuente de la violación, vale decir, si es un yerro de hecho o de derecho en la apreciación del caudal probatorio.

En el caso sub judice, la demanda carece de claridad sobre el particular, como puede comprobarse con la lectura de su texto; pero realizando un esfuerzo interpretativo, es posible inferir que el cargo se intenta estructurar dentro de la órbita del segundo apartado de la causal primera por error de hecho, pues expresa que la sentencia acusada "no valora las pruebas existentes en los autos, las ignora" y que "constituye lo anterior un error de hecho".

Cuando se aduce la violación indirecta de la ley, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en la estimación del acervo probatorio, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

El error de derecho consiste en estimar el mérito de los elementos de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de convicción o las que reglamentan su aducción, y el fáctico o de hecho consiste en tener como existente un hecho que no ha acaecido, o en negar o distorsionar el que sí ocurrió, siempre que la prueba erróneamente apreciada demuestre lo uno o lo otro, lo que entraña por este aspecto "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

Ahora bien: cuando la censura se propone sobre la base del error de hecho o del error de derecho en la apreciación probatoria, figura ésta última que no debe ni puede confundirse con el error juris in iudicando (infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea), hay que señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida y demostrar el error mismo, exponiendo las razones que se tienen para afirmar que el sentenciador incurrió en uno de tales yerros. Y luego, partiendo de ese ineludible soporte inicial, habrá de pasarse a la demostración de que fue quebrantado el derecho sustancial. Si así no se procede, como acontece en la tacha analizada, la acusación es deficiente, la proposición jurídica es incompleta y la impugnación, en consecuencia, ineficaz. Más claramente aún: cuando se aduce violación indirecta de la ley en casación, preciso es señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la Ley sustancial (violación fin), orden que no se puede alterar, eludir o desdeñar.

Y en el presente caso, como es observable a primera vista, el demandante no se

ocupó en indicar el precepto adjetivo en su sentir transgredido, y menos el sentido en que lo fuera, ni la Ley sustancial quebrantada, y menos el concepto de tal quebranto.

En conclusión, este cargo tampoco prospera.

De todo lo expuesto fluye que se debe desechar el recurso, conforme al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, y ordenar devolver el expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 15 de noviembre de 1975, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Se halla establecida en nuestra legislación con el objeto de remediar el error de haber condenado a un inocente y no para cuando se ha incurrido en el de absolver a un culpable ni para el caso en que un individuo haya sido condenado a una sanción distinta de la que la ley señala para la conducta delictuosa que se le imputó en el proceso y por la cual fue condenado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre trece de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 46 de septiembre 9/76.

Vistos

Contra la sentencia de 3 de julio de 1973 por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá revocó la proferida por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal de esta ciudad en que absolvía a JOSE DE LA ESPRIELLA OSIO y en su lugar lo condenó a la pena principal de un (1) año de prisión, multa de cien pesos y sanciones accesorias correspondientes, por el delito de lesiones personales de que aparece como ofendido Jaime Acosta Madiedo, hecho ocurrido en Barranquilla el 10 de febrero de 1972, interpuso aquél por intermedio de apoderado recurso extraordinario de revisión que esta Sala tramitó hasta llegar el momento de pronunciarse sobre el mismo.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que el día citado en último término se encontraban José de la Espriella Osío con otras personas en el bar del Club Anglo-Americano de Barranquilla cuando se suscitó una discusión entre aquél y Jaime Acosta Madiedo durante la cual éste resultó herido en la cara, con un vaso que portaba de la Espriella en la mano.

Las lesiones fueron descritas por los médicos legistas de la siguiente manera en su primer reconocimiento:

"Herida cortante al surco naso-labial derecho, de tres centímetros de longitud, que interesó la dermis, sin puntos de sutura, herida cortante de cuatro centímetros de longitud oblicua, que interesó piel y planos profundos al surco naso-labial y labio superior izquierdo con varios puntos de sutura, acompañado (sic) de edema e hinchazón.

"Se le determina incapacidad provisional de doce (12) días salvo complicaciones" (fl. 7).

En posterior reconocimiento por los mismos forenses se dijo:

"Incapacidad la estipulada en el oficio Nº 585 de fecha 11 de febrero/72. Consecuencia: Debe volver dentro de 30 días para determinarlas" (fl. 36).

Y finalmente expresaron:

"Consecuencias: Presenta leve cicatriz lineal no hipertrófica de dos y medio centímetros de longitud al surco naso-labial izquierdo, de carácter permanente que constituye ligera deformidad facial" (fl. 49).

Aparecen en autos tres certificados de médicos particulares, los doctores Jorge

Malkun T., Rafael Caballero Marín y Francisco Sudoa Hoyos.

El primero dice así:

"Que el día 10 de febrero/72 el señor doctor Jaime Acosta Madiedo recibió herida corto-punzante en la región surco meso-labial izquierdo que toma en forma vertical de la mitad del labio superior hasta el ala de la nariz del mismo lado, fue suturada en dos planos (siete puntos internos y seis de piel). Aunque a pesar de la oportuna intervención en la actualidad presenta una cicatriz de unos 6 cms. de longitud, que requerirá cirugía plástica con el fin de corregirla en parte" (fl. 23).

El segundo expresa:

"Que en la fecha (febrero 23 de 1972) ha examinado al doctor Jaime Acosta Madiedo quien presenta una cicatriz de unos seis centímetros de larga en el labio superior, lado izquierdo y en sentido vertical. Como se trata de una cicatriz muy notoria requiere tratamiento quirúrgico (cirugía plástica) para mejorarla en un 70% aproximadamente. No se puede garantizar su desaparición total" (fl. 24).

Y el tercero manifiesta:

"Certifico: haber examinado al señor Jaime Acosta Madiedo quien presenta cicatriz herida (sic), reciente, que se extiende desde el borde libre del labio superior lado izquierdo hacia arriba, a nivel del ala izquierda de la nariz en sentido ongitridonal (sic) y de cuatro (4) centímetros de longitud aproximadamente esta cicatriz constituye desfiguración facial, susceptible de ser modificada con cirugía plástica" (fl. 25).

En la sentencia cuya revisión se solicita dice el Juez refiriéndose al aspecto objetivo del ilícito:

"Dos versiones diferentes dadas por perjudicado y acusado, corroboradas igualmente por dos grupos de testigos, recoge el proceso sobre las circunstancias como tuvo lugar el daño corporal causado a Acosta Madiedo. La primera según la cual, tal daño fue intencional al arrojarle De la Espriella Osío a Jaime Acosta Madiedo el vaso que tenía en la mano y la segunda que indica se trató de un mero accidente cuando por la acción de Acosta Madiedo para obtener las boletas que llevaba en su bolsillo De la Espriella Osío, éste perdió el equilibrio y se le cayó el vaso que sostenía, yendo a parar al rostro de quien a la postre apareció vulnerado.

'a) Concuerdan los testificales Juan Bosco Socha, Jorge Malkún y Alberto Navarro en que José de la Espriella, luego de que Acosta Madiedo introdujo abusivamente su mano en el bolsillo de aquél para apoderarse de las invitaciones que allí guardaba, le lanzó el vaso que portaba.

'b) Alberto Sarmiento Ortega, Ismael Benítez Ruiz y Ramón Cahuana, por su parte, han sostenido, lo mismo que De la Espriella, que al llevar Acosta Madiedo la mano al bolsillo de aquél, contra su voluntad perdió el equilibrio y soltó el vaso que su mano empuñaba. Agregó Sarmiento Ortega que fue entonces cuando el vaso golpeó el rostro de Acosta Madiedo, hecho del que nada dicen los otros declarantes quienes se limitaron a narrar que De la Espriella Osío soltó el vaso pero que no se dieron cuenta qué más ocurriría.

'c). Por lo demás, todos los deponentes, a excepción de Ramón Cahuana que calla sobre este tópico, coinciden en que antes del cruento suceso hubo reclamación de Acosta Madiedo a De la Espriella Osío de las boletas que éste había recibido y entre los dos se presentó una discusión, metiendo entonces Acosta, abusivamente su mano en el bolsillo de De la Espriella, hecho este último del que también dio cuenta Cahuana, agregando Juan Bosco Socha y Jorge Malkún que el bolsillo se rompió".

En la parte considerativa del proveído en examen, expresó el ad quem:

"Efectivamente, como lo anota la Fiscalía, el último experticio médico-legal señala una 'leve cicatriz al surco naso-labial izquierdo', de carácter permanente que constituye ligera deformidad facial, se da, pues, fe de la existencia de la cicatriz y de su permanencia, lo mismo que de la deformidad, localizada, como se ha visto, en el rostro. De suerte que, el grado de mayor o menor gravedad indicado por los galenos, en realidad únicamente viene a calificar esa deformidad que existe y que, por estar localizada en el rostro, constituye 'desfiguración facial', así no llegue a los límites de lo monstruoso y repulsivo, como que aun siendo leve ha alterado el conjunto armónico del semblante, su forma,

de manera permanente porque, como ya se vio, esa cicatriz que constituye la 'deformidad facial', o 'desfiguración' —vocablo este que hace referencia a las cicatrices de la cara y que por lo mismo es sinónimo del primero, no teniendo, por tanto, razón el señor defensor cuando afirma que 'no toda deformidad facial constituye desfiguración facial', porque, si la deformidad, término genérico, es facial, obviamente equivale a la desfiguración, aun siendo leve, es visible y tiene caracteres de permanencia, por lo que la tesis de la no demostración del elemento material del ilícito de lesiones personales planteada por la defensa, debe desecharse".

"No puede aceptarse por inverosímil la versión del incriminado que trata de confirmar uno de los grupos de deponentes y que coloca el hecho en el terreno de lo accidental. Si el vaso, como lo sostienen De la Espriella, Alberto Sarmiento, Ismael Benítez y Ramón Cahuana, se resbaló de las manos del primero al perder el equilibrio por la acción que sobre él ejerciera Acosta Madiedo, mal podía ir a parar al rostro de éste y herirlo en la forma descrita por la pericia médica; admitir tal engendro sería contrariar, como atinadamente apunta el apoderado de la parte civil, la ley de la gravitación universal.

"Las circunstancias que antecedieron al momento en que fue lesionado Acosta Madiedo, así como las características de las lesiones por él exhibidas, no dejan la menor duda de que el hecho fue intencional pues, airado De la Espriella por el proceder de aquél imprimió impulso al vaso que portaba en la mano y se lo lanzó, con los resultados ya conocidos. Esto es lo que resulta del análisis probatorio realizado".

Desechó igualmente el ad quem que De la Espriella hubiese actuado en legítima defensa pues considera que la acción de Acosta Madiedo al introducir su mano en el bolsillo de aquél para sacar de allí unas invitaciones, si bien fue abusiva, no constituyó un grave peligro para la vida, honor o bienes del procesado.

Y concluyó que se hallaban reunidos en los autos los elementos de prueba suficientes para proferir sentencia condenatoria por el delito de lesiones personales que fue la infracción imputada a De la Espriella en el auto de proceder.

Durante el trámite del presente recurso de revisión, se recibieron, a pedido del apoderado del recurrente, varias declaraciones que se resumen a continuación:

El doctor Gilberto Arboleda de la Hoz, médico titulado, depone a fl. 132 del cdno. de la Corte diciendo, en lo pertinente, que no ha advertido ninguna marca o cicatriz en el señor Jaime Acosta Madiedo que pudiese ser señalada como desfiguración facial. Interrogado sobre si una leve cicatriz no hipertrófica, de dos y medio centímetros de longitud, localizada sobre el surco nasolabial izquierdo constituye desfiguración facial siendo así que se confunda con el mencionado surco, respondió negativamente.

El doctor Simón Bermúdez de la Espriella, también médico contestó que al doctor Acosta Madiedo no se le nota ninguna desfiguración facial en el surco labial del lado izquierdo, y aun más, puede decirse que no la tiene.

A una pregunta igual a la que se le hiciera en último término al anterior declarante, también responde de modo negativo.

El doctor Fermín Zurbarán contesta de modo igual a los anteriores las dos preguntas que sobre la existencia de desfiguración facial en Acosta Madiedo y en general sobre la cicatriz coincidente con el surco naso-labial se le formularon.

También se oyó al doctor Jorge Malkum quien ya había declarado en el juicio y que al referirse al incidente entre De la Espriella y Acosta Madiedo expresa que aquél resultó, a consecuencia del mismo, con el bolsillo del saco roto. Sobre la iniciación de los hechos depone diciendo que se originaron porque Acosta Madiedo agredió a De la Espriella metiéndole violentamente en su bolsillo del saco la mano para retirar de allí unas boletas que el recurrente conservaba en su poder. Y luego agrega, ante una pregunta formulada por el apoderado sobre si en el momento de la agresión el recurrente soltó un vaso que tenía en la mano: "Yo vi que el vaso saltó y golpeó contra la cara de Jaime Acosta Madiedo. En el momento en que José de la Espriella retrocedía". Y agregó: "Creo que fue un acto involuntario nacido del retroceso rápido que tuvo que efectuar José de la Espriella". Por último, interrogado so-

bre las consecuencias de la lesión expresa: "Vi ocasionalmente al señor Acosta Madiedo hace aproximadamente quince días (declara el dos de julio del año en curso) estuvimos charlando sobre varios tróvicos (sic) o temas y no le noté ninguna desfiguración facial" (fl. 186 vto).

Otro de los declarantes del proceso, el señor Alberto Sarmiento Ortega vuelve a deponer en el presente recurso para decir, en sustancia, lo mismo que los anteriores (fl. 182 ibidem).

Otro tanto ocurre con las declaraciones de Alberto Navarro Moreno (fl. 183 íd.) y Luis Eduardo Consuegra (fl. 184 íd.).

Finalmente se hizo practicar por los Médicos Legistas de Barranquilla un nuevo examen al ofendido Jaime Acosta Madiedo, con el siguiente resultado:

"Presenta: leve cicatriz lineal superficial de dos centímetros en surco nasolabial izquierdo de carácter permanente que no constituye desfiguración facial ya que se puede confundir con pliegues de la cara" (fl. 193). Este dictamen lleva fecha julio 5 de 1975.

Concepto de la Procuraduría

Pide el Procurador Segundo Delegado Penal que se niegue la solicitud de revisión del proceso a que se viene haciendo referencia.

Fundamenta su petición en tres razones que se resumen a continuación:

Primera razón. Es impertinente la invocación de la causal cuarta porque el fallo no se apoyó en una prueba secreta que no existía en el proceso ya que lo que el demandante propone es una nueva interpretación del dictamen médico legal de 28 de marzo de 1972 el cual no es, en manera alguna, secreto pues aparece en el expediente en forma reiterada a fls. 7, 23, 24, 25 y 36.

Segunda razón. Es también impertinente la referencia a la causal quinta de revisión porque no se han presentado hechos nuevos, es decir, aquellos no conocidos al tiempo de proferirse la sentencia acusada ya que lo que ocurre es que el demandante ha llevado a cabo una nueva interpretación de los dictámenes médicos a que se ha hecho referencia.

Además, aquél no discute la existencia del delito sino sus consecuencias, ni niega la autoría de José De la Espriella.

Estima la Procuraduría, además, que el hecho de que las consecuencias de las lesiones desaparezcan bien sea por el transcurso del tiempo o por la intervención médica "no constituye motivo válido para recurrir en revisión conforme a nuestra legislación porque el daño en el cuerpo o en la salud constituye el delito de lesiones personales en los términos del artículo 371 del estatuto sustantivo, y las disposiciones que le siguen apenas regulen las sanciones de acuerdo con las consecuencias, más o menos graves de dicho daño".

Tampoco considera el Ministerio Público como hecho nuevo el que las lesiones no hubieran sido voluntariamente causadas sino que hubieran ocurrido en forma casual por cuanto esta situación fue ampliamente discutida en el proceso, no sólo en el auto de proceder sino también en la sentencia y no únicamente por el juez de primera instancia sino por el de segunda.

Tercera razón. Sostiene la Procuraduría que la prueba se recaudó con prescindencia del Ministerio Público ya que el artículo 586 del Código de Procedimiento Penal dispone que el auto por el cual se abre a pruebas el proceso por treinta días se debe notificar personalmente al Procurador General de la Nación y que las providencias que ordenaron la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa no le fueron notificadas por lo cual no se pudo oponer a algunas de las preguntas que fueron formuladas a los testigos y que requerían de estos no una declaración sobre hechos sino una opinión con violación de lo dispuesto por el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal.

"Por último, dice el Agente del Ministerio Público, no deja de sorprender a esta Procuraduría Delegada el hecho de que el médico Jorge Malkun y el señor Alberto Navarro ante el Comisario Octavo de Policía Municipal de Barranquilla, el mismo día de los acontecimientos, afirmaron bajo juramento que De la Espriella había lanzado el vaso que tenía en la mano a la cara del señor Acosta (fls. 3 y 4), y ahora con motivo del recurso de revisión afirman precisamente lo contrario, también bajo

juramento es decir, que se trató de un acto 'involuntario' (fls. 180 y 183 v. del cuaderno de la Corte).

"Como puede haberse cometido un delito contra la administración de justicia, debe expedirse copia de lo pertinente para que se investigue la conducta de los señores Jorge Malkun y Alberto Navarro".

Alegato del apoderado del recurrente

Expone por aparte las razones en que sustenta la invocación de las causales cuarta y quinta de revisión. Enseguida se resume lo que dijo a propósito de cada una de ellas.

Causal cuarta. Sostiene que se condenó a su poderdante por una infracción atribuida en primera instancia a los jueces municipales ya que, en su concepto, de los últimos exámenes médicos se colige que la lesión no produjo deformidad ni desfiguración facial, transitoria o permanente, a Jaime Acosta Madiedo "razón por la cual viene a quedar en pie una incapacidad de doce días simplemente".

Agrega que en virtud de lo dicho en el último dictamen médico se tiene que De la Espriella Osío fue condenado "por una infracción que no tuvo vigencia legal, como quiera que en ningún momento se aprecian en el expediente los elementos descriptivos del inciso final del artículo 373 del Código Penal, sino los correspondientes al inciso primero del artículo 372 del mismo tratado".

Asevera, además, que el último examen médico legal ha puesto en evidencia una prueba que no existía en el proceso o sea que el ofendido Jaime Acosta Madiedo, en ningún momento tuvo desfiguración facial ni deformidad siquiera transitoria puesto que la "cicatriz lineal" venía a confundirse con los pliegues de la cara o rostro "indicativo de que esta secuela por la cual se le condenó era ficticia, circunstancia que se estableció en este proceso, por lo que la verdad real se descubrió actualmente para demostrarle a la Honorable Corte Suprema de Justicia que se cometió un error judicial al apreciar un dictamen pericial, cuya equivocación se evidenció tan pronto se produjo el postrer examen practicado al lesionado".

"En definitiva, expresa, se solicita la revisión del proceso por cuanto mi poderdante fue condenado por un experticio no obrante en autos, ya que el que se analiza por el sentenciador de segunda instancia no obedece a lo explicado por los médicos legistas".

Más adelante agrega que se sancionó a su poderdante con base en una prueba oculta, ocultación que se refiere "no a que exista un concepto sino a que de él se tomaron presupuestos de hecho no reseñados allí o mejor de interpretación acomodaticia que desdibujaron la verdad verdadera, en atención a que José de la Espriella Osío fue sentenciado por una infracción que tuvo como piso sustancial un dictamen fantasma, inexistente, irreal".

Causal quinta. Considera el dictamen producido por los médicos legistas durante el trámite del presente recurso como una prueba nueva o punto nuevo que se encuentra reforzado con los testimonios de los médicos Jorge Malkun, Gilberto Arteta de la Hoz, Simón Bermúdez de la Espriella, Fermín Zurbarán y Luis Eduardo Consuegra, pruebas que, en su sentir, descartan la presencia de lesiones visibles en la faz de Jaime Acosta Madiedo.

Añade que no se trata de que el transcurso del tiempo haya hecho desaparecer las consecuencias de la lesión inferida a éste sino que ellas jamás existieron y arguye apoyándose en varios tratadistas de medicina legal, que para poder calificar de desfiguración facial las consecuencias de una herida en el rostro, es necesario que estas sean visibles lo cual en su concepto, no ocurre en el presente caso.

Para rebatir la afirmación de la Procuraduría en el sentido de que el delito de lesiones personales está descrito por el artículo 371 del Código Penal y las demás disposiciones de ese mismo capítulo se limitan a aumentar la pena para las modalidades de la conducta punible, asevera que aquella norma sólo se refiere al tipo básico pero que las demás contemplan "una serie de delitos independientes" por lo cual las sanciones que para ellos se señalan "deben aplicarse separadamente de los tipos originales ya que cada uno de ellos contemplan elementos estructurales distintos de aquéllos que forman el tipo básico,

aunque sí comprendan parte de la estructura de la figura que les da nacimiento jurídico".

Y termina diciendo:

"En resumen, el dictamen pericial en sí es un hecho nuevo y no una interpretación de los peritajes actuantes en el negocio original. Es nueva prueba, no solo en sentido cronológico sino probatorio, porque expone a la luz del procedimiento el grave error judicial de la condena de un ciudadano por un delito inexistente, puesto que en ningún momento el señor Jaime Acosta Madiedo exhibió las graves lesiones que precipitadamente le adjudicó el juzgador de segunda instancia".

Consideraciones de la Corte

1. Antes de entrar en el examen de las causales de revisión invocadas por el demandante, la Sala considera necesario asentar que el recurso extraordinario mencionado solo se halla establecido en nuestra legislación con el objeto de remediar el error de haber condenado a un inocente y no para cuando se ha incurrido en el de absolver a un culpable ni para el caso en que un individuo haya sido condenado a una sanción distinta de la que la ley señala para la conducta delictuosa que se le imputó en el proceso y por la cual fue condenado.

Estas conclusiones se basan en la forma como se hallan estatuidas por el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal las causales de revisión ya que en los diversos numerales de dicha norma se contemplan sólo situaciones en que un individuo ha sido condenado injustamente ya porque estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas (numeral 1º), o porque, en caso de una condena por homicidio, se compruebe la existencia del sujeto pasivo de la acción incriminada (numeral 2º), o porque se haya dictado la sentencia condenatoria con base en testimonio, peritación, prueba o documento falsos (numeral 3º) ya porque la condena haya sido obtenida con base en documento o prueba secreta que no existía en el proceso (numeral 4º) ora, finalmente, cuando después de la condena aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas que constituyan siquiera indicios de la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados (numeral 5º).

Basta, se repite, la lectura de esas causales para concluir, sin duda alguna, que se refieren a casos en que se ha condenado a un inocente.

En esto nuestro Código ha seguido la corriente de la inmensa mayoría de los ordenamientos procesales modernos que consagran la revisión de las sentencias condenatorias sólo para decidir sobre la inocencia o responsabilidad del condenado. Los pocos que admiten como causal de revisión la menor punibilidad o la distinta pena la mencionan expresamente y los tratadistas la consideran como un agregado a la fuente italiana que es el origen común de la mayoría de las legislaciones en esta materia (ver Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, Tomo V pág. 559 y nota 520).

Y la razón de que se exija norma expresa para consagrar como causal de revisión el error en la pena radica en la naturaleza excepcional de este recurso que va, como tantas veces se ha dicho, contra la cosa juzgada y ataca la firmeza de la condena penal.

Otra de las consecuencias que fluyen del examen de las causales de revisión es que ellas ora se basan en situaciones de hecho como ocurre con las causales primera y segunda, ya en la constatación, posterior al proceso, de la falsedad de las pruebas en que se basó la condena, bien en hechos o pruebas aparecidos con posterioridad a ésta.

Pero en ningún caso permiten una nueva evaluación del poder de convicción de las pruebas que obraron en el proceso. "Debe tratarse, como dice el autor citado antes, de circunstancias externas o extrínsecas del proceso concluido con la resolución impugnada".

Significa todo lo anterior que la revisión no tiene por objeto remediar todos los errores que se hayan podido cometer en un proceso penal sino solo aquellos fundamentales que hayan conducido a la condenación de un inocente. No se inspira, para usar la frase de Manzini, en un ideal de perfección, y aun, en el caso de la causal

primera si bien, como dice el mismo autor, unas veces suministra elementos para eliminar el error otras veces puede ser ocasión de que prevalezca éste sobre la justicia ya que lo que en ese caso se persigue es que cese la inconciliabilidad de los fallos.

2. Entrando, ahora sí, en el examen de las causales invocadas, se tiene:

Causal cuarta. La alegación de que De la Espriella fue condenado con base en una prueba que no obraba en los autos por cuanto, según el demandante, la peritación tomada en cuenta por los juzgadores y en que se decía que la lesión había dejado como secuela una desfiguración facial era equivocada ya que, de acuerdo con el actor, el concepto médico legal traído a los autos durante el trámite del presente recurso demostró que tal desfiguración no había existido, no es admisible porque la prueba sí obraba en los autos y aparece en el expediente a f. 49. Allí se dice, como ya se dejó expresado, que el ofendido "presenta una leve cicatriz no hipertrófica de dos y medio centímetros de longitud al surco nasolabial izquierdo de carácter permanente que constituye ligera deformidad facial" conclusión ésta reforzada por los dictámenes de los médicos particulares que examinaron a Jaime Acosta Madiedo, entre ellos el doctor Jorge Malkun quien intervino en su carácter de profesional de la medicina tan pronto se produjo la lesión.

La causal que se viene mencionando basa la revisión en la existencia de una prueba secreta tomada como base por el juzgador de instancia para condenar a una persona.

La noción de prueba secreta requiere que haya existido a la época del juzgamiento, que no sea conocida por las partes sino sólo por el juez y que haya sido decisiva para que éste dicte sentencia condenatoria.

Es fácil ver que en el presente caso no hubo tal prueba ya que, como se deja dicho, el juez se basó en las que obran en el expediente para fundar la condenación y el haberse producido durante el trámite de la revisión una prueba que se refiere al estado actual de las secuelas producidas por la lesión, no le da el carácter de prueba secreta al certificado de los legistas que establece la situación de éstas en el momento de examinar al ofendido.

De otra parte es preciso aseverar que aun cuando las consecuencias de la lesión constatadas en el proceso hubieran desaparecido no por eso sucedería lo mismo con el ilícito ya que éste existiría a menos de intervenir causas excluyentes de la culpabilidad o de la responsabilidad lo que no ha ocurrido en el presente caso.

La dosificación menor de la pena o el cambio de la sanción, no son, como ya se deja dicho, aspectos que deban examinarse en revisión pues éste se dirige a establecer la inocencia total del reo y no las injusticias parciales de su condenación.

No prospera, por lo tanto, el cargo.

Causal quinta. El cargo formulado a la sentencia con base en esta causal es, sustancialmente, el mismo que se deja examinado sólo que se hace, en esta oportunidad, énfasis en que se trata de un hecho nuevo.

No entra la Sala a examinar si la desaparición de la desfiguración facial, señalada en el dictamen médico que sirvió de base a los jueces de instancia para establecer las consecuencias del hecho juzgado y señalar, de acuerdo con ellas, la norma penal infringida, es o no un hecho nuevo.

Porque, aun cuando lo fuera, no haría desaparecer el delito ya que, en el presente caso éste produjo dos clases de consecuencias una incapacidad de doce (12) días según puede verse en los dictámenes de los médicos legistas (fls. 7 y 36) y una "ligera deformidad facial" (fl. 36).

Ahora bien: un daño en el cuerpo o en la salud constituye, salvo que intervengan circunstancias excluyentes de la culpabilidad o de la responsabilidad, delito de lesiones personales.

Lo único que varía es la pena que se mide según las consecuencias que produzcan.

Estas aseveraciones implican el rechazo de la tesis sostenida por el actor en el sentido de que las conductas contempladas en el capítulo segundo del título quince del Código Penal constituyen "una serie de delitos independientes".

Eso no es cierto. Existe un tipo básico de lesiones personales, que es el descrito por el artículo 371 del Código Penal. Los demás son dependientes del mismo y no figuras

autónomas como lo pretende el demandante.

En efecto, las demás normas legales contenidas en el capítulo que se deja mencionado hace referencia a la que se acaba de citar al punto que no vuelven a definir la conducta punible sino que se limitan a señalar la descrita en dicha norma diciendo simplemente "si la lesión produjera..." Es decir que se trata, no de tipos básicos, esto es, que contemplen delitos distintos al de lesiones personales, sino de tipos subordinados la mayor parte de los cuales pueden considerarse no como especiales sino como complementados ya que se refieren a uno fundamental, el del artículo 371 del Código Penal, al que agregan algunas características suplementarias no respecto a la conducta, que sigue siendo la misma, sino en relación a las consecuencias.

Al condenar a De la Espriella Osio de conformidad a cualquiera de las normas que integran el capítulo mencionado, se le estaba sentenciando por lesiones personales y esa situación no la hace variar al error que hubiera podido cometer, pero que no se demostró hubiera cometido, el juzgador al subsumir la conducta en una norma distinta a la que le correspondía.

Y como, según se advirtió al comienzo de la parte motiva, el objeto del recurso de revisión es el de reparar el yerro de haber condenado a un inocente y de autos no aparece, en forma alguna, que esa fuera la situación del recurrente, se concluye que no hay base jurídica para ordenar la revisión del proceso.

3. Respecto a la solicitud que, al final de su concepto, hace la Procuraduría de que se ordene copia de lo pertinente para que se investigue el posible delito contra la administración de justicia que hubieran podido cometer los declarantes Jorge Malkun y Alberto Navarro quienes en el proceso manifestaron, bajo juramento, que De la Espriella había arrojado el vaso a la cara de Acosta (fls. 3 y 4) y en el presente recurso expresaron que ese fue un acto involuntario del recurrente (fls. 180 y 183 vto.) la Sala encuentra fundada dicha petición y habrá de disponer lo pertinente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero DESECHAR el recurso de revisión contra la sentencia a que se refiere la parte motiva de la presente.

Segundo. DISPONER que de lo pertinente se saque copia que será remitida al juez competente a fin de que se decida si es el caso de abrir investigación contra el doctor Jorge Malkun y el señor Alberto Navarro por posible delito contra la administración de justicia.

Cópiese, notifíquese y archívense las diligencias previa devolución del expediente original al Juzgado 27 Penal Municipal de Bogotá.

Lisandro Martínez Zúñiga (Conjuez), *Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA

No basta que el agente del delito tenga la calidad de miembro de la Policía y hubiere estado en servicio al tiempo de la realización de la conducta ilícita, para que quede sometido a la jurisdicción castrense, se requiere además, que tal ilícito se haya cometido con ocasión del servicio o por causas del mismo, o de funciones inherentes al cargo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre dieciséis (16) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 47.

Vistos

Agotado el trámite de ley, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, proferida el 25 de noviembre de 1975 y confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad que condenó a Elías Belaides Campo "a la pena principal de DIECISIETE (17) AÑOS DE PRESIDIO, por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO" cometido en la persona de Soledad Sofía Vásquez Sotelo, y a las accesorias correspondientes.

El recurso fue concedido por el ad quem y declarado admisible por esta Sala en auto de 22 de marzo del corriente año.

Presentada en oportunidad la demanda sustentatoria del recurso, se declaró ajustada a las exigencias legales formales y se ordenó correr su traslado a la parte no recurrente.

Los hechos

Los que dieron origen a este proceso los relata el juzgador de primera instancia, en el auto de 4 de julio de 1974, ciñéndose a la realidad procesal, así:

"Aproximadamente a las dos de la madrugada (2 a. m.) del día veinte (20) de febrero del corriente año, el sindicado ELIAS BELAIDES CAMPO se presentó a la pieza de la casa de habitación ubicada en Tierralta en la carrera doce (12) con calle séptima (7ª) y se acostó con su concubina Soledad Sofía Vásquez Sotelo, quien se encontraba con sus compañeras de trabajo Ana Clarilde Murillo Oliveros y Reinalda Herrera Nieto; el inculpado intercambió algunas frases con su mujer quien le reclamaba que no le había cumplido lo prometido y que por eso se iría del lugar, por lo que éste le respondió que si lo hacía la eliminaba, diciéndole después que esos eran juegos y pasado ese intercambio de palabras, estando acostada la víctima, le hizo un disparo con la carabina que portaba como Agente de la Policía que era para esa época, causándole la muerte".

Actuación procesal

Clausurada la investigación y emitido concepto por el Agente del Ministerio Público, se calificó el mérito del sumario mediante el auto de 4 de julio de 1974, que llamó a "juicio criminal por los términos ordinarios en que interviene el Jurado de conciencia, al sindicado ELIAS BELAIDES CAMPO... por el delito de homicidio per-

petrado en la persona de SOLEDAD SOFIA VASQUEZ SOTELO..."

Apelado este auto por el defensor, fue confirmado por el Tribunal Superior en proveído de cuatro (4) de octubre del mismo año.

En la audiencia pública celebrada el 29 de agosto de 1975, se sometió a la consideración de los jueces de hecho el siguiente cuestionario:

"El acusado Elías Belaides Campo es responsable de haber ocasionado la muerte a la señora Soledad Sofía Vásquez Sotelo, a quien con el propósito de matar y abusando de sus condiciones de inferioridad personal le infirió una herida con arma de fuego (carabina) que le ocasionó su deceso.

"Los hechos ocurrieron el día 20 de febrero del año de mil novecientos setenta y cuatro (1974), aproximadamente a las 2 a. m. en Tierralta (Córdoba)".

El tribunal popular respondió por unanimidad: "Sí es responsable".

Con fundamento en este veredicto se dictaron las sentencias de primero y segundo grado, la última de las cuales es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante le formula dos cargos al fallo censurado, a saber:

Primer cargo

Consiste él en lo siguiente:

"Como viene demostrado en autos el hecho imputado al ex-agente ELIAS BELAIDES CAMPO, ocurrió en la población de Tierralta el día 20 de febrero en las horas de la madrugada, cuando de un disparo de carabina, que el sindicado consideró accidental, dio muerte a su reciente concubina SOLEDAD SOFIA VASQUEZ SOTELO.

"El procesado Belaides Campo, a tiempo de cometer el hecho era miembro activo de las fuerzas de Policía Nacional y precisamente a esa hora en que sucedio el hecho estaba de servicio, el cual prestaba en el hospital de aquella población (Tierralta, Córdoba).

"La prueba que era miembro activo de las Fuerzas de Policía Nacional se halla en el expediente a folios 59, donde consta la POSESION y se cita la RESOLUCION Nº 22 de agosto del año de 1972, por la cual se le nombró o dio de alta como Agente Alumno de la Policía Nacional. Asi mismo hay constancias procesales con las que se prueba que esa madrugada estaba de servicio...

"Queda, pues, demostrado que ELIAS BELAIDES CAMPO en la madrugada del 20 de febrero de 1974, estaba de servicio. Estaba prestando servicio en el hospital de Tierralta, cuidando a un detenido. Estando de servicio, aprovechó a esa hora para ir a visitar a su mujer, la joven Soledad Sofía Vásquez Sotelo, con el resultado fatal de su muerte.

"Así las cosas, tenemos que el juzgamiento del agente correspondía a la Justicia Penal Militar y no a la justicia ordinaria como se hizo en este caso. Siendo que ello es así y que, en cambio, fue la justicia ordinaria la que tramitó, investigó, calificó, celebró audiencia pública con jurados y finalmente falló este proceso, luego está viciado de nulidad...

"El hecho de que el agente Belaides Campo hubiera estado prestando servicio en el hospital de Tierralta, a partir de la una de la madrugada del día 20 de febrero de 1974 fue la circunstancia para que estuviera armado de la carabina y ese mismo servicio a esa hora fue la 'OPORTUNIDAD O COMODIDAD DE TIEMPO O LUGAR' para que lo acaecido sucediera, lo cual permite calificar el hecho como ocurrido en ocasión del servicio que prestaba, correspondiéndole, por lo mismo, la competencia a la Justicia Penal Militar...

"Si como lo indica el artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar, el militar que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cause la muerte de otra persona... estará sujeto a las penas determinadas en esta norma, quiere decir que al aplicársele el procedimiento penal ordinario se incurrió en vicio de nulidad de orden constitucional, porque el juzgamiento del procesado Belaides Campo ha debido ser por el procedimiento de la Justicia Penal Militar,

ya que a tiempo de cometer el hecho era miembro activo de las Fuerzas de Policía y se hallaba prestando servicio. Y si de otro lado, el inciso segundo del artículo 306 del Código de Justicia Penal Militar dispone que 'La competencia para conocer de un asunto Penal Militar depende de la calidad del agente, de la naturaleza de la infracción y del lugar donde ésta se haya cometido'. Y si además, conforme al artículo 307 ibídem, están sometidos a la jurisdicción militar: '1º) Todos los militares en servicio activo'. Y si el artículo 284 ibidem determina que 'Para los efectos de este Código (el Penal Militar), los términos militar, o militares, se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Libro II'. Y si también, el artículo 308 ibídem dispone: 'LA JUSTICIA PENAL MILITAR CONOCE: 1º De los delitos definidos y sancionados en el presente Código'.

"Pregona todo lo anterior incuestionablemente que la sentencia impugnada recayó sobre un proceso viciado de nulidad, nulidad de orden constitucional, violatoria del artículo 26 de la Constitución de la República de Colombia.

"Acuso, pues, la sentencia de que se trata de ser inválida, por NULIDAD CONSTITUCIONAL, que tiene su apoyo en el artículo 26 de la Carta, y en consecuencia solicito sea CASADA, de acuerdo con la causal 4ª enunciada al principio de los fundamentos del cargo".

Segundo cargo

En síntesis, estriba este cargo en acusar a la sentencia impugnada por haber incurrido en error en la denominación jurídica del delito.

Sobre el particular dice el actor:

"El proceso demuestra que antes de la madrugada de esta desgracia en que perdió la vida la joven Soledad Sofía Vásquez Sotelo, Belaides se unió maritalmente a ella, es decir, que apenas tenía unas horas de ser marido y mujer. Que, precisamente, por estar en plena luna de miel, aprovechó la oportunidad de que estaba prestando servicio en el hospital, en las horas de la madrugada, para ir a visitar a su reciente mujer. Explica en su indagatoria que estando acariciándola y como estaba en trance de salir a cumplir su servicio, del que transitoriamente estaba volado, por tener la carabina, al hacer un movimiento acostado al lado de su mujer, la tal carabina se le enredó con la placa distintiva de agente y se le salió el disparo fatal. Entonces lloró amargamente sobre el cuerpo de su amada, con lamentos, y luego salió llorando y fue a la casa de su suegra a informarle de la desgracia que había protagonizado sin dolo. Y luego se entregó en su cuartel".

Afirma que "lo que pone de bulto el error en la calificación, además de la indagatoria del sindicado es el dictamen de los médicos que hicieron la autopsia y el cual figura al folio 44 del cuaderno original..." y concluye así:

"Si como lo indica la causal 5ª del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal es causa de nulidad en los procesos penales, "Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época y.... la sentencia acusada recayó sobre un proceso viciado de nulidad. Claro que esta nulidad es de orden procesal que permite invalidar la sentencia porque la calificación no debió ser de Homicidio Agravado sino de Homicidio Culposo, determinado así en la parte motiva y no de asesinato, como se calificó..."

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, representante en esta oportunidad del Ministerio Público, analiza detalladamente los cargos y concluye que debe "desecharse la demanda a estudio y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen".

Se considera

Primer cargo

Esta Sala, en providencia de 25 de septiembre de 1970, dirimió la colisión negati-

va de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Superior de Cúcuta y el Comando del Departamento de Policía "Norte de Santander", respecto del conocimiento del negocio que por el delito de homicidio se adelantaba contra el ex-Agente de la Policía Nacional Olinto Alvarez Parada. Se transcribe, ratificándola, la parte pertinente:

"...Así, el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, adoptado como ley por la 48 de 1967 (5 de diciembre), dispone que 'el personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen'.

"Se concluye entonces que el conocimiento de este negocio corresponde a la justicia penal ordinaria, puesto que, como se observa en el proceso, allí no hubo ninguna relación de causalidad ni de ocasión entre los hechos y el servicio; el inculpado obró fuera de las funciones propias de tal servicio...

"No basta, en consecuencia, que el agente del delito tenga la calidad de miembro de aquel Cuerpo y hubiera estado en servicio al tiempo de la realización de la conducta ilícita, para que quede sometido a la jurisdicción castrense. Es indispensable que la infracción penal haya tenido relación con el cargo oficial en alguna de las hipótesis previstas en la disposición antes transcrita. De no ser así, el conocimiento del hecho delictuoso compete a la justicia ordinaria y el procedimiento a seguir es el propio para la sanción de los delitos comunes' (autos de 18 y 28 de julio de 1969, 7 de noviembre del mismo año y 21 de abril de 1970)".

Y en proveído de 25 de julio de 1372, esta Sala se expresó de este modo:

"La Corte reitera, con relación al artículo 5º del Decreto 2347 de 1971 (antes el artículo 11 del Decreto 1667 de 1966, que fue adoptado como ley por la 40 de 1967), que él 'exige como condición del fuero allí establecido, esto es, para el juzgamiento del personal de la Policía Nacional con arreglo a las prescripciones del Código de Justicia Penal Militar, que el delito se haya cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo. No basta, en consecuencia, que el agente del delito tenga la calidad de miembro de aquel cuerpo y hubiera estado en servicio al tiempo de la realización de la conducta ilícita, para que quede sometido a la jurisdicción castrense...

"En algunos casos como el planteado no caben sino los términos de esta disyuntiva: el delito se cometió con ocasión del servicio, o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo, y entonces debe ser juzgado por la Justicia Penal Militar, independientemente de que exista o no perturbación del orden público; o se cometió fuera de esas circunstancias y entonces su juzgamiento corresponde en cualquier tiempo a la justicia penal ordinaria.

"El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define ocasión como 'oportunidad o comodidad de tiempo o lugar que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa'. Mas, como lo ha dicho la Corte puntualizando el sentido y el alcance del artículo 8º del varias veces citado decreto, la oportunidad o comodidad deben emanar del propio servicio o de los deberes propios de la función".

En el caso sub judice, es indubitable que la infracción materia del proceso no tiene relación alguna con el cargo oficial de la Policía en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo que se acaba de citar.

"Cualquiera de las tres figuraciones presupone —apunta el Procurador Primero Delegado en lo Penal— una indestructible relación de causa a efecto entre el delito cometido por el miembro de la Policía Nacional y el servicio Oficial por él prestado o con las funciones inherentes del cargo, en forma tal, que sin lo uno, no puede darse lo otro, es decir, que el punible no hubiera tenido existencia sin la prestación de servicio policivo, no tomado éste en forma genérica o por la sola circunstancia de pertenecer al cuerpo armado o vestir su uniforme y portar sus insignias, sino porque la ilicitud afloró con ocasión del mismo servicio, o por causa suya, circunstancias exhaustivamente explicadas en diferentes pronunciamientos de la Honorable Corte.

"Si a un miembro de la Policía Nacional se le ha fijado una función específica, una

prestación de servicio único, para el caso de autos cuidar de un detenido en el Hospital, desobedeciéndose la orden que su inmediato superior le había impartido, no va al sitio o lugar donde ha de ejercitar las funciones de su cargo o prestar el servicio específico, sino que se dedica a otras actividades de suyo particulares y en desarrollo de ellas, comete un delito, no puede invocar el fuero para el juzgamiento, por cuanto no violó el ordenamiento penal sustancial ni por ocasión del servicio, menos por causa de él, tampoco como consecuencia de las funciones inherentes a su cargo.

"Afirmarse, como se hace en la demanda presente, que visitar un agente de la Policía a su amante, y, más aún, cohabitar con ella, dándose término a tan privadas y personales actividades con la muerte de aquélla, es conducta que encaja dentro de las previsiones del artículo 3º del Decreto 2347 ya citado, es un desatino mayor que obliga su rechazo. Si el homicidio se hubiera cometido en el Hospital donde estaba el detenido que se había encomendado cuidar al condenado Belaides Campo, no en la persona de la amante, sino a vía de ejemplo, en la del detenido al intentar la fuga, o de otras personas que pretendieran impedir su vigilancia, ahí sí hubiera sido por ocasión del servicio. Se está significando con lo anterior que el delito tiene que estar en relación directa, sin solución de continuidad en el tiempo, con el servicio prestado, o con la función propia del cargo.

"Algunos deponentes (Ana Clarilde Murillo y Reinalda Herrera, folios 10 y 11) afirman que el reo al llegar a la pieza donde habitaba su amante, le manifestó 'iba para el Hospital a cuidar un detenido', o que 'él iba a hacer un turno pal (sic) hospital', expresiones de por sí suficientes para dejarse por sentado que el homicidio ejecutado en la amante del Agente de la Policía no tiene ningún nexo de causalidad con el servicio que se le había fijado, o con funciones propias de su cargo. Todo lo contrario. En vez de estar en el sitio que se le había encomendado vigilar, estaba en otro diferente, en flagrante desobediencia de orden superior. Y si se acepta lo que el mismo Belaides dice en su indagatoria, que el censor trae como argumento para sus pretensiones, a la misma conclusión hay que llegar, pues aquél afirma haber abandonado el puesto y el servicio requerido para irse a visitar a su amante".

En conclusión, no habiéndose cometido el delito ni en ocasión del servicio, ni por causa de él ni de las funciones inherentes al cargo de agente de la Policía, el condenado debió ser juzgado, como realmente lo fue, por la justicia ordinaria y no por la castrense. Por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Es obvio que en la sentencia recurrida no se incurrió en error en la denominación jurídica del delito; el condenado fue llamado a juicio por homicidio y ello no cambia la figura genérica de esta infracción para tipificarla como entidad delictual distinta de la misma.

De lo expuesto se infiere que ha de procederse de acuerdo con el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desechando el recurso y ordenando devolver el expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia de modo expreso en la parte motiva de la presente providencia y ORDENA devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REFORMATIO IN PEIUS

De conformidad con el Artículo 3º de la Ley 17 de 1975

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, D. E., septiembre dieciséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 47

Vistos

En escrito de 14 de junio del año próximo pasado, el doctor Ofni Patiño Ámézquita, en su condición de defensor de oficio del procesado JOSE JESUS VALENCIA, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 78 numeral 4º del Código de Procedimiento Penal recusó a los Magistrados integrantes de la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Manizales doctores Guillermo Buriticá Restrepo, Rafael I. Gaitán Pinzón y Hugo Isaza Mejía, con el fin de lograr su separación del conocimiento del proceso que por los delitos de homicidio, violencia carnal y robo se adelanta contra el procesado Valencia y otros.

La recusación tiene como fundamento los siguientes hechos:

a) El procesado José Jesús Valencia fue llamado a responder en juicio criminal por los referidos delitos en concurso, y en complicidad con otros sindicados. Contra esta decisión se interpuso, por el procesado, recurso de apelación y en la tramitación de ella, el Tribunal resolvió decretar una nulidad con el preciso fin de que el Juez a quo calificara los hechos de acuerdo con la realidad probatoria del proceso, y según las pautas que le señaló el propio Tribunal;

b) Por lo anterior, considera el abogado recusante, que los Magistrados han incurrido en la causal 4ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, por "haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso..." fuera de que, con ese proceder los intereses de su patrocinado sufrieron grave lesión que el profesional trata de remediar a través de la recusación propuesta. Sobre los aspectos colaterales a la recusación no podrá pronunciarse la Corte porque ellos son de exclusiva competencia del Tribunal, por una parte, y además no están considerados por la ley como motivos de recusación.

Los Magistrados recusados contestaron los cargos mediante auto de 6 de agosto del presente año, rechazando la recusación con fundamento, entre otros, en las siguientes consideraciones:

De acuerdo con decisión de esta Sala la Corte "se" declaró improcedente el impedimento presentado por un Magistrado... para conocer de un proceso porque en su calidad de Juez Superior... había dictado el auto enjuiciatorio. Explicó la Corte que también el Juez o el Magistrado con frecuencia dictan auto de proceder y luego tienen que proferir o revisar la sentencia. Y que "si de ello nacieran impedimentos, por concepto de la causal 4ª citada, Jueces y Magistrados se quedarían prácticamente sin trabajo, y se multiplicarían los nombramientos de conjueces o los llamamientos a otros funcionarios que suplieran a los impedidos. El preconcepto implicado en tales casos, es legítimo, porque es ejercicio de la función misma; y tiene ade-

más la ventaja de su publicidad y del control de las partes y aun del órgano mismo de justicia" (fl. 407-8).

Agregan los Magistrados, que en el caso de autos, si bien puede entenderse que existió un pronunciamiento sobre el fondo de la situación planteada, al decretar la nulidad del proceso y fijar las pautas para el nuevo auto calificatorio, esto se hizo "con plena competencia, puesto que precisamente la nulidad de orden constitucional hubo de declararse ante la imposibilidad jurídica de revisar el enjuiciamiento de dos de los sindicados que no habían hecho uso del derecho de apelación". Este mismo procedimiento, dice la Sala, es el que debe utilizarse para el caso de que sea preciso decretar una nulidad al tenor de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, siendo necesario e imprescindible que en tal hipótesis se haga un examen a fondo de la situación procesal, y sin que ello sea base legal para una posterior recusación con fundamento en la citada disposición.

Es incontestable que la causal de recusación a que se refiere el numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la hipótesis de que el Juez o Magistrado haya "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso" solamente podrá referirse a una "opinión" expresada en forma abusiva, es decir sin título legítimo que lo autorice para ello, o sea de manera privada, en ningún caso, en ejercicio de la función jurisdiccional porque de aceptarse ese significado amplio a la causal referida, se crearían, sin duda, los trastornos en la rama jurisdiccional, de que da cuenta la decisión de la Corte recordada por el Tribunal.

En el caso sub examine no queda la menor duda que el estudio a fondo que hizo el Tribunal sobre la situación sometida a su juicio a través del recurso de apelación oportunamente interpuesto y de la consulta ordenada por el a quo, lo realizó con plena legalidad, es decir, en ejercicio de la función que como juez de segundo grado le otorga la ley.

No comparte, sin embargo, la Sala, el criterio expresado por el Tribunal cuando afirma que se vio precisado a decretar una nulidad de naturaleza constitucional "ante la imposibilidad jurídica de revisar el enjuiciamiento de dos de los sindicados que no habían hecho uso del derecho de apelación". No se ve por cuál razón de orden legal se pueda afirmar de la existencia de una "imposibilidad jurídica" para revisar una actuación que ha llegado al Tribunal ora por apelación, o ya en el grado de consulta de que trata el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

Posiblemente el Tribunal se refiere a un fallo de la Sala Penal de la Corte, que, precisamente por ser mera jurisprudencia no tiene el grado de obligatorio sino para el caso objeto de la decisión, mediante el cual se buscó, a través de la interpretación analógica de las normas del procedimiento civil, consagrar en el campo penal la teoría de la prohibición de la reformatio in peius, en cuanto a que la competencia del fallador de segundo grado estaría limitada por cuanto no podría hacer más gravosa la situación jurídica del recurrente. La Ley 17 de 1975 en su artículo 3º aclaró, en forma definitiva, y entonces sí, obligatoria y general el problema de la reformatio in peius al ordenar que la competencia que adquiere un Juez o Tribunal por virtud del trámite de un recurso de apelación "le otorga competencia" para decidir sin limitación alguna sobre la "providencia impugnada". Adviértase además, que la ley se refiere genérica e impersonalmente a la PROVIDENCIA y no al caso personal de uno o algunos de los procesados recurrentes.

Entonces, si en el caso que se examina, se interpuso recurso de apelación contra el auto de proceder, por cuál razón existía para el Tribunal esa "imposibilidad jurídica" de revisar la totalidad de la providencia? Acaso no tenía plena competencia el Tribunal para que si no compartía los términos y los presupuestos del vocatorio, lo revocara y dictara el que se ajustara a los presupuestos de hecho y de derecho recogidos en el proceso, en vez de decretar, como lo hizo, una nulidad constitucional? Cuál obstáculo de orden legal existía para un procedimiento de ese tipo?

Tómese en consideración además, que a través del recurso de apelación lo que se pretende conseguir es un nuevo pronunciamiento del ad quem que por razón de lógica, implica una necesaria crítica a la de-

cisión apelada y al juicio vestido en la misma, lo que significa que el fallador de segundo grado debe gozar de libertad plena para el examen global de la decisión que se aspira que tome. En el caso de autos, la situación resulta más evidente si se atiende a que se trataba de una pluralidad de hechos ilícitos con la participación de una pluralidad de sujetos, en que, al igual de lo que sucede en cualquier proceso, las cuestiones de hecho y de derecho son siempre conexas, y por tanto, la decisión sobre una de ellas, comprometerá siempre las otras.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley DECLARA INFUNDADA la recusación propuesta por el doctor Ofni Patiño Amézquita contra los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, y dispone devolver los autos para que continúen conociendo del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO

PRESCRIPCION

Cuándo empieza a contarse. La decisión del jurado no tiene aspecto retroactivo, pues sólo produce resultados para el futuro.

INSUPERABLE COACCION

De acuerdo con el ordinal 1º del Artículo 23 del Código Penal, para que la coacción exima de responsabilidad, se requiere que sea ajena e insuperable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre dieciséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 47, septiembre 16/76

Vistos

Procede esta Sala de la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados JOSE ANTONIO NARIÑO TIQUE y ANTONIO MARIA BENAVIDES CARRERA y sus defensores, contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 1975 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado 3º Superior de esa ciudad el 9 de junio del mismo año, que condenó a Nariño Tique y Benavides Carrera a las penas principales de 10 y 8 años de presidio, respectivamente, a más de las accesorias de rigor, como responsables de los delitos de homicidio en Gilberto Monsalve Gil y Oscar Marino García.

Hechos

La sentencia recurrida en casación, los presenta de la siguiente manera:

"En la población de Vijes se encontraban detenidos GILBERTO MONSALVE GIL y OSCAR MARINO GARCIA; el 19 de octubre de 1952, a eso de las cinco de la tarde, fueron trasladados desde la Cárcel Municipal al restaurante o 'asistencia' donde les era suministrada la alimentación, siendo custodiados por el Agente de la Policía JOSE ANTONIO NARIÑO TIQUE.

"Cuando se hallaban dentro del restaurante, en forma intempestiva MONSALVE lanzó tierra a los ojos del Agente y con su compañero GARCIA emprendieron la fuga en diferentes direcciones. NARIÑO TIQUE, luego de limpiarse los ojos, emprendió la persecución de MONSALVE quien, luego de correr por algunas calles de aquella población y ya en sus afueras, penetró en un potrero y por éste continuó su precipitada carrera. Fue entonces cuando el Agente NARIÑO TIQUE, con su fusil de dotación oficial, hizo un disparo al aire y por varias veces lanzó al fugitivo voces de 'alto' que no fueron obedecidas. Instantes después MONSALVE tropezó y rodó por tierra; y al incorporarse levantó los brazos en señal

de rendición gritando algunas palabras que los testigos presenciales no alcanzaron a percibir, no obstante lo cual y a más de los ruegos de los esposos GABRIEL ANTONIO JIMENEZ y MARCIANA CAMPO DE JIMENEZ para que no lo matara, le disparó con el arma que portaba causándole una herida en el pecho a consecuencia de la cual falleció.

"NARIÑO TIQUE, seguidamente, se dirigió en busca del otro fugitivo —GARCIA— ya que algunos jóvenes que por allí se hallaban le estaban indicando donde se encontraba; logró localizarlo dentro de un potrero de propiedad de PEDRO VALENCIA, escondido en unas matas de 'guinea'; cuando lo tuvo a su alcance, NARIÑO TIQUE le propinó algunos puntapiés y luego lo golpeó con la culata de su fusil; GARCIA presentaba una herida en la cabeza que le había sido causada por uno de los vecinos que trataban de colaborar en la captura de los prófugos, y ante los maltratos del Agente NARIÑO TIQUE solamente gemía, al decir de algunos testigos.

"En esos instantes hizo su aparición en el lugar el Distinguido de la Policía BENAVIDES CARRERA montando un caballo y revólver en mano; NARIÑO TIQUE preguntó entonces al Distinguido BENAVIDES CARRERA 'si mataba a ese hijo de puta', no obteniendo respuesta alguna; formuló nuevamente la pregunta NARIÑO a BENAVIDES y fue cuando éste respondió: 'Sí, mátelo'; fue entonces cuando NARIÑO TIQUE disparó su fusil contra GARCIA, no obstante los ruegos de varias personas que hasta allí habían llegado y que le pedían no lo fuera a matar, que lo condujera a la cárcel a lo cual el Agente respondió que lo mataba aunque tuviera que pagarlo en un panóptico.

"NARIÑO TIQUE, después de haberle disparado a GARCIA, le dio otros culatazos y se dirigió al lugar donde se hallaba el cadáver de MONSALVE, al que dio varios puntapiés y luego se acostó a descansar allí mismo.

"La anterior síntesis de los hechos es conclusión de las versiones suministradas por aquellas personas que tuvieron oportunidad de presenciar el desarrollo de los acontecimientos; en relación con la muerte de MONSALVE rindieron declaración GABRIEL ANTONIO JIMENEZ (fl. 7), MARCIANA CAMPO DE JIMENEZ (fl. 9 vto.) y GABRIEL EDUARDO JIMENEZ (fl. 15). Y en cuanto al homicidio de GARCIA, testificaron LUIS FELIPE DELGADO (fl. 7 vto. y fl. 51), ROBERTO JIMENEZ (fls. 8 vto. y 50) MARCIANA CAMPO DE JIMENEZ (fl. 9 vto.) y CARLOS SARRIA JIMENEZ (fl. 21 vto.)" (fls. 446 sgt).

Actuación procesal

La Alcaldía Municipal de Vijes inició estas diligencias. Posteriormente, por comisión conferida por el Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar (fl. 48 vto.), las continuó el Juzgado Municipal de esa localidad (fls. 49 ss.). Remitidas al Juzgado Superior de Cali, correspondió su conocimiento al 3º (fls. 50 ss.), el cual, el 4 de mayo de 1972 decretó la detención preventiva de Tique y Benavides (fls. 64 ss.). Se observan en el lapso anterior prolongadas moras en la tramitación del negocio cuya investigación ahora no se ordena, ante el fenómeno de la prescripción. Por auto de 31 de agosto de 1972 el Juzgado del conocimiento, previo concepto favorable del Ministerio Público (fls. 84 ss.), decretó prescrita la acción penal dentro de estas diligencias, ordenó el consecuencial cese de procedimiento y revocó el de detención que había sido proferido (fls. 91 ss.). Subido en consulta el expediente al Tribunal, la Corporación revocó el mandato de prescripción y ordenó se continuara la tramitación que dispone la ley (fls. 102 sgt). Clausurado el ciclo investigativo (fl. 185). José Antonio Nariño Tique fue residenciado en juicio criminal por los delitos de homicidio agravado en Gilberto Monsalve Gil y en Oscar Marino García, y Antonio María Benavides Carrera, por el de homicidio en Oscar Marino García (fls. 202 ss.). Luego de algunas incidencias procesales, durante la etapa probatoria del juicio, se practicaron algunas pruebas. Previo el señalamiento de rigor (fls. 303), se celebró la respectiva audiencia pública (fls. 311 ss.), la cual culminó para el procesado Benavides con veredicto "No es responsable" (fl. 310) y para Nariño: "Sí, es responsable, pero en cumplimiento de su deber y la justicia" (fls. 308 sgt.). Por auto de 20 de agosto de

1974, el Juzgado del conocimiento, en providencia que fue confirmada por el Superior (fls. 371 ss.), declaró la contraevidencia de los veredictos así emitidos (fls. 337 ss.). Con el cumplimiento de los requisitos de ley, se celebró nueva audiencia pública (fls. 396 ss.) y los veredictos ahora obtenidos fueron los siguientes: Para Benavides: "Sí es responsable pero coaccionado" (fl. 407) y para Nariño: con relación al homicidio en Oscar Marino García: "Sí, pero en momento de ira" (fl. 408) y con relación al homicidio en Gilberto Monsalve: "Es responsable de homicidio pero ejecutado en momento de ira" (fl. 409).

Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, habiéndose interpuesto contra la última el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

Las demandas

Separadamente se considerará cada una de ellas, con sus respectivos cargos y, en la debida oportunidad, se harán las referencias pertinentes al concepto del Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien, finaliza su pieza con la solicitud de que no sea casada la sentencia.

PRIMERO: Demanda presentada por el apoderado de Nariño Tique

Cargo único

Lo formula con invocación de la Causal 2ª de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal "por considerar que la sentencia, está en desacuerdo con el veredicto del jurado de conciencia, al haber dosificado la pena sin tener en cuenta que, según el concepto de los jueces de conciencia, el hecho se cometió en estado de ira provocado por los fugitivos al pretender su evasión, después de haber atacado de obra a su guardián".

Para fundamentarlo expone: Los veredictos fueron los siguientes: Con relación a la muerte de Oscar Marino García: "Sí, pero en momento de ira" y, con relación a la de Gilberto Monsalve: "Es responsable de homicidio, pero ejecutado en momento de ira". Luego el jurado condenó no por asesinato, sino por homicidio simple, "modificado por el estado de ira que provocó la acción de los detenidos al darse a la fuga, después de haber atentado contra la integridad del agente hasta dejarlo imposibilitado para obtener su recaptura". La defensa no argumentó sobre la ira, pero la Fiscalía sí y esto explica que el jurado la hubiera acogido y, la interpretación que corresponde a ese veredicto es la de que quiso reconocer la modificación de la responsabilidad, según el artículo 28 del Código Penal, que transcribe. Luego presenta una jurisprudencia sobre la causal invocada. Agrega que Nariño procedió "por la cólera que le provocó la actuación de los presos; que el Tribunal interpretó en forma restrictiva el veredicto, en perjuicio de los intereses del procesado, sin aplicar la favorabilidad, que fue lo que quiso el jurado, no pudiendo, en consecuencia, el juez de derecho modificar aquella decisión. Repite que el tribunal popular, en su veredicto, tuvo en cuenta la regla 28 del estatuto de las penas. En tal razón, "el fallo de derecho está en desacuerdo con el emitido por el jurado, en relación con la dosificación de la sanción".

Se responde el cargo

1. De acuerdo con el Acta de audiencia pública visible a los folios 356 y siguientes de este proceso, ni el Ministerio Público ni ninguno de los defensores, planteó ante el jurado de conciencia en favor de ninguno de los procesados, la tesis de la ira causada por grave e injusta provocación, pero ni siquiera se planteó genéricamente la existencia de aquel estado anímico. De manera que mal puede considerarse que fue en atención a alguna manifestación de la Fiscal que se consignó en los veredictos el que el hecho se ejecutó en un momento de ira. Tal vez el jurado, en atención al conocimiento que tuvo del expediente, así lo consideró, y lacónicamente así lo expresó, sin que en momento alguno, por ninguna de las personas que intervinieron en la audiencia, se le hubiera pedido explicación o aclaración en torno a tal expresión.

2. Para que se pueda dar aplicación al

artículo 28 del Código Penal, como lo pretende el demandante, es necesario que la ira haya sido causada por grave e injusta provocación. Aquella simple "locura breve", despojada de las categorías de gravedad e injusticia, no puede merecer por sí sola la notable atenuación de la pena que dispone la norma acabada de citar.

El tribunal popular, si bien reconoció el estado de ira en que obró Nariño Tique, ni siquiera insinuó que ella hubiera obedecido a una provocación grave e injusta. En estas condiciones ni los juzgadores de instancia ni la Corte tienen competencia para complementar en lo esencial el veredicto y así hacerle decir al jurado lo que éste no quiso manifestar, para reconocer una circunstancia atenuante de responsabilidad que sólo aquél podía declarar, ya que no había sido deducida en el auto de proceder.

Como lo ha sostenido esta Corporación, "No basta experimentar ira para que esa emoción dinámica tenga alguna significación, sea de algún valor en el juzgamiento. Es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito y que tal ofensa sea grave e injusta. Sólo así entra como factor capaz de modificar el hecho, siempre que exista el necesario vínculo entre él, la incitación injuriosa y el estado sicológico de quien lo consuma. En otros términos, que el acto surja como una reacción y no de modo espontáneo o inmotivado".

Lo más que podría pensarse generosamente sería que con su manifestación acerca de la "ira", el tribunal del pueblo pretendió reconocer una circunstancia de menor peligrosidad, pero esto escapa a la esfera propia de su competencia, según lo dispuesto en el artículo 534 del Estatuto Procesal Penal.

Lo dicho es suficiente para desechar este cargo.

SEGUNDO. Demanda presentada por el apoderado de Benavides Carrera

El censor esgrime dos motivos de nulidad, de orden constitucional, contra la sentencia impugnada, así:

1º) En el cuestionario sometido a la consideración del jurado, no se le interrogó sobre el elemento "intención";

2º) Cuando se profirieron sentencia y auto de proceder, la causa y la acción penal se encontraban prescritas. Y,

3º) La tercera causal de casación: "Haberse dictado sobre un Veredicto contradictorio".

Primer cargo

Lo argumenta de la siguiente manera:

Si no se interroga al jurado sobre la intención con que obró el procesado en el momento de los hechos indicados en el auto de proceder, se viola el artículo 26 de la Constitución "y se incurre en una nulidad de orden supralegal". A continuación presenta fragmentos de numerosas jurisprudencias sobre este particular, transcribe parte del cuestionario formulado para indagar sobre la responsabilidad penal de Benavides Carrera para concluir que, "el elemento propósito, brilla por su ausencia" en el cuestionario, por lo cual "se omitió ostensiblemente un elemento integrante de la infracción, en este caso, el propósito de matar, incurriéndose en nulidad supralegal por transgresión del artículo 26 de la Carta, al no observarse la plenitud de las formas propias del juicio".

Se responde este cargo

1. Nariño Tique fue residenciado en juicio criminal como autor material de los delitos de homicidio agravado (Código Penal Art. 363, ord. 5º) en Gilberto Monsalve Gil y en Oscar Marino García (fls. 202 ss.); y,

2. En el auto de proceder se puso de presente, de acuerdo con las pruebas, la intención homicida que movió al Agente Nariño Tique cuando disparó su arma sobre el indefenso y postrado Oscar Marino García, hecho que ejecutó una vez que obtuvo autorización para ello por parte de su superior, el Distinguido de la Policía Nacional Antonio Benavides. Esa intención homicida quedó perfectamente establecida, y se repite, así se plasmó en la providencia de llamamiento a juicio para los dos sindicados.

3. "En la audiencia pública —como lo anota el colaborador de la Corporación— las partes que intervinieron no dudaron de la intención de matar. Así, la Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Cali solicitó

contestar afirmativamente los cuestionarios (fls. 399 vto. a 401); el defensor de Nariño Tique estimó que no había asesinato sino homicidio simple y que los hechos estaban plenamente justificados porque el acusado actuó en obedecimiento de la ley —artículo 24 del Código Penal— (fls. 401 a 403); y, el defensor de Benavides sostuvo que conforme a la indagatoria de este último, cuando se presentó al sitio de los acontecimientos ya Nariño había dado muerte a Monsalve y a García. Y agregó: '...pero en el evento que hubiese participado cuál sería su grado de participación? Aceptando a título de discusión que hubiese dicho máte'o, hace que eso sea necesario para que se cometa el hecho? Yo creo que no es necesario que hubiese dicho sí o no, porque Nariño Tique ya estaba inclinado a cumplir con su deber' (fl. 404). Al final de su intervención, el defensor de Benavides Carrera solicitó al jurado negar la responsabilidad penal del acusado por los hechos ilícitos base del enjuiciamiento" (Cuaderno de la Corte, fls. 32 sgt.).

De manera que el punto concreto de la intención que movió a los procesados, no fue discutido y, menos negado por las personas que en el debate intervinieron.

4. Mas, si Benavides fue llamado a juicio como cómplice necesario de Nariño Tique por el homicidio perpetrado en Oscar Marino García, en la forma antes indicada, su actividad está íntimamente ligada, en este caso concreto, a la del autor material, pues no podría concebirse esta complicidad necesaria, sin la autoría material llevada a término por Nariño Tique.

Entonces, para responder el cargo que se viene estudiando, también es indispensable conocer en lo esencial y pertinente los términos en que está concebido el cuestionario propuesto a la consideración del jurado, en relación a la responsabilidad del autor material del homicidio en Oscar Marino García:

"EL ACUSADO JOSE ANTONIO NARIÑO TIQUE, ES RESPONSABLE, SI O NO, CONFORME AL AUTO DE PROCEDER, DE HABER DADO MUERTE CON INTENCION DE MATAR y EN CIRCUNSTANCIAS DE INDEFENSION, AL SEÑOR OSCAR MARINO GARCIA, UTILIZANDO PARA ELLO ARMA DE FUEGO DE LARGO ALCANCE, OCASIONANDOLE LAS SIGUIENTES HERIDAS:...?" (fl. 408. — Subraya la Sala).

La respuesta fue: Sí, pero en momento de ira". O sea que se produjo un veredicto condenatorio, sin atenuantes ningunos, como acaba de mostrarse en la respuesta al cargo inmediatamente anterior formulado contra la sentencia recurrida en casación.

Luego con relación al autor material, de quien se predicó que fue cómplice necesario Benavides, sí se interrogó al jurado concretamente sobre la intención homicida que le animó.

El cuestionario sometido a la consideración del jurado con relación a la muerte de mismo Oscar Marino García y para indagarle sobre la responsabilidad de Benavides, también en lo esencial y pertinente, está formulado de la siguiente manera:

"EL ACUSADO ANTONIO MARIA BENAVIDES CARRERA... ES RESPONSABLE, SI O NO, COMO COMPLICE NECESARIO, DE ACUERDO AL AUTO DE PROCEDER, DE HABER CAUSADO LA MUERTE VIOLENTA, EN CIRCUNSTANCIAS DE INDEFENSION DEL SEÑOR OSCAR MARINO GARCIA, CONTRA QUIEN SE DISPARO ARMA DE FUEGO DE LARGO ALCANCE, OCASIONANDOLE LAS SIGUIENTES HERIDAS:...?" (fl. 407).

La respuesta unánime fue "Sí es responsable pero coaccionado (fl.).

En el auto enjuiciatorio se había precisado, según atrás se reseñó, la intención, el propósito homicida que había animado a los dos procesados, en la consumación de la muerte de Oscar Marino García: Nariño, como autor material; Benavides, como cómplice necesario.

Y, en el cuestionario propuesto para decidir la responsabilidad del último, concretamente se interrogó si éste "Es responsable, sí o no, como cómplice necesario, DE ACUERDO AL AUTO DE PROCEDER...". Es decir: en los términos anteriores, se tiene una primera referencia concreta al factor anímico o intencional, en el cuestionario en consideración.

Además: según lo apunta con toda razón el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, "En el caso en estudio los jurados de conciencia y las partes conocieron

el texto de los formularios desde la iniciación de la vista pública (fl. 396), y nadie propuso objeciones a su redacción y tampoco denunció ambigüedad o dudas al respecto. Se repite que la defensa invocó la absolución de los acusados no por ausencia de la intención de matar sino por otros motivos jurídicos.

"De otra parte, dado el carácter accesorio de la participación atribuida a Benavides, su responsabilidad penal tenía íntima relación con la deducida a Nariño Tique respecto de la muerte violenta de Oscar Marino García. El formulario del folio 408 complementa el del folio 407 porque en aquel se preguntaba por la autoría material de Nariño con la intención de matar y en éste por la complicidad necesaria, en relación con la persona que disparó el arma de fuego de largo alcance contra Oscar Marino García.

"En conclusión, no existió menoscabo del derecho de defensa ni de las formas propias del juicio porque las partes en este proceso no dudaron de la intención homicida que animó al agente Nariño Tique al disparar su arma de fuego contra García y tampoco del resultado que esperaba Benavides, cuando impartió esa orden" (Cuaderno de la Corte, fls. 34 sgt).

En consecuencia, este cargo no prospera.

Segundo cargo

Motivos de prescripción

Lo fundamenta así:

La sentencia impugnada acepta que se sancionó por homicidio y no por asesinato. Por ello la confirmó. Entonces ha debido advertir que, de acuerdo con los artículos 382 y 105 del Código Penal, "la acción penal contra mi defendido prescribió a los catorce años y los hechos sucedieron el día 19 de octubre de 1952, es decir, 23 años antes al momento del fallo".

También estaba prescrita la acción penal cuando se dictó auto de proceder y, así lo decretó el Juez de primera instancia. Como el Tribunal no aceptó este criterio que, después no podía modificar, "prejuzgó al afirmar circunstancias de agravación en el delito de homicidio que únicamente podía tener en cuenta el Juez del Conocimiento al calificar el mérito del sumario". Luego "se violó el artículo 26 de la Constitución, por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio contra" Benavides y su compañero.

Se responden los cargos

El Ministerio Público al ocuparse de estos cargos, acertadamente conceptúa:

"La acción penal se encontraba prescrita cuando se comprometió en juicio al agente Antonio María Benavides.

"Esa afirmación no se ajusta a la realidad procesal. En efecto:

"Los hechos tuvieron ocurrencia el 19 de octubre de 1952. En el año de 1972 el juzgado de primera instancia decidió obtener el concepto del Ministerio Público en relación con la posible aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en favor de los acusados, por prescripción de la acción. El Juzgado Tercero Superior de Cali dispuso la cesación de procedimiento porque a su juicio se trataba de dos homicidios simples cuyas acciones prescribían separadamente. Al consultarse esta determinación, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, la negó, por concurrir una circunstancia específica de agravación del artículo 363 del Código Penal. Este criterio quedó consagrado en el auto de calificación del sumario, el cual consintió la defensa, porque no interpuso el recurso de apelación.

"Por tanto, es indudable que no ha existido ni existe prescripción de la acción penal.

"Tampoco en la hipótesis que sugiere el demandante según la cual, como el jurado negó el asesinato, estamos frente a homicidios simples cuyo término de prescripción es el de catorce años.

"Tal manera de razonar no se ajusta a la lógica jurídica ya que ello significa dar efecto retroactivo a la decisión del jurado de conciencia que solo produce resultados para el futuro (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal).

"En caso idéntico al propuesto, la Honorable Sala de Casación Penal sostuvo lo siguiente:

Como asevera el Procurador, la calificación que hace el jurado sólo puede tener efectos para el futuro, particularmente a fin de que el juez, si encuentra acertado el veredicto, ajuste a él la sentencia.

"En el presente proceso no puede afirmarse, como lo ha hecho el demandante, que la acción penal hubiese prescrito cuando se pronunció la sentencia, pues habiendo sido llamado a juicio el recurrente por dos homicidios con carácter de asesinato, la pretensión punitiva del Estado solo se enervaría a los treinta años contados desde la fecha en que quedó ejecutoriado el auto de proceder, por tratarse de hechos cada uno de los cuales tiene una pena privativa de la libertad mayor de veinte años (Art. 105, inciso 1º del Código Penal). Y es evidente que la sentencia se dictó antes de que se venciera ese término". (Casación de Guillermo Granada, octubre 3/72. Magistrado ponente: Doctor Luis E. Romero Soto).

"Por último, observa este Despacho que el jurado de conciencia en manera alguna negó las circunstancias agravantes propuestas en los cuestionarios como lo aseguran las instancias. Ni el estado de 'ira' reconocido a Nariño Tique ni la 'coacción' que se predica de Benavides desvirtúan la circunstancia objetiva del numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, deducida en el auto de enjuiciamiento" (Cuaderno de la Corte, fls. 35 ss.).

Por encontrarlo ajustado a la ley, se comparte el razonamiento anterior. En consecuencia, estos motivos de impugnación tampoco prosperarán.

Tercer cargo

La sentencia se dictó sobre veredicto contradictorio

El veredicto proferido para Benavides: "Sí es responsable pero coaccionado", viola el principio de contradicción, pues en la primera proposición "afirma la responsabilidad y en la otra la no responsabilidad, cual es la coacción, causa de inimputabilidad, justificación negativa o inculpabilidad... Faltó decisión. Hubo sí ausencia absoluta de veredicto". Cita varias jurisprudencias sobre veredicto contradictorio y concluye: "En el proceso contra mi defendido señor Benavides Carrera, el Fallador erró en la interpretación del veredicto. 'Sí es responsable pero coaccionado' —y, por ello, edificó la sentencia sobre un acto inexistente. Aquella respuesta está integrada por proposiciones que se repelen entre sí, con mayor razón si se empleó 'pero', conjunción adversativa, con que se contrapone un concepto a otro. Equivale a la conjunción SINO cuando se usa para oponer a un concepto negativo otro afirmativo. SINO significa 'más también'. Hay que pensar de la misma manera, en 'Empero', 'Por esto', 'aunque' (sí es responsable aunque coaccionado)".

Se responde el cargo

1. Según el Acta de audiencia, durante esta diligencia, el defensor de Benavides Carrera en ninguna parte de su exposición planteó la tesis de la coacción y, mucho menos de la insuperable coacción ajena, en favor de su patrocinado. Impetró la absolución por motivos distintos: dudas por ausencia de pruebas serias y dignas de credibilidad sobre su responsabilidad penal y, concluyó, a manera de proposición subsidiaria, que si los jurados creían responsable a su representado, en atención a su intachable personalidad, debía otorgársele el perdón judicial o la condena condicional (fls. 403 ss.). De manera que ante el tribunal popular no se planteó el tema que ahora se considera.

2. De acuerdo con el ordinal 1º del artículo 23 del Código Penal, para que la coacción exima de responsabilidad, se requiere que sea ajena e insuperable. Es decir, que provenga de persona distinta a aquélla en cuyo favor se alega y que, a ese origen se una el de que sea de tal entidad, que se imponga al agente con un grado máximo de fuerza y vehemencia, que no pueda sustraerse a ella. Y, llevado el caso a audiencia pública, es al jurado al que corresponde decidir acerca de su existencia o inexistencia en el proceso de que se trate.

3. En el caso concreto sometido a estudio, se tiene:

La simple coacción, desnuda de las carac-

terísticas que señala la norma acabada de citar, no implica eximente de responsabilidad. En consecuencia, no se ve que la primera parte del veredicto: "Sí es responsable" esté desvirtuada o destruida por la segunda: "pero coaccionado", toda vez que esta última no tiene ante la ley la virtualidad suficiente para implicar una declaratoria de no responsabilidad. En la demanda, fuera del enunciado general, no se demostró de manera concreta y precisa en qué pudo consistir tal contradicción. Además, desde el punto de vista probatorio, tampoco puede llegarse a la conclusión de la coacción con caracteres de ser ajenas e insuperable, toda vez que Benavides, sin haber sido presionado por nadie, dio la orden definitiva de disparar sobre la persona que se encontraba postrada y totalmente indefensa. Tan cierto es lo anterior que el censor, en el pliego de cargos formulados contra la sentencia recurrida, no señaló qué clase de coacción fue la que se ejerció contra su representado, ni quién su autor y ni siquiera mencionó acerca de ella el carácter de insuperable.

Por tanto, el veredicto no es contradictorio, pues no hay dos proposiciones que, en el ámbito jurídico, vengan a destruirse. En consecuencia, este cargo no puede prosperar.

Habiéndose llegado a la conclusión a la cual se llegó con relación al estudio de las dos demandas y de los cargos en ellas formulados, se dará aplicación al artículo 582 y, en consecuencia, se desechará el recurso propuesto y se ordenará devolver las diligencias al Tribunal de origen.

Decisión

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los sentenciados JOSE ANTONIO NARIÑO TIQUE y ANTONIO MARIA BENAVIDEZ CARRERA y por sus respectivos defensores, contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 1975 proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

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

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero, José Antonio León Rey (Conjues).

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCUSIÓN

Sus elementos básicos

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre dieciséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 47.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en auto de mayo once del presente año, convoca a juicio criminal, para responder del delito de "Concusión", a GUSTAVO ORDOÑEZ VASQUEZ, ex-Juez Superior de Aduanas, y DAVID ANTONIO BONILLA SUAREZ, ex-Juez del Distrito Penal Aduanero (fls. 113 y ss.).

El defensor de ORDOÑEZ VASQUEZ, doctor Jorge González Aranda, formuló una doble impugnación contra este proveído, la primera de las cuales, la reposición, fue decidida en forma negativa en resolución de nueve de julio del citado año (fl. 150), correspondiendo ahora definir la apelación interpuesta en forma subsidiaria.

Debe advertirse que el procesado ORDOÑEZ VASQUEZ, a quien fue necesario emplazar durante la tramitación sumarial, se presentó voluntariamente el siete de junio, fecha desde la cual viene privado de libertad, y escuchó la notificación del auto de proceder, designando su defensor para la causa.

En cuanto al otro enjuiciado, BONILLA SUAREZ, sigue renuente a comparecer, por lo que se le ha emplazado en debida forma, notificado por estados y recibido la asistencia de la defensa de oficio.

Procede la Corte a desatar el recurso de alzada interpuesta por el defensor de CRDOÑEZ VASQUEZ.

Hechos

En varias ocasiones diversos despachos, entre los cuales hay que incluir a esta Sala, han tenido oportunidad de detallar la forma como surgieron y evolucionaron las acciones investigadas. No conviene ahora transcribir esos relatos, por cierto muy completos y ajustados a la realidad procesal, siendo más del caso presentar una composición general de lo ocurrido. Sobre esta línea de orientación se dice: Isidro Pérez, Senén Avila, Hermes y Francisco Gómez, choferes de vehículos pertenecientes a Luis E. Osorio, Justo Pastor Angarita, Luis Ormitas Valbuena y Julio Pinzón, llegaron a la ciudad de Cucuta el 17 de enero de 1975, conduciendo cuatro camiones Mercedes Benz, en los cuales transportaban mil cincuenta y nueve (1.059) bultos de azúcar. Personas, vehículos y cargamento fueron retenidos bajo la sospecha de contrabando. El Juzgado Superior de Aduanas, a cargo del doctor GUSTAVO ORDOÑEZ VASQUEZ, tan pronto le fuera remitido el negocio dispuso su envío al Juzgado Primero del Distrito Penal Aduanero, igualmente mal servido por el doctor DAVID ANTONIO BONILLA SUAREZ.

Luis Eduardo Osorio Bonilla, llamado por su padre Antonio, acudió a Cúcuta e inició actividades por intermedio del abogado Gustavo Sánchez Chacón, para liberar mercancía y vehículos. Por conocer a ORDOÑEZ VASQUEZ, se entrevistó con éste y su secretario Benjamín San Miguel y les soli-

citó ayudarle en esta pretensión. Después, muy hábilmente, los dos procesados le insinuaron la necesidad de cambiar su abogado por persona más conocedora del asunto y más cercana a sus simpatías, recurso que seguramente le depararía lo que el doctor Sánchez Chacón no lograba con su gestión profesional. Varias fueron las entrevistas entre Osorio y los enjuiciados hasta que se llegó al punto que se quería llegar: el dinero. La petición fue elevada en un principio pero luego fue descendiendo hasta alcanzar la suma de sesenta y cinco mil pesos ($ 65.000.00) que debía entregarse por conducto del abogado Oscar Reyes Monsalve, sujeto de confianza de los aludidos funcionarios. Mientras se discutía y convenía, Osorio acudió al Procurador del Distrito, doctor Holger Enrique Venegas, y éste al Jefe de la Seccional del DAS, Mayor Carlos Gustavo Monroy Arenas. Estos idearon la forma de sorprender a los comprometidos en este ilícito y a ese plan obedeció el citado Osorio. Fue así como los sesenta y cinco mil pesos se marcaron y se procuró que el enlace, el doctor Reyes Monsalve, acudiera al sitio convenido para la entrega del dinero. Agentes del DAS, debidamente apostados, sorprendieron a Osorio y a Reyes cuando este último acababa de recibir la suma antes indicada, y también capturaron al padre de éste y a su amigo Alvaro Hernández B., invitados a servirle de compañía y a quienes dejara en sitio próximo a la casa en donde Osorio verificó la entrega de tan considerable suma de dinero. Después se procuró que Osorio informara a BONILLA SUAREZ sobre la cumplida ejecución de su promesa, para que éste y ORDOÑEZ VASQUEZ acudieran al lugar en donde debía hallarse Reyes Monsalve. Todavía se ignora el motivo por el cual se abstuvieron de concurrir a tal sitio, sospechándose un previo acuerdo para proceder a la repartición del dinero o un eficaz aviso sobre el fracaso de la ilícita operación.

Alegación del recurrente

Como el fundamento principal del enjuiciamiento se centra en la credibilidad que merezca el testimonio de Luis Eduardo Osorio Bonilla, el impugnador dirige contra él sus razones para desvirtuar el mérito que se le ha concedido. Y, ciertamente, del éxito de esta crítica depende el mantenimiento o no del auto de cargos. De ahí que realice cuidadosa revisión de las diversas apariciones testimoniales de Osorio, para destacar que unas veces se presenta como el sujeto que buscó el contacto con ORDOÑEZ VASQUEZ, al que le solicitó ayuda, para otras decir que le exigieron y, finalmente, destacar con sus propias palabras que aceptaron lo que él les propuso. Su posición postrera, que recalca una conducta de requerimientos, peticiones, exigencias y hasta "atraco y chantaje", por parte de los funcionarios implicados, denota aleccionamiento y alteración inequívoca de la verdad. De otro lado, los sucesivos cambios desacreditan su testimonio, pues "todo lo confunde en dudosa amalgama de exigua duración". Para destacar la escasa firmeza de su dicho recuerda el memorialista cómo Osorio, apremiado para buscar con precisión un abogado y después de recibir indicaciones pertinentes y gestionar su consecución, no acierta debidamente en la indicación de su nombre. Pero algo más, ese abogado de apellido Narváez parece, por los términos de su propia versión, que le fue aconsejado a sus compañeros por otras personas, al punto que les mencionaron el Hotel Vasconia como el lugar en donde solía alojarse en sus visitas a Cúcuta. También contrasta el carácter impositivo de esas insinuaciones con la aparición de otro muy diferente abogado, el doctor Víctor Lizcano, y la falta de certidumbre sobre el monto de la suma inicialmente pedida por los inriminados. Por último expresa su duda sobre la bondad del comportamiento del Procurador de Distrito y del Jefe del DAS, empleados que fueron sorpresivamente removidos, y formula la hipótesis de un delito provocado.

Estas reflexiones le permiten solicitar la revocatoria del enjuiciamiento y su sustitución por un sobreseimiento definitivo o uno de carácter temporal. De mantenerse la decisión apelada, depreca la excarcelación de ORDOÑEZ VASQUEZ (Art. 453, 5º, del Código de Procedimiento Penal), pues las razones del a quo no responden a la realidad. Sobre este último anota que mencionar la fina cautela o la ejecución del hecho con la colaboración de otros, no puede ser motivo para negar este beneficio, por-

que sería computar, en cuanto al primer aspecto, un ingrediente mismo del delito (inducción) y respecto del segundo, desmentir los propios razonamientos de la Sala de Decisión que consideró concordante la acción de los involucrados en este presunto delito. La circunstancia señalada en el vocatorio como impediente de la excarcelación (no haber comparecido durante el sumario), constituye, según doctrina que cita, aspecto secundario que no tiene el alcance legal que le otorga el **a quo** y, además, es situación inexistente al momento actual.

Concepto del Procurador 2º Delegado

Encuentra ajustada a derecho la decisión tomada por el Tribunal en contra de ORDOÑEZ VASQUEZ y BONILLA SUAREZ y de ahí que solicite su integral confirmación. A este fin apoya la incriminación que fluye de Luis Eduardo Osorio Bonilla, la cual encuentra idónea y ajena a los defectos que formulan los defensores, permitiéndose así dar por establecido que ORDOÑEZ VASQUEZ se entrevistó con Osorio e insinuó la remoción del abogado que éste tenía; que BONILLA SUAREZ asumió un papel más dinámico en cuanto a reuniones, consejos y exigencias, llegando a requerir la entrega de sesenta y cinco mil pesos ($ 65.000.00), por intermedio de Oscar Reyes Monsalve, para acceder a la devolución de los vehículos; y que "...la iniciativa de entregar dinero a cambio de levantar la retención que pesaba sobre los vehículos provino de él (ORDOÑEZ) y no de los propietarios de los camiones...".

En cuanto a la tesis del delito provocado anota la Procuraduría, muy en armonía con la última afirmación, que éste se descartó "...porque el Procurador Regional y el Jefe del DAS no sugirieron a los interesados la oferta de dinero a los jueces para después sorprenderlos pues la iniciativa, se repite una vez más, provino exclusivamente de ellos..."

En relación al punto de la forma del delito deducido en el auto de proceder (concusión por inducción), comenta el Ministerio Público: "...basta que el sujeto pasivo sea puesto por el agente en condiciones de tener que adherir a la voluntad del funcionario público para evitar un mal peor, aunque no se excluya para él la posibilidad de resistirla. La exigencia de dinero provino de quienes tenían el poder de entregar o no los objetos decomisados y esta facultad de origen legal era suficiente para inclinar la voluntad de los propietarios de los vehículos y de la mercancía. Se recuerda a propósito que la retención ocurrió el 17 de enero y para el 20 de febrero aún no se había logrado la devolución por los medios legítimos que utilizó el abogado Sánchez Chaón...". Finalmente, sobre el aspecto de la excarcelación, anota "...la naturaleza y modalidades del hecho ilícito por él (ORDOÑEZ VASQUEZ) cometido y los motivos determinantes, impiden, en opinión de este Ministerio Público, la concesión de la condena condicional. Se trata de uno de los hechos más reprobables que pueda cometer un Juez en quien el Estado y la sociedad han confiado y le han dado el poder de administrar justicia. El motivo de la delincuencia no es altruista, es decir, que si bien no justifica el comportamiento al menos lo explique o despierte un cierto grado de simpatía. No. Es el desaforado afán de obtener dinero sin importar el medio utilizado, con aprovechamiento de la angustia o preocupación de la víctima por la no devolución de los bienes retenidos, fue el motivo que determinó al ex Juez ORDOÑEZ a cometer el delito investigado en este proceso...".

Consideraciones de la Sala

No hay duda alguna en tener la versión de Luis Eduardo Osorio Bonilla como la prueba fundamental de este proceso. Si su versión, al menos en los rasgos más salientes y fundamentales, se mantiene como trasunto de verdad de lo ocurrido, indefectiblemente tiene que permanecer y prosperar la acusación contra ORDOÑEZ VASQUEZ y BONILLA SUAREZ. Y así tiene que ser porque ese testimonio, innegablemente, expresa los elementos adecuados y típicos del delito de concusión.

La Sala juzga que esta prueba de cargo merece plena aceptación, así sus consecuencias sean tan gravosas y así haya sido impugnada en forma inteligente por el defen-

sor de ORDOÑEZ VASQUEZ. Pero reconocer este esfuerzo dialéctico de refutación, no es admitir su eficacia, ya que sus argumentos dejan de considerar todo el caudal probatorio, se detienen en la valoración de aspectos que exhiben menguado efecto y omiten la abundante y seria comprobación que recibe Osorio Bonilla.

Bien podría la Corte, en esta oportunidad, volver sobre los mismos puntos que ella anotara al confirmar el auto de preventiva detención o repetir las apreciaciones del Ministerio Público. Pero resulta mejor a los fines de pieza tan trascendente como el auto de proceder, espigar un poco en otros aspectos que no han recibido la debida atención y desarrollo.

A este respecto y en abono de la veracidad que anima el testimonio de Osorio Bonilla, se comenta:

1. La intervención inicial de Osorio Bonilla no puede ser más clara, enfática, concordante y fiel. En ella no hay aspecto esencial que desencaje o denote un ánimo perverso de adulterar la verdad con fines personales. Es una relación pródiga y uniforme que resiste toda crítica y mantiene su calidad a lo largo de su contenido y en confrontación con otras atestaciones, emanadas del mismo declarante o provenientes de terceros o de circunstancias sobre las cuales no tenía el más mínimo dominio. Si en esta primera y fundamental comparecencia no se expresaran los elementos propios de un delito de concusión, bien estaría que se controvirtiera su valor a expensas de mutaciones posteriores. Pero la narración, como ya se dijo, traduce a plenitud los mandatos de la norma penal aplicable a los enjuiciados. De ahí que no pueda prosperar la objeción que se hace a este declarante cuando se le critica que intensificó desmedidamente la forma verbal que caracterizaba el punible obrar. Es cierto que el deponente, al correr de la investigación, insistió más en que fue requerido, exigido, solicitado, etc., pero no lo es menos que desde su primer relato, en donde se observa notoria sobriedad, la imputación aparece clara, precisa y eficaz.

2. Si Osorio Bonilla creó una trama y en esto fue secundado por el Procurador del Distrito y el Jefe del DAS, qué finalidad tenía implicar a quien era totalmente ajeno a los hechos y que incluso no estaba ya conociendo del negocio, como lo era ORDOÑEZ VASQUEZ? No bastaba a los supuestos fines malignos de unos y otros o a la conveniencia patrimonial de Osorio, cargar el peso del artificio en BONILLA SUAREZ? No dificultaba o impedía la consecución de ese resultado, implicar a quien era totalmente ajeno a los hechos, podía ofrecer demostraciones rotundas y replicar defensivamente en forma implacable y exitosa? La inclusión de ORDOÑEZ VASQUEZ en la actividad concusionaria responde, desde esta óptica a una realidad que se palpaba y podía ser objeto de fácil comprobación.

3. La conducta de los otros dueños de vehículos (Angarita, Valbuena, García) y las imperfecciones de sus testimonios, lejos de quebrantar el sentido y peso de la versión de Osorio Bonilla, la ameritan. Este no buscó convicciones complementarias en éstos. Casi que forman grupo secundario, que recibían información parcial, trunca y hasta insinuaban relativo alejamiento de los hechos. Cuando se subraya la disconformidad de algunas de sus manifestaciones se está aportando una nota de mérito y no de desprestigio. Si Osorio Bonilla hubiera creado y desarrollado algo artificial, seguramente la posición de estos amigos suyos hubiera sido bien diferente, al punto de constituirse en el eje de todas las confirmaciones y aparecer en todos los puntos de la fabulación. El respaldo a Osorio Bonilla no está fincado en estas declaraciones sino en otras y en hechos y circunstancias ajenas a todos ellos.

4. Osorio Bonilla acudió con el doctor Gustavo Sánchez Chacón para defender sus intereses y los de los otros dueños de los vehículos. Este abogado demostró plausible y constante actividad (indagatorias, memoriales, etc. fls. 43, 71, 99 y fotocopias) y retuvo la confianza de sus poderdantes. Pese a todo esto, a medida que se dilataba la recuperación de los vehículos, se vio aparecer, concomitante con los punibles consejos de buscar nuevo abogado y que fuera de Bucaramanga, el interés de Osorio por lograr los servicios de otros profesionales. La aparición del doctor Lizcano, lejos de considerarse como factor indicativo de que no existió esa recomendación

de los jueces de aduanas, demuestra algo muy diferente: como éste no respondía al interés de éstos por ello no actuó, porque fácil hubiera sido conseguir "el paz y salvo" de Sánchez Chacón, el mismo que no se procuró porque el interés de fondo de Osorio Bonilla era mantenerle y sólo acceder aparentemente a la pretensión de los enjuiciados.

5. BONILLA SUAREZ en su indagatoria fl. 56 C. 1 termina por reconocer, aunque introduciendo variantes exculpativas que resultan forzadas e inatendibles, su interés porque alguien distinto a Suárez Chacón actuara. Nótese cómo a instancias suyas aparece el doctor Oscar Reyes Monsalve y bajo el supuesto afán de lograr sus servicios profesionales, se les contacta, a Reyes y Osorio, en el despacho del juez Bonilla y se presiona para que éste adquiera el poder. Reyes y Bonilla no logran concordar en la forma e intención de los primeros roces ni menos en el papel de cada uno para hacer realidad su vinculación. La verdad es otra, o sea que sólo sirvió de receptor del dinero que debía ir a manos de los enjuiciados. Pero aun dándole valor a las explicaciones mentirosas de BONILLA SUAREZ, éstas sacan avante la versión de Osorio, en cuanto refiere la imposición para desplazar al doctor Suárez Chacón.

6. La figuración del doctor Oscar Reyes Monsalve, y la forma como lo hizo, constituye un verebrado e importante factor de incriminación que alienta favorablemente todo juicio que se haga sobre el testimonio acusador de Luis Eduardo Osorio Bonilla. Al comunicar éste al Procurador de Distrito las ilícitas pretensiones de ORDOÑEZ VASQUEZ y BONILLA SUAREZ, se le dijo que aceptara entregar la suma que se le exigía. Conseguido el dinero ($ 65.000.00), se marcaron los billetes y se levantó acta de esta actuación realizada en el DAS (fl. 51).

Pues bien, Reyes Monsalve aparece como el hombre de confianza de los jueces concusionarios, para recibir el dinero requerido por éstos, según Osorio Bonilla, o para prestar sus servicios profesionales, conforme la acomodaticia versión de aquél y de BONILLA SUAREZ. Esto denota, a las claras, que tal abogado llegaba al ámbito de los intereses de Osorio, no por actividad de éste o del Procurador o del Jefe del DAS, sino por iniciativa y acuerdo de los acusados. Desde este vértice probatorio la versión del acusador gana ascendiente y credibilidad (ver indagatorias de BONILLA (fls. 63 y 64); y Reyes (fls. 40 y vto.). Cómo pretender que la recepción del dinero se hizo a título de servicios profesionales? Abundan las circunstancias para descartar tan inverosímil idea, que a las claras revela su condición de pretexto. En efecto, a compromiso tan cuantioso no se llega por acuerdo directo (Reyes-Osorio) sino por mediación de personas que utilizan expresiones imprecisas, variables y sin respaldo cierto. O que se diga, en refutación de esto, qué pautas concretas recibió BONILLA, o qué transmitió en forma exacta. Tampoco llegó a redactarse documento en que constaran las mutuas obligaciones ni se concedió poder ni se actuó en el proceso; menos se preparó la expedición de un escrito de paro por suma tan considerable, ni se exigió el paz y salvo del abogado Sánchez Chacón que venía actuando. El dinero no se recibió en la oficina de Reyes sino que se acordó un lugar esquivo a sensaciones de seguridad y se buscó el acompañamiento de terceros (Humberto Monsalve y Alvaro Hernández fl. 38), actuando todos con recelo, vigilantes, profiriéndose de algo que necesariamente revelaba no la realización de acto lícito sino la ejecución de punible designio (ver testimonio de Monroy Arenas, fl. 103).

7. Osorio Bonilla deduce que Reyes Monsalve, el 20 de enero cuando no le localizó en su oficina y se puso en contacto con la secretaria de éste para dar al fin con su paradero (folios 11 y 12 vuelto), estaba donde ORDOÑEZ VASQUEZ, lugar del cual salió a recibir el dinero para los jueces. La verdad, en este importantísimo punto que arroja una incriminación grave y frontal contra ORDOÑEZ VASQUEZ, está del lado del incriminable. Y basta este revelador aspecto: el maletín en el cual llevaba el dinero Reyes Monsalve después de dárselo Osorio, era de propiedad de Benjamín Sanmiguel, secretario de ORDOÑEZ VASQUEZ (fl. 42 v. C. 1). Cómo es que convenida la entrega de tan fuerte suma, Reyes no se procuró, desde la víspera, una bolsa de manila, portafolios o elemento si-

millar? Por qué no se previno para ésto y sí pudo arbitrar el concurso de su padre y de su amigo Hernández? Por qué acudió a tan temprana hora de la mañana (fl. 1 C. 1) a este despacho judicial (y por qué estaba abierto el mismo), cuando precisamente tenía la cita con Osorio? Aquí se revela el contacto de ORDOÑEZ VASQUEZ con Reyes. Este Juez se mostró diunto y escurridizo, pero no pudo controlar este decisivo factor de sindicación.

8. La celebración prevista para festejar los beneficios económicos de la concusión, punto que menciona el Procurador Vanegas (fl. 117) es asunto cuya demostración está más de su lado que de la forzada negativa que intenta el doctor Francisco de Filipps —127, C. 1—. Las concretas expresiones que aquél puntualiza y que no dan margen a interpretaciones dudosas, valen más que las evasivas de éste, quien a la postre sí reconoce la posibilidad de un almuerzo, con Alvaro E. Hernández; pero con unas amigas y en distinta fecha. A lo que tan enfáticamente manifiesta el doctor Vanegas debe agregarse la final aceptación que Hernández (fl. 126, C. 1) hace del asunto y en relación a que De Filipps sí dijo "de la que me salvé, porque yo también estaba invitado al almuerzo".

Esto en nada se opone al permiso que solicitara ORDOÑEZ VASQUEZ (fl. 136, C. 1) concedido para la fecha en la cual debía haber culminado la citada maniobra.

9. Cuando Osorio Bonilla advierte la actividad de los jueces acusados y precipitada conducta que debía asumir para recuperar los vehículos, no está diciendo una mentira. Recuérdese que BONILLA SUAREZ llegó a indicarle por escrito y en papel que tenía que ver con él, los documentos fáciles de llenar para obtener la devolución de los camiones retenidos.

10. La forma como ORDOÑEZ VASQUEZ se separó del negocio, para remitirlo a BONILLA SUAREZ (fls. 4, 5, 6 cuaderno de fotocopias) no traduce una decisión justa y adecuada. Lo que revela, más bien, es el socorrido expediente de inescrupulosos jueces de aduanas: impedir la segunda instancia ante su Tribunal Superior, si conservaban la competencia, y establecerla en grado inferior para poder exaccionar en compañía del Juez subalterno o presionar con la alternativa de decidir de último. Nótese, además, la índole de las alegaciones y pruebas aportadas por Sánchez Chacón y la naturaleza de las respuestas acordadas por BONILLA SUAREZ (fls. 101 a 104, 105, 121 C. fotocopias) y se deducirá un propósito de dilatar y dificultar la entrega para que pudiera funcionar la inducción que ya se desenvolvía descaradamente.

11. No hay en autos la más mínima demostración que insinúe un afán retaliativo, un designio malsano, un interés por fuera del ejercicio de funciones o reclamadas por quien era víctima de la concusión, por parte del Procurador Holger Enrique Vanegas o del Jefe del DAS, mayor Carlos Gustavo Monroy Arenas.

Otras breves y finales reflexiones de la Sala

Los elementos básicos exigidos por el artículo 156 del Código Penal, para estructurar el delito de "Concusión", están plenamente satisfechos. ORDOÑEZ VASQUEZ y BONILLA SUAREZ para la época de los hechos tenían la condición de funcionarios de la rama jurisdiccional —fls. 26 a 29—, posición que les permitía conocer de asunto en el cual tenía interés Luis Eduardo Osorio Bonilla, y otros, y que mediante abuso de la misma indujeron a éste a prometer la entrega de considerable suma de dinero, para poder obtener el reconocimiento de un derecho suyo.

Los aspectos de esta figura delictiva han sido comentados en forma amplia y acertada por el a quo, el Ministerio Público y por esta Sala en ocasión anterior. Sobraría insistir en disquisiciones jurídicas debidamente expuestas y analizadas. Baste ahora destacar lo siguiente: la potestad pública, máxime cuando se tiene oportunidad de ejercitarla en asunto concreto, constituye por sí un factor coactante. La víctima comprende fácilmente, cuando se insinúa el abuso del funcionario, que no tiene más alternativa que ceder a la injusta exigencia o asumir los perjuicios de su negativa. Por eso el empleado público tiene que ser prudente y ponderado en la aplicación de sus facultades porque el desvío de ella genera conductas delictuosas de las cuales deba responder.

La concusión puede asumir la forma del

constreñimiento (aplicación de la fuerza física o moral para compeler y obligar a hacer o ejecutar algo) o la inducción (fraudulenta persuasión para que el sujeto pasivo acceda a la entrega u oferta de dinero o cualquier otra utilidad) y, esta última ejecutarse de modo explícito o implícito. En el caso de autos ciertamente se trata de la inducción explícita, pues los funcionarios influyeron, mediante el abuso de sus funciones y el temor que estas suscitaban, en la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o entregar considerable suma de dinero.

Osorio Bonilla comprendió muy bien el poder de que disponían los jueces ORDOÑEZ VASQUEZ y BONILLA SUAREZ, como también lo infructuoso que le estaba resultando invocar razones de derecho por intermedio de su abogado. La aproximación a estos funcionarios en procura de ayuda, cuestión explicable en quien está padeciendo algún efecto en su patrimonio y que no siempre puede medirse como el inicio de una acción cohechadora, despejó a los enjuiciados toda duda sobre la posibilidad económica que tenían ante sí. Por eso de manera inusta y bien preparada dilataron todo pronunciamiento favorable a Osorio Bonilla y pasaron de la inducción velada a la franca, explícita y completa, o sea, con la fijación de todas las condiciones y circunstancias de la exigencia arbitraria. Le advirtieron la necesidad de cambiar de apoderado y entregar dinero para procurar una decisión favorable. Y la víctima tuvo que acceder. En este momento se consumó la infracción comentada (en la concusión todo comienza y todo concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia), siendo indiferente a este fin que los funcionarios recibieran o no el dinero, que fueran sorprendidos con él o se recuperara en manos de terceros encargados de cumplir su recepción, etc... Por eso no es dable aludir a delito provocado porque la iniciativa, cuando ya ésta se hizo explícita, partió de los enjuiciados y logró su cabal perfeccionamiento. La actuación del Procurador del Distrito y del Jefe del DAS, en lo que se quiere ver como provocación, fue apenas el sorprendimiento en el delito y la mejor comprobación de la verdad que había relatado ante ellos, y luego en el proceso, el mencionado Osorio Bonilla.

Finalmente debe responderse de modo negativo, por ahora, a la petición excarcelatoria. Como bien lo anota el Procurador Delegado, la gravedad del ilícito y la peligrosidad que revelaron los enjuiciados, no se compadece con el otorgamiento de este beneficio, sobre la base de considerar a ORDOÑEZ VASQUEZ, anticipadamente, como apto para recibir la condena condicional de llegarse a un fallo condenatorio. Estas circunstancias, que influyen en el otorgamiento de este beneficio, no pueden menguarse ni diluirse porque el procesado al fin se presentó y lleva corto tiempo de privación de libertad. Es verdad que esta actitud abre la posibilidad, más adelante, de llevar al criterio del juzgador mejores y más válidos elementos de apreciación de la personalidad del juez que desgraciadamente sucumbió a la tentación económica y antepuso este interés material al fiel cumplimiento de obligaciones superiores y nobilísimas en el campo moral y social. Pero por ahora se mantendrá íntegralmente el auto recurrido.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL—, obrando de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, resuelve:

1. CONFIRMAR, en todas sus partes, el auto de llamamiento a juicio proferido contra GUSTAVO ORDOÑEZ VASQUEZ y DAVID ANTONIO BONILLA SUAREZ, por el delito de "Concusión", ya reseñado en su fecha y origen.

2. Como la intervención del doctor Holger Enrique Vanegas N., Procurador del Distrito, y del Mayor Carlos Gustavo Monroy Arenas, jefe del DAS, en cuanto a la captura de los jueces ORDOÑEZ y BONILLA, y su mantenimiento, pudo desconocer el fuero de que gozaban estos funcionarios, se expedirán las copias pertinentes para investigar el posible delito de abuso de autoridad o detención arbitraria, en que pudieron incurrir Vanegas y Monroy.

3. En la etapa de la causa se establecerán los motivos y fecha en que fueron separados Vanegas y Monroy de sus cargos y si en esta decisión influyó su proceder en la investigación contra ORDOÑEZ y BONILLA. Igualmente se tomará información del estado actual o forma como finali-

zó el proceso penal aduanero y copia de las providencias tomadas en relación a los automotores, el cargamento de azúcar y los implicados en esta averiguación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

E S T A F A

Por el sistema de rifas. Cuál es la cuantía de la estafa y cómo se regula.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre dieciséis de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 47.

Vistos

Por sentencia que lleva fecha 30 de marzo del año pasado, el Juez Décimo Penal del Circuito de Bogotá condenó a Rafael Gámez del Valle y a Orlando Linero Parra a la pena principal de dieciocho meses de prisión y multa de doscientos pesos a cada uno, como también a las sanciones accesorias correspondientes como responsables por el delito de estafa consumada en contra del patrimonio de Beatriz Martínez Padilla.

De esta providencia apelaron los defensores de los procesados y el apoderado de la parte civil.

La alzada fue resuelta por el Tribunal Superior en sentencia de veinticinco de julio del año mencionado por medio de la cual se declaró extinguida la acción penal contra Orlando Linero Parra por muerte de este procesado y se confirmó, en todas sus partes, la sentencia materia de la alzada.

Contra la decisión del Tribunal interpuso el representante de Gámez del Valle el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala en donde se le dio el trámite de rigor, agotado el cual, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

La investigación se inició en Santa Marta por denuncia que pusiera, mediante apoderado, la señorita Beatriz Martínez Padilla, hoy señora de Lafaurie, contra Rafael Gámez del Valle y Orlando Linero únicos socios de la empresa comercial "Super-Rifa Turística" que había anunciado la rifa de una cabaña en el sitio de "Tahití", Rodadero de Gaira, Santa Marta, la cual en un principio debía verificarse el 30 de diciembre de 1966 pero fue aplazada para el 30 de enero del año siguiente, día en que se llevó a cabo el sorteo habiendo resultado ganadora la boleta número 6655 de la que era poseedora la denunciante quien se presentó a cobrar su premio pero como no le entregaran la cabaña y el tiempo iba transcurriendo resolvió ponerse en comunicación con la firma "Inversiones Dávila S. A." en donde le informaron que no podían entregar la cabaña porque todavía faltaba arreglar algunos asuntos con Linero y Gámez y que, además, el inmueble no estaba terminado. Agrega que con fecha 8 de marzo de 1967 Gámez y Linero se dirigieron a Inversiones Dávila para que hiciera entrega de la cabaña a la denunciante lo que no se obtuvo por cuanto aquellos no eran dueños de ese bien. En vista de eso la ganadora se decidió a poner la denuncia.

Cambiada la radicación del proceso cuyo conocimiento se fijó en los jueces de Bogotá, le correspondió al Décimo Penal del Circuito que, como se decía dicho, profirió sentencia de primer grado.

Durante la investigación se allegó a los autos una fotocopia de la boleta ganadora cuyo valor fue de cincuenta pesos y al an-

verso de la cual se lee, a más del nombre de la empresa promotora, la afirmación de que el proyecto y construcción de la obra había sido promovido por la firma "Inversiones Dávila Ltda."

Asimismo se trajo certificación del Jefe de la Sección de Impuestos Sucesorales e Indirectos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de que la "Super Rifa Turística" había pagado la suma de ocho mil ($ 8.000.00) pesos por concepto de impuestos.

Un informe del Alcalde Municipal de Santa Marta dice a fl. 21 del primer cuaderno, que la citada rifa jugó el día 30 de enero de 1967 y que resultó favorecida la boleta Nº 6655.

Por la prensa se anunció, según aparece de autos, el nombre de la ganadora y el número de su cédula.

De otro lado aparece un informe de la Secretaría de Hacienda del Departamento del Atlántico según el cual la firma "Linero y Gámez Limitada" cuyo domicilio era la capital del Departamento, había sellado en la sección de clubes y rifas un total de 1.100 boletas.

El doctor Francisco Dávila Riascos declaró para decir que Linero Parra y Gámez del Valle negociaron con la firma que el deponiente gerencia o sea "Inversiones Dávila S. A." una cabaña pero que tal negociación la hicieron a título personal y no a nombre de la firma "Linero y Gámez Ltda.". Tal negocio se hizo por el sistema de cuotas y el declarante se enteró de que empezaron a circular boletas de una rifa en que se menciona la empresa que él gerencia lo que se hizo sin pedirle autorización para ello. Agregó que no hubo contrato escrito para la entrega del inmueble y que ésta no se hizo por no haber sido pagado el valor total de la cabaña, reiterando que este se convino con Linero y Gámez a título personal no a nombre de la firma que estos habían constituido.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta dictó auto de vocación a juicio contra Rafael Gámez del Valle y Orlando Linero Parra por el delito de estafa en cuantía superior a diez mil pesos. Luego como se deja dicho, se cambió de radicación el proceso y el Tribunal Superior de Bogotá resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia en mención la cual fue confirmada.

La audiencia pública se llevó a cabo en los días 14 y 20 de marzo de 1975 y el 30 del mismo mes se profirió sentencia de primera instancia.

Entre los razonamientos en que el juzgador de primer grado sustentó la sentencia condenatoria cabe destacar los siguientes:

"En ningún momento dijo, la sociedad de responsabilidad limitada "Linero y Gámez" constituida por escritura pública número 1103 de la Notaría 1ª de Barranquilla con fecha seis de julio de mil novecientos sesenta y seis, estaba en condiciones de responder por las obligaciones surgidas a través de la rifa. Lógicamente que el capital de cincuenta mil pesos, desde todo punto de vista, era insuficiente para atender siquiera en principio al pago de la cantidad de ciento cuarenta y cinco mil pesos ($ 145.000.00), valor del chalet que debía adquirirse a la firma "Inversiones Dávila S. A.".

"Asimismo, es obvio que los promotores de la rifa, utilizaron en forma abusiva el nombre de una empresa abuenada como lo es o era "Inversiones Dávila S. A.", gerenciada por el ingeniero Francisco Dávila Riascos quien depone sobre este aspecto, todo ello con el propósito de atraer más clientela. Claramente se lee al respaldo de la boleta ganadora que el proyecto y construcción los promueve Inversiones Dávila Limitada (sic) entidad que en realidad no se llama así pero de todas maneras sí valía para un mayor recaudo entre los presuntos suscriptores".

"Si bien es verdad que mil cien boletas a cincuenta pesos cada una sola dan un total de cincuenta y cinco mil pesos, no es menos evidente que esto es un dato parcial que se contrae únicamente a la ciudad de Barranquilla...

"Ante el presunto fracaso de la rifa, alegada (sic) por ellos en el aspecto económico, no intentaron un segundo aplazamiento, y en última instancia, la devolución de los dineros a los abonados en el caso de no llevarse a cabo".

Por su parte, el Tribunal, en la providencia que es materia del recurso, expresó, en

la parte motiva, lo que a continuación se transcribe:

"Se ha comprobado lo siguiente:

'La firma "Linero y Gámez" efectuó una super-rifa turística de una cabaña situada en el Rodadero de Gaira.

'2º Para efectos de la mencionada Rifa la empresa pagó los impuestos pertinentes los cuales ascendieron a un valor de ocho mil pesos.

'3º La firma Linero y Gámez selló en la ciudad de Barranquilla la suma de un mil cien boletas, a razón de cincuenta pesos cada una.

'4º La mencionada Rifa se efectuó de acuerdo con el sorteo del 30 de enero de 1967, siendo ganadora la persona titular de la boleta Nº 6655, la cual pertenecía a Beatriz Martínez Padilla.

'5º El objeto de la rifa, es decir la cabaña situada en El Rodadero, no era de propiedad de los incriminados.

'6º Los promotores Gámez del Valle y Linero Parra no efectuaron ni siquiera una 'promesa de venta y compra' del bien objeto de la rifa.

'7º El Gerente de la mencionadas (sic) "Inversiones Dávila" fue claro en manifestar que no se efectuó ninguna negociación con la firma "Linero y Gámez".

'8º Ciertamente toda la sucesión de los puntos anteriores fueron efectuados en forma por demás inteligente por los sujetos activos Gámez y Linero.

'Anunciaban la ya conocida Super-Rifa aprovechando la época decembrina que transcurría en la cual los turistas acuden en gran cantidad a El Rodadero de Gaira. Los incriminados pagaron los impuestos para efectuar la Rifa, se sellaron en la sola ciudad de Barranquilla la cantidad de un mil cien boletas. Todo lo anterior aparentaba el hecho de que en verdad se trataba de una rifa seria.

'Contando con las boletas ya aludidas se inició la venta de las mismas, haciéndose resaltar el bien que era rifado, la localización del mismo y los beneficios que de él se derivaban. Por tales razones las personas acudían a comprar su respectiva boleta, influenciadas por la propaganda que se efectuaba.

'Precisamente esas circunstancias aludidas fueron el medio engañoso utilizado por los incriminados para que la gente comprara unas boletas que expresaban la rifa de un bien que no era de propiedad de la empresa que hacía la montada rifa".

Afirma a continuación, el **ad quem** que el provecho ilícito derivado por los procesados consistió en el valor de las boletas vendidas y que el ánimo doloso con que actuaban se demuestra por el hecho de que conocían ciertamente que el bien que rifaban no les pertenecía y que por lo tanto estaban en imposibilidad física y jurídica de entregarlo al ganador de la rifa.

Termina expresando el Tribunal que los medios engañosos empleados por los inculpados estaban en relación directa de causalidad con el perjuicio de que fueron víctimas no solo la ganadora del sorteo sino el resto de participantes de la rifa ya que cada uno de ellos, de haber ganado el premio, hubiera corrido la misma suerte de aquélla. Asimismo el provecho guarda la misma relación directa con los dichos medios engañosos ya que todas las artimañas que simulaban una rifa iban dirigidas a obtener los dineros provenientes de la venta de boletas.

Con base en estos razonamientos considera el **ad quem** que se demostraron en los autos los elementos constitutivos del delito de estafa, tal como lo consideró, también, el Juez del conocimiento, por lo cual el Tribunal confirma la sentencia proferida por éste y reclamada por las partes.

Demanda de Casación

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Corte

Con el objeto de buscar una mayor claridad y concisión en el estudio de los argumentos planteados por el recurrente, la Sala pasa a resumirlos, consignando, a continuación de cada uno de ellos, la respuesta de la Procuraduría para expresar, enseguida, sus propias conclusiones.

Dos cargos endereza el demandante contra la sentencia uno de ellos en el marco de la causal 4ª de casación y el otro en el ámbito del segundo cuerpo de la 1ª.

Primer cargo

Alega el actor que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad por incompetencia del Juez por cuanto, en su concepto, no se cometió el delito de estafa por el cual fue condenado su poderdante Rafael Gámez del Valle pues todo se reduce, a su juicio, a una cuestión puramente civil consistente en el incumplimiento de un contrato cuyas consecuencias son ventilables no por la vía penal como se ha hecho, sino por la civil.

Sustenta su censura en que el Tribunal desconoció la existencia de dicho contrato cuando de autos aparece, a juicio del actor, demostrada con los elementos de prueba que aparecen en el proceso, entre otros la declaración del gerente de "Inversiones Dávila S. A." quien, en comunicación dirigida a Gámez y Linero señala el valor de la cabaña, la forma del pago y la cuantía de cada una de las letras, todo lo cual fue aceptado por aquellos sin que sea óbice para llegar a esa conclusión que la promesa de compra-venta no hubiera quedado en firme pues considera que con la aceptación de las letras de cambio por parte de los inculpados el precio había quedado cancelado y para exigir su entrega efectiva la vía correspondiente era un juicio civil de carácter ejecutivo ya que para ello señala el código de la materia las acciones correspondientes.

Dentro del mismo cargo se alega por el demandante que el delito no existió porque, para que ello hubiera sido posible, se requeriría que el bien objeto material de la defraudación, existiera en el patrimonio del estafado, lo cual, en concepto del demandante, no ocurrió en el presente caso pues la denunciante solo era poseedora de una boleta y no de la cabaña rifada y que, admitiendo que el delito se hubiera perpetrado, su cuantía sería solo el valor de la boleta o sea cincuenta pesos.

Respuesta de la Procuraduría

Niega el Procurador Tercero Delegado Penal, quien lleva la voz del Ministerio Público en el presente recurso, que la situación planteada en autos sea puramente civil pues el dolo de la conducta observada por los incriminados se comprueba, a su juicio, con el hecho de que rifaron un bien que no estaba en su patrimonio ya que la propiedad cuyo otorgamiento dependía del pago de las letras de cambio que se habían otorgado como seguridad de la cancelación del precio pues no está demostrado que la negociación se hubiera llevado a cabo en condiciones distintas a las expresadas.

Niega, asimismo, que, como lo arguye el actor, el perjuicio se hubiera reducido al valor de la boleta comprada por la denunciante pues dada la naturaleza del contrato pactado por éste, lo que era en un principio mera espectativa se había convertido en un derecho concreto a la casa cuyo valor fue lo que vino a constituir el daño directo sufrido por aquélla.

También asevera la Procuraduría que el cargo ha sido planteado con falta de técnica ya que debió concretarse en el ámbito de una causal distinta puesto que en el fondo se está desconociendo la existencia de una infracción.

Consideraciones de la Corte

Ciertamente tiene razón el Ministerio Público en los planteamientos que se dejan resumidos.

Empezando por el último se tiene que la incompetencia de jurisdicción, que es la causal de nulidad alegada por el recurrente, solo se presenta cuando realmente existe un delito y éste es juzgado por un funcionario a quien no se le ha atribuído, por la ley, su conocimiento, como cuando un Juez de Circuito juzga una falsedad documental, ilícito cuyo conocimiento está atribuido a los jueces superiores, o falla sobre un delito ocurrido fuera de su jurisdicción sin que haya mediado cambio de radicación o decide sobre una infracción penal que, por su cuantía, está atribuída a otro funcionario de la rama jurisdiccional.

Pero en el presente caso no es eso lo que se alega sino que no ha existido delito alguno por donde se echa de ver que, como ya se advirtió, el cargo fue planteado en forma inadecuada y debe rechazarse.

En cuanto a la censura que, dentro de esta misma causal se expresa con base en la cuantía que el demandante atribuye al perjuicio, al decir que solo monta al valor

de la boleta, o sea cincuenta pesos, tampoco resulta aceptable porque al ganar la denunciante el premio lo que en un principio era una mera espectativa, se convirtió en un derecho concreto cuyo valor venía a ser el mismo del dicho premio, o sea, en el caso de autos, de ciento cuarenta y cinco mil ($ 145.000.00) pesos.

Esta cantidad fue, en consecuencia, el valor que dejó de percibir la ofendida y no obsta a la existencia del delito que el bien no hubiera estado antes en el patrimonio de la víctima sino que se haya impedido su entrega al mismo, como ocurrió en el caso de autos, pues el perjuicio económico característico de la estafa no consiste solo en un desplazamiento patrimonial en el sentido de que se pierda, como consecuencia del fraude, algo que se ha tenido sino que también puede darse cuando deja de entrar al patrimonio algo que debería ingresar a él, no por cumplimiento de una simple esperanza sino por la realización de una pretensión jurídica proveniente de un contrato o de cualquier otra causa reconocida por la ley, como ocurre en el presente caso.

En otras palabras el daño que se considera propio del delito de estafa consiste en toda lesión patrimonial ya sea porque se produzca una disminución del patrimonio o bien porque se deja de percibir un acrecimiento o aumento del mismo que, de no presentarse el engaño, hubiera tenido lugar.

Mas aún: el daño puede consistir de la agravación de una situación patrimonial con tal que el perjuicio sea efectivo y no una mera posibilidad ya que la estafa es un delito de daño y no de peligro.

De todo lo anterior se concluye que en el caso de autos hubo daño y que la cuantía del mismo no se redujo al precio de la boleta de la rifa sino que su monto es el mismo del bien que la denunciante se ganó o sea la cabaña y que no le fue entregada.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo

Se ubica en el segundo cuerpo de la causal 1ª para decir que la sentencia impugnada es violatoria de los artículos 408 y 410 del Código Penal por apreciación errónea y falta de apreciación de pruebas que llevó al juzgador a incurrir en errores de derecho y de hecho que, al decir del actor, aparecen de manifiesto en los autos.

Entre las pruebas que, según expresa la demanda, dejó de apreciar el Juez están dos cartas que aparecen a fls. 66 y 67 del cuaderno Nº 1, la segunda de las cuales, fechada al 3 de mayo de 1966 y dirigida a Orlando Linero y Rafael Gámez propone la venta de la cabaña en las condiciones que allí se especifican y la primera, de 17 de noviembre de 1967 y dirigida al Juez Primero Penal Municipal informa que pasaron a Linero y Gámez la carta anterior, que ellos manifestaron verbalmente su conformidad con los términos de la misma, cancelaron el valor de la primera letra y luego hicieron otros pagos así: $ 31.875.00 el 14 de febrero de 1967 y $ 10.000.00 el 18 de marzo del mismo año y que a la fecha de la carta estaban debiendo la suma de $ 85.000.00 más los intereses de mora.

Esta carta termina diciendo:

5º Inversiones Dávila S. A. no ha celebrado negocio ni contrato alguno con los señores Orlando Linero Parra y Rafael Gámez del Valle separadamente, ni con la firma Linero y Gámez Ltda.".

Agrega la demanda que estas cartas, unidas a otras circunstancias como la obtención del permiso para efectuar la rifa, el pago del impuesto correspondiente, el anuncio en que se dio a conocer el número de la boleta ganadora de la misma y la constancia de que el valor de cada boleta era de cincuenta pesos, conducen, a juicio del actor, a la conclusión de que no hubo por parte de los procesados intención de defraudar a nadie y que solo incurrieron en culpa por haberse precipitado a realizar la rifa sin que la firma constructora hubiera cumplido con la entrega de la cabaña.

Insiste en que todo este asunto es de naturaleza civil y que solo después de haber agotado las vías señaladas por los ordenamientos de esta rama del derecho y comprobado que Linero y Gámez eludían el cumplimiento de sus obligaciones podría pensarse en la existencia de un dolo penal.

Reitera que la denunciante no sufrió perjuicio alguno por cuanto el bien objeto material de la acción no estaba en su pa-

trimonio y si acaso hubo daño patrimonial este fue el del valor de la boleta.

Niega que los procesados hubieran recibido beneficio alguno ya que, dice, si bien vendieron boletas por valor de $ 55.000.00 depositaron una suma mayor en poder de "Inversiones Dávila" lo cual no fue tenido en cuenta por el Juzgador.

Respuesta de la Procuraduría

Acoge el Ministerio Público el planteamiento que hace la sentencia en el sentido de que el bien no era de propiedad de los procesados cuando se efectuó la rifa pues así aparece de la comunicación que le dirigiera al Juez la firma "Inversiones Dávila S. A." en la que se dice que no hubo contrato con aquéllos y expresa que en tales circunstancias no puede concluirse que obraran de buena fe pues sabían que estaban en imposibilidad de entregar el premio, es decir, que actuaron con dolo sin que éste desapareciera por el hecho de haber publicado el número de la boleta ganadora ni por las ofertas de arreglo que hicieron a la denunciante así como tampoco por los abonos, muy posteriores a la rifa, que hicieron a la firma mencionada.

Considera la Procuraduría que el demandante no demostró su aseveración de que la carta que se deja mencionada contuviera inexactitudes en cuanto afirmó, no había contrato entre la firma y los procesados y concluye el Ministerio Público este aspecto diciendo que no se ha establecido que el Tribunal incurriera en error de hecho al apreciar las pruebas referidas.

Nuevamente rebate la aseveración de que el bien rifado estaba en poder de la denunciante y dice sobre el particular que si ella tenía antes de la rifa una mera espectativa, su derecho se concretó en un cuerpo cierto después del sorteo y que como ese bien no le fue entregado, tal es el valor del perjuicio.

Igualmente rechaza la afirmación hecha por el demandante de que los procesados no obtuvieron beneficios sino pérdidas con la rifa a propósito de lo cual dice que no importa lo que hicieron con el dinero recibido por la venta de boletas si, de todos modos, sabían que no podían cumplir los compromisos adquiridos.

Consideraciones de la Corte

No aparece a juicio de la Sala el error de hecho en que, según el decir de la demanda, incurriera el ad quem en la apreciación de las pruebas ni mucho menos el de derecho que ni siquiera fue señalado.

En efecto, el Tribunal se basó sustancialmente en lo manifestado por la firma "Inversiones Dávila S. A.", en el sentido de que no hubo contrato con los procesados sobre la construcción de la cabaña.

Si a ello se agrega que, como también lo estimó el ad quem, solo se canceló una letra a dicha firma por cuenta de la construcción de la cabaña, resulta fácil deducir, como lo hizo aquél que en el momento de verificarse la rifa no podían considerar los procesados que la cabaña les pertenecía y que podían trasmitir al ganador del sorteo la propiedad de dicho bien.

Y como quiera que el premio ofrecido no era el alquiler de una cabaña o cualquier otro derecho distinto al de propiedad sino ésta no es posible eludir la conclusión de que Gámez y Limero estaban obrando de mala fe cuando, en vez de aplazar nuevamente el sorteo, procedieron a hacerlo a sabiendas de que no podían cumplir lo prometido públicamente.

El dolo de su actuación consiste entonces en que, pudiendo obrar de buena fe aplazando el sorteo hasta estar en posibilidad de cumplir lo prometido prefirieron efectuarlo a conciencia de que no podían cumplir sus obligaciones como partes en un contrato aleatorio.

Se concluye de lo anterior que no hubo error en la apreciación de las pruebas por parte del Juzgador de instancia, y que, por ende, no puede admitirse el cargo.

Por lo que hace al de que no existió beneficio para los procesados y, por lo tanto, no se estructuró el delito de estafa por falta de uno de sus elementos, se tiene que está formulado en la parte de la causal primera que no le corresponde, pues se trata de una censura por violación directa de la ley causada por indebida aplicación de la misma, error de técnica que sería suficiente para desecharlo.

Pero aun cuando se hubiera formulado en la sede que le corresponde, tampoco podría aceptarse por cuanto el provecho ilí-

cito en la estafa no consiste solo en la adquisición de un bien, esto es, en el incremento directo del patrimonio, sino que también puede darse por la no disminución de la masa patrimonial.

En el caso de autos la no entrega de la casa significó para los procesados no haber tenido que desembolsar el valor total correspondiente a la construcción de la misma, lo cual fue para ellos considerable ganancia.

De ahí que tampoco tenga fundamento este cargo y que, al igual que el anterior, deba ser desechado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia a que se refiere la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Competencia del Juez por razón de la cuantía.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre veintitrés de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 49.

Vistos

Contra la sentencia de 14 de junio del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín, con el salvamento de voto de uno de los Magistrados, confirmó, en todas sus partes, la sentencia de 23 de abril de este mismo año proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis en que condenó a JORGE IGNACIO CALLE GUARIN y a ALBERTO ARENAS RESTREPO a la pena principal de sesenta y siete (67) meses de prisión, cada uno, y a las sanciones accesorias correspondientes interpuso el defensor de este último recurso extraordinario de casación que le fue concedido y que se tramitó debidamente. Se procede, agotado dicho trámite, a resolver lo que corresponda.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que encima y a continuación del cuartel ocupado por la Policía Nacional en Támesis (Antioquia) tenía sus depósitos de café la "Cooperativa de Caficultores de Jericó" cuyo agente Guillermo Villa Abad, había estado notando la pérdida de cantidades del grano y como sospechara que la policía tenía algo que ver con eso, puso en aviso al sargento viceprimero de dicho cuerpo Miguel Sigifredo Reina Gamboa, quien se dedicó a vigilar, desde su dormitorio, el depósito en mención. Fue así como en la madrugada del 29 de abril de 1973 observó que el agente Alberto Arenas Restrepo, quien estaba de servicio esa noche, cruzó el patio del cuartel y luego, en asocio del agente Jorge Calle Guarín llevó una escalera al sitio en que ordinariamente permanecía dicho artefacto después de lo cual se trasladó a la calle y se situó en la acera opuesta, momento que aprovechó el sargento para salir en ropas de dormir y acercarse a Calle Guarín quien se ocupaba en recoger unos granos de café. Al preguntarle a éste qué estaba haciendo, le respondió que recogiendo ese cafecito. De inmediato llamó a Arenas y les ordenó tanto a éste como a Calle Guarín que lo acompañaran hasta el Comandante del Distrito llevando el costal en que tenían el café. Una vez en presencia de su superior, le informó de lo sucedido.

Abierta la investigación se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial al local ocupado por el depósito de café y se pudo establecer que el acceso al mismo desde los patios del cuartel era muy fácil mediante el escalamiento del muro de que da a dicho patio, lugar por donde penetraron los procesados.

Asimismo se verificó un chequeo para establecer la cantidad de grano sustraída desde la última visita practicada a dicho depósito el 25 de agosto de 1972 en adelante señalándose que el faltante montaba a 20.447 kilos.

También se estableció que la cantidad de café que tenían los procesados en el sa-

co con que fueron sorprendidos la noche del 29 de abril de 1973 era de 13 kilos y su valor de $ 206.40.

Con base, entre otras pruebas, en la confesión de los dos procesados hecha en el proceso disciplinario seguido contra ellos por el Comandante del Distrito de Policía, reiterada por Calle Guarín durante el presente proceso la declaración de Carlos Alberto Arredondo quien manifestó que con anterioridad Arenas le había entregado cierta cantidad de café para que lo fuera a vender y la de María Rosa Hincapié, quien dijo haber encontrado días antes en la cama de dicho sindicado un talego con café, se les llamó a juicio, no obstante la negativa de Arenas de haber participado en la sustracción del grano y su afirmación de haberse limitado a ayudar a su compañero Calle Guarín, la noche de autos, a transportar una escalera, se llamó a juicio en auto de 22 de septiembre de 1973 a ambos sindicados por el delito de robo en la modalidad de continuado.

Dicha providencia fue confirmada en su totalidad por el Tribunal en la suya de 20 de noviembre del mismo año por medio de la cual desató el recurso de apelación, interpuesto contra la del Juzgado, por Arenas Restrepo y el defensor de Calle Guarín.

En esos mismos fundamentos probatorios se basó el a quo para dictar la sentencia que se deja mencionada e igualmente sirvieron de sustento a la proferida por el Tribunal y que es materia del presente recurso.

En uno de los apartes de ésta el Tribunal hace el resumen de las pruebas en la siguiente forma:

"Al proceso se allegaron varios testimonios sobre detalles que constituyen indicios de responsabilidad contra los procesados. Así José Salomón Toro (fl. 4 vto.) da cuenta de las propuestas que le hicieron estos dos agentes, de que se 'aguantara' para ellos pasar un café, ya que como agricultor nada le pasaba, a lo cual les respondió que no. Guillermo Vélez Morales da razón de la conversación que determinado día sostenía el Alcalde con un agente de la Policía contándole al señor Guillermo Villa sobre la sustracción del café: María Rosa Hincapié (fl. 52) dice que estando en el dormitorio de los agentes de la policía buscando una ropa, encontró una cantidad de café en la cama de Alberto Arenas. Manuel Muñoz en su declaración de fl. 53 dice que le había dado razón a Emilio Zapata sobre la sustracción del café que hacía algún tiempo estaba ocurriendo en la Cooperativa, pues que había escuchado a dos agentes cuando decían, alicorados en la cantina de Suso Vásquez, 'que podían tomar trago tranquilamente que para eso la Cooperativa de Cafeteros daba para todo'. Y por último Magdalena Montoya, quien dice que una noche, ya bastante tarde, pudo observar de la ventana de su casa que está al frente del Comando de Policía a un señor con un costal al hombro, sin que pueda asegurar cuál era su contenido, ni tampoco si salía del Comando o no, que ese hombre es su vecino de apellido Cano. Otra circunstancia que compromete a los encartados es la frecuente bonanza que ostentaban, pese al escaso sueldo que devengaban" (fl. 204 cdno. principal).

Demanda de casación

Tres cargos formula a la sentencia en el marco de la causal cuarta de casación y uno en el del primer aparte de la causal primera.

A continuación se transcriben los resúmenes hechos por el actor en relación con cada una de las mencionadas censuras:

Causal cuarta. Primer cargo

"Impugno, dice el demandante, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín mediante la cual se condenó al procesado recurrente Alberto Arenas Restrepo a la pena corporal de 67 meses de presidio e incorporales anexas, por el delito de robo agravado con fundamento en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, que contempla como circunstancia de agravación el hecho de que el sujeto activo del delito haga uso de una escalera para la sustracción del bien mueble, porque en el caso de autos dicha circunstancia de agravación carece de respaldo procesal en razón de que el escalamiento analizado por el Honorable Tribunal sentenciador no estuvo agregado a violencia alguna contra las personas o las cosas, motivo por el cual

y de acuerdo con la sentencia de la Corte a que se ha hecho alusión anteriormente, se está en presencia de un hurto reprimido por la Ley 4ª de 1943, hoy Ley 21 de 1973'.

"Concretamente la censura va dirigida contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, por haberse incurrido desde el auto de vocación a juicio 'en error relativo a la denominación jurídica de la infracción' nulidad expresamente contemplada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal".

Segundo cargo

"Teniendo en cuenta que la cantidad de café sustraída de los Depósitos de la Federación de Caficultores fue de 13 kilos, según el acta de depósito obrante a folios 87 del expediente, estimando por otra parte que su valor total es el de doscientos seis pesos con cuarenta centavos ($ 206.40), según dictamen pericial obrante a folio 5 vuelto, dictamen en el cual los señores peritos le dan a cada kilo de café el valor de quince pesos con ochenta y ocho centavos ($ 15.88), se tiene que la cuantía del ilícito asciende únicamente a doscientos seis pesos con cuarenta centavos, de lo cual se colige que la competencia para el conocimiento del proceso está atribuída a las autoridades de policía por mandato del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal y por estar reprimida esta infracción que no es robo sino hurto, con la pena de prisión".

Tercer cargo

"Acuso la sentencia dictada por el Honorable Tribunal Superior de Medellín mediante la cual condenó al procesado recurrente, Alberto Arenas Restrepo, como responsable del delito de robo agravado, previsto en el artículo 404 del Código Penal, numeral 3º en razón de que se le dio en el auto de proceder una inexacta calificación en derecho, puesto que no habiendo estado revestido el acto delictuoso ejecutado de violencia alguna, se denominó en forma equivocada como robo la conducta constitutiva de un delito de hurto simple, entrabándose la defensa del procesado y haciendo errónea aplicación de la Ley sustancial en la sentencia, factores que llevaron al sentenciador de segundo grado a quebrantar el artículo 26 de la Constitución Política en su previsión de 'falta plena de las formas propias del juicio'".

Causal primera. Unico cargo

"Por evidente error de derecho, el Honorable Tribunal Superior aplicó indebidamente el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal, considerando que la sola circunstancia del uso de la escalera configuraba la causal de agravación prevista en el artículo ya citado, sin estimar que tal uso de la escalera deberá también estar revestido de la violencia que expresamente exige el artículo 402 del Código Penal, circunstancia que no estaba demostrada en los autos'.

"Como consecuencia de lo anterior, se tiene que el Honorable Tribunal sentenciador violó en forma indirecta y por evidente error de derecho la ley sustancial en su artículo 404 del Código Penal, normación que resulta indebidamente aplicada en razón de que la norma llamada a gobernar el Juzgamiento del proceso era el artículo 397 del Código Penal".

Concepto de la Procuraduría

Por medio del Procurador Segundo Delegado Penal solicita el Ministerio Público que se case la sentencia recurrida por encontrar fundada la censura de incompetencia del Juez que le hace el recurrente y que el Procurador considera la de más extensa aplicación que las demás causales de casación invocadas por el demandante.

Sobre el particular expresa la Procuraduría que a Calle Guarín y a Arenas Restrepo no podía imputársele la sustracción de 20.447 kilos de café "por no disponer de tiempo ni de medios para transportar tan enorme cantidad de grano que corresponde aproximadamente a 1.635 arrobas, es decir, más de 300 sacos de café de 60 kilos".

Agrega que la prueba recaudada en el proceso enseña que los procesados se apoderaron solo de 13 kilos de café y que por ello la competencia para el conocimiento de dicha conducta corresponde al Juez Penal Municipal de Támesis de acuerdo con la cuantía del ilícito y la naturaleza de los hechos.

Con anterioridad había argumentado que al menos desde un año antes a la noche en que fueron sorprendidos los agentes con el bulto de café, la Cooperativa venía siendo víctima de sustracciones del grano y que el agente Arenas había sido trasladado a Támesis el 21 de octubre o sea que no pudo haber sustraído grano en los meses anteriores no obstante lo cual se le imputó ese hecho.

Con base en lo anterior, el Procurador solicita, como ya se dijo, que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive, y que se remita el proceso al Juez competente.

Consideraciones de la Corte

Sobrada razón tiene la Procuraduría al solicitar se case la sentencia recurrida y se diga que el proceso vuelve al estado en que se encontraba cuando se cerró la investiración, esto es, que debe rehacerse de allí en adelante dictando, en primer término, un nuevo auto de calificación del sumario.

Porque para la Sala, lo mismo que para el Ministerio Público, resulta plenamente fundada la censura que en el segundo de los cargos basados en la causal cuarta de casación se formuló contra la sentencia recurrida al afirmar que se condenó al recurrente por un delito contra la propiedad por una cuantía de trescientos veinticuatro mil seiscientos noventa y ocho pesos con treinta y seis centavos ($ 324.698.36) valor de veinte mil cuatrocientos cuarenta y siete kilos (20.447 kls.) de café cuando lo único que se demostró en los autos fue que él y Calle se apoderaron de trece y medio (13.5) kilos del grano cuyo valor se tasó en doscientos seis pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 206.44).

De estas simples premisas se concluye que para el juzgamiento de la conducta imputada a los procesados en mención no era competente al Juez Promiscuo del Circuito de Támesis sino uno de los jueces penales municipales de esa localidad habida cuenta del lugar de comisión y de la cuantía del ilícito.

También se encuentra acorde la Sala con el Procurador Segundo Delegado Penal respecto al cargo que debe estudiarse en primer término o sea el de la competencia del Juez por razón de la cuantía de la infracción ya que tiene un alcance mayor que los demás formulados por el demandante contra la sentencia recurrida por cuanto dice relación al funcionario que debe decidir del proceso y su aceptación determina el cambio del Juez en tanto que de resolverse afirmativamente cualquiera de las otras censuras seguiría conociendo del asunto el mismo que lo ha hecho hasta ahora.

La solución favorable al cargo que se deja mencionado impide a la Sala ocuparse de los demás pues resulta obvio que la decisión a tomar hace superfluo entrar en el examen de estos.

De otra parte como la situación de Arenas Restrepo y la del otro procesado Jorge Calle Guarín son iguales, la incompetencia del Juez que se predica respecto a la conducta del primero abarca también el juzgamiento de la del segundo, razón por la cual aun cuando este último no recurrió de la sentencia, la decisión ha de abarcarlo igualmente pues lo que aparece como nulo en relación al recurrente no puede ser considerado válido para quien no interpuso el recurso.

Por lo expuesto; la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

PRIMERO. CASAR la sentencia recurrida.

SEGUNDO. El proceso queda con la investigación cerrada y debe seguirse de allí en adelante.

TERCERO. Funcionario competente para proseguirlo es el Juzgado Penal Municipal de Támesis (Antioquia).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INSTRUCCION DEL SUMARIO

Términos. El auto que ordena la ampliación, no puede ser de "ampliación implícita", debe decretar las pruebas que falten. Pero al hacerlo no hay nulidad constitucional.

Cierre de la investigación. No se puede decretar la nulidad del auto de cierre de investigación, vencidos los términos, alegando que faltan pruebas por practicar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre veintitrés de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado: Acta Nº 49 de 23 de septiembre de 1976.

Vistos

Por apelación no sustentada del Fiscal del Tribunal Superior de Sincelejo, corresponde a la SALA pronunciarse sobre la providencia del 4 de junio de este año, mediante la cual la correspondiente Sala de Decisión del nombrado Tribunal decretó la nulidad de todo lo actuado "a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación" en este proceso que por un posible delito de "Falsedad en documentos" se sigue al Abogado Auxiliar de la Procuraduría Regional, doctor LUIS GONZALEZ ANAYA. En esta segunda instancia el Señor Procurador 1º Delegado en lo Penal conceptúa "que son desacertadas las nulidades planteadas por el Tribunal de Sincelejo y por su colaborador Fiscal, debiendo procederse a la calificación del mérito del sumario como lo establece el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal".

Los hechos que dieron origen a la apelación que ha traído a esta SALA el duplicado de la actuación cumplida en la primera instancia, pueden resumirse así:

La sumaria aludida en la parte inicial de esta providencia se inició mediante "auto cabeza de proceso" del once (11) de diciembre de 1975 y por auto del 22 de abril de 1976, al cabo de cuatro (4) meses y once (11) días, se declaró cerrada la investigación. Al día siguiente el señor Fiscal Único del Tribunal Superior de Sincelejo solicitó se decretara la nulidad de la actuación desde el auto de doce (12) de febrero anterior porque, según alegó, en el presente caso en donde existe un solo sindicado y se le imputa una sola infracción, debe estarse a lo que dispone el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal sobre "términos de instrucción"; es decir, que en un caso como el presente ese término será de treinta (30) días, al cabo de los cuales debió cerrarse la investigación con base en el artículo 472 del mismo Código pues no se hizo uso de la facultad de ampliar la investigación de la manera y en los términos previstos por el mismo artículo 472, y, por el contrario, se impartió una comisión para la práctica de pruebas. De lo dicho concluye: "Luego esas pruebas y toda la actuación llevada a cabo después de rebasado el término tantas veces puntualizado no pueden tener valor porque se han pretermitido las disposicio-

nes de procedimiento señaladas. Pues una cosa es conferir una comisión y otra muy distinta decretar la ampliación de la etapa sumaria. Un auto que confiere una comisión no puede entenderse que a la vez equivale a ampliar el término de formación y perfeccionamiento del sumario". De allí deriva la nulidad de origen constitucional y cita, expresamente, el artículo 26 de la Constitución Nacional. Lo anterior sin perjuicio de considerar incompleta la investigación.

La Sala de Decisión Penal correspondiente emitió el auto de 4 de febrero de 1976 que es ahora materia del recurso interpuesto por el Fiscal y que en su parte sustancial dice: "Como ha venido sosteniendo la Sala en distintas ocasiones, considera que cuando se ordena en un proceso o sumarias el cumplimiento de una comisión y el término de la instrucción está vencido, esa comisión conlleva la ampliación tácita del término de instrucción, por un tiempo igual a aquél al cual se circunscribe dicha comisión, por ello no accede la Sala a decretar la nulidad solicitada por el señor Fiscal a partir del momento en que él la solicita. Pero, si observa la Sala que el auto que ordenó el cierre de la investigación fue prematuro por cuanto existen algunas diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos que no fueron practicadas. Esta anomalía anotada obliga a la Sala a decretar como así lo hará en la parte resolutiva de esta providencia la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación y ordenando la práctica de las diligencias que se crean necesarias para una mayor claridad al llegar el momento de pronunciarse o calificar el negocio". Como lo indican las comillas, la transcripción es textual.

El Fiscal no sustentó el recurso pero en el traslado al Ministerio Público que se hizo en esta segunda instancia el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal conceptuó que las nulidades en el proceso penal estaban taxativamente enumeradas en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal y que estaban instituídas "con la finalidad exclusiva de favorecer los intereses del sindicado" como lo ha dicho la CORTE en reiteradas jurisprudencias. Considera que no tiene razón el Fiscal de la Primera instancia y que su obligación era la de emitir concepto sobre la calificación de la sumaria pues ya la investigación había sido cerrada por haberla considerado el instructor perfeccionada en lo posible. Cita en su apoyo el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal sobre obligación de conceptuar por parte del Ministerio Público. En cuanto a las nulidades planteadas por el Fiscal considera que "no tienen respaldo alguno en el Código de Procedimiento, así como tampoco pueden deducirse del artículo 26 de la Carta, por razón de fondo como la taxatividad de ellas". Advierte que no se refiere al momento procesal en que fueron planteadas pues pueden alegarse en cualquier estado del proceso como lo dice el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal pero repite que la obligación del Fiscal "era la de emitir concepto sobre la calificación del mérito del sumario, sin importarle si se practicaron pruebas sin ampliar el término para formar las sumarias, por cuanto estaba implícita en la comisión conferida, la ampliación del tiempo establecido en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal". Critica luego el decreto de nulidad del Tribunal que se fundamenta en el hecho de que faltaban pruebas por practicarse y, por tanto, la investigación fue cerrada prematuramente. Dice así: "Como puede observarse, la argumentación jurídica para decretar dicha nulidad es elementalmente infundada, ya que, ejecutoriado el auto que ordenó el cierre de la etapa investigativa, quedaban al juzgador dos posibilidades: revocar dicho auto, si en su contra, y en el término legal, se interpone el recurso de reposición, pero jamás por revocación directa, o calificar el mérito del sumario, dictando auto de sobreseimiento temporal, toda vez que, según el artículo 489 del Código de Procedimiento Penal, así se debe actuar cuando no aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito o no exista contra el procesado la prueba suficiente para llamarlo a juicio, ordenando en el mismo auto la reapertura de la investigación, con el fin de decretar o practicar las pruebas pertinentes". De todo lo dicho concluye que se equivocaron tanto el Fiscal como el Tribunal, el primero en su planteamiento de nulidades que no existen y el segundo en cuanto a lo prematuro del

auto que cerró la investigación, y termina por solicitar que se devuelva el asunto a la primera instancia para que se califique el mérito de la sumaria como lo establece el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre la base de los anteriores resúmenes y transcripciones, y examinado el punto con vista en el duplicado de la actuación que ha sido enviado a esta segunda instancia, la SALA considera:

Dos son, en verdad, los problemas debatidos en el caso de autos. De un lado está el que plantea el Fiscal del Tribunal cuando afirma que existe nulidad, de origen constitucional y por inobservancia de las formas propias del juicio, cuando se continúa en la práctica de pruebas más allá del término de vencimiento de la instrucción y no se utiliza el mecanismo propio de la ampliación de dicho término, sin que el hecho de comisionar implique o comporte el uso de esa facultad. Este criterio lo combaten, en su orden, el Tribunal de Sincelejo en la primera instancia y el Procurador 2º Delegado en lo Penal en ésta. La Corporación aludida y el Agente del Ministerio Público que conceptúa sostienen la tesis de la "ampliación implícita" del término de instrucción de que trata el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal cuando al vencimiento de dicho término se comisiona para el adelantamiento de la sumaria. El segundo problema viene en el auto que es objeto de la revisión y consiste en sostener que cuando faltan pruebas por practicar y se cierra la investigación, esta determinación es "prematura" y cabe la nulidad del auto correspondiente para continuar en busca de esas pruebas que se echaron de menos después de la clausura de la investigación. Este criterio no lo comparte el Procurador 2º Delegado en lo Penal en esta segunda instancia y, todo lo indica así, tampoco el Fiscal de la primera instancia que apela.

Por el primero de los problemas se desemboca en la institución procesal de los términos que fijan la ley o el juez para el cumplimiento o para la realización de ciertos actos. Odorigo les llama "formas temporales" y refiriéndose a ellas, dice así: "la verificación de los actos procesales en relación con el tiempo, se regula de dos maneras distintas y complementarias entre ellas: en general, mediante el señalamiento de los días y horas hábiles para la actividad procesal, de cualquier naturaleza que ésta fuese; y en especial, indicando los momentos oportunos para la realización de determinados actos o categorías de actos (términos e intervalos)" (Lecciones de Derecho Procesal. Tomo II. Parte Especial. Depalma, editor, Buenos Aires, Arg. 1960. Pág. 235). La instrucción de la sumaria en cuanto al tiempo tiene su reglamentación especial en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal que establece un término de treinta (30) días para la generalidad de los casos, y de sesenta (60) pero con la condición de que "se investiguen delitos conexos o sean dos o más los procesados". Resulta incuestionable entonces que la instrucción sumaria tiene un límite en el tiempo cualquiera que sea la hipótesis que se tome. O, lo que es lo mismo, que no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo pues no solamente no cumpliría los fines para los cuales se la instituyó sino que permitiría, en casos extremos de inactividad o de demora, el advenimiento de la prescripción de la acción penal y con ella el embotamiento del propio "jus puniendi". Sin embargo, los límites establecidos en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal no son límites máximos pues pueden extenderse un poco más mediante el mecanismo procedimental de la ampliación de los mismos. Y es eso precisamente lo que establece el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal cuando permite, para el caso de que una determinada investigación se encuentre incompleta, ordenar la práctica de las pruebas que se echan de menos y fijar un término "no mayor de quince días más el de la distancia" para que dentro de él se practiquen esas pruebas, "cuando hubiere procesado detenido", y, para cuando no lo hubiere, la posibilidad de aumentar "a treinta días" ese término de la ampliación. Pero, aun con la utilización de la facultad de ampliar el término de la instrucción, la ley en forma clara fija límites en el tiempo para el desarrollo de la investigación. Y aun en el caso de que no figurare ningún procesado dentro de la investigación y se pudiere

ordenar "cuantas ampliaciones sean necesarias" la ley de procedimiento agrega "y por el tiempo que se considere necesario para el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de los autores y partícipes", caso en el cual es al juez a quien corresponde determinar qué tiempo es el necesario con base en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal que le dá la facultad de señalar términos "en los casos en que la ley no lo ha hecho", y con base en el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil vigente que trata de "términos señalados por el juez". Pero siempre hay un término para la instrucción y ello es, precisamente, lo que se deja demostrado para afirmar enseguida que debe cumplirse.

No existe, en consecuencia, posibilidad para la "ampliación implícita" como lo sostiene el Tribunal de primera instancia y como conceptúa el Agente del Ministerio Público en ésta. Tampoco se encuentra en el solo hecho de continuar la investigación por parte del competente o de comisionar para que otro la prosiga. El auto de ampliación que prevé la ley es expreso y para emitirlo se le concede al juez competente un término de diez (10) días como se ve en el último inciso del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal. Durante esos diez (10) días el juez competente examinará la actuación cumplida en orden a establecer si está completa o no (inciso 1º del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal) y determinarse a cerrarla o a emitir un auto de ampliación. En este último caso debe concretar las pruebas que deben realizarse para lograr el perfeccionamiento de la investigación y fijar el término durante el cual deben practicarse siguiendo las reglas consignadas en el tercer inciso del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal. El Magistrado Sustanciador en la primera instancia no utilizó el mecanismo procedimental de la ampliación. Se limitó a ordenar la práctica de algunas pruebas cuando ya estaba vencido el término de la instrucción a pesar de haberse interpuesto el lapso de las vacaciones judiciales. Lo anteriormente dicho se comprueba con vista en el expediente pues basta saber que la investigación se abrió mediante auto cabeza de proceso del once (11) de diciembre de 1975 y el auto criticado por el Fiscal en la primera instancia se produjo el día doce (12) de febrero de 1976. Con haber emitido un auto de ampliación antes del vencimiento del término de la instrucción habría podido extender el término hasta por treinta (30) días más ya que no había procesado detenido. Y habría evitado así el incurrir en una irregularidad que es bien común entre los instructores. La SALA rechaza la tesis que sustentan el Tribunal Superior de Sincelejo y el Procurador 2º Delegado en lo Penal sobre la "ampliación implícita" y concede la razón, por este aspecto, al Fiscal de la primera instancia. Pero no puede aceptarse la exageración en que este último incurre al extraer de la irregularidad de que se trata una nulidad que encuentre apoyo en el artículo 26 de la Constitución Nacional. En muchas ocasiones se ha dicho que no toda irregularidad o anomalía observable en los procesos genera nulidad por inobservancia de las formas propias del juicio. Cuando el funcionario de primera instancia saltó sobre los términos y ordenó que se practicaran pruebas sin previa ampliación de la sumaria incurrió, ya se dijo, en una irregularidad criticable pero no afectó con ello ni los intereses de la comunidad ni los intereses del procesado que no había sido siquiera indagado por aquel entonces. No afectó lo sustancial del procedimiento como bien puede verse, y por eso no tiene su actuación la repercusión que quiere darle el Fiscal que apela.

Otro aspecto del problema es el de averiguar si puede decretarse la nulidad del auto sobre cierre de la investigación cuando éste se produjo y faltaban pruebas por practicar. Esta tesis la sustenta el Tribunal de Sincelejo y la combate el Procurador 2º Delegado en lo Penal. La SALA considera acertado al segundo y equivocado al primero. Debe decirse aquí que un auto sobre cierre de investigación no puede ser "prematuro" (así le llama el Tribunal) si se emite después del vencimiento del término de instrucción que fija el artículo 317, o después del término fijado para la ampliación o ampliaciones en su caso, y al cabo o durante los diez (10) días de que dispone el juzgador competente para hacerlo. En el caso de autos el término de instrucción estaba vencido de tiempo atrás cuan-

do por el día veintidós (22) de abril se cerró la investigación y cuando desde el cinco (5) del mismo mes se había indagado, mediante comisionado, al funcionario sindicado. En segundo lugar debe decirse que si no se practican todas las pruebas durante el término de la instrucción, o de la instrucción y de la ampliación en su caso, si aun faltan pruebas por practicar, no por ello puede decretarse la nulidad del auto que cierra la investigación. Ni legal ni constitucionalmente se falta a ninguna garantía procesal por este aspecto y, en consecuencia, no hay en donde apoyar un decreto de nulidad como el que emitió el Tribunal Superior de Sincelejo fundamentándose en un cierre "prematuro" de la investigación. Lo único que puede pensarse en este caso es que a pesar de haber llevado en su mayor parte la investigación, el propio Magistrado Sustanciador no revisó bien, durante los diez (10) días que le concede la ley, la actuación que había cumplido para saber si la investigación estaba completa o no lo estaba. Pero, como no podía reponerlo oficiosamente, la única vía que le quedaba al Tribunal para echar abajo el auto que cerró la investigación era la de buscar la nulidad y al buscarla y encontrarla en la "prematurez" del cierre de la investigación equivocó el camino. Lo anteriormente dicho porque si el juzgador de instancia consideraba incompleta la investigación, surtidos los traslados de ley y ante la inexistencia de una causal de nulidad, no le quedaba salida distinta que la de emitir un auto de sobreseimiento temporal (artículo 489 del Código de Procedimiento Penal) si es que la prueba era tan insuficiente que no le permitía edificar un auto de proceder (artículo 481 del Código de Procedimiento Penal) o un auto de sobreseimiento definitivo (artículo 491 del Código de Procedimiento Penal). Y al optar por el sobreseimiento temporal podía reabrir la investigación por el tiempo previsto en el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal y disponer así de un nuevo y amplio término.

En conclusión: no tiene razón el Fiscal de la primera instancia cuando alega una nulidad desde el auto que ordenó practicar algunas pruebas y que lleva fecha del doce (12) de febrero del año en curso, y tampoco tiene razón el Tribunal Superior de Sincelejo al decretar esa nulidad desde el auto sobre cierre de la investigación, pues dicha providencia no es "prematura" cuando se han vencido los términos de instrucción así falten algunas pruebas por practicar. Se revocará entonces la providencia del cuatro (4) de junio de 1976 que el Fiscal de la primera instancia apeló y se ordenará la devolución del proceso a la primera instancia para que, como conceptúa el Procurador 2º Delegado en lo Penal, se califique el mérito de la sumaria, previo el concepto del Ministerio Público que no emitió ninguno al plantear una hipótesis remota de nulidad.

Por las consideraciones antecedentes, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve:

REVOCAR la providencia del cuatro (4) de junio de 1976 mediante la cual el Tribunal Superior de Sincelejo, en Sala de Decisión Penal, decretó la nulidad del auto sobre cierre de la investigación en este proceso, y en su lugar, ORDENAR que vuelva el expediente a la primera instancia para que se califique el mérito de la sumaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

F A L S E D A D

La del ordinal 2º del Art. 231 del Código Penal. En qué consiste.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre veintisiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 49.

Vistos

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de veintiocho de febrero último condenó a CAMILO ARIAS ECHEVERRY, ex-Juez Trece de Instrucción Criminal de esa ciudad, a la pena de tres años y seis meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de falsedad documental que se dice ejecutada en el ejercicio de su cargo. Su defensor interpuso recurso de apelación. Procede la Sala a decidir lo pertinente.

Hechos

Se acusa al doctor CAMILO ARIAS ECHEVERRY, de haber nombrado como escribiente del despacho a su cargo al señor Enrique Calderón Avila por Decreto número 07 del 15 de septiembre de 1973, a pesar de que realmente desempeñó esas funciones Javier Avila Arias, sobrino suyo. Se afirma igualmente que en la diligencia de indagatoria del ciudadano norteamericano Jhon Lloyd Jhonson, contra quien cursaba proceso penal en su despacho, se hizo aparecer como intérprete al nombrado Calderón Avila y quien realizó dichas funciones fue su pariente Avila Arias, empleado del Juzgado.

Elementos de juicio

1. Plenamente establecido se encuentra que el doctor CAMILO ARIAS ECHEVERRY desempeñó funciones de Juez Trece de Instrucción Criminal de Cali en la época en que se desarrollaron los hechos ilícitos que se le imputan. Así lo demuestran los Acuerdos números 4 de agosto 13 de 1973, 8 de agosto 30 del mismo año (fl. 13 y vto.) y el Acta de posesión que obra a folio 103 del expediente.

2. Merecen destacarse las siguientes pruebas que acreditan la materialidad del hecho ilícito atribuido al doctor Arias Echeverry: a) Inspección judicial practicada en el Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Cali. En el libro de posesiones, el instructor verificó que el 15 de septiembre de 1973 asumió funciones de escribiente, grado 7º, el señor Enrique Calderón Avila, quien fue nombrado por Decreto 07 de esa fecha. Asimismo se anotó que el posesionado exhibió la cédula de ciudadanía número 6.096. 189 de Cali, certificado de "paz y salvo" 3239527 y que el acta se encuentra firmada por el Juez, por Enrique Calderón y por el Secretario Pablo E. Mazuera Posso;

b) Prueba de la misma naturaleza realizada en la sección de contabilidad de la Administración de Hacienda Nacional reveló que en las nóminas del Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Cali, correspondientes a la segunda quincena de septiembre, primera y segunda de octubre y primera de noviembre de 1973, aparece como oficial escribiente Enrique Calderón Avila y que en todas ellas existe constancia del siguiente tenor: "el personal que figura en la presente nómina, laboró el tiempo en ella relacionado y no se encuentra dentro

de las prohibiciones de los artículos 30 de la Ley 12 de 1945, y 127 del Código Judicial", firmada por el doctor Camilo Arias Echeverry. Se acreditó, igualmente, que los cheques girados a favor de Calderón Avila fueron pagados, sin que pueda establecerse quien fue el cobrador.

c) En certificación jurada el ex-Juez afirma: "quien figuraba como ENRIQUE CALDERON AVILA, siendo el mismo JAVIER AVILA ARIAS, laboró en forma real, personal y continua desde el día quince (15) de septiembre hasta el día quince de noviembre de este año en que se retiró voluntariamente" (fl. 12);

d) En su indagatoria el acusado acepta haber nombrado a su sobrino Javier Avila Arias con el supuesto nombre de Enrique Calderón Avila, utilizando los documentos de éste (fl. 96);

e) Javier Eduardo Avila Arias afirma que es sobrino del Juez acusado, que trabajó en el Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Cali durante el tiempo anotado bajo el nombre de Enrique Calderón Avila, con su consentimiento. Y agrega: "yo firmaba la nómina con el nombre de Enrique Calderón, sin ninguna firma solo el nombre, cuando me entregaban los cheques yo se los daba a mi primo Enrique para que me los cobrara. No recuerdo haber cobrado yo ningún cheque. Yo todos se los daba a él, nunca me pagaron con mi nombre";

f) Los empleados del despacho a cargo del doctor Arias Echeverry, señores Pablo E. Mazuera y Octavio Gómez, declararon bajo juramento que las funciones de citador las desempeñó, entre el 15 de septiembre y el 15 de noviembre de 1973, Enrique Calderón y que solo se enteraron de su verdadera identidad —Javier Avila— a raíz de la denuncia que originó este proceso;

g) Enrique Calderón acepta haber facilitado a su primo Javier Avila la cédula y un certificado de "paz y salvo" para efectos de la posesión de éste en el Juzgado;

h) Por último, revisado el proceso adelantado contra Jhon Lloyd Jhonson, se acreditó que en su indagatoria intervino como intérprete Enrique Calderón. Se trataba en realidad de Javier Avila Arias.

Concepto del Ministerio Público

Estima el Procurador Segundo Delegado en lo Penal como demostrados los cinco elementos integrantes del delito de falsedad, a saber: mutación de la verdad, imitación de la verdad, antijuridicidad de la conducta, la actitud dolosa y el resultado de daño o peligro, por lo que solicita confirmación para el fallo impugnado. De otra parte, han quedado descartados los argumentos esgrimidos en favor del procesado.

En relación con la ausencia del daño en la actuación del acusado, razona así el Colaborador Fiscal:

"La trascendencia jurídica-penal se refiere a que el señor Javier Avila Arias no podía percibir sueldos por prestar sus servicios en ese despacho judicial, por prohibición expresa de la Constitución Nacional y de la ley. Los percibió pero de manera ilícita y esta destinación anti-jurídica configura el perjuicio económico del Estado que se vio defraudado con el proceder indebido del ex-Juez Arias.

"Al contrario de lo que estima la defensa, los sueldos correspondientes al escribiente del Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Cali fueron a parar a manos de quien precisamente no los podía recibir, por impedimento de orden constitucional. De persistir en este criterio cualquier funcionario podría colocar en su puesto a no importa qué persona, porque de todas maneras la partida presupuestal por sueldos se estaría aplicando correctamente al cargo desempeñado y en la cantidad legalmente establecida".

Argumentos de la defensa

A lo largo del proceso, varias razones se han esgrimido para justificar la conducta del procesado:

a) El doctor Arias Echeverry certificó en las nóminas sobre la asistencia y trabajo de una persona real, no imaginaria por lo que no podría hablarse de falsedad;

b) Como no tuvo intención de causar daño, actuó de buena fe, porque, además ningún beneficio obtuvo en la designación de su sobrino en el despacho que estaba bajo su responsabilidad;

c) Las labores propias del Escribiente se cumplieron en realidad, sin perjuicio de la administración de justicia ni beneficio pecuniario o de otra índole para el sindicado;

d) No aparece demostrado el elemento daño, ni siquiera en forma potencial, porque quien recibió los sueldos fue la persona que efectivamente laboró en el Juzgado.

Por último, el doctor Luis Carlos Pérez, en concepto que acoge el defensor del procesado, estudia los elementos objetivos y subjetivos del delito de falsedad, para concluir, que el ex-juez Arias Echeverry obró de buena fe porque no quiso quebrantar la fe pública y tampoco tuvo conocimiento de la ilicitud. Y aunque ello fuera así, no existió perjuicio real ni potencial derivado del nombramiento que recayó en su sobrino.

Y aunque acepta como demostrados los elementos materiales del ilícito imputado al doctor Arias, el profesor Pérez afirma:

"El conocimiento que el procesado tenía versaba exclusivamente sobre el hecho de que no podía nombrar a su sobrino, en lo que residía la ilicitud. Si efectivamente lo hubiera nombrado, el falso escriturario sería perfecto desde los puntos de vista objetivo y subjetivo, pues el Juez conocía la prohibición legal. Lo que ignoraba era que designando a Enrique no podía trabajar Javier. Y esto es lo que acepta en su confesión. No deben confundirse los dos aspectos del conocimiento. El procesado no vio ninguna maniobra dolosa en que el nombrado dejara actuar a su sobrino, y es preciso creerle por la manera sincera con que explica su conducta, porque no hay dato procesal que incline el ánimo hacia el otro extremo, porque ninguna prueba se impone sobre la versión de su falsa creencia en la legitimidad de la actuación". (Destaca la Sala).

Consideraciones

Por lo que viene de verse, fácil es concluir que el procesado ha aceptado el nombramiento de su sobrino en el despacho del que él era titular, con violación de precisas normas que prohíben hacerlo respecto de personas con grado parental que ellas mismas señalan (artículo 174 de la Constitución Nacional, Ley 12 de 1945 y Decreto 250 de 1970, artículo 35).

Y aunque el nombramiento recayó efectivamente en su sobrino, el joven Javier Avila Arias, él no figuró en el decreto de nombramiento, acta de posesión ni en la nómina del juzgado, porque, como se ha dejado dicho, se le hizo figurar con el nombre y documentos de Enrique Calderón Avila.

Esta maniobra se realizó con el único fin de eludir las prohibiciones constitucionales y legales al respecto. Se suplantó la personalidad de Calderón por la de Avila para obtener beneficio con el nombramiento de Escribiente del Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Cali. Este proceder, por sí solo, demuestra que el Juez sabía que no podía emplear a pariente suyo en el cargo.

Fue pues un comportamiento ostensiblemente fraudulento, dirigido a eludir la prohibición constitucional y legal, por lo que es imperioso descartar la buena fe alegada por el procesado.

Conviene, a este respecto, recordar las consideraciones que la Sala hizo cuando confirmó el auto de proceder dictado contra el ex-Juez:

Resulta de las pruebas, que el acusado quebrantó el ordinal 2º del artículo 231 del Código Penal. En efecto, hizo aparecer como interviniendo en el acto jurídico de la posesión como empleado del Juzgado a Enrique Calderón, cuando en realidad quien se posesionaba era Javier Avila. Y de igual manera, en repetidos episodios autónomos, con vida jurídica independiente, hizo aparecer al mismo Calderón en las nóminas de su despacho como si hubiera sido empleado, falseando la verdad consistente en que quien trabajó, firmó nóminas y cobró sueldos fue Javier Avila Arias. Por último, también en la indagatoria de Jhon Lloyd Jhonson se cumplió la misma actuación ilícita.

Se desprende de la propia declaración indagatoria el conocimiento de la antijuridicidad de la acción, pues el imputado advirtió a su sobrino que no podía nombrarlo por ser pariente, para finalmente adoptar el sinuoso camino de la sustitución de personas en plurales actos jurídicos con eficacia suficiente para lesionar la fe pública y producir daño. No otra conclusión puede adoptarse en presencia del efectivo cobro de los dineros del Estado por Javier Avila Arias bajo el supuesto nombre de Enrique Calderón, con el aporte de documen-

tos del último de los nombrados, para que el fraude fuera más eficaz y productivo.

De otra parte, carece de razón el señor defensor cuando para invocar una supuesta falta de adecuación típica, sostiene la tesis de que el numeral 2º del artículo 231 del Estatuto Penal se refiere a la intervención de personas que no existen en actos jurídicos, porque 'lo sancionable es la superchería de hacer figurar en un documento público UNA PERSONA inexistente', y 'en el caso de autos sí intervino una persona REAL: el hecho de haberse presentado con nombre diferente no le restó su PRESENCIA FISICA. Lo no verdadero fue el nombre'. Pero el tipo descrito en la norma incriminadora destruye esta argumentación, de que en el acto haya intervenido una persona inexistente o 'fantasmal'. Por el contrario, cuando se refiere a '...una persona que no ha concurrido a él...' está afirmando la presencia física de esa persona, para proscribir el fraude, de indudables consecuencias jurídicas, a través de la suplantación de una persona por otra real. Ningún sistema de interpretación, de otra parte, permite restringir el alcance y contenido del tipo penal en la forma en que pretende hacerlo el procurador judicial del sindicado.

Restan por examinar dos puntos que se han discutido en el proceso: la ausencia de daño en el proceder del doctor Arias Echeverry y su relación de parentesco que se afirma como no probada respecto de Javier Avila Arias.

Este segundo argumento carece de trascendencia jurídica pues el doctor Arias ha confesado, que suplantó en el decreto de nombramiento, acta de posesión, nóminas del juzgado, certificaciones sobre trabajo en él, y en la indagatoria de Jhon Lloyd Jhonson la personalidad de Eduardo Calderón Avila por la de Javier Avila Arias. Esta versión se encuentra confirmada por otras pruebas en el expediente. Independientemente de su parentesco con Avila Arias, su actuación constituye falsedad en documentos públicos. Hizo aparecer como interviniendo en varios actos distintos, a persona que no concurrió a ellos. (numeral 2º artículo 231 del Código Penal).

Debe predicarse, igualmente, la capacidad probatoria de determinada situación jurídico-laboral frente al Estado, de los distintos documentos (decreto de nombramiento, acta de posesión y certificaciones sobre trabajo en el Juzgado), creados por el acusado. Todos ellos pues, confeccionados en tiempos distintos, poseen calidad documental y son de carácter público. Respecto de la diligencia de indagatoria del ciudadano norteamericano Jhon Lloyd Jhonson, similares razonamientos deben hacerse. No puede revocarse a duda la capacidad probatoria del acta que recogió lo acontecido en ella, especialmente, en lo relativo al nombramiento de intérprete que lo fue, precisamente, quien no concurrió en auxilio de la administración de justicia.

Las normas constitucionales y legales que prescriben el nepotismo en los organismos del Estado sufrieron real quebranto como consecuencia de la actuación del doctor Camilo Arias Echeverry.

Recuérdese que el daño que se exige para estructurar el delito de falsedad no es sólo de orden económico. Cuando, como en el caso de autos, el interés público que la ley protege sufre menoscabo débese concluir que el documento falso causó perjuicio concreto.

Pero, aceptando en gracia de discusión, que el daño inferido por el delito sólo puede ser de orden económico, válido resultaría el argumento esgrimido por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, según el cual, percibió los sueldos del erario público, quien por prohibiciones legales y constitucionales, no podía hacerlo. Conviene transcribir este aparte del concepto del Ministerio Público:

"A más del menoscabo al valor probatorio de los documentos, es indudable para este despacho el perjuicio económico. Que la parte presupuestal destinada a cubrir los sueldos del Escribiente del Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Cali no hubiese sufrido mengua, como lo afirma la defensa, es asunto distinto al que se debe considerar en este proceso.

"La trascendencia jurídico-penal se refiere a que el señor Javier Avila Arias no podía percibir sueldos por prestar sus servicios en ese despacho judicial, por prohibición expresa de la Constitución Nacional y de la Ley. Los recibió pero de manera ilícita y esta destinación antijurídica confi-

gura el perjuicio económico del Estado que se vio defraudado con el proceder indebido del ex-Juez Arias".

Se confirmará entonces la sentencia acusada, porque está ajustada a derecho.

Con vista en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema -- Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia recurrida de que se hizo mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Jorge Guerrero —Conjuez—, *José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Las razones jurídicas expuestas en la ponencia que redacté como inicial Magistrado Sustanciador, son más que suficientes para explicar el voto negativo que emití contra la providencia que, por mayoría, aprobó la Sala de Casación Penal, y, por medio de la cual fue confirmada la sentencia condenatoria contra el doctor Camilo Arias Echeverry, ex-Juez 13 de Instrucción Criminal de Cali.

Acompaño esa copia de la ponencia, para que sirva de salvamento de voto.

(Fdo.) *Julio Salgado Vásquez*

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá,

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº ?

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal, con fecha veintiocho de febrero del año en curso, dictó sentencia mediante la cual condenó al doctor CAMILO ARIAS ECHEVERRY, ex-juez 13 de Instrucción Criminal de Cali, como autor de un delito de falsedad en documento público, a la pena principal de cuarenta y dos meses de presidio, a las accesorias de rigor y al resarcimiento de los perjuicios provenientes de la infracción penal.

El defensor de oficio interpuso apelación contra esa providencia, y una vez cumplida la tramitación del recurso, se procede a fallar.

Antecedentes

1. El doctor Camilo Arias Echeverry desempeñaba el cargo de Juez de Instrucción Criminal, ambulante, con asiento en Buenaventura, pero por Acuerdo número 4 de 13 de agosto de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali lo designó como Juez 13 de Instrucción Criminal, radicado en la ciudad últimamente nombrada. Tomó posesión del cargo el 31 de los citados mes y año.

2. Por medio del Decreto número siete de quince de septiembre de 1973, el doctor Camilo Arias Echeverry, en su carácter de Juez, nombró como escribiente grado 7º a Enrique Calderón Avila, quien ese mismo día se posesionó. Consta en la respectiva diligencia que se identificó con la cédula de ciudadanía número 6.096.189 de Cali y presentó el certificado de paz y salvo de renta número 3239527 de 17 de septiembre de 1973, expedido por la Administración de Impuestos Nacionales de Cali. Suscriben el acta de posesión el Juez, doctor Camilo Arias Echeverry, el posesionado Enrique Calderón Avila, y el secretario del Juzgado Pablo E. Mazuera Posso.

3. El escribiente Enrique Calderón Avila desempeñó funciones no propiamente de escribiente sino de citador desde el 15 de septiembre hasta el 15 de noviembre de 1973, según se desprende de abundante prueba testimonial como del examen que se hizo en inspección judicial de las nóminas correspondientes a las cuatro quincenas comprendidas en el lapso en que estuvo vinculado al Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Cali.

4. El mismo doctor Camilo Arias Echeverry designó a su escribiente Enrique Calderón Avila como intérprete del norteamericano John Johnson, en la diligencia de indagatoria llevada a cabo el 1º de noviembre de 1973, dentro del proceso que por tráfico de estupefacientes se le seguía. En la ampliación de la indagatoria, llevada a cabo el 5 siguiente, también figuró Calderón como intérprete (folios 148 a 151 del C. Principal).

5. Como consecuencia de la denuncia formulada contra el doctor Camilo Arias Echeverry por el doctor Luciano Rivera Balseca, el 20 de noviembre de 1973, vino a saberse que quien desempeñó el cargo de escribiente citador en el Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Cali no fue Enrique Calderón Avila sino Javier Avila Arias, que debido al parentesco entre el Juez y Javier Avila, por ser tío y sobrino, Calderón autorizó a Javier para que utilizara su nombre para que Javier pudiera trabajar en el Juzgado 13 con su tío el Juez Camilo Arias, para cuyo efecto le facilitó la cédula de ciudadanía Nº 6.096.189 y un certificado de paz y salvo de renta para que tomara posesión, como si su nombre fuera el de Enrique Calderón Avila.

Los demás empleados del Juzgado, tales como el secretario Pablo E. Mazuera Posso y el escribiente Octaviano Gómez, trataron a Javier como si su nombre fuera Enrique Calderón Avila, pues nunca reveló su verdadera identidad. Ellos vinieron a saber que el escribiente citador no se llamaba Enrique Calderón Avila sino Javier Avila Arias con motivo la denuncia del doctor Luciano Rivera Balseca en contra del juez Camilo Arias.

Durante los dos meses en que esa situación discurrió, Javier concurrió al Juzgado y cumplió a cabalidad las funciones que se le encomendaron de citador. Tanto las nóminas como las dos diligencias de indagatoria del norteamericano John Lloyd Johnson las firmó Javier con el nombre de Enrique Calderón Avila, que era con el que figuraba en su carácter de empleado del Juzgado 13. Javier nunca trató de imitar la firma de Calderón, sino que se limitaba a escribir el nombre de éste. Los cuatro cheques que giró la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, para pagarle a Enrique Calderón Avila las cuatro quincenas en que se supone era escribiente del Juzgado, no los cobró Javier sino Calderón, y quien le entregó su importe a Javier.

6. El acusado confesó haber ejecutado los hechos que se le imputan, alegando que actuó de buena fe y sin ánimo de perjudicar a nadie.

7. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 24 de mayo de 1975, calificó el mérito del sumario contra el ex-juez Camilo Arias Echeverry con un auto de proceder por un delito de falsedad en documento público, ilícito que se hizo consistir en la conducta relativa al nombramiento de Javier Avila para escribiente del Juzgado, pero haciéndolo aparecer como si se llamara Enrique Calderón, y en las certificaciones puestas al pie de las nóminas correspondientes a las cuatro quincenas comprendidas entre el 15 de septiembre y el 15 de noviembre de 1973.

En cuanto al nombramiento de intérprete del norteamericano, el auto de proceder acepta la excusa suministrada por el ex-juez procesado sobre la circunstancia en que se hallaba de no encontrar un intérprete para llevar a cabo la diligencia de indagatoria, aun cuando dispuso sacar copia de lo pertinente para adelantar proceso disciplinario contra el juez Camilo Arias por la "posible transgresión al mandato contenido en el artículo 95 del Decreto 250 de 1970, ordinal 4º, en concordancia con el Decreto 2265 de 1969, en lo pertinente, pues no solamente se designó como auxiliar de la justicia a una persona que figuraba como empleado público, sino que el designado no estaba previamente incluido en la respectiva lista oficial" agregando que "como aparece también que el ex-juez Arias Echeverry pudo haber infringido los artículos 17 y 18 del Decreto 250 de 1970, cuya sanción se contempla en el ordinal 4º del artículo 95 ibidem, en razón de haber nombrado un pariente como subalterno, dado el grado de parentesco existente, pues tal comportamiento deberá igualmente ser investigado por la vía disciplinaria" (folio 259 del C. Principal).

8. La Corte confirmó el enjuiciamiento, pero con dos modificaciones: la una atinente al nombramiento del intérprete en la indagatoria del norteamericano John Lloyd Johnson, lo cual se estima como suplantación del nombrado Enrique Calderón Avila por Javier Arias; y la otra, enunciada así:

"Se trata de un delito continuado o crónico, pues el sindicado realizó varios hechos, cada uno de ellos constitutivos de infracción penal, pero reveladores de un mismo designio, que no era otro que el de colocar a su pariente, con el propósito de burlar la prohibición legal existente sobre el particular (Art. 32 del C. Penal)". (folio 30 del actual cuaderno de la Corte).

9. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Penal de Decisión, con fecha 26 de febrero del presente año, condenó al ex-juez Camilo Arias Echeverry a la pena principal de cuarenta y dos meses de presidio como autor de un delito de falsedad en documentos públicos, reiterado en forma continuada, y cuyos hechos se resumen así en la sentencia:

"Sintetizando, entonces, lo censurable de la conducta del ex-juez Arias Echeverry, consistente en haber falseado la verdad a sabiendas de que se causaba un daño real a la fe pública que merecen los actos jurídicos respectivos (acta de posesión, nóminas, nombramiento de traductor, etc.), todo lo cual tuvo como origen un caso de nepotismo expresamente previsto en el artículo 1º de la Ley 12 de 1945 cuando se trata de reglamentar el pago de sueldos de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Porque el ocultamiento de esos lazos de consanguinidad existentes entre Javier Arias Avila y el doctor Camilo Arias Echeverry, fue lo que condujo a ambos a hacer figurar en los actos jurídicos ya citados a una persona que jamás concurrió a ellos, como lo fue el señor Enrique Calderón Avila, lejano consanguíneo de los protagonistas del acontecer delictuoso investigado. Y nada más que ese podía ser el origen de esa cadena de ficitudes, porque de lo contrario —no habiendo existido ese nexo familiar— el fraude no habría sido necesario" (folio 56 del anterior cuaderno de la Corte).

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la sentencia condenatoria apelada, por estimar que se encuentran plenamente probados los cinco elementos integradores del delito de falsedad, como lo son la mutación de la verdad, la imitación de la verdad, la antijuridicidad de la conducta, la actitud dolosa y el resultado de daño o de peligro, y, en cambio, han quedado descartados los argumentos esgrimidos en favor del condenado, tal como su buena fe al designar a un pariente suyo dentro del marco de la prohibición constitucional contemplada por el artículo 174 de la Carta Política, y el desconocimiento de la antijuridicidad de semejante conducta.

La ausencia de daño con el comportamiento del ex-juez condenado, es asunto que la Procuraduría enfoca así:

"La trascendencia jurídica-penal se refiere a que el señor Javier Avila Arias no podía percibir sueldos por prestar sus servicios en ese despacho judicial, por prohibición expresa de la Constitución Nacional y de la ley. Los recibió pero de manera ilícita y esta destinación antijurídica configura el perjuicio económico del Estado que se vio defraudado con el proceder indebido del ex-juez Arias.

"Al contrario de lo que piensa la defensa, los sueldos correspondientes al Escribiente del Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Cali fueron a parar a manos de quien precisamente no los podía recibir, por impedimento de orden constitucional. De persistir en ese criterio, cualquier funcionario podría colocar en su puesto a no importa qué persona, porque de todas maneras la partida presupuestal por sueldos se estaría aplicando correctamente al cargo desempeñado y en la cantidad legalmente establecida".

Fallas de la investigación

Antes de entrar a considerar si en el proceso obran, legalmente producidas, la prueba plena o completa del delito de falsedad en documentos por el cual se llamó a juicio al doctor Camilo Arias Echeverry, y la de que éste es responsable por haber cometido dicha infracción, que son los requisitos que el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal demanda para hacer viable la posibilidad de dictar sentencia condenatoria, es indispensable hacer algunas consideraciones sobre los ostensibles vacíos investigativos que acusa el proceso:

a) Los funcionarios que han proferido decisiones o que han emitido concepto en este asunto, coinciden en vituperar el comportamiento del doctor Camilo Arias Echeverry porque en su carácter de Juez 13 de Instrucción Criminal, radicado en Cali, designó a su sobrino Javier Avila Arias como Escribiente citador del Juzgado que desempeñaba.

Y esto porque el artículo 174 de la Codificación Constitucional ordena que "en nin-

guna elección o nombramiento hecho por funcionarios judiciales o del Ministerio Público podrán designarse personas que sean parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad con alguno de los magistrados o jueces que intervienen en la elección o nombramiento, o con los que han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación".

Este texto ha sido desarrollado por las siguientes normas legales:

El artículo 1º de la Ley 12 de 1945, cuyos dos incisos rezan:

"El presidente de la Corte Suprema de Justicia, los presidentes de los Tribunales Superiores, el presidente del Consejo de Estado, los presidentes de los Tribunales Seccionales Administrativos, los agentes del Ministerio Público, los Jueces Superiores, de Circuito, de Instrucción Criminal y Municipales, los Magistrados y Jueces del Trabajo, y demás funcionarios de la Rama Jurisdiccional creados o que lleguen a crearse, certificarán en la nómina mensual que se presente para la remuneración de sus servicios, que ninguno de sus empleados subalternos es pariente dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, de los magistrados, jueces o funcionarios que intervienen en su elección, o de los que hubieren participado en la elección o nombramiento de quien haya hecho la correspondiente designación inferior".

"Parágrafo. Ningún funcionario pagador cubrirá el valor de la nómina correspondiente, si le faltare el requisito señalado en el presente artículo".

El Decreto Extraordinario 250 de 1970 dispone:

"Artículo 17. En ninguna elección o nombramiento de funcionarios o empleados judiciales o del Ministerio Público, podrán designarse personas que sean cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de alguno de los funcionarios que intervienen en la elección o nombramiento, o de los que han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación.

"Artículo 18. No podrán ser designados para una misma corporación o despacho judicial o del Ministerio Público, ni para cargos entre los cuales haya dependencia funcional quienes sean entre sí cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

"Artículo 95. Son conducta de los funcionarios y empleados, contrarias a la eficacia de la administración de justicia: ...

"4. Violar las normas sobre nombramiento o elección de los funcionarios o empleados y las que regulan la designación de auxiliares".

Como la base del cargo esgrimido contra el ex-Juez Arias es su parentesco con Javier Avila Arias, el sumario debió recaudar las pruebas de ese parentesco. Sin embargo, contrariando la legislación sobre las pruebas del estado civil, el Tribunal de instancia ordenó, mediante su providencia del 23 de noviembre de 1973, visible al folio 7 del cuaderno principal, que el acusado certificará si era pariente de Javier Avila Arias:

f) Finalmente, se dignará certificar el doctor Camilo Arias Echeverry, si es o no pariente consanguíneo o afín del joven Javier Avila Arias y en caso afirmativo precisar el grado de parentesco".

Y como el Juez certificó que "el joven, escribiente y citador, Javier Avila Arias, es mi sobrino, y, éste el grado de parentesco", se ha partido del supuesto de que el parentesco quedó comprobado, con olvido de que los jueces no tienen poder certificatorio para comprobar sus relaciones de parentesco. Conforme a la legislación civil, los parentescos se prueban con la copia de las actas de los respectivos estados civiles o con certificado del Notario en que conste la existencia de un matrimonio, nacimiento, adopción o fallecimiento.

Como el estado civil de las personas es asunto concerniente a la legislación civil, el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal muy claramente manda que "en todos los casos en que el juez penal haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación procesal civil". Por lo tanto, los jueces penales no pueden recurrir a medios probatorios distintos a los que ha establecido la legislación civil en relación con el parentesco.

"El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad,

determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley", según la definición que al respecto suministra el artículo 1º del Decreto Extraordinario 1260 de 1970. La prueba de cualquier estado civil la reglamentan los artículos 101 y siguientes del citado decreto. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2158 de 1970, sustitutivo del artículo 118 del decreto 1260, dispone que los funcionarios encargados de llevar el registro son los notarios, y en los municipios donde no haya tal clase de funcionarios, el Registrador Municipal del Estado Civil, y en su defecto, el Alcalde. En el exterior, tienen esa función los funcionarios consulares.

De lo expuesto se deduce que la investigación incurrió en grave yerro al considerar que el parentesco entre el acusado Camilo Arias Echeverry y Javier Avila Arias podía probarse con una certificación del juez procesado.

En consecuencia, en el expediente no hay prueba alguna que sirva de fundamento para que la justicia se pronuncie sobre el extremo no probado del posible parentesco entre el ex-Juez Arias y Javier Avila Arias;

b) Otra de las omisiones de la investigación consiste en que, siendo elemento esencial la suplantación de personas, porque el escribiente nombrado, que lo fue Enrique Calderón Avila, nunca actuó ni como escribiente ni como intérprete del norteamericano John Lloyd Jhonson, sino que quien efectivamente desempeñó las funciones de escribiente y de intérprete fue Javier Avila Arias, pero firmando con el nombre de aquél, no se hizo el estudio grafológico tendiente a establecer si Javier Avila imitó la firma de Enrique Calderón. Ese estudio debió abarcar también las cuatro nóminas en que figuró Calderón como escribiente y los cuatro cheques girados para pagarle a éste los sueldos comprendidos entre el 15 de septiembre y el 15 de noviembre de 1973.

Tal investigación grafológica era inexcusable, porque siendo la imitación de la verdad uno de los elementos estructurales del delito de falsedad, la instructiva no debió descuidar tan importante aspecto, para poder los juzgadores formarse criterio de si cuando Javier Avila Arias ponía el nombre de Enrique Calderón trató de imitar la firma de éste, o si se limitó a escribir dicho nombre pero sin intento de imitación;

c) No se trajeron al proceso las nóminas originales correspondientes a las cuatro quincenas comprendidas entre el 15 de septiembre y el 15 de noviembre de 1973, en las cuales aparece Enrique Calderón Avila como escribiente del Juzgado 13 de Instrucción Criminal, radicado en Cali, tanto para efectuar el estudio grafológico de la firma que figura allí como puesta por Enrique Calderón Avila, como para estudiar lo relacionado con las certificaciones puestas por el juez Arias en tales documentos.

Y esa omisión quebranta la ordenación del artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto expresa que "cuando se investiguen infracciones consistentes en falsificación o falsedad en documentos, se reconocerán por el funcionario los objetos o escritos sobre los cuales hubieren recaído, y se agregarán al expediente si fuere posible";

d) Si los cuatro cheques expedidos para cancelar las cuatro quincenas en que se supone trabajó Enrique Calderón Avila, como escribiente del Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Cali, fueron girados a favor de Calderón, dichos cheques deben figurar, originales, en el proceso, por constituir parte del cuerpo del delito de falsedad continuado que se le imputa al ex-juez Arias. Esos títulos valores debieron ser estudiados grafológicamente para determinar si fue el mismo Calderón quien los cobró, o si fue Javier Avila Arias quien llevó a cabo tal menester.

La técnica investigativa enseña que los cheques han debido ponérsele de presente a Calderón y a Javier Avila para que los reconocieran. A estos sujetos debió hacérseles un dictado para que los grafólogos pudieran pronunciarse sobre la genuinidad de las firmas del beneficiario Calderón.

Se trata de omisiones investigativas que no pueden reemplazarse con declaraciones, o lo que es peor, con "confesiones" de los testigos Enrique Calderón Avila y Javier Avila Arias, tal como ha ocurrido;

e) Al ex-Juez acusado se le hace el cargo de que extendió un acta de posesión en

favor de Enrique Calderón Avila, cuando en realidad quien concurrió a esa diligencia fue Javier Avila Arias. Lo lógico habría sido que la investigación hubiera anexado al sumario dicha acta de posesión, por cuanto no se encuentra formando parte del libro de actas del Juzgado sino que es diligencia suelta que se guarda en un legajador.

En la diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado Tercero Superior de Cali en el Juzgado Trece de Instrucción Criminal, no consta la copia textual de la posesión de Enrique Calderón, si es que dicha diligencia hubiera estado escrita en un folio de un libro de actas. Allí se hace un extracto o descripción de tal documento, en la siguiente forma:

"Al folio segundo se encuentra el acta de posesión número 009 del quince de septiembre de 1973, por medio de la cual se dio posesión como escribiente grado 7, en propiedad, al señor ENRIQUE CALDERON AVILA, habiendo sido designado mediante Decreto número 07 de esa misma fecha. Se hizo constar que el posesionado presentó los siguientes documentos: Cédula de Ciudadanía Nº 6'096.189 de Cali; Certificado de Paz y Salvo Nacional número 3239527 del 17 de septiembre de 1973, expedido por la Administración de Impuestos Nacionales de esta ciudad. No se hizo constar el número de la libreta militar del posesionado, como tampoco el número de certificado judicial. Se hizo constar que presentó el certificado de salud y aptitud física expedido por el doctor Hernán Quintero. Se hizo constar además que al posesionado se le da un plazo de diez días para los efectos de la afiliación a la Caja Nacional de Previsión Social. Se hizo constar además que se adhirieron y anularon estampillas por valor de $ 127.80, por tener el posesionado un sueldo mensual de $ 2.130.00 o sea el 6% de conformidad con las últimas disposiciones. Aparece firmando el acta de posesión el Juez Dr. CAMILO ARIAS ECHEVERRY, el posesionado, ENRIQUE CALDERON A. y el Secretario, PABLO E. MAZUERA POSSO. — Al respaldo de dicha acta de posesión se encuentran adheridas y anuladas estampillas de timbre nacional por valor de $ 128.00 discriminadas así: una estampilla por cien pesos, una por veinte pesos, una por cinco, una por dos y una por un peso. A folio primero aparece el certificado de Paz y Salvo número 3239527 de septiembre 17 de 1973, válido hasta el 31 de diciembre de 1973, y expedido a nombre de CALDERON AVILA ENRIQUE ALBERTO, con cédula de ciudadanía número 6096189". (folio 85 vto. del Cuaderno Principal).

Esta grave falla de la investigación es obstáculo insalvable para averiguar si la firma de Enrique Calderón Avila es genuina, o si fue falsificada, o si simplemente fue escrito su nombre sin ánimo de imitar su firma;

f) Quedó dicho que no forman parte de la investigación las cuatro nóminas, cuya presencia en el sumario habría servido para averiguar cuáles fueron las certificaciones que estampó en ellas el ex-Juez Arias.

En la diligencia de inspección judicial que el Juez Tercero Superior de Cali llevó a cabo en la Pagaduría de la Administración de Hacienda Nacional de dicha ciudad se da cuenta de que en las nóminas correspondientes a la segunda quincena de septiembre de 1973 y a la segunda de octubre de ese mismo año, el Juez Camilo Arias Echeverry hizo las certificaciones de rigor, pero sin que se tomara copia de éstas, como debió hacerse, por ser parte del cuerpo del delito.

En cuanto a las nóminas correspondientes a la primera quincena de octubre y primera quincena de noviembre de 1973, en la mencionada diligencia de inspección judicial se lee lo siguiente:

"Se hace constar también que la número 190 que corresponde a la primera quincena de octubre, y en la certificación firmada por el Juez se hizo constar, o certificó lo siguiente: 'Que el personal que figura en la presente nómina, laboró el tiempo en ella relacionado y no se encuentran dentro de las prohibiciones de los artículos 10 de la Ley 12 de 1945 y 127 del Código Judicial', lo cual está firmado por el Juez. Proseguida la diligencia se puso a disposición del Juzgado la nómina número 236, correspondiente a la primera quincena de noviembre de 1973, en la que aparecen CAMILO ARIAS ECHEVERRY como Juez, PABLO E. MAZUERA POSSO como Secretario, OCTAVIANO GOMEZ V. como escribiente no-

veno y ENRIQUE CALDERON AVILA como escribiente séptimo, identificados con sus correspondientes documentos de identidad. Dicha nómina aparece debidamente certificada en la siguiente forma: 'Que el personal que figura en la presente nómina, laboró el tiempo en ella indicado, y no se encuentran dentro de las prohibiciones de los artículos 10 de la Ley 12 de 1945 y 27 del Código Judicial'. Esta certificación está firmada por el Juez". (folios 88 y vto.).

Las transcripciones que se hacen en esa diligencia, al parecer, no son fieles porque en ellas se habla de prohibiciones del artículo 10 de la Ley 12 de 1945, cuando en realidad es el artículo 1º de la mencionada ley el que impone la obligación de certificar en relación con los parentescos.

Esto está indicando que el sumario se confeccionó con censurable descuido y mediante el desconocimiento de las más elementales reglas de la investigación. Buena parte de la instructiva se ocupó en averiguar si el denunciante doctor Luciano Rivera Balseca sabía que quien trabajaba como escribiente en el Juzgado presidido por el doctor Arias se llamaba Javier Avila y no Enrique Calderón, olvidándose que el sumario tenía el objetivo de investigar si el Juez Arias había cometido un delito de falsedad con la ejecución de los varios actos que le fueron indispensables para ocultar que quien trabajó como escribiente citador durante dos meses no era su sobrino.

Consideraciones de la Corte

Para formar un criterio objetivo sobre la existencia del delito de falsedad en documentos que se incrimina al ex-Juez Camilo Arias Echeverry, resulta obligatorio examinar los distintos actos que dieron origen a la investigación, como serían el nombramiento de Enrique Calderón Avila como escribiente séptimo del Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Cali, la posesión efectuada por Javier Avila Arias, pero utilizando el nombre, la cédula de ciudadanía y el certificado de paz y salvo de Calderón, por autorización de éste; la firma de las nóminas correspondientes a las cuatro quincenas comprendidas entre el 15 de septiembre y el 15 de noviembre de 1973, en las cuales figura Calderón, pero quien no las firmó; las certificaciones puestas por el ex-Juez Arias en tales documentos; y la designación de Calderón como intérprete del norteamericano John Lloyd Johnson, cuando rindió indagatoria en un sumario que se instruía por tráfico de estupefacientes.

Como esos son los documentos sobre los cuales se funda el cargo de falsedad, su estudio es básico para determinar si el ilícito alcanzó a integrarse, por concurrir todos los elementos que lo conforman.

El delito de falsedad documental ha presentado muchos problemas verdaderamente insolubles porque tanto la doctrina como la jurisprudencia han caído en abstracciones y generalidades en torno al objeto jurídico de la infracción. Ríos de tinta se han gastado para definir la fe pública, cuya existencia muchos expositores de fama mundial ponen en duda, y otros consideran que se trata de un bien jurídico que carece de autonomía. En el caso de autos, se transita por la ruta que conduce al planteamiento de que el delito de falsedad en documentos atenta contra la fe pública, pero de una fe pública que campea sobre un recinto sofisticado en donde los derechos están ausentes. Era apenas lógico que se llamara este delito esfinge, cuando se partía de la base de que la fe pública era imposición de la autoridad, pero esa postura ha sido superada en la actualidad, porque la fe pública se tiene como simple vehículo para amparar aquellos documentos que tienen una finalidad probatoria. A su turno, la prueba no es fin de sí misma sino que sirve "para que el juzgado declare la existencia de un hecho", según lo establece el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.

Tanto en el auto de proceder como en la sentencia condenatoria que se examina se dejó de hacer el examen de los actos presuntamente falsificados, para recurrir a vaguedades sobre la esencia sacrosanta de los documentos públicos, sin que se hubiera realizado el estudio sobre su relevancia jurídica.

Como la administración de justicia no puede gravitar sobre "abstruserías jurídicas" para fulminar sentencias, ya sean absolutorias o condenatorias, sino sobre normas que traduzcan la realidad objetiva y

humana, se entra a estudiar los distintos documentos tachados de falsos.

Nombramiento de Enrique Calderón Avila

Por Decreto número siete de 15 de septiembre de 1973, el Juez 13 de Instrucción Criminal de Cali, doctor Camilo Arias Echeverry, designó a Enrique Calderón Avila como escribiente del Juzgado.

Se trata de un acto jurídico perfecto, porque los Jueces tienen derecho a llenar las vacantes de sus empleados subalternos. Y eso fue lo que aconteció con el nombramiento de Calderón. Ningún cargo de falsedad puede lanzarse contra ese decreto de nombramiento.

Posesión del escribiente Enrique Calderón Avila. El Secretario del Juzgado 13, señor Pablo E. Mazuera Posso, declaró que le correspondió redactar el acta de posesión del escribiente Calderón, pero que no tuvo a la vista la cédula de ciudadanía de éste, pues los datos relacionados con su identificación los copió de un papel que el ex-Juez Arias le entregó, y en donde constaban.

Javier Avila acepta que, haciéndose pasar por Enrique Calderón, firmó el acta de posesión con el nombre de éste, conforme lo había convenido con el Juez y Calderón. Como el sumario no se preocupó por llevar a cabo el estudio grafológico de la firma del posesionado Calderón, no se sabe si hubo falsificación de esa firma, por haber sido imitada, o si apenas se manuscribió sin esa intención.

Una diligencia de posesión tiene la finalidad de hacer constar que la persona que ha sido designada para determinado empleo ha cumplido con el requisito de "prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben" (artículos 65 de la Carta y 251 del Código de Régimen Político y Municipal). La posesión habilita para entrar a ejercer el cargo y para poder cobrar el estipendio asignado a la persona que desempeña el empleo.

Las funciones del escribiente Calderón fueron las de citador del Juzgado 13, las cuales cumplió a cabalidad Javier Avila Arias, haciéndose pasar como Calderón. El Tribunal de instancia descartó en el auto de proceder que se estuviera en presencia de un delito de peculado, por cuanto el servicio público no sufrió desmedro de ninguna clase, ya que Javier Avila desarrolló a satisfacción la labor que se le encomendó a Calderón como citador.

"Es conveniente, por último, que la Sala diga algo al tenor de un aparente peculado que se vislumbra en estas diligencias por el cobro de dineros que hizo Avila Arias con la autorización expresa del doctor Arias Echeverry al suscribir las nóminas correspondientes. Sobre ese particular debe darse por descartada dicha figura delictuosa, porque si bien es cierto que se utilizaron medios ilícitos para obtener el pago de las nóminas correspondientes a Avila Arias, nadie podrá negar que él prestó al Estado los servicios de que hablan tanto el decreto de nombramiento como el acta de posesión. Por lo tanto no existió exacción ilegal de los dineros públicos a pesar de que ellos llegaron a manos del interesado por medios fraudulentos y artificiosos en cuanto a su verdadera identidad, porque lo que se pretendía encubrir con esas mutaciones de la verdad no era la ilicitud de las actividades funcionales, o de la prestación del servicio, o de la inexistencia de éste, sino el grado de PARENTESCO existente entre el Juez y su empleado, quien vino a lucrarse así de la correspondiente asignación oficial". (folio 259 vto. del Cuaderno Principal).

El citador de un Juzgado desempeña una labor meramente mecánica o corporal, porque su misión es la de hacerle saber a las personas citadas que deben concurrir al Juzgado en la fecha y hora señaladas en la respectiva boleta de citación. El citador no ejecuta una labor jurisdiccional, ni colabora en tal menester, como le ocurre al Secretario. La citación de las personas puede llevarla a cabo agentes de la Policía, o aún particulares, como generalmente ocurre en la tramitación de los procesos, en que son las partes las que se encargan de hacer concurrir a los testigos o auxiliares de la justicia al despacho judicial. En cambio, las labores de Secretaría sólo puede realizarlas la persona que ha sido nombrada para ese empleo, y que haya tomado posesión de tal destino, so pena de nulidad de la actuación en que concurra quien no fue designado ni se posesionó.

La relevancia jurídica de la posesión del

citador de un Juzgado no es otra que la de capacitarlo para que ejerza las funciones anexas a dicho empleo, y para poder recibir los emolumentos respectivos. Si el servicio público de la administración de justicia no sufre trastorno debido a que un tercero realiza el quehacer del citador, se estaría en presencia de una falsedad inocua, porque el citador no lleva a cabo labor jurisdiccional como ocurre con el Secretario del Juez, quien tiene capacidad autenticadora de las decisiones, y todo el trámite procesal está a su cargo.

La suplantación de Calderón por Javier Arias, en lo que concierne a la citación de las personas que debieron concurrir al Juzgado 13 en el lapso comprendido entre el 15 de septiembre y el 15 de noviembre de 1973, carece en absoluto de significación jurídica, tanto porque la citación no es función específica de determinado empleado, hasta el extremo de que sería nula si la lleva a cabo otra persona, como porque la administración de justicia no sufrió quebranto por el hecho de que no hubiera sido Calderón el que hizo las citaciones sino Javier Arias.

El quebrantamiento de la fe pública, para que constituya delito, debe traducirse en la lesión de un medio probatorio que sirva para establecer una declaración de voluntad o la existencia de un hecho. Si la supuesta posesión de Calderón no ataca ni el servicio público de la eficaz administración de justicia ni al erario, la mentira que contiene no constituye delito de falsedad documental.

Las nóminas. Al parecer, las nóminas no fueron firmadas por Calderón sino por Javier Avila, pero como tales documentos no forman parte de la investigación, ni fueron objeto de una pericia grafológica, hay total ausencia de fundamento probatorio para predicar que esos documentos fueron falsificados, o que en ellas se estampó la firma de Calderón, tratando de imitarla.

Las nóminas serían parte esencial del cuerpo del delito, por cuya razón su incorporación al sumario tenía necesariamente que hacerse por mandato legal (Art. 347 del Código de Procedimiento Penal). Y como se necesita ser un técnico en grafología para concluir si una firma es genuina o falsificada, el sumario debió recurrir al experticio de personas versadas en tal arte.

Sostener que esas nóminas fueron falsificadas es despropósito innegable, porque ni se agregaron al proceso, ni expertos en grafología se pronunciaron sobre la autenticidad o falsedad de las firmas que en ellas aparecen como del escribiente Enrique Calderón.

Certificaciones del Juez en las nóminas. La sentencia condenatoria parte de la premisa de que el Juez Arias certificó en las cuatro nóminas en el sentido de negar el parentesco con Javier Avila Arias, lo cual constituye cuatro delitos de falsedad documental, aun cuando ligados por un propósito común.

Sin embargo, semejante aserción no se compadece con la realidad procesal. En efecto, como las nóminas brillan por su ausencia en el proceso, para que desempeñen el papel de material probatorio, hay que recurrir a la diligencia de inspección judicial practicada en la Pagaduría de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, para averiguar lo relacionado con las certificaciones del Juez, que se incorporaron en ellas.

Descontando el error de no copiar textualmente las certificaciones referentes a las nóminas correspondientes a la segunda quincena de septiembre y segunda quincena de octubre de 1973, se llega a la conclusión de que el Juez Arias certificó que Enrique Calderón, que era quien figuraba en dichos documentos como escribiente del Juzgado 13, no es su pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de lo cual se deduce que la certificación no se refirió a Javier Avila. Y si ello es así, no puede afirmarse seriamente que el Juez certificó en dichas nóminas que no tenía parentesco con Javier Avila.

Por otra parte, no debe perderse de vista que esa certificación constituye simple requisito para que el Pagador cubra el valor de la nómina correspondiente, según lo establece el parágrafo del artículo primero de la Ley 12 de 1945: "Ningún Pagador cubrirá el valor de la nómina correspondiente, si le faltare el requisito señalado en el presente artículo".

De lo expuesto se deduce que la finalidad probatoria del certificado exigido por el artículo primero de la Ley 12 de 1945, es la de afirmar que los empleados subalter-

nos no son parientes de consanguinidad o afinidad dentro de los grados determinados allí, lo cual es requisito indispensable para que el Pagador cancele los sueldos de los empleados que figuran en la nómina. Y si Javier Avila Arias nunca fue incluído en las nóminas como empleado del Juzgado 13, las certificaciones del Juez no pudieron referirse a él, sino a Calderón, quien era quien en esos documentos se tenía como escribiente.

Nombramiento de intérprete. El intérprete es un perito que el funcionario de instrucción o el Juez debe nombrar cuando, como en el caso de autos, el procesado "no entendiere la lengua castellana o no pudiere darse a entender en ella y fuere necesario interrogarle" (Art. 279 del Código de Procedimiento Penal).

En la diligencia de indagatoria del norteamericano John Lloyd Johnson (fls. 148 a 151 del Cuaderno Principal) se hizo constar:

"...el suscrito Juez por ante el Secretario, le designa como intérprete al señor Enrique Calderón Avila, Oficial Escribiente con funciones de citador de este Despacho, quien estando presente fue juramentado en la forma prevista por el inciso 4º del artículo 157 del Código de Procedimiento Penal, previa la lectura de artículo 191 del Código Penal y de amonestarlo como lo indica el artículo 158 de la obra primeramente citada, así: 'A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asume usted ante Dios y ante los hombres, ¿jura usted explicar o transmitir fielmente las preguntas a la persona que va a ser interrogada por su conducto y transmitir fielmente las respuestas? CONTESTO EL INTERPRETE: "Sí lo juro".

Quien sirvió de intérprete fue Javier Avila y lo hizo de manera correcta. En el auto de proceder se exponen las siguientes razones para disculpar al Juez por el nombramiento de intérprete:

"Pero es oportuno hacer aquí una acotación al margen y que dice relación al hecho mismo de la designación de un empleado como intérprete. Pues bien: aunque en cierta forma el ex-Juez Arias Echeverry se extralimitó en sus funciones, el aparente abuso de autoridad que de tal conducta pudiera deducirse se desvanece si se le admiten —como es lógico y justo hacerlo— las explicaciones en el sentido de que no encontró otra persona que estuviera dispuesta a cooperar en las indagaciones a que debía ser sometido con premura el norteamericano John Lloyd Johnson durante todo el tiempo que ellas fueran necesarias, cuestión verosímil y por lo mismo aceptable si se tiene en cuenta que quienes actúan como peritos en la rama penal no tienen derecho a honorarios, como sí ocurre en otras especialidades del derecho. Todo hace pensar que la designación de que se viene hablando fue impuesta por razón de las circunstancias y dada la coincidencia de tener a mano un traductor capaz e idóneo que podía prestar su concurso cuantas veces fuera necesario y sin mediar la exigencia de una contraprestación económica por concepto de honorarios. Pero si lo anterior da fundamento de excusa desde el punto de vista penal, dadas las circunstancias de relativa fuerza mayor que se dejan anotadas para no considerar dolosa esa designación, esto no implica que no deba investigarse disciplinariamente al ex-Juez Arias Echeverry por una posible transgresión al mandato contenido en el artículo 95 del Decreto 250 de 1970, ordinal 4º, en concordancia con el decreto 2265 de 1969, en lo pertinente, pues no solamente se designó como auxiliar de la justicia a una persona que figuraba como empleado público, sino que el designado no estaba previamente incluído en la respectiva lista oficial".

La suplantación de Enrique Calderón por Javier Avila ningún perjuicio irrogó a la recta administración de justicia, porque Avila fue "un traductor idóneo y capaz" que prestó el oportuno servicio de ser intérprete de un procesado. Por tal circunstancia, la diligencia de indagatoria no es nula, especialmente si se tiene en cuenta que no se ha dudado en ningún momento de la lealtad con que Javier Avila cumplió el juramento que había prestado, utilizando el nombre de Enrique Calderón, de trasmitir fielmente las preguntas que el Juez le hizo al indagatoriado John Lloyd Johnson y de las respuestas dadas por éste.

La indagatoria es diligencia a la cual necesariamente tienen que asistir el funcionario instructor o juez, el procesado, su

apoderado y el secretario. El agente del Ministerio Público y el apoderado de la parte civil tienen facultad para concurrir a ella, pero sin que puedan interrogar al procesado (artículos 381 y ss. del Código de Procedimiento Penal).

La ausencia de cualquiera de las personas que necesariamente deben concurrir a la indagatoria vicia de nulidad tal diligencia. En cambio, la no concurrencia del agente del Ministerio Público o del apoderado de la parte civil, es circunstancia que carece de repercusión jurídica.

Al intérprete se le exige lealtad en la transmisión de las preguntas que formula el funcionario instructor o el Juez, y de las respuestas dadas por el indagado o declarante. Al intérprete se le juramenta precisamente para tener la seguridad de que cumplirá su misión sin traicionar la verdad, la cual radica no tanto en su identificación como en auxiliar a la justicia sirviendo de vehículo entre el interrogatorio del funcionario y las respuestas del indagado o declarante. Si un intérprete, utilizando el nombre de otra persona, se posesiona como tal, jurando cumplir con sus obligaciones según la fórmula del artículo 158 del Código de Procedimiento Penal, traiciona a la justicia por no explicar o transmitir fielmente las preguntas a la persona que rinde la indagatoria o el testimonio, o por no transmitir fielmente las respuestas, cometería un, delito de perjurio, sin que le valiera la excusa de que actuó en la diligencia con un nombre supuesto. Y esto porque lo esencial es la labor traductora y no la identidad del intérprete.

Consecuencia de lo expuesto es que carecen de trascendencia las mentiras incluidas en los distintos actos en que Javier Avila Arias actuó con el nombre de Enrique Calderón Avila.

El daño

Desde el punto de vista legal, el delito es descripción de una conducta que atenta contra un derecho o interés jurídico, que el Estado considera básico para la convivencia y el armónico desarrollo de la sociedad. En el caso de los delitos de falsedad en documentos, si bien es cierto que se tutela, en primer lugar, la fe pública, también lo es que para que se configure el ilícito el documento debe tener capacidad probatoria para establecer la existencia, o cualesquiera de las modalidades de un derecho, o de una relación jurídica. Si la lesión o la fe pública no se materializa en la vulneración de un medio probatorio, que a su turno destruya o ponga en peligro un derecho en general, causándose así un daño, no habría delito. Sin perjuicio no puede predicarse la comisión del delito.

No obstante que Carrara definía la fe pública como una formulación de la autoridad, y que el objeto del delito de falsedad consistía en esa fe pública, no se le escapó al insigne jurista que la actividad delictuosa debía finalizar en un daño hecho a través del atentado contra la fe pública. Todos los doctrinantes están conformes en que, aun cuando no forme parte de un esquema legal descriptivo del ilícito, el daño es requisito general de toda suerte de infracciones, y por ello mismo es indispensable comprobar su existencia para la integración del cuerpo del delito.

Bastaría citar dos de los más connotados expositores de la actualidad, para demostrarlo:

Maggiore afirma: "Como en todo delito, el daño es elemento de la falsedad; y elemento esencial, en cuanto se identifica con la antijuridicidad, y no es condición objetiva de punibilidad o fin subjetivo (motivo) extraño al dolo mismo, como alguno, con muy poca exactitud lo afirma. Sin daño real o posible (peligro), no hay antijuridicidad, no hay delito, no hay falsedad. Si falta un daño a lo menos potencial —aptitud para producir un perjuicio—, habrá una intención mala, pero no falsedad consumada o tentada. Por esto no es delito la falsedad llamada inútil o innocua..." (Derecho Penal. III. Págs. 562 y 563).

Silvio Ranieri, en su Manual de Derecho Penal, enseña:

"...constituyen falsedad punible no solo los hechos que, por medio de engaño, están encaminados a ocasionar un daño o a obtener un provecho, sino también aquellos hechos de los cuales, aún no estando dirigidos hacia ese resultado, se deriva efectivamente o puede derivarse un peligro para el tráfico jurídico. De ésto se sigue que no quedan comprendidos en este concepto ni

pueden quedar falsedades que no perjudican a alguno o que no son aptas para perjudicar a un número indeterminado de personas (público)" (pág. 341, Tomo IV).

"...no puede haber motivo de incriminación cuando la falsedad no cause perjuicio, ni tenga aptitud para causarlo" (pág. 341, Tomo IV).

La Procuraduría considera que el perjuicio radica en el hecho de que los sueldos que debió cobrar Enrique Calderón fueron a parar a manos de Javier Avila, lo cual fue refutado con buenas razones por el Tribunal de instancia, al descartar la posibilidad de que se hubiera cometido un peculado.

En las consideraciones que se hicieron en pasajes anteriores de esta providencia, se hizo análisis pormenorizado sobre la ausencia de perjuicio con el comportamiento del ex-Juez Camilo Arias.

Si no alcanzó a cometer el procesado delito contra la fe pública ni contra la administración pública, no puede negarse que su comportamiento es francamente censurable, por encarnar faltas disciplinarias. Como ya el Tribunal de primera instancia ordenó expedir las copias pertinentes para esas investigaciones, no es el caso de disponerlo por segunda vez.

Lo expuesto conduce a la revocatoria de la sentencia condenatoria, para reemplazarla con una absolutoria.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Penal de Decisión, con fecha veintiocho de febrero del año en curso, mediante la cual condenó al doctor Camilo Arias Echeverry, ex-Juez 13 de Instrucción Criminal de Cali, como autor de un delito de falsedad en documentos, a la pena principal de cuarenta y dos meses de presidio, y en su lugar ABSOLVERLO.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez.

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

(Magistrados del Tribunal Disciplinario)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre veinsitiete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 44 de septiembre 2/76.

Vistos

El abogado Jaime Rafael Pedraza formuló denuncia de carácter penal, por la posible comisión de un delito de prevaricato contra el doctor LEOVIGILDO BERNAL ANDRADE por haber asumido, en sentir del denunciante, en su condición de Magistrado del Tribunal Disciplinario, conducta contraria a la ley.

Manifestó el querellante, que presentaba su escrito ante el Juez del Circuito porque "aunque de acuerdo con lo establecido en la Ley 20 de 1972 los Magistrados del Tribunal Disciplinario requieren los mismos requisitos necesarios para los Magistrados de la Honorable Corte Suprema de Justicia, no tienen fuero para su juzgamiento pues no aparecen incluidos en la lista de altos funcionarios del Estado que trae el artículo 102 de la Constitución Nacional, ni en la del artículo 151 de la misma; tampoco en la del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal ni en la del 33 del mismo Estatuto, de donde resulta que les es aplicable la norma general del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal (fl. 5).

Repartido el asunto, le correspondió al Juzgado veintitres Penal del Circuito ante el que se surtió el juramento de ley.

El Juzgado, al examinar su competencia para conocer del proceso sometido a su decisión, y luego de unas consideraciones sobre las funciones que en el terreno disciplinario cumplen estos Magistrados, expresa:

"Así las cosas, si los Magistrados del Tribunal Disciplinario administran justicia en forma especial, o sea en los casos, para ellos, específicamente previstos, sus actos con ocasión de los mismos deben quedar cobijados por las normas reguladoras de su jerarquía, que no es otra distinta a la de ser Magistrados del Tribunal disciplinario para el caso que nos ocupa" (fl. 18).

De consiguiente, como a la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— le está atribuida competencia para conocer de "las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño en sus funciones se promuevan contra... los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito" (Art. 32 numeral 6º del Código de Procedimiento Penal) tambien le estaría atribuido el conocimiento de las causas que se sigan contra los Magistrados del Tribunal Disciplinario, por ser estos también "lisa y llanamente"... Magistrados (fl. 18)

En consecuencia, el Juzgado dispuso, en obedecimiento al artículo 12 del Código de Procedimiento Penal "el envio del presente diligenciamiento a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ser, en consideración a la calidad de la persona denunciada, la entidad competente para su conocimiento".

El Tribunal Disciplinario, como institución encargada de conocer de las faltas de esa naturaleza imputables a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional en todos sus órdenes y jerarquías, tuvo origen legal en

el año de 1964 mediante el Decreto Ley 1698 dictado en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por la Ley 27 de 1963.

Por el artículo 31 del mencionado decreto, se dispuso la creación del Tribunal Superior Disciplinario, y se dijo, en el artículo 35 que sus miembros deberían reunir los mismos requisitos y calidades exigidos para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y que estarían sujetos a las mismas causales de impedimento y recusación establecidas respecto de éstos. Se le atribuyó competencia para conocer, en única instancia, de los procesos por faltas disciplinarias que se adelantaran contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, y en segunda, de los procesos de la misma naturaleza, que fallaran en primera, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal de Aduanas.

El Decreto fue demandado por considerarlo violatorio de normas constitucionales, y al declarar la Sala Plena de la Corte la inexequibilidad de las normas demandadas, dijo, entre otras cosas:

"Si existe la jerarquía constitucional, si hay una pirámide judicial, cuya base son los jueces municipales y cuya cima es la Corte Suprema de Justicia, si hay una perfecta subordinación entre las diferentes partes de esa pirámide o jerarquía, tiene que aceptarse que cuando la Carta habla del respectivo superior, se está refiriendo al superior natural, dentro de la organización por ella establecida, y en manera alguna a cuerpos extraños a la misma. La Corte es el respectivo superior con relación a los Tribunales, y estos lo son, a su vez, de los jueces. Por consiguiente, de los procesos contra los Magistrados de los Tribunales, conocerá su respectivo superior, que es la Corte, constitucionalmente competente para imponer multas... etc. De todo lo anterior resultan claras e indudables las siguientes conclusiones:

a) Que se entiende como respectivo superior, al superior natural o sea a quien nombra a los Magistrados y a los jueces;

b) .....;

c) Que como la Carta reservó la imposición de sanciones disciplinarias para los Magistrados y Jueces al respectivo Superior, mal puede la ley conferirlas a otra Corporación o funcionario que no tenga ese carácter de respectivo superior" (fallo de 9 de Febrero de 1967).

De esta manera, mediante el referido fallo, la Corte declaró la inexequibilidad del Decreto-Ley que creaba y atribuía competencia al Tribunal Disciplinario.

Luego, y por la reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo número 1 de 1968 se creó, con rango Constitucional, el Tribunal Disciplinario, y se dijo en el mismo texto de la Carta, artículo 217 —que su competencia se extendía a conocer de las faltas disciplinarias de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y se le atribuyó, asimismo, la función de dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa. Finalmente, se dijo, que correspondería al Legislador determinar la composición del Tribunal. La razón para que se diera rango constitucional al Tribunal Disciplinario, parece obvia, si se examinan los puntos de vista expresados por la Corte en el fallo referido. No parece que fuera otro el fundamento de esta actitud del Constituyente, sino la de amparar la legalidad constitucional del Tribunal, en cambio de crear, como se estila decir en el argot periodístico, una Institución que llevará el pomposo título de "Super-Corte". El Constituyente no consideró conveniente que las faltas disciplinarias en que incurrieran los miembros de las Corporaciones Judiciales fueran conocidas por los integrantes de las mismas, como se venía haciendo desde el año de 1950, y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3685 de ese mismo año, y por ello, en 1964, como se vio, creó, por Decreto Ley, el Tribunal Disciplinario cuyo título jurídico de existencia fue desconocido por la Corte, y entonces, no quedaba remedio legal distinto que el de darle rango constitucional que es el que en la actualidad ostenta por virtud de la norma del artículo 217 de la Carta.

En desarrollo del texto constitucional se dictó la ley 20 de 1972 que determinó la composición del Tribunal, su régimen interno, su competencia etc. En el artículo 2º de dicha ley se dice, que para ser Ma-

gistrado del Tribunal Disciplinario "se requieren las mismas calidades exigidas para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y serán causales de retiro forzoso las señaladas en la ley para éstos". Como se les atribuía una cierta jerarquía, no solo por las calidades exigidas, sino también por la competencia, se dispuso, también, por el artículo 4º, que ellos "tomarán posesión de su cargo ante el Presidente de la República y devengarán las mismas asignaciones que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia", es decir, que por estos tres aspectos: calidades para ejercer el cargo, asignaciones y posesión, se les dio el mismo rango que tienen los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia.

Se hizo, sin embargo, una excepción si se considera que por virtud del artículo 7º de la misma ley, se atribuyó competencia al Tribunal Disciplinario para conocer de las faltas en que incurran sus integrantes.

Es conveniente examinar, para sacar luego las conclusiones del caso, lo relativo al tratamiento y la jerarquía que las leyes relativas a la Administración de Justicia, reconocen a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, así:

1. El Decreto 250 de 1970 dictado con base en las facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo por la Ley 16 de 1968 dispone en su artículo 3º, y en cuanto a las nociones de "Funcionarios y Empleados" que "para los efectos del presente estatuto se consideran funcionarios los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, El Consejo de Estado, del Tribunal Disciplinario...", y sigue la enumeración, guardando la regular jerarquía en los cargos;

2. Por el artículo 31 se señala una edad de retiro forzoso igual para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Disciplinario;

3. Por el artículo 35 se señalan las categorías de los cargos judiciales y del Ministerio Público así: "Primer Orden: Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistratura del Consejo de Estado, Magistratura del Tribunal Disciplinario y Procuraduría General de la Nación";

4. Luego, en el artículo 43 que se refiere a los organismos que administran la Carrera Judicial se dice, que "la carrera será administrada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, integrada por el Ministro de Justicia...; por los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario...";

5. Por el artículo 89, y en relación con la vigilancia Judicial se dispone, que ella "corresponde al Ministerio Público. En la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario será ejercida por el propio Procurador General de la Nación...";

6. Por medio del Decreto Ley 1265 de 1970 dictado en ejercicio de las facultades otorgadas al Ejecutivo por la Ley 4ª de 1969, se expidió el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, y en su artículo 1º se dijo que "La Administración de Justicia se ejerce de modo permanente por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario... etc";

7. En el artículo 2º se dice, que "La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, y el Tribunal Disciplinario tienen su sede en la capital de la República y ejercen jurisdicción en todo el territorio nacional";

8. Finalmente, por lo anterior, debe predicarse que lo previsto en el artículo 26 del Decreto 546 de 1971 dictado con fundamento en las facultades concedidas al ejecutivo por la Ley 16 de 1968 y que se refiere al "Régimen de Seguridad y Protección Social de los Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional, y del Ministerio Público y de sus Familiares", también cobija a los Magistrados del Tribunal Disciplinario en cuanto dispone que "Los funcionarios con jurisdicción y los Agentes del Ministerio Público que actúen ante ellos, tienen derecho a los honores, distinciones y preeminencias propias de su jerarquía. Para estos efectos los Consejeros de Estado y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se equipararán a Ministros de Estado...".

Examen de las Normas Constitucionales relativas a la responsabilidad de los Funcionarios Públicos

Los funcionarios públicos, de acuerdo con el mandato del artículo 20 de la Carta Política, deben responder como los particu-

lares, "por infracción de la Constitución y de las leyes", y además, "por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas". El mayor ámbito de responsabilidad impuesto por la Carta a los funcionarios públicos corresponde, como es natural, a las mayores funciones acordadas a quienes tienen una especial vinculación con las entidades de derecho público, de cualquier orden. Entonces, a mayores funciones, deben corresponder mayores responsabilidades, en cuanto a que su conducta por la relación en que se hallan con la Administración Pública, puede lesionar ese interés público que se relaciona con el prestigio y el buen nombre de la administración que los funcionarios han jurado defender en el momento de tomar posesión de sus cargos, y que es imperativo, de conformidad con lo que manda el artículo 65 de la Carta.

La misma Carta, en desarrollo y confirmación de lo dicho en el artículo 20 citado, dispone que la ley determinará "la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este Título", que se refieren a "Los derechos y garantías sociales". La norma contiene sin duda, una ratificación de la responsabilidad de los funcionarios acordada en el artículo 20 ibídem, pero además, significa una especialización o desarrollo de la misma, en cuanto que solamente se refiere a la parte de la responsabilidad oficial que toca con "la extralimitación de funciones, (u) omisión en el ejercicio de éstas", cuyo desarrollo ha hecho la ley en el Código Penal al elevar a la categoría de delitos todas aquellas infracciones contenidas en la Parte Especial del Código Penal y que tienen como ingredientes constitutivos precisamente una actividad funcional del agente activo del reato.

Finalmente, la Constitución se refiere a otro tipo de responsabilidad en que puedan incurrir los funcionarios públicos, y solamente ellos, que es la responsabilidad disciplinaria consagrada en el artículo 62 de la misma. No es comprensible que la responsabilidad a que se refiere esta norma sea también de naturaleza penal, por la simple razón de que de ella ya se había ocupado el Constituyente en los artículos 20 y 51 citados.

Visto pues, que la Carta ha delimitado en forma clara tanto la responsabilidad penal como la disciplinaria para los funcionarios públicos, corresponde ahora examinar la forma como una y otra se hacen efectivas.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria (Art. 62), que no corresponde juzgar en este caso, la Constitución hizo una expresa delegación al legislador para que determine los casos de su existencia y el "modo de hacerla efectiva". Pero como el Legislador, por lo menos en cuanto atañe a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, determinó el modo de hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria (Decreto 1698 de 1964) en forma que contradecía mandamientos constitucionales, como se anotó, fue necesario crear un organismo con rango constitucional —el Tribunal Disciplinario— que cumpliera tal función y que, por otra parte, consultara el mandato contenido en el artículo 160 de la Carta, según el cual, las sanciones disciplinarias solo podrán imponerse por "el respectivo superior", expresión que en sentir de la Corte, corresponde a quien hace la elección del funcionario.

No quiere decir lo anterior, que con la creación del Tribunal Disciplinario que actualmente tiene origen constitucional, se hubiera erigido una institución que pueda y deba considerarse como superior de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, porque con él no se cumple el sentido de la condición atribuída a la expresión "superior" a que se refiere el artículo 160 de la Carta. Pero siendo deseo del Constituyente que el régimen disciplinario se ejerciera frente a las dos cabezas de la Rama Jurisdiccional —Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado— por una entidad distinta a la que integran sus propios miembros, era lógico que el organismo al que se le atribuirían esas fundamentales funciones tuviera una jerarquía, si no superior, por lo menos igual en cuanto a su origen y a las calidades exigidas a sus miembros etc. en relación con los funcionarios ante quienes se cumpliría.

Por la vía de interpretación del artículo 160 de la Carta Política puede llegarse a ubicar la competencia del órgano encargado de juzgar los delitos de responsabilidad

en que incurran los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

En verdad, dicha norma dispone, en su primera parte, que "los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino a virtud de sentencia proferida por el respectivo superior" (subraya la Corte). La segunda parte del texto se relaciona con el régimen disciplinario. No queda duda pues, de que esta primera parte del artículo se relaciona con la responsabilidad de naturaleza penal, si se atiene al significado claro de la expresión "infracciones penales". La disposición se refiere tanto a Magistrados y Jueces, y ya se ha visto que los integrantes del Tribunal Disciplinario, tienen la categoría de Magistrados.

Hasta el año de 1957, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, eran elegidos por las Cámaras Legislativas (Art. 149 de la Constitución Nacional). A partir del 1º de diciembre de ese año, y por virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del plebiscito, se cambió el sistema de elección y se adoptó el de la cooptación. El sistema de elección previsto en el derogado artículo 149 explica suficientemente la razón de ser de la función jurisdiccional atribuida a la Cámara de Representantes y al Senado de la República, en relación con el juzgamiento de los Magistrados de la Corte y los Consejeros de Estado (Arts. 97 y 102), en concordancia con el artículo 160 ibídem, por ser el Congreso el órgano elector de tales altos funcionarios y por lo mismo, para estos efectos, el superior, de acuerdo con la jurídica y lógica interpretación dada por la Sala Plena al mencionado artículo 160 de la Carta.

Pese a que el plebiscito modificó substancialmente el sistema de elección de los Magistrados de la Corte y de los Consejeros de Estado, sin embargo, dejó vigente el de su juzgamiento puesto que si no se aceptara esta interpretación, los Magistrados de la Corte y los Consejeros de Estado, que no tienen superior, no tendrían tampoco Juez que juzgara su responsabilidad penal, o ella correspondería a la misma Corporación con las naturales consecuencias relativas a los fenómenos de las recusaciones y de los impedimentos que harían más engorrosa, o por lo menos, más retardada la administración de justicia.

Lo propio ocurre con los Magistrados del Tribunal Disciplinario. Tampoco ellos tienen superior jerárquico. Pero si de conformidad con el texto claro de las normas citadas al comienzo de esta decisión y porque así se deduce del espíritu de la Carta, gozan del mismo rango y de igual jerarquía que los Magistrados de la Corte, los Consejeros de Estado y el Procurador General de la Nación, es lógico concluir que, por las mismas razones, se encuentran amparados, para su juzgamiento, con el fuero pleno correspondiente a los altos funcionarios del Estado (atribución 4ª artículo 102 de la Constitución) y, en consecuencia, no puede la Corte conocer de los delitos que se les atribuyan, mientras duren en el ejercicio de sus empleos, sino una vez satisfechos los requisitos de procedibilidad, de que tratan el artículo citado de la Carta y el 97 ibídem.

Según el significado de estas normas, corresponde al Senado, conocer de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes, y con base en ellas, puede tomar varias decisiones, así: Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, el Senado deduce una clásica responsabilidad política que lo faculta para imponer sanciones que pueden consistir en la destitución del empleo, o en la privación temporal o en la pérdida absoluta de los derechos políticos. Pero, si considera que el hecho imputado ha causado daño o lesión que haga merecedor al reo de pena distinta lo pondrá a disposición de la Corte Suprema para que allí se le adelante el proceso por el tanto de responsabilidad, esa sí penal, que lo corresponda.

De esta manera, puede llegar a la Corte Suprema un proceso que se adelante contra un alto funcionario del Estado, una vez que se cumpla la condición de procedibilidad que es en lo que consiste el trámite previo que se surte ante la Cámara de Representantes y el Senado de la República.

Se puede objetar, sin embargo, que los

Magistrados del Tribunal Disciplinario, no gozan del llamado fuero especial que consiste en que su juzgamiento se haga por la vía del trámite previo del Congreso, porque ellos no están incluídos en la lista de funcionarios de que trata el artículo 102 numeral 4º de la Constitución.

Sobre el particular, es conveniente considerar una decisión de la Corte relacionada con el juzgamiento de los Consejeros de Estado que no estaban incluídos en la enumeración del artículo 102 numeral 4º antes de la reforma constitucional realizada por el Acto Legislativo número 1 de 1968, planteando entonces, como ahora, la posibilidad o imposibilidad de la existencia de ese fuero en relación con dichos funcionarios. Para entonces dijo la Corte:

"Cierto es que los artículos 96, 102 (ordinal 5º) y 151 (ordinales 1º y 2º) de la Constitución Nacional, no le atribuyen al Senado ni a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento de los Consejeros de Estado, y cierto también es que el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que dejaba a la ley el determinar lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, fue derogado expresamente por el Acto Legislativo número 1º de 1945".

"Pero no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios; la ley también puede señalarla, como se deduce de los artículos 23, 51 y 62 de la propia Constitución. Mejor dicho, la ley es la que, por regla general, debe señalar los jueces que deben juzgar a los ciudadanos en general y a los funcionarios en particular, según los preceptos que se dejan citados".

"Pero se dirá que al incluir la Carta algunos altos funcionarios como que deben ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, sin mentar a los Consejeros de Estado, significa la exclusión de estos últimos. A lo cual se contesta que si la inclusión de unos significa la exclusión de otros, por punto general, eso no sucede siempre, pues este principio debe aceptarse cuando la naturaleza de los preceptos así lo indique, pero no cuando ella lo rechaza desde todo punto de vista, como aquí acontece. En primer lugar, la Carta no trae solamente una clase de funcionarios que hayan de ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, la de los Ministros, por ejemplo, sino varias... Lo que significa que la excepción —que de una excepción se trata— no es tan circunscrita y única que el legislador se vea constreñido por el Constituyente para no extenderla a otros casos en que se contemplan iguales condiciones" (auto de 12 de septiembre de 1947).

En la misma decisión, se dice, que como los Consejeros de Estado deben tener las mismas calidades que los Magistrados de la Corte, ello significa que deberán gozar de los mismos privilegios y derechos entre los que están, precisamente, los de ser juzgados por órganos especiales y no por los jueces ordinarios.

Para el caso de autos, el razonamiento de entonces, explica suficientemente la situación actual en relación con los Magistrados del Tribunal Disciplinario, que como se ha visto con la cita de diversas disposiciones legales vigentes, los colocan en un plano de igualdad total, tanto con los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, como con los Consejeros de Estado, constituyendo de esta forma una verdadera trilogía de las ramas jurisdiccional, Contencioso Administrativo y Disciplinaria.

La enumeración que la Carta hace de los altos funcionarios justiciables por el Senado, no es pues, taxativa sino meramente enunciativa. Y esta afirmación resulta lógica, porque de lo contrario, se crearía el absurdo de aceptar la existencia permanente de una Asamblea Constituyente, o un cuerpo Constituyente, que se ocupara de llenar cada vez que se presente el caso, los evidentes vacíos o "lagunas" que tiene la Legislación Constitucional. Qué sucedería, por ejemplo, con los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, o con los Magistrados o funcionarios que van a integrar el proyectado Consejo Superior de la Administración de Justicia a los que se otorgarán las más amplias competencias en los diversos campos de este fundamental servicio público, y a cuyos integrantes se va a exigir las mayores calidades? Cómo, y por quien se juzgarán sus actos, para el caso no imposible, de que como van a ser designados con posterioridad a la expedición del artículo 102, que es originario de la

Constitución de 1886, no pueden ser incluidas dentro de sus previsiones?

Es que como enseña Emilio Betti, el sentido de la ley no se agota en una enunciación descriptiva o narrativa de las situaciones previstas, no en un juicio hipotético que a la previsión de tales situaciones o hechos atribuya ciertas calificaciones o relaciones jurídicas. Frente a la correlación que la norma establece entre ciertas situaciones y ciertos "efectos" jurídicos, el intérprete debe plantearse no solo "como", sino también "por qué" la dispuesta correlación deba funcionar. En otros términos: al lado del momento lógico debe tenerse presente el momento teológico de la norma jurídica; en una, con el contenido lógico de la fórmula legislativa, se debe indagar la ratio iuris, que ilumina el valor normativo. Ya que la norma jurídica, —a diferencia de un juicio teorético, que es fin a sí mismo como conocimiento de verdad— no es fin a si misma, sino instrumento para un fin de convivencia social, que no puede decirse logrado con la sola emanación, sino con la aplicación de esa norma a la vida de relación (Emilio Betti "Interpretazione della legge e degli atti giuridici", Milán, 1949, pág. 167 - 88).

De suerte que, en una interpretación sistemática y finalística de la organización jurídica, debe entenderse, que a igual jerarquía dentro de la estructura administrativa del Estado, deben corresponder iguales derechos y garantías para el juzgamiento de quienes están investidos de una alta función. Debe tomarse en cuenta, así mismo, que el fuero no representa un privilegio, en cuanto que no se ha erigido en beneficio de la persona, sino que al contrario, busca garantizar la función y el oficio público, en interés general, y no particular. Tanto es así, que el fuero especial consagrado en la Constitución, no debe entenderse como erigido en beneficio personal del funcionario, que éste no puede renunciar a él, precisamente porque hay que tomarlo como inherente a la función. Por ello, tambien la subsistencia, del fuero, se predica aún para el caso de cesación del cargo o empleo.

Pero, se arguumenta, que en el Código de Procedimiento Penal vigente, al hacerse la distribución de las competencias, y específicamente de las que se refieren a los asuntos atribuidos a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia "en los casos que corresponda conforme a la Constitucion Nacional" (Art. 32 numeral 5º), no quedaron incluidos, en forma expresa, los Magistrados del Tribunal Disciplinario, y que, por lo mismo, en relación con ellos no es predicable, por este aspecto, la existencia de un fuero especial para su juzgamiento, por lo que quedarían sometidos a las normas generales sobre competencia.

Contra este modo de argumentar es fácil advertir, que el Código de Procedimiento Penal se expidió por el Decreto Ley 409 de 27 de marzo de 1971, y que entró a regir el 1º de julio del mismo año (Art. 770), y de otra parte, que la Ley 20 de 1972 que como se vio, fue dictada en desarrollo del artículo 217 de la Carta, para organizar el Tribunal Disciplinario es de 30 de diciembre del mismo año, es decir que se originó casi un año después de expedido el Código de Procedimiento Penal. Luego, no era jurídicamente posible que el legislador de 1971 pudiera incluir, dentro de sus previsiones, una situación que nació a la vida jurídica en 1972.

Debe tomarse en consideración, sin embargo, que el Código de Procedimiento Penal, al desarrollar el texto Constitucional relativo al fuero de que gozan los altos funcionarios del Estado, claramente admitió que la enumeración que de ellos hace el artículo 102 numeral 4º de la Carta Política, no es taxativo.

Evidentemente, en el artículo 32 numeral 5º, y en relación con la competencia acordada a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se dice, que ella conocerá "de los procesos por delitos cometidos por el Presidente de la República o el encargado de la Presidencia, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los Fiscales del Consejo de Estado, en los casos en que corresponda conforme a la Constitución Nacional".

Ahora bien, si se compara este texto, con el Constitucional (Art. 102 numeral 4º), se advertirá, que allí no se hace mención expresa al encargado de la Presidencia, ni a los Fiscales del Consejo de Estado. Cuál entonces la razón para que la ley les hubiera

atribuido ese fuero especial? Seguramente, por la dignidad y la jerarquía reconocida a ellos. Para el caso del encargado de la Presidencia, porque el artículo 128 de la Constitución dice, que éste "tendrá la misma preeminencia que el Presidente cuyas veces desempeña", y como en virtud del artículo 131 ibidem, al Presidente de la República lo cobija un fuero especialísimo, teniendo el encargado la misma preeminencia, lógicamente el fuero debe cobijarlo. En cuanto a la situación de los Fiscales del Consejo de Estado, la razón no puede ser otra que la que se desprende de lo dispuesto en el artículo 146 de la Constitución, según el cual, "para desempeñar el cargo de Fiscal del Consejo de Estado se requieren las mismas condiciones exigidas a los Consejeros de Estado". Es decir, que cuando se exigen determinadas calidades para el desempeño de un cargo, los privilegios y derechos se extienden, también no a la persona sino a la función o al cargo. Y si para los Magistrados del Tribunal Disciplinario se exigen las mismas calidades que para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y éstos gozan de fuero especial, por qué aquéllos no? Donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición, es principio de interpretación lógica.

Pero, aún aceptando en gracia de discusión que el legislador, voluntariamente hubiera considerado que no era el caso incluir dentro de las normas relativas a la competencia especial a los Magistrados del Tribunal Disciplinario por considerar que no gozaban de los privilegios acordados por la Carta a los altos funcionarios públicos, habría que examinar si ese vacío de la ley, contradice en texto constitucional, y más específicamente el artículo 160 de la Carta, que expresa y terminantemente dispone que en cuanto a la responsabilidad de naturaleza penal en que puedan incurrir los Magistrados y los Jueces, no podrá hacerse efectiva sino "a virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior". Y si no se puede ignorar o suprimir, porque no hay modo jurídico de hacerlo, la categoría legal y constitucional de Magistrados, a los integrantes del Tribunal Disciplinario, en qué forma deberá interpretarse el texto Constitucional, cuando a ellos haya que referirlo?

Esta es una de aquellas normas Constitucionales que al ser desarrolladas por el legislador ordinario, no pueden dar lugar a que se planteen dudas de ningún orden respecto a su significado y alcance. La referida disposición tiene una obvia finalidad que debe interpretarse en forma sistemática y no separada del conjunto de otras normas a través de las cuales se busca resguardar a todo trance, el principio de la jerarquización en la organización jurisdiccional a que hacía referencia la Sala Plena de la Corte en la sentencia anotada, cuya interpretación debe entenderse, de todo lado, como obligatoria para todos, porque ese, y no otro es el efecto de las decisiones que como Tribunal Supremo Constitucional se reconoce a la Corte Suprema de Justicia.

De consiguiente, si el legislador al desarrollar en una fórmula legal, la consignada en un texto de la Constitución, no le ha dado el significado y el alcance propios que consulten su espíritu y su finalidad, que como se ha visto no es otro que el de resguardar el principio de la jerarquización de la Rama Jurisdiccional, la ley expedida con tales características y por ese aspecto, debe considerarse como contraria a la Constitución, por lo que, frente a ella, puede válidamente esgrimirse y por quien tiene facultad para aplicarla, el principio consagrado en la misma Carta, según el cual "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones Constitucionales" (Art. 215 Constitución).

No se trata entonces, como podría aparecer a simple vista, de plantear una situación de aplicación analógica de la ley, que se dice, no es viable en tratándose de normas de excepción: pero ni siquiera de una forma de aplicación extensiva, que si cabe aún con relación a este tipo de disposiciones, sino que, simplemente, de lo que se trata aquí es lisa y llanamente de obedecer y hacer que obedezcan quienes tienen facultad para aplicar la ley, los claros mandatos de la Constitución para que su texto claro, preciso y terminante, prevalezca sobre la ley que la contradice en forma ostensible, que es lo que aquí acontece cuando se pretende negar que el artículo 160 de la Constitución Nacional no cobija o no funciona respecto a los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

Lo contrario sería llegar a esa forma de interpretación exegética que censuré ARTURO ROCCO cuando escribió que "en esta forma, la interpretación y la aplicación de las disposiciones de la ley penal se reducen con frecuencia a un automatismo mecánico y avaro que mira solamente a constatar, con el diccionario en la mano, si la hipótesis literal y estrictamente prevista por el legislador se ha verificado en el hecho. Grave error este, porque la prohibición atrás anotada (de la interpretación extensiva) no excluye, sino por el contrario, presupone la interpretación lógica y no solamente gramatical de la norma legislativa: es decir, la determinación del pensamiento y la voluntad de la ley y su razón justificadora. Además, no se debe exagerar el alcance tomando como pretexto locuciones inexactas, con el fin de eludir la aplicación de la ley en los casos que pueden estar comprendidos en ella".

Con vista en las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DISPONE REMITIR las presentes diligencias a la Honorable Cámara de Representantes, de conformidad y para los efectos del artículo 102 de la Constitución Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha ordenado remitir a la Honorable Cámara de Representantes la denuncia del abogado Jaime Rafael Pedraza contra el doctor Leovigildo Bernal Andrade, Magistrado del Tribunal Disciplinario para que, si lo considera pertinente, acuse ante el Senado de la República al sindicado "de conformidad y para los efectos del artículo 102 de la Constitución Nacional".

Por estimar que tal determinación es errónea, la voté negativamente. Las razones jurídicas que me asisten en esta oportunidad son las que a continuación bosquejaré.

La administración de justicia

El Poder Público en el país se ejerce mediante tres grupos de servicios públicos, que han sido aglutinados siguiendo un criterio de similitud de las diversas actividades. El artículo 55 de la Constitución Política de Colombia expresa que "son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional". A su turno el artículo 58 enseña que la administración de justicia es tarea adscrita a "la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley".

La jurisdicción contencioso administrativa está a cargo del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos (artículos 141 y 154).

El conocimiento de las faltas disciplinarias corresponde a la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Disciplinario, los Tribunales Superiores, el Procurador General de la Nación y los Jueces con respecto a sus subalternos. Esta dispersión de competencia funcional para administrar la justicia disciplinaria es a todas luces antitécnica, por cuya razón sería conveniente adscribirle esta función a un único organismo, como lo sería el Tribunal Disciplinario, en lo nacional, y Tribunales Disciplinarios seccionales de Distrito Judicial.

El conocimiento de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, compete a las Cortes Marciales o Tribunales Militares, conforme las reglas del Código de Justicia Penal Militar (Art. 170).

De manera ocasional y en casos especiales también administran justicia el Senado de la República, algunos funcionarios administrativos, los jurados de conciencia y los árbitros.

El Decreto Ley 1265 de 1970 sintetiza los anteriores conceptos por medio de su artículo primero:

"La administración de justicia se ejerce de modo permanente por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario, los Tribunales Superiores de Distrito, Administrativos, de Aduanas, Militar y Disciplinario, y los Jueces Superiores, de Circuito, de Instrucción, de Menores, de Distrito Aduanero, Territoriales y Municipales".

"En casos especiales se ejerce por el Senado y por funcionarios administrativos".

"Los Jurados y los Arbitros ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales".

La capacidad de administrar justicia en general, se concreta en la competencia de los distintos funcionarios o particulares que juzgan.

La competencia penal ordinaria se fija según los criterios de la naturaleza del hecho, el territorio donde se ha cometido la infracción y la atribución dada a los funcionarios para administrar justicia (competencia funcional).

La competencia ordinaria la ejercen, en primera instancia, el Juez Municipal, el

Juez de Circuito y el Juez Superior; el Juez de Menores en única instancia.

Esto significa que existe la regla general de que los funcionarios mencionados son los jueces competentes para conocer de todos los delitos cualesquiera que sean sus autores.

Los fueros

Pero debido a la calidad de algunos procesados, por haber delinquido mientras ejercían funciones oficiales, se han adoptado varias excepciones a la competencia general y ordinaria que cobija a todos los residentes en Colombia.

Son los denominados fueros, que son de dos clases:

Se entiende por fuero pleno el que acuerda el Código Institucional para que determinados funcionarios sean juzgados mediante la intervención de la Cámara de Representantes como fiscal, en su condición de único titular de la acción penal, y el pronunciamiento del Senado de la República sobre la responsabilidad política, debido a indignidad por mala conducta, o a la declaratoria de que hay lugar a seguimiento de causa por parte de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate de delitos, bien sean de responsabilidad o comunes (artículos 97 y 102).

Según las voces de los artículos 102-4 y 131 de la Carta gozan de fuero pleno el Presidente de la República, el Encargado de la Presidencia de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado.

El artículo 97 de la Codificación Constitucional señala el procedimiento que se sigue en el Senado cuando la Cámara de Representantes formula acusación contra los funcionarios arriba mencionados.

El fuero restringido es aquel que señala la Constitución o la ley para que sean juzgados determinados funcionarios, pero sin que sea necesaria la condición de procedibilidad de la intervención del Congreso.

El artículo 151-2 confiere fuero restringido, para ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o de las leyes, o por mal desempeño de sus funciones, a los Jefes de Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Agentes Consulares y Diplomáticos de la Nación, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales de Distrito, Comandantes Generales y Jefes Superiores de las Oficinas Principales de Hacienda de la Nación.

El Código de Procedimiento Penal acuerda fuero restringido en relación con otros funcionarios. A la Sala de Casación se ha adscrito, además del conocimiento de las causas contra los funcionarios que han sido favorecidos con el fuero pleno, otros que gozan de fuero restringido, como son los Fiscales del Consejo de Estado, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Aduanas; el Tesorero General de la República; el Registrador del Estado Civil; los Intendentes y Comisarios; los Magistrados de los Tribunales Administrativos; los Procuradores Delegados en lo Civil, en lo Penal, ante la Policía y ante las Fuerzas Armadas y los Procuradores de Distrito. También cuando se trata de causas de responsabilidad por infracciones cometidas por los Senadores y Representantes en el caso del artículo 75 de la Constitución Nacional (Art. 32, numerales 5º, 6º ,7º y 8º del Código de Procedimiento).

El artículo 33 ibídem, numeral 2º, establece fuero restringido para que la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conozca en primera instancia de los procesos que se sigan a los Gobernadores Eclesiásticos de Diócesis, Vicarios Generales, dignidades y demás miembros de los Cabildos Eclesiásticos; y de los procesos que por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, o por razón de ellas, se sigan contra los Jueces Superiores, de Circuito, de Instrucción, de Menores, de Distrito Penal Aduanero, Municipales y Territoriales; los Jefes de Oficinas Seccionales; el Jefe de Visitadores, los Visitadores y Asesores Jurídicos de la Procuraduría General de la Nación; los Fiscales de Juzgado, y los Personeros Municipales.

La distribución de competencias especiales como son las referentes a los fueros plenos y restringidos, es quehacer que le corresponde desempeñar a la Constitución y a las leyes, conforme lo tiene establecido

el artículo 4º del Decreto 1265 de 1970, por el cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia:

"La competencia de las Corporaciones en pleno y la de las Salas, se determina por la Constitución Nacional y las leyes".

Esto quiere decir que cuando la Carta o las leyes no han hecho una excepción a la regla general de que todos los procesados deben estar sometidos a la jurisdicción ordinaria de los Jueces Superiores, de Menores, de Circuito y Municipales, no se puede predicar que el Juez, echando mano de la analogía o de supuestas interpretaciones sistemáticas, teleológicas, dinámicas o científicas, esté autorizado para suplir al legislador y al constituyente para, por la vía jurisprudencial, enmendarle la plana a la Carta o a la ley, diciendo que se estaría en presencia de un vacío o laguna.

Las normas que señalan las competencias son de carácter institucional, por cuanto distribuyen el poder público entre plurales organismos y funcionarios estatales. Esos preceptos son auténticos desarrollos de los postulados Constitucionales, por cuya razón resultaría arbitrario que los Jueces, abandonando su papel de administradores de justicia, invadieran el terreno que la Constitución ha reservado al Congreso, como es el relacionado con la expedición de leyes.

Es de usanza cuotidiana aplicar a materias distintas ordenaciones legales establecidas para reglar situaciones diversas al asunto que se tiene entre manos, como es el relacionado con las lagunas en el derecho positivo.

La Ley 153 de 1887 impuso a los jueces la obligación de fallar todas las controversias que se le planteen sin que puedan excusarse con el argumento de que la ley guarda silencio sobre la manera como debe la justicia pronunciarse.

Entre otros, los siguientes preceptos sirven al juzgador para salvar el problema de los vacíos, lagunas, obscuridades, dudas o ambigüedades que se considere obstaculizan la labor del fallador:

"Artículo 4º Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes".

"Artículo 5º Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes".

"Artículo 8º Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas del derecho".

"Artículo 13. La costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

"Artículo 48. Los Jueces o Magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

Nótese que los textos transcritos se refieren al juzgamiento, pero no a la interpretación de la estructura del Estado. Si la Constitución es el estarcido fundamental dentro de cuyos contornos y líneas esenciales debe desenvolverse el orden jurídico, resulta despropósito inexplicable que los administradores de justicia desborden los estrictos marcos donde debe desarrollarse la labor juzgadora, para convertirse en legisladores. El juzgamiento consiste en "decir el derecho" frente al caso controvertido, pero no en acuñar excepciones a las normas generales, como sería sustraer de la jurisdicción ordinaria que ejercen los Jueces Superiores, de Menores, de Circuito y Municipales a funcionarios a quienes ni la Constitución ni la ley le han dado fuero pleno o restringido. Tal es el caso de los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

Se ha dicho que el Juez es el legislador del caso controvertido en estrados. Y ello es cierto, pero entendiéndolo en el sentido de que el juzgador no puede dictar sentencias con validez universal, pues el artículo 17 del Código Civil dispone exactamente lo contrario:

"Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los nego-

cios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

En realidad, la teoría del juez legislador del caso concreto lo que significa es que como la ley es disposición general y abstracta, que describe una o varias hipótesis de carácter común, al juez le corresponde examinar si la situación de hecho que las partes le han planteado, encaja en la hipótesis legal. Y en ese terreno es donde el legislador lo constriñe para que no deje de fallar, aun cuando no haya ley exactamente aplicable, autorizándolo para recurrir a la analogía, inclusive en materias penales aun cuando restringida a lo favorable.

Cuando la providencia de la Sala de Casación Penal acude a la analogía para legislar, dízque en reemplazo del Constituyente porque la Carta guarda silencio, y poder así disponer que aun cuando ninguno de sus preceptos le atribuye a la Cámara de Representantes la facultad de acusar a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, ni al Senado la de aceptar o rechazar esa acusación, lo que hace es tomar determinaciones que no le competen. Las normas que fijan la competencia de los jueces son de estrictísima observancia, por lo cual no le es permitido al intérprete, y especialmente al intérprete con imperio, como lo es el juzgador, tomarse licencias como ésta de suplantar al legislador diciendo que, no obstante que ni la Carta ni las leyes han exceptuado la norma que obliga a todos los residentes en Colombia, a ser juzgados por los Jueces Superiores, de Menores, de Circuito y Municipales, en el caso de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, la Sala de Casación Penal toma una decisión modificadora de la Constitución, al disponer enviar a la Cámara de Representantes la denuncia contra uno de los mencionados funcionarios "para los efectos del artículo 102 de la Constitución".

La analogía legiferante la funda la Sala de Casación Penal en la circunstancia de que el artículo 2º de la Ley 20 de 1972 dispone que "para ser Magistrado del Tribunal Disciplinario se requieren las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia", con lo cual se están confundiendo dos cosas diversas, como son las calidades que se requieren para poder obtener la confirmación del nombramiento de Magistrado del Tribunal Disciplinario, y lo concerniente a la determinación del juez competente para juzgar a ese funcionario por delitos oficiales o comunes, porque en tratándose de faltas disciplinarias es asunto resuelto por el numeral 1º del artículo 7º de la Ley 20 de 1972 al disponer que el Tribunal Disciplinario conoce en única instancia "de las faltas en que incurran los Magistrados del Tribunal Disciplinario".

Si la analogía autorizara para otorgar fueros que la Constitución no concede, se podría argumentar en el sentido de que como varios de los más altos funcionarios de la rama ejecutiva y de la jurisdiccional son juzgables por la Corte Suprema de Justicia, previas las condiciones de procedibilidad de acusación de la Cámara de Representantes y aceptación de la acusación por parte del Senado de la República, por analogía debería concedérsele fuero pleno a los Senadores y Representantes, por ser los integrantes de la rama legislativa del Poder Público. Sin embargo, la Constitución guarda silencio respecto al juzgamiento de los Congresistas. Con el mismo criterio de que a igualdad de categoría, honor y preeminencia, debe corresponder similar fuero, debería predicarse que el juzgador puede reformar la Constitución mediante auto interlocutorio, por medio del cual señale una competencia de fuero pleno, pretextando silencio, vacío o laguna de la Carta. Pero a nadie se le ha ocurrido semejante dislate. Todos los intérpretes están acordes en considerar que, respecto a congresistas, la Constitución apenas ha consagrado la inviolabilidad de los Senadores y Representantes por sus opiniones y votos en el ejercicio del cargo (Art. 106) y la inmunidad para no ser aprehendidos ni llamados a juicio criminal, sino mediante el cumplimiento de los requisitos del artículo 107.

El único fuero de los congresistas es el restringido previsto por el numeral 8º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, cuando deben ser juzgados por la conducta descrita por el artículo 75 de la Carta.

Por último, para que el Senado pueda ejercer las "determinadas funciones judiciales" (Art. 58 ibídem) que puntualizan

los artículos 102-4 y 131 y 97 siguientes, debe hacerlo mediante el cumplimiento del debido proceso, so pena de generarse nulidad supralegal (Art. 26) porque debe actuar dentro del procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Penal, cuyo artículo 592 manda:

"Acusación de la Cámara de Representantes. El juzgamiento de los funcionarios públicos, que de acuerdo con la Constitución Nacional son justiciables por el Senado, se hará siempre mediante acusación de la Cámara de Representantes, que en tal caso actúa como Fiscal".

De donde se deduce que la Cámara de Representantes, en su carácter de representante especial del Ministerio Público, y como exclusiva titular de la acción penal, tiene competencia para acusar a los funcionarios enumerados por los artículos 102-4 y 131 de la Carta; y el Senado sólo puede tramitar procesos penales contra los mencionados servidores públicos.

Tesis discutibles, por decir lo menos

A lo largo de la providencia que se está glosando abundan planteamientos que pretenden interpretar el orden jurídico, pero que sólo consiguen escamotearlo para tratar así de cohonestar la violación de la Constitución.

A continuación se bosquejarán algunas de las afirmaciones que no es posible dejar de mencionarlas, porque constituyen clara negación del derecho.

1. Los Magistrados del Tribunal Disciplinario se asimilan a Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito y de Aduanas, según el Juez 27 Penal del Circuito de Bogotá.

Nada justifica tal semejanza, ni por las funciones desempeñadas, ni por el territorio a que extienden su competencia, ni por el origen, ni por las calidades necesarias para obtener la confirmación de los respectivos nombramientos.

La competencia que el numeral 6º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal da a la Sala de Casación Penal para conocer "de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra... los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, (y) los Magistrados de los Tribunales Superiores de Aduanas..." no faculta a la Corporación para desconocer los límites precisos de esa especial competencia, extendiendo ese fuero restringido a otros funcionarios no incluidos en la enumeración hecha por la ley procesal.

2. Un superior que no lo es por ser igual a quien no es su superior, pero que debiera serlo para poder utilizar la institución del respectivo superior.

Este epígrafe no es la expresión de un quid pro quo, ni mucho menos es galimatías por ser lenguaje oscuro, sino exacta expresión de las consideraciones hechas por la Sala de Casación Penal so pretexto de interpretar la primera fracción del segundo inciso del artículo 160 de la Constitución, que reza:

"Los Magistrados y los Jueces estarán sujetos a sanciones disciplinarias impuestas por el respectivo superior".

Según la Sala corresponde al respectivo superior sancionar disciplinariamente a los funcionarios situados en plano inferior en la jerarquía de los funcionarios judiciales, siendo superior jerárquico quien nombra, e inferior el elegido.

Para ser aplicable el artículo 160, sería indispensable que la Corte Suprema de Justicia fuera el superior jerárquico del Tribunal Disciplinario, por tener la atribución de elegir a sus integrantes. Pero ocurre que ni la Corte nombra a los Magistrados de la Corporación disciplinaria, ni tampoco es su superior jerárquico.

El aserto del respectivo superior, en cuanto a sanciones disciplinarias, de que habla el artículo 160 (Art. 86 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945) fue sustancialmente modificado por el artículo 73 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968 (Art. 217 de la actual Codificación Constitucional) porque dispuso que "el conocimiento de las faltas disciplinarias de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado corresponde al Tribunal Disciplinario". En efecto, ni la Corte ni el Consejo de Estado tienen superior jerárquico.

Es más: la Ley 20 de 1973 en desarrollo del mandato constitucional de determinar las demás funciones que deberían atribuirse al Tribunal Disciplinario, dispuso que

juzgaría al Procurador General de la Nación y es sabido que dicho funcionario no es subalterno de dicho Tribunal. Así mismo, se le dio competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra sus propios miembros. Para predicar la vigencia del respectivo superior, sería forzoso llegar a la conclusión de que el Tribunal Disciplinario es superior jerárquico del Tribunal Disciplinario. ¡Ni el misterio de la Santísima Trinidad tendría mayores complicaciones!

3. No es la Constitución ni la ley la que señala la competencia para juzgar a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, sino la interpretación de los juzgadores.

Textualmente así lo sostiene el auto de la Sala de Casación Penal:

"Por la vía de interpretación del artículo 160 de la Carta Política puede llegarse a ubicar la competencia del órgano encargado de juzgar los delitos de responsabilidad en que incurran los Magistrados del Tribunal Disciplinario".

Por la ruta de la interpretación, la Sala ha modificado la Constitución al agregarle al texto del numeral 4º de su artículo 102, los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

No es al intérprete, sino a la Constitución y a las leyes a quienes les corresponde determinar la competencia de la Corte Plena y la de sus salas, según lo ordena el artículo 4º del Decreto-Ley 1265 de 1975, antes copiado.

4. El Congreso juzgó a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado porque era su superior jerárquico debido a que los elegía hasta el 1º de diciembre de 1957 (plebiscito).

Se trata de una razón más aparente que real, porque si ello hubiera sido así, el Presidente de la República no podría ser juzgado por el Senado, previa acusación de la Cámara de Representantes, debido a que es elegido por los ciudadanos, según lo disponen los artículos 37 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968 y 3 del Acto Legislativo Nº 1 de 1975, que ocupan el lugar de los artículos 114 y 171 de la Codificación Constitucional vigente. Los Ministros del Despacho tampoco tendrían fuero pleno porque ellos son nombrados por el Presidente de la República (Art. 120-1 de la Carta).

La verdadera razón consiste en que a algunos de los más altos funcionarios nacionales —no a todos— se les rodea de la garantía política de que sólo puedan ser perseguidos por infracciones penales mediante la condición de procedibilidad de acusación de la Cámara de Representantes e intervención del Senado para aceptar o rechazar la incriminación. Esta garantía política no está vinculada al origen del nombramiento o elección de tales funcionarios, pues el fuero pleno o restringido funciona no en beneficio personal de esos servidores públicos, sino para asegurar el normal funcionamiento de la administración oficial.

El Congreso nunca ha sido el superior jerárquico de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ni aún en el lapso en que elegía a sus Magistrados, por la sencilla razón de que aquél es la rama legislativa y estas corporaciones pertenecen a la rama jurisdiccional del Poder Público, las cuales tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (Art. 55 de la Carta).

Carece en absoluto de arraigo jurídico la aseveración de que la Reforma Plebiscitaria dejó vigente el fuero pleno en relación con los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, basada en el supuesto de que como el Congreso había sido hasta entonces el superior de tales corporaciones jurisdiccionales, la Constitución recurrió a la ficción de que el Congreso, aunque ya habría dejado de ser el superior, se consideraba como si continuara siéndolo, para que la Corte y Consejeros estuvieran sometidos a su superior. Se trata de una errónea explicación, porque el juzgamiento de los altos funcionarios nacionales es garantía política en favor de la administración pública, como ya quedó dicho.

Al respecto, eminentes juristas consideran que el fuero pleno debería funcionar únicamente para el Presidente de la República y el encargado de la Presidencia, concediéndole a los otros funcionarios, que actualmente los cobija, fuero restringido ante la Corte Suprema de Justicia. O sea, que para iniciar proceso contra aquellos funcionarios debería intervenir el Congreso, como sucede en el presente, pero no cuando se tratara de Magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, Ministros del Despacho y Procurador General de la Nación.

5. Si el Congreso no juzgara a los Magis-

trados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, no habría juez que los juzgara.

Esta es elucubración que no refleja la ordenación constitucional en vigor. El dato real, aquí y ahora, es que los artículos 102-4, 131 y 97 de la Carta no fueron derogados, con el ítem de que el 102 es el artículo 29 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968, que es lógicamente posterior a la Reforma Plebiscitaria del 1º de diciembre de 1957, que cambió el sistema de la elección de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado

La intervención del Congreso en el juzgamiento de dichos Magistrados tiene, en primer lugar, una explicación muy sencilla, como lo es que la Constitución así lo dispone; y, en segundo término, porque se ha considerado que esa intervención tiene por finalidad asegurar el regular funcionamiento de los más altos organismos jurisdiccionales del país.

Pero ¿qué habría sucedido si no estuvieran vigentes los artículos 102-4, 131 y 97 de la Carta? Como el intérprete del derecho legislado no puede utilizar hipótesis que están contradichas por la realidad jurídica, resulta ilógico que la Sala de Casación Penal recurra a ellas, porque su misión se reduce a aplicar el derecho vigente y no posibles derechos que no tienen ese carácter.

6. La Constitución puede ser modificada por una simple ley.

Para darle piso jurídico a la tesis de que los Magistrados de Tribunal Disciplinario gozan del fuero pleno aun cuando la Carta no los incluya entre los funcionarios nacionales enumerados por sus artículos 102-4 y 131, se recurre al argumento de que como no tienen superior, pero son del mismo rango que los Magistrados de la Corte y éstos son juzgables con la previa intervención del Congreso, también deben ser incluidos entre quienes tienen fuero pleno.

Esta conclusión la estima viable la Sala de Casación Penal porque por auto de 12 de septiembre de 1947 dispuso ser competente para juzgar a los Magistrados del Consejo de Estado, no obstante que para entonces no figuraban entre los funcionarios justiciables por el Senado en virtud de acusación de la Cámara de Representantes.

De ese auto transcribe los siguientes párrafos:

"Cierto es que los artículos 96, 102 (ordinal 5º) y 151 (ordinales 1º y 2º) de la Constitución Nacional, no le atribuyen al Senado ni a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento de los Consejeros de Estado, y cierto también es que el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que dejaba a la ley el determinar lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, fue derogado expresamente por el Acto Legislativo número 1º de 1945.

"Pero no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios; la ley también puede señalarla, como se deduce de los artículos 26, 51 y 62 de la propia Constitución. Mejor dicho, la ley es la que, por regla general, debe señalar los jueces que deben juzgar a los ciudadanos en general y a los funcionarios en particular, según los preceptos que se dejan citados.

"Pero se dirá que al incluir la Carta algunos altos funcionarios como que deben ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, sin mentar a los Consejeros de Estado, significa la exclusión de estos últimos. A lo cual se contesta que si la inclusión de unos significa la exclusión de otros, por punto general, eso no sucede siempre, pues este principio debe aceptarse cuando la naturaleza de los preceptos así lo indique, pero no cuando ella lo rechace desde todo punto de vista, como aquí acontece. En primer lugar, la Carta no trae solamente una clase de funcionarios que hayan de ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, la de los Ministros, por ejemplo, sino varias... Lo que significa que la excepción —que de una excepción se trata— no es tan circunscrita y única que el legislador se vea constreñido por el Constituyente para no extenderla a otros casos en que se contemplan iguales condiciones". (Auto de 12 de septiembre de 1947).

Semejante jurisprudencia lo que significa, en buen romance, es que las leyes ordinarias pueden modificar la Constitución, por cuanto el Congreso estaría en capacidad de agregar ordenaciones no contempladas por el Código institucional. De parejo modo, si llegara a abrirse camino la juris-

prudencia antes transcrita, por medio de simple ley podría agregarse al Congreso una tercera Cámara, la de los Censores, por ejemplo.

Del aserto de que "no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios", porque "la ley también puede" —lo cual es exacto— no sería jurídico extraer la conclusión de que la ley puede disponer que se extienda el fuero pleno a funcionarios que no figuran en sus artículos 102-4 y 131, porque ello equivaldría a reformar la Constitución por medio distinto al del Acto Legislativo contemplado por el artículo 218.

La ley despliega actividad correcta cuando establece fueros restringidos, pero extralimita su función al agregarle a los artículos 102-4 y 131 de la Constitución funcionarios distintos a los relacionados en tales preceptos, por ser taxativa y no meramente enunciativa la enumeración de ellos.

Lo exacto es que la Carta no sólo puede establecer el fuero pleno (artículos 102-4 y 131) sino también el restringido (Art. 151-2), pero la ley únicamente tiene capacidad para disponer el restringido, tal como lo hace en el Código de Procedimiento Penal al señalar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y a las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial como jueces competentes para juzgar a funcionarios a quienes la Carta no otorgó ninguna clase de fuero.

El auto de la Sala argumenta, para cohonestar la tesis de que, mediante una simple interpretación, se puede reformar la Constitución, agregando otros funcionarios distintos a los enumerados por los artículos 102-4 y 131, diciendo que si la enumeración fuera taxativa, sería necesario tener funcionando permanentemente una Asamblea Constituyente para que fuera otorgándole fuero pleno a los funcionarios de nueva creación, siempre que al Constituyente se le olvidara pronunciarse sobre el juzgamiento. Se trata de una preocupación ajena a la función del juzgador, porque si la Carta no concedió fuero pleno ni restringido a esos nuevos funcionarios, ni tampoco la ley lo hizo, sería competente para conocer de los delitos de tales servidores el Juez Municipal, el de Circuito, el de Menores y el Superior, según lo tiene dispuesto el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 34, 36 y 37.

Naturalmente que como no existe ley alguna que le haya concedido fuero pleno a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, la Sala decidió reformar la Constitución mediante un auto interlocutorio por cuanto ha ordenado que el Congreso los juzgue.

7. Una preposteración que no es tal.

La ausencia de referencia en el Código de Procedimiento Penal al fuero en relación con los Magistrados del Tribunal Disciplinario se aprovecha por la Sala de Casación Penal para hacer un argumento erróneo. Se afirma que como el Decreto Ley 409 de 27 de marzo de 1971, o Código de Procedimiento Penal, se expidió antes que la Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, que organizó el Tribunal Disciplinario por mandato del artículo 217 de la Carta, no era posible que ese Código pudiera legislar sobre una Corporación que existiría en el futuro. Esta argumentación carece de consistencia porque si el Constituyente hubiera tenido en mientes conceder fuero pleno o restringido a los Magistrados de ese Tribunal, seguramente que el artículo 73 del Acto Legislativo de 1968 habría ordenado que serían juzgados como los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o los de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Así como el artículo 7º, numeral 1º, de la Ley 20 de 1972 prescribió que las faltas disciplinarias de los Magistrados del Tribunal Disciplinario serían de conocimiento de este Tribunal, si hubiera tenido el propósito de otorgarles fuero restringido para ser juzgados por delitos por la Corte Suprema de Justicia, así lo habría ordenado.

De manera que el silencio del Código Procesal Penal no puede utilizarse para suplantar al Constituyente o al legislador ordinario, y mediante un auto interlocutorio pretender reformar la Carta.

Aun cuando ese Código no ignoró al Tribunal Disciplinario, porque en su artículo 76 le dio la atribución de dirimir determinadas colisiones de competencias.

8. Error de técnica legislativa que se eleva a postulado constitucional.

El numeral 5º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, "al desarrollar el texto constitucional relativo al fuero de que gozan los altos funcionarios del Estado, claramente admitió que la enumeración que de ellos hace el artículo 102, numeral 4º de la Carta Política, no es taxativo", afirma la Sala, porque incluyó al encargado de la Presidencia de la República y a los Fiscales del Consejo de Estado, quienes no aparecen mencionados en la antecitada ordenación.

Si se hubiera leído el artículo 131, se habría caído en la cuenta de que tal norma no sólo otorga fuero pleno al encargado de la Presidencia, sino que lo hace retroactivo para éste, lo mismo que para el Presidente, para cualesquiera clase de delitos, aun cuando hubieran sido cometidos antes de haber comenzado a ejercer el cargo.

La referencia a los Fiscales del Consejo de Estado en el numeral 5º del artículo 32 del Código Procesal es simple error de técnica al confeccionar ese texto legal, porque no habiendo sido incluidos los mencionados funcionarios en la enumeración del artículo 102-4 de la Carta, lo lógico habría sido mencionarlos en el numeral 6º, al lado de los otros servidores a quienes no se refiere el código institucional.

Como el artículo 146 de la Carta expresa, refiriéndose a esos Fiscales, que "para desempeñar este cargo se requieren las mismas condiciones exigidas a los Consejeros de Estado" la Sala saca la siguiente conclusión:

"Es decir, que cuando se exigen determinadas calidades para el desempeño de un cargo, los privilegios y derechos se extienden, también no a la persona sino a la función o al cargo. Y si para los Magistrados del Tribunal Disciplinario se exigen las mismas calidades que para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y éstos gozan de fuero especial, por qué aquéllos no? Donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición, es principio de interpretación lógica".

Una cosa son las condiciones que deben tener las personas para estar en capacidad de ejercer determinados destinos públicos, y otra muy distinta la excepción que la Constitución o la ley hacen para sustraer a dichas personas de la jurisdicción de los jueces ordinarios para su juzgamiento por infracciones penales. Como toda excepción es de estrictísima interpretación, no puede extenderse a casos análogos pretextando que se están haciendo interpretaciones sistemáticas o teleológicas, o como prefiera llamárseles. Agregar nuevas excepciones al texto constitucional, por la vía de la interpretación jurisprudencial, es arbitrio todavía más grave que cuando la ley ordinaria pretende reformar la Constitución.

9. Cumplimiento de un precepto constitucional que no es aplicable al caso controvertido.

Por último, afirma la Sala que el artículo 160 de la Carta dispone que los Magistrados y Jueces no pueden ser sancionados por la comisión de delitos sino por su respectivo superior; que la Ley 20 de 1973, al no incluir ninguna clase de fueros para el juzgamiento de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, viola la Carta, y le sería oponible la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 215 de la Carta; que por tal razón debe dársele cumplimiento al precepto constitucional contenido en el artículo 102-4 a efecto de que tales Magistrados sean justiciables por el Senado.

Como esa norma pasó en silencio a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, no se ve la posibilidad de que se le dé cumplimiento en relación con funcionarios distintos a los enumerados por ella. Por otra parte, como la misma Sala admite que el Tribunal Superior no tiene superior, la Corte tampoco estaría en capacidad de convertirse en Juez de sus Magistrados.

Lo que debe tenerse en cuenta es que el artículo 160 comentado tiene por destinario al legislador, a fin de que, al distribuir las competencias, lo haga respetando el principio de la jerarquización de los funcionarios jurisdiccionales, para que no ocurra el despropósito de que un inferior sea juez de su superior jerárquico, de quien proviene su designación.

Pero, como el Tribunal Disciplinario no forma parte de la jerarquía judicial encargada del conocimiento de los delitos, porque su misión es la de conocer procesos por faltas disciplinarias, sus Magistrados no son superiores ni inferiores de los jueces

a quienes compete administrar justicia en relación con delitos.

Por lo tanto, el principio del respectivo superior no tiene aplicación en el presente caso, por no estar el Tribunal Disciplinario incluido en la jerarquía judicial que encabeza la Corte Suprema de Justicia.

Conclusión final

Las razones antes expuestas me sirven para explicar el voto negativo que emití en relación con la providencia de que se habla en este salvamento de voto.

Julio Salgado Vásquez.

SALVAMENTO DE VOTO

Cuando se discutió el proyecto tuvimos oportunidad de afirmar y sustentar la tesis que fija en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin condición alguna de procedibilidad, la competencia para juzgar a los Magistrados del Tribunal Disciplinario. Brevemente comentamos varios de los aspectos que en esa ocasión hicimos conocer y que sirven ahora de adecuado fundamento para separarnos de la decisión mayoritaria.

1. Sea lo primero desechar el criterio que pretende excluir todo fuero para los aludidos magistrados y acudir a la cláusula general de competencia (Arts. 36, 2 del Código de Procedimiento Penal). A este respecto anotamos.

a) De los Jueces y Magistrados que integran la rama jurisdiccional, no hay uno solo que no tenga fuero. Los jueces municipales, de circuito, menores y superiores, los juzgan los Tribunales de Distrito Judicial a que pertenecen. Estos organismos colegiados extienden esta función a los jueces de aduanas. En cuanto a los Magistrados de Tribunal Superior, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte esta atribución. De donde resulta obvio que perteneciendo los Magistrados del Tribunal Disciplinario a la Administración de Justicia (Decreto 250/70, 3, 35, 43, 89 y Decreto 1265/70, 1) y teniendo la categoría de Magistrados, no pueden carecer de fuero. Es imposible dejar de considerar a un Magistrado como tal y negarle el tratamiento dispensado a todo Juez;

b) La cláusula general de competencia dice relación a infracciones en las cuales no cuenta la condición oficial del ejecutor de la infracción. No es una previsión amplia y complementaria que incluya a personas sobre las cuales se proyecte directa o indirectamente un fuero. Nótese que el Juez de circuito es totalmente ajeno a esta especializada competencia;

c) La interpretación no debe conducir a extremos ilógicos ni formalizar conceptos que repugnan al sentido y efecto de una institución. No puede ofrecerse como apreciación eficaz y plausible la que despoja al Magistrado del Tribunal Disciplinario de factores de juzgamiento que se dispensan al más modesto juez en la escala judicial. Su calidad y funciones trascienden equilibradamente cuando se les incluye entre los justiciables por el máximo organismo de juzgamiento que existe en el país, la Corte Suprema de Justicia.

2. El artículo 102, 4 de la Constitución Nacional no puede atribuirse, por vía de interpretación analógica o extensiva, a los Magistrados del Tribunal Disciplinario. En esto de los fueros no debe asumirse la misma rígida valoración. Está bien decir, en cuanto a fueros de carácter constitucional, que su aplicación sea restrictiva, limitante y concluyente. Pero los fueros de ley no obedecen a una orientación tan cerrada y estricta. Aquel factor juega de modo excepcional y éste de manera más general. Al legislador no puede adicionársele la lista de los justiciables por la Cámara y el Senado, por ser asunto que reglamenta en forma específica y clara la Constitución, pero sí es dable aplicar más y armónico criterio en relación a fueros simplemente legales. Uno y otro señalamiento obedecen a razones diferentes y tienen una distinta importancia y efectos.

En abono de este planteamiento se puedan indicar dos razones, una de jure condendo y otra de jure condito:

a) La intervención de las Cámaras en el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, es tendencia que conviene limitar más que extender. Podría decirse que ape-

nas se justifica en relación al Presidente de la República, pues proceder en contra suya suele aparejar compromisos de grave responsabilidad política que conmueven profundamente el orden público nacional. En los demás casos (Magistrados, Consejeros, Procurador, Ministros, etc.) la rama jurisdiccional, por medio de su más elevado y especializado organismo de justicia penal, debe intervenir en el conocimiento de las infracciones cometidas por los altos funcionarios del Estado. Imponer en forma amplia una labor de esta índole al Parlamento, no deja de refluir en la aparición de ingredientes conflictivos que lejos de otorgar eficacia y seguridad al juzgamiento, constituye el mecanismo en algo muy lento, complejo y controvertible. De otro lado hoy en día, cuando se garantiza en forma conveniente la autonomía de la rama jurisdiccional, resulta inadecuado y contraproducente acudir a esta tutela legislativa, muy necesaria cuando la autarquía del poder judicial era una utopía y los desmanes e influjos del príncipe de turno la agobiaban y sometían caprichosa y arbitrariamente;

b) En la providencia se enfatiza en el artículo 160 de la Constitución Nacional: "Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino en virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo **superior**...", llegándose a fijar este "respectivo superior" en la persona o entidad que cumple el nombramiento.

Varios prácticos ejemplos señalan la falta de rigor en esta tesis: el juzgamiento de los jueces de aduanas está en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y no en el de Aduanas; el de los Magistrados del Tribunal Superior Militar está reservado a la Corte, que no interviene en su designación; los Magistrados de los Tribunales Contencioso Administrativo, que dependen del Consejo de Estado, no son susceptibles de la aplicación de la ley penal por este organismo, etc.

Esto indica que el origen no fija, inmodificablemente, la entidad que debe cumplir el juzgamiento penal.

Para fundar una norma como el artículo 102, 4 de la Constitución Nacional, no puede acudirse a la herejía de afirmar que el Congreso es el "respectivo superior" de la Corte, del Consejo de Estado o del Tribunal Disciplinario, así este último deba su nombramiento cada cuatro años (lo que de por sí establece una definitiva diferencia, echada de menos en la providencia, entre aquéllos que son vitalicios, y éste que carece de igual atributo) al Senado y a la Cámara. Semejante **capitis deminutio** no es tolerable ni se compagina con la calidad de estos organismos de justicia, ni con el fuero de que gozan sus integrantes, ni con la razón de ser de la protección foral que dispensa en forma restringida y taxativa la Carta. Ni el Senado ni la Cámara se tienen por superiores del Presidente de la República, de los Ministros, de los Magistrados de la Corte o del Consejo de Estado, ni tampoco de los del Tribunal Disciplinario. En los primeros casos no hay siquiera el argumento del origen y para los últimos, el factor designación no impera indefinidamente ni jerarquiza sus autónomas funciones. La disposición no podría explicarse dentro del concepto de "respectivo superior", porque para unos puede contar menguadamente el motivo de origen, pero para otros es cuestión ajena.

Pero es más, la parte final del artículo 7º aparte 1º, de la Ley 20 de 1972, cuando indica la autocompetencia de los Magistrados del Tribunal Disciplinario para conocer de sus faltas disciplinarias, resultaría claramente inconstitucional, porque cercena un atributo de esa "respectivo superior" la Cámara o el Senado, y el artículo 217 de la Constitución Nacional. (Acto Legislativo 1/68, 73) no dio atribuciones para mermar o desconocer una facultad de tan privilegiada naturaleza. Para que la ley pudiera ocuparse de este aspecto, hubiera sido necesario que el citado artículo de la Carta lo permitiese de modo explícito;

c) Resulta inadmisible, para fundar una interpretación de esta índole, aludir a "respectivo superior" de organismos constituidos en cabeza de la rama jurisdiccional. Cuando se trata de personas o entidades colocadas en la cúspide de la organización administrativa o judicial, es necesario acudir a otros conceptos porque éste, destinado a mantener criterios de jerarquización

en estamentos inferiores, aparece obviamente insuficiente y extraño;

d) Si la Constitución Nacional (artículo 217) les ubicó como Magistrados de Tribunal, no hay por qué darles otra denominación ni categoría. No se advierte motivo para asimilarles a miembros de Corte o Consejo de Estado, siendo evidente su equiparación, para asunto de juzgamiento, a lo que son, ésto es, Magistrados de Tribunal. No debe olvidarse que el Tribunal Militar e el de Aduanas tienen una competencia nacional y única, aspecto de suma semejanza con el Tribunal Disciplinario, y sinembargo aquéllos están sometidos a la Corte para este fin. Por qué cambiar de criterio en el caso de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, máxime cuando la Corte juzga a funcionarios igualmente importantes como lo son el Contralor General y Tesorero General de la República, Registrador del Estado Civil, Comandantes Generales de las Fuerzas Militares, Diplomáticos, Senadores y Representantes en el caso del artículo 75 de la Constitución Nacional, etc. Esta competencia indica que este organismo está constituido en el máximo o supremo juzgador de los altos funcionarios del Estado;

e) Que la Corte conozca de los procesos contra Magistrados del Tribunal Disciplinario, no es despropósito forense. Ya se indicaron motivos para apoyar tan razonable deducción. Si la sanción por el Tribunal de Magistrados de la Corte o Consejeros de Estado a título disciplinario, no es motivo de incertidumbre ni de desequilibrio judicial, no obstante tratarse de un procedimiento breve y un tanto ajeno a recursos dentro del mismo trámite, mal puede invocarse estas eventualidades cuando se trata de una investigación penal de más amplio desarrollo y posibilidad de defensa que deba cumplir la Corte en relación a los integrantes del Tribunal Disciplinario. La bondad de la función se exterioriza siempre con la rectitud y nobleza de su ejercicio y no con su abstracta o teórica enunciación;

f) No es motivo para acudir al tratamiento que entraña la condición de procedibilidad del artículo 102, 4 de la Constitución Nacional, el que la remuneración de los Magistrados del Tribunal Disciplinario sea igual a la de los Magistrados de la Corte y los Consejeros de Estado y que requieren las mismas calidades exigidas a éstos. (Ley 20/72, 2 y 4). Si así ocurriera, el fuero especial tendría que extenderse a innumerables funcionarios que pueden exhibir idénticos o similares factores.

De otro lado, la equivalencia de honores, distinciones y seguridad social (Decreto 546/71), no entraña por sí extensión del fuero prescrito en forma taxativa por la Constitución. Este último Decreto no podía ocuparse ni indirectamente de cuestión tan decisiva como el juzgamiento, ni sus normaciones buscaban este objetivo. Esas preeminencias sociales y cívicas, no consiguen formar opinión sobre el tema analizado.

3. Entonces, si la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es el juez natural de los altos funcionarios del Estado, especialmente de los Magistrados de Tribunal, calidad a lo cual responden los Magistrados del Tribunal Disciplinario, quienes de modo específico no han sido incorporados a los justiciables por la Cámara y Senado (Art. 102, 4 Constitución Nacional), debe concluirse que es ella la que debe avocar directamente el conocimiento de las denuncias y procesos que contra dichos Magistrados se presenten o inicien.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado - *Alvaro Luna Gómez*, Magistrado - *J. Evencio Posada V.* Secretario.

NULIDADES

Las nulidades deben alegarse siempre dentro del marco de la cuarta causal de casación, así provengan de los motivos que se contienen en el inciso 2º del numeral 1º de la causal 1ª.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre veintinueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 49.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación sustentado por el defensor de GRACILIANO CASTAÑO HINCAPIE, contra la sentencia de primero de octubre de 1975, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se le impuso la pena principal de veinte años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y robo agravados.

Hechos y actuación procesal

Los resume así el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Da cuenta el informativo que Arley de Jesús Chica, Graciliano Castaño, Rubén José Arango y Carlos Mariano Castrillón se organizaron con el fin de asaltar la casa de habitación del ciudadano Francisco Antonio Henao y apoderarse de sus bienes, domicilio situado en la vereda 'Peñoncito' del municipio de Guatapé. En desarrollo del plan, se presentaron al señor Henao en las últimas horas de la tarde del 25 de noviembre de 1971 Arley de Jesús Chica y Rubén José Arango, so pretexto de que uno de ellos se encontraba enfermo y con el fin de que Henao les suministrara remedios que el mismo elaboraba. A un cierto momento, el propietario de la casa recibió varias cuchilladas que le causaron la muerte, apoderándose los asaltantes de una escopeta y otros enseres, huyendo hacia el sitio en que los esperaba Graciliano Castaño y Carlos Mariano Castrillón".

Las primeras diligencias de la investigación fueron practicadas por el Alcalde Municipal de Guatapé. Las remitió al Juez Promiscuo Municipal de esa localidad y posteriormente adelantó las averiguaciones el Juez Noveno de Instrucción Criminal.

Remitidas a los jueces de la competencia correspondieron al Décimo Primero Superior de la ciudad de Medellín.

El Juez de primera instancia en auto de 30 de mayo de 1972, dictó auto de proceder contra los cuatro acusados. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en providencia de 18 de septiembre de ese año.

El Jurado de Conciencia declaró la responsabilidad de los enjuiciados y con base en esa veredicción se dictaron las sentencias de primer y segundo grado. El **ad quem** aumentó la pena en dos años respecto de la impuesta por el Juzgado Superior.

El recurso se admitió por auto de dos de diciembre último y la demanda presentada por el doctor DAVID MELO CIFUENTES en representación del procesado GRACILIANO CASTAÑO HINCAPIE se declaró ajustada a los requisitos formales de Ley mediante providencia de 20 de mayo del año presente.

La sentencia impugnada

El Tribunal Superior de Medellín, luego de hacer un examen pormenorizado de los hechos que culminaron con el homicidio de Francisco Henao Henao y el apoderamiento de algunos de sus bienes, estudia a espacio el grado de participación de los procesados en los ilícitos investigados.

Relata la providencia recurrida cómo los acusados prepararon ponderadamente el delito pues partieron de la población de Rionegro hacia la residencia del occiso el 24 de noviembre de 1971, convenientemente armados de "...cuchillos y peinillas...". Procuraron que su presencia no fuera advertida por las autoridades y por ello durmieron en una casa deshabitada de la región de Granada, la noche anterior al 25 de noviembre de 1971, día en que se consumaron los hechos que dieron ocasión a este proceso.

Inclusive, los procesados que esperaron en las afueras de la casa de habitación de Henao Henao se cubrieron el rostro "...con medias u otras telas...", pues uno de ellos era conocido por éste.

Transcribe el sentenciador apartes de un fallo de esta Sala en que se hace referencia a la coparticipación criminal y concluye, respecto al caso estudiado, lo que pasa a transcribirse:

"Por eso, en realidad, en este caso, es muy difícil saber si los procesados obraron como verdaderos coautores o como cómplices necesarios, ya que obraron guiados por una misma intención y voluntad de violar la ley penal; pero es una distinción que en la práctica no tiene ninguna consecuencia, porque en este último caso, de acuerdo con el artículo 19 del Código Penal, la sanción corresponde a la establecida para el delito.

"Ahora, lo que no cabe es la menor duda sobre la responsabilidad penal de cada uno de los procesados Arley de Jesús Chica Cardona, Rubén José Arango Loaiza, Graciliano Castaño Hincapié y Carlos Mariano Castrillón Hincapié en ambas infracciones, esto es, el homicidio y el robo. En efecto, fue muy explícito el primero de los mencionados, Chica Cardona, en narrar pormenorizadamente la forma cómo habían planeado los hechos sus dos últimos compañeros: Castaño Hincapié y Castrillón Hincapié, la forma como le propusieron el negocio, que eran bien conocedores del hoy occiso Francisco Antonio Henao, tanto que éste había sido mayordomo o administrador de una finca de Graciliano y el último era oriundo de la región; se armaron convenientemente de peinillas y cuchillos; se les vio partir en grupo la víspera de los acontecimientos; cuenta cómo se distribuyeron el trabajo, esto es, lo que le correspondía ejecutar a cada uno de ellos, que si era preciso hacer uso de las armas para robar, lo harían, lo que así ocurrió de parte de Arango Loaiza, pero de lo cual todos estaban advertidos y nadie protestó".

La demanda

Con apoyo en la cuarta causal de casación dos cargos formula el recurrente a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, y uno tercero con base en el primer motivo del recurso extraordinario.

Primer cargo

El fallo fue dictado en proceso viciado de nulidad de rango constitucional (Art. 26) por violación de las formas propias del juicio.

Se hace consistir en la equivocada calificación que de los hechos hicieron los jueces de instancia. Con violación del principio NON BIS IN IDEM se tomó un mismo hecho como constitutivo de los delitos de robo y homicidio agravados. Graciliano Castaño no tuvo participación en los ilícitos investigados pues su compromiso delictual estaba restringido al apoderamiento de cincuenta mil pesos que la víctima guardaba en su casa de habitación, plan que se vio frustrado porque Rubén José Arango dió muerte a Francisco Henao y se violó el principio enunciado porque, además, el homicidio no se consumó para verificar el robo de acuerdo a la forma como transcurrieron los acontecimientos que dieron origen a este proceso.

El demandante examina la prueba recogida en la investigación con intención de probar que Castaño Hincapié no tuvo participación material en la muerte violenta de Henao y en el apoderamiento de sus pertenencias.

Segundo cargo

Se plantea también, por esta vía, la errada calificación jurídica de los hechos, con base en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. El sentenciador estimó robo agravado lo que en realidad estructura hurto simple. Los procesados, cuando tomaron los objetos de propiedad de la víctima no ejecutaron actos constitutivos de aquel ilícito y las circunstancias agravantes del hurto quedaron incluidas en el homicidio.

Además, se dictó auto de proceder por dos delitos independientes cuando en realidad se trataba de uno agravado.

Tercer cargo

Como se dejó dicho, se apoya en la causal primera de casación, por violación directa de norma de derecho sustancial.

El juzgador, al dosificar la pena impuesta incrementó el mínimo en dos años "... por el concurso material de los delitos de homicidio y robo también agravados para lo cual tuvo en cuenta el artículo 33 del Código Penal".

Como el homicidio calificado comprendía el delito de robo el fallador, por este aspecto también, infringió el principio en virtud del cual no se puede imputar dos veces un mismo hecho.

Concepto del Ministerio Público

Cargo primero

"En primer término —afirma el Procurador—, observa esta Procuraduría Delegada que, so pretexto de una causal de nulidad, el demandante examina la prueba, con desconocimiento de la intervención del jurado de conciencia".

Hay además contradicción en las afirmaciones del demandante, porque inicialmente dice que Castaño Hincapié no tuvo participación en los hechos por los que fue condenado y sugiere luego que sólo debe responder de homicidio agravado, porque esta modalidad comprende el apoderamiento de los bienes.

No es necesario, para la aplicación del numeral 3º del artículo 363 del Código Penal, que el otro ilícito a que se refiere la norma tenga carácter de consumado. Basta que figure en el plan del sujeto activo, como lo entendieron las instancias.

Aunque los procesados no lograron apoderarse de la suma de $ 50.000.00, conforme a lo previsto por ellos, su conducta desembocó en robo de otros bienes de escaso valor económico y en homicidio de Francisco Henao.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal concluye con la solicitud para que el cargo no prospere.

Segundo cargo

Como para efectos de este fallo la Sala transcribirá, más adelante, los argumentos del Procurador en respuesta a este cargo, se hace innecesario hacer ahora alusión a ella.

Tercer cargo

Es repetición del primero, pero al amparo de diferente causal de casación. Como el censor confunde los conceptos de violación directa e indirecta, debe desecharse por falta de técnica.

"Como el jurado de conciencia reconoció la responsabilidad penal de Graciliano Castaño por homicidio y robo agravados (fls. 528 y 529), era forzoso para las instancias dictar sentencia de acuerdo con el veredicto —artículo 519 del Código de Procedimiento Penal—, ya que éste no fue desconocido.

"En las condiciones expuestas no quedaba otro camino que tener en cuenta el concurso material de delitos, es decir, el homicidio agravado en concurrencia con el robo".

Consideraciones

Cargo primero

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal precisa con sujeción a los argumentos del recurrente, que incurre en no excusable contradicción cuando por una parte afirma que Castaño Hincapié, su patrocinado, no tuvo participación en el desarrollo de los hechos, para luego puntualizar que

solo debe responder por homicidio agravado, puesto que esta modalidad, de conformidad con la legislacion vigente y atendida la actuación por él protagonizada comprende el apoderamiento de los bienes. Sugiere el impugnador la configuración de un delito complejo, en que el homicidio se agrava en razón del apoderamiento de bienes muebles ajenos, excluyendo la posibilidad del concurso material de homicidio y robo, lo que evitaría que un mismo hecho —homicidio agravado por la consumación del robo— sea penado doblemente, con infracción del principio universal "non bis in idem".

El Ministerio Público recuerda al recurrente que en ocasiones numerosas la Corte se ha referido a este tema en el entendimiento que para la aplicación del artículo 363 del Código Penal, en su numeral 3º, no se requiere la comisión consumada del delito segundo que se proponía el actor, puesto que al tenor de las voces del artículo y del numeral citados basta la comisión del delito de homicidio, acompañada del propósito de cometer u ocultar otro delito.

Si ese propósito resulta evidente de las pruebas recogidas en el proceso, y materializado con la ejecución del robo, así sea sobre objetos diferentes y de escaso valor, distintos de los cincuenta mil pesos perseguidos por los delincuentes se dice, no cabe duda, con especificación inobjetable, el concurso material de homicidio y robo agravados, por concurrir los supuestos del ordinal 3º del artículo 363 citado, y porque además se verificó en despoblado y con armas, como con razón lo anota la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín en la providencia impugnada.

Lo anterior, independientemente de la vocación que asiste a los recurrentes en casación de revisar los hechos del recaudo probatorio para demostrar la existencia de nulidades en el proceso, cuando son de carácter insubsanable, si provienen de equivocada apreciación por el sentenciador de las pruebas, para lo cual deberán demostrar, en forma palmar, haber incurrido el fallador en error manifiesto de hecho, o en error de derecho, con incidencia en la calificación impertinente del sumario.

En reiteradas ocasiones ha dicho la Corte que las causales de casación son independientes y deben invocarse en la misma forma, dentro del ámbito y límites que a cada una le pertenece. Sin que en el caso propuesto a la consideración de la Corte —errada denominación jurídica de los hechos, como consecuencia de equivocada apreciación de las pruebas— sea obligatorio al recurrente acudir a los motivos de la causal primera inciso segundo, invocando, a la vez, dicha causal, para concluir luego en la invocación final de la causal cuarta, en forma innecesaria, puesto que no existe dentro de la enumeración taxativa de las causales de casación prescritas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal esa causal híbrida, resultado de sumar los motivos de la primera y de la cuarta.

Las nulidades —se recuerda ahora— deben alegarse siempre como tales, dentro del marco de la cuarta causal de casación, así provengan de los motivos que se contienen en el inciso segundo del numeral primero de la causal primera. Y cuando son de carácter insubsanable, deben ser declaradas por la Corte, así no las hubiere reclamado el recurrente, siempre que, por lo demás, se ofrezcan a su consideración en forma incontrastable. Y la concurrencia del Jurado de Conciencia al proceso, no tiene, ni puede tener la virtud de convalidarlas.

Sino que por lo dicho por el Tribunal Superior de Medellín en la providencia impugnada y por las razones igualmente meritorias que ha hecho valer el Ministerio Público, que la Sala comparte en su integridad, en el caso que se examina, la nulidad alegada por el censor carece de sustento probatorio, la calificación del sumario fue correcta y, por lo mismo, a nada distinto de las acertadas conclusiones de la sentencia conduciría la revisión del recaudo probatorio, motivos por los cuales el cargo no está llamado a prosperar.

Cargo segundo

Con apoyo en el artículo 210, ordinal 5º del Código de Procedimiento Penal, y ya no en el artículo 26 de la Constitución —inobservancia de las formas propias del juicio— se insiste en los mismos argumentos. Es decir que el sentenciador incurrió en error relativo a la denominación jurídi-

ca de los hechos. Pero ahora el recurrente considera una misma situación jurídica bajo dos aspectos diferentes contradictorios entre sí. Afirma primeramente el concurso entre asesinato y hurto simple y, seguidamente, la figura compleja del homicidio agravado por el robo, como un solo delito calificado.

El análisis que hizo la Sala para absolver los planteamientos formulados al través del cargo primero, sirven para desechar este segundo cargo.

La Sala comparte sobre estos puntos el criterio del Colaborador Fiscal, cuyos razonamientos transcribe a continuación:

"En este motivo de acusación se plantean dos tesis: la primera, que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, porque se calificó como robo agravado un hurto simple y la segunda, que se incurrió en el mismo motivo de nulidad —artículo 210, ordinal 5º del Código de Procedimiento Penal— porque no se trataba de dos delitos sino de uno solo: homicidio agravado.

"Aparece claro que este segundo cargo es el mismo anterior que se formula no ya con apoyo en la Constitución Nacional sino en el Código de Procedimiento Penal.

"También como en el anterior, se observa en el demandante ausencia de seguridad en sus peticiones, porque una misma situación jurídica la considera de dos maneras diferentes: una concurso de delitos —asesinato y hurto simple— y otra homicidio agravado por el robo —un solo delito calificado—.

"En relación con la primera propuesta, no se ofrece argumento alguno y, sea robo o hurto, la aplicación del numeral 3º del artículo 363 del Código Penal es obligatoria.

"Respecto de la segunda propuesta, tampoco se ofrece demostración para descartar el robo, infracción que en verdad se cometió. Pero, también, la aplicación de la circunstancia agravante ya mencionada es obligatoria, porque, como ya se dijo, en hipótesis no es necesaria la concreción del propósito del agente; basta que con la intención de apoderarse de bienes ajenos se cause la muerte a una persona.

"Por tanto, este cargo como el anterior no puede prosperar por aparecer contradictorio, ausente de respaldo jurídico y sin apoyo probatorio".

Cargo tercero

Como este cargo repite la argumentación del cargo primero, solamente que al amparo de la Causal Primera de Casación, numeral primero, inciso segundo, sobra decir que si en el proceso intervino el Jurado de Conciencia, es improcedente pretender la invalidación de la sentencia de segundo grado por error del fallador en la apreciación de las pruebas. De prosperar el cargo, cosa ya descartada por las razones que se dieron al examinar el cargo primero, la Corte, para enmendar la sentencia, habría de convertirse en sentenciador de instancia y reemplazar con la suya la sentencia acusada, con exclusión del jurado de conciencia, incurriendo por este modo, ella misma en nulidad constitucional (inobservancia de las formas propias del juicio) so pretexto de subsanar los supuestos errores de la sentencia, sometidos a su consideración por el recurrente.

Lo dicho no obsta para que la Corte ratifique su doctrina según la cual, cuando de nulidades absolutas se trata, y ellas se demuestran por el recurrente, no importa la presencia del Jurado en el proceso, deben ser declaradas en sede de casación, aún de oficio, si a la vista se ofrecen por tal modo evidentes, que, desconocerlas sería tanto como dictar la Corte sentencia en juicio viciado de nulidad. Se repite que la concurrencia del Jurado de Conciencia carece de la virtud de purificar lo que de suyo se ofrece viciosa, con mácula irremediable. Sobre el particular dijo más explícitamente la Sala en sentencia de 4 de diciembre de 1974 reiterada en fallo de 26 de noviembre último, lo que en sus aspectos sustanciales se reproduce a continuación:

Ciertamente esta Sala de la Corte en sentencia de fecha quince de diciembre de mil novecientos setenta, al hablar de la independencia de las causales de casación recogió la jurisprudencia que sostenía que cuando la nulidad invocada por el recurrente se hacía derivar de la equivocada apreciación por el sentenciador del haz probatorio, corría a cargo suyo demostrar-

lo fehacientemente, invocando, primero, el numeral segundo de la causal primera de casación —error de hecho o de derecho— y evidenciando a la Corte, consecuencialmente, que la sentencia había sido dictada en juicio viciado de nulidad, con invocación de la causal cuarta.

Lo anterior quiere decir que si el auto de proceder discutido en su validez por el recurrente se ajusta con rigor a las prescripciones normativas y el censor pretende demostrar que la prueba que le sirvió de sustento fue mal calificada por el sentenciador, así ha debido hacerlo:

a) Con la prueba evidente de que la errada denominación jurídica de la infracción —de suyo causal de nulidad— obedeció a que se tuvo como demostrado un hecho con prueba inexistente; o

b) Que se procedió a calificar los hechos con desconocimiento de una prueba ostensible en el sumario; o

c) Que una prueba a la que correspondía un determinado valor legal, el sentenciador le otorgó otro diferente, con exageración o menoscabo de sus verdaderos alcances, lo cual lo condujo a incurrir en la pretensa nulidad.

Si, por ejemplo, el sentenciador tiene como demostrada la violencia en el apoderamiento de un bien mueble ajeno, con prueba inexistente, comete ciertamente un error de hecho, pero, al tiempo, yerra en la denominación jurídica de la infracción, incurriendo por este modo en la causal quinta de nulidad taxativamente señalada en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, censurable, en casación, por la causal cuarta.

Es más. Cuando la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder implica nulidad —tal sería el caso de exceso en el veredicto por exceso en los cuestionarios— debe igualmente invocarse la causal cuarta, con absoluta independencia de la segunda, ya que las nulidades dentro del régimen de casación obedecen a normas y procedimientos específicos y sus motivos no pueden discutirse al amparo de ninguna otra causal, pues aún los errores de hecho y de derecho solamente pueden alegarse con propiedad dentro del ámbito de la causal primera de casación, en su inciso segundo, cuando por su naturaleza no son constitutivos de nulidad.

La consecuencia de lo dicho en los párrafos anteriores no es otra sino que la nulidad debe ser alegada siempre como tal y demostrada en idéntica forma, cualesquiera sean las causas que la originan. Porque de tenerse en dicha condición los motivos del numeral 1º, inciso 2º, de la causal primera del recurso extraordinario, en la hipótesis del recurrente, la prosperidad del cargo, así invocado, convertiría a la Corte en sentenciador de instancia para los efectos de reemplazar con la suya la sentencia acusada, consecuencia imposible si se trata de nulidad, pues en este caso, la norma procesal pertinente ordena al Juez, en sede de casación, instituir el procedimiento desde el momento mismo en que se produjo el acto procesalmente nulo. Lo que demuestra palmariamente que la causal cuarta de casación es independiente y abierta a los diferentes medios de prueba, pero exigente, como las demás, en su técnica y demostración.

Todas estas razones justifican que la jurisprudencia haya construido la doctrina según la cual las causales de casación no se estudian en el orden de su presentación por el recurrente sino con la preeminencia que la lógica otorga a la causal cuarta y porque es de natural entendimiento que, si el cargo prospera, sobre lo absolutamente nulo no cabe raciocinio jurídico distinto de su declaratoria judicial para que se reponga el procedimiento.

Por imperativos idénticos la nulidad que la Corte declara en el proceso en favor de uno de los afectados con la sentencia, cobija por igual a los no recurrentes, cuando la situación procesal invocada es común a todos ellos.

No obstante las consideraciones anteriores parece conveniente advertir que en presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte omitir casar la sentencia y ordenar su reenvío al Tribunal de origen, indicando en qué estado queda el procedimiento, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su consideración aún con el propósito de fundar el demandante una causal diferente de la cuarta, o sea en forma indirecta. Así lo exigen razones supe-

riores de jerarquía legal que devienen imperativo categórico la obediencia debida por la Corte a los mandamientos constitucionales que prescriben las garantías fundamentales de la defensa, entre las cuales adquieren especial relevancia las contenidas en sus ordenamientos 26 y 28 que regulan la legalidad del delito, de la pena, del procedimiento, y el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.

Si esto es así y si justamente el haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad es causal de casación, resultaría inopinadamente absurdo que precisamente el Tribunal instituído para conocer de ese recurso extraordinario, estuviese obligado a desatarlo a sabiendas de que, al hacerlo, dicta sentencia en juicio viciado de nulidad.

No se trata, como es obvio, de que la Corte, de oficio y obligatoriamente deba, en cada caso, examinar el proceso para comprobar si adolece sustancialmente de vicios de formación. Pero si al estudiar una de las causales aducidas por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración configuran de suyo, ostensiblemente, nulidad insubsanable, de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las garantías fundamentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta Política, no podría, como ya se dijo, dejar de casar la sentencia acusada sólo porque no fue mencionada la causal cuarta de casación.

Con fundamento en el análisis probatorio que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Tribunal Superior de Medellín y que hacen más perentorias las digresiones contenidas en el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el caso protagonizado por el recurrente no se compadece con la transcripción anterior y consecuencialmente no está llamado a prosperar.

Con vista en las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se hizo mérito en la parte motiva.

Copiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Compartimos la decisión final estampada en la sentencia anterior y que hemos firmado con aclaración de voto, aclaración que sólo se refiere a las partes en donde se afirma que la Corte, puede decretar de oficio nulidades de carácter insubsanable, porque como en otras oportunidades lo hemos sostenido, "no debe olvidarse que una cosa es el proceso penal con sus etapas de sumario y juicio, dentro del cual se busca establecer la inocencia o responsabilidad de un sindicado y, otra, el recurso extraordinario de casación, dentro del cual, lo que se pone en tela de juicio no es aquella inocencia o responsabilidad, sino el mérito mismo de la sentencia. Es, en realidad, un juicio distinto al primero, que se sigue con relación a ésta. Cosa diferente es el que ella sirva, por ejemplo, para unificar la jurisprudencia. Este juicio que se sigue contra el fallo por medio del recurso extraordinario de casación, tiene su ámbito propio, su reglamentación propia, su propio procedimiento, al cual es imperativo sujetarse, tanto más cuanto que hay claridad meridiana en su ordenamiento. Entonces el juzgador, al igual que las partes recurrentes, están en la obligación de someterse a él, sin que puedan invocarse analogías que no hayan sido previstas por la ley.

"Dentro de las normas generales del procedimiento penal, es decir, en la etapa en que se cuestiona la inocencia o irresponsabilidad de un sindicado, se encuentran los artículos 212 y 213 que disponen:

"ARTICULO 212. Oportunidad para decretarlas. En cualquier estado del proceso en que el juez advierta que exista alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga el proceso para que se subsane el defecto, salvo que se trate de falta de querella o ilegitimidad en el querellante.

"ARTICULO 213. Oportunidad para alegarlas. Salvo disposición legal en contrario, las causales de nulidad establecidas en los artículos 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación".

"Esta última regla es de una claridad manifiesta, la cual, si es posible, aparece más rutilante en su parte final: "Pero dictada sentencia de segunda instancia, no se podrá ALEGAR sino en el recurso de casación".

"Luego de acuerdo con este precepto para que, una vez dictada sentencia de segunda instancia pueda decretarse en casación una nulidad, es indispensable que ella sea ALEGADA, es decir, que el recurrente exponga las razones de hecho y de derecho sobre las cuales fundamenta su pretensión, según el sentido natural del vocablo 'alegar'. Siendo conveniente observar que como en el pasaje anterior se hace mención expresa de su presentación en el recurso de casación, al fijarse por el legislador, dentro del procedimiento propio del recurso extraordinario de que se viene tratando, cuáles son los requisitos que debe llenar la correspondiente demanda, se hace mención expresa de los siguientes: presentación de los hechos; invocación de la causal o causales que se estimen pertinentes, argumentación clara y precisa de los fundamentos que las sustentan y cita de las normas sustanciales que se consideren infringidas (Código de Procedimiento Penal, artículo 576). De manera que existe armonía entre la parte final de la regla 213 del estatuto procesal penal que hace referencia a la ALEGACIÓN de la causal de nulidad en casación y, entre las normas propias de este recurso extraordinario.

"De otra parte, la ley limita la competencia de la Corte en casación al prohibir que ésta tome en cuenta 'causales de casación distintas de aquellas que hayan sido EXPRESAMENTE ALEGADAS POR LAS PARTES'. Es decir, que en el juicio que se sigue contra una sentencia en desarrollo de recurso extraordinario, la competencia, por este aspecto, no es absoluta sino limitada a las causales expresamente invocadas y ALEGADAS por las partes.

"De ahí que con relación a las nulidades, pueda afirmarse: en dos normas distintas pero siempre referenciadas de manera expresa al recurso de casación, se exige que aquellas sean ALEGADAS por los recurrentes (Código de Procedimiento Penal, artículos 213 y 576) so pena de no poder ser tenida en cuenta (id. Art. 576).

"Cobra mayor fuerza el argumento anterior, al tener en consideración lo siguiente: Si al artículo 212 del Código de Procedimiento Penal pudiera dársele el alcance que se le asigna en la sentencia de la cual disentimos, es decir, que la Corte, en sede de casación puede decretar de oficio cualquier nulidad con solo advertirla, aunquando no le haya sido propuesta ni alegada, entonces sobraría el aparte final de la norma siguiente (213), así como también la cuarta de las causales de impugnación: haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad (id. 580, núm. 4º). Y, de otra parte, también sobraría la perentoria exigencia de que tales causales de nulidad, dentro del trámite propio del recurso extraordinario de casación, tuvieran que ser expresamente invocadas y alegadas (id. Arts. 576 y 213).

"De todo lo cual se llega a la conclusión de que la Corte, en sede de casación, no puede entrar a conocer ni a decidir de oficio motivos de nulidad que no le han sido expresa y concretamente alegados".

En la forma anterior dejamos aclarado nuestro voto.

Fecha ut supra.

Alvaro Luna Gómez - Mario Alario Di Filippo

MEDIDAS DE SEGURIDAD

El manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos reprimidos con "presidio", o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Pero no a los que padecen, en el momento de ejecutar el delito "grave anomalía psíquica de carácter transitorio".

Desde cuándo empiezan a cumplirse las medidas de seguridad. Cuándo, el tiempo que ha permanecido el sentenciado en detención preventiva, puede descontarse del señalado por la medida de seguridad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre treinta (30) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 50.

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, proferida el nueve (9) de febrero último y que confirmó, con la reforma de aumentar a cuatro años el término mínimo de reclusión del procesado Augusto Antonio Giraldo López en un manicomio criminal, la del Juzgado Segundo Superior de Garzón de 12 de noviembre de 1975, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"PRIMERO. IMPONER al encausado AUGUSTO ANTONIO GIRALDO LOPEZ, de notas civiles y sociales conocidas en el proceso, la medida de seguridad de RECLUSION EN UN MANICOMIO CRIMINAL, que determine la Dirección General de Prisiones, por un término no menor de dos (2) años, hasta cuando deje de ser peligroso para la sociedad, por haber incurrido en un delito de homicidio cuando se encontraba en estado de grave anomalía síquica transitoria.

"SEGUNDO. Imponer al mismo procesado Giraldo López, como pena accesoria, la prohibición de concurrir a lugares públicos donde se expendan bebidas alcohólicas embriagantes por el término de dos (2) años contados a partir de la fecha que cese la reclusión a que se refiere el numeral primero.

"TERCERO. CONDENAR al mismo procesado, en abstracto, al pago de los perjuicios morales y materiales causados con la infracción a favor de quienes demuestren tener derecho a recibirlos..."

Hechos

En el auto de proceder, dictado el 15 de julio de 1975, se hace la siguiente síntesis de lo acontecido:

"En la vereda del Playón, jurisdicción del municipio de San Agustín, vivía Augusto Antonio Giraldo López y su esposa. Cerca de esta residencia estaba la de Agustín Luna y su familia. El once de noviembre pasado desde tempranas horas el sindicado se dedicó a ingerir licor en San Agustín en el sitio denominado 'Discoteca el Danubio', en donde en compañía de varios amigos

permaneció durante todo el día, hasta que ya en absoluto estado de embriaguez y a eso de las seis y media de la tarde se dirigió a la Vereda y armado de un revólver, llegó hasta la casa de Agustín Luna, golpeó la puerta y de inmediato procedió a desafiar e insultar a don Agustín manifestándole que había llegado buscando matarlo o que lo matara, y ante la presencia del dueño de la casa hizo dos disparos que no hicieron blanco en éste sino en el niño Arcenio Luna de dos años y medio de edad, quien herido de muerte cayó al suelo y falleció momentos después. La esposa del denunciante y madre del menor valerosamente se lanzó contra el agresor propinándole algunos golpes y lo desarmó. Este individuo se dirigió a su vivienda que queda a escasos metros del sitio de los acontecimientos, sacó una escopeta y continuó injuriando a vecinos y familiares, ya que la esposa de Agustín Luna es hermana de la de Augusto Antonio Giraldo. Mientras se producía la natural conmoción en el lugar, mientras los vecinos percatados de la tragedia ocurrida se acercaban a prestar auxilio, mientras que los padres de la víctima no salían del estupor ante la magnitud de lo ocurrido, el homicida continuó carretera hacia el sur, y tomó un vehículo que lo transportó nuevamente a la población, en donde fue capturado cuando como si no hubiese ocurrido nada se encontraba en una cantina, y puesto a órdenes de las autoridades de policía".

Actuación procesal

Mediante providencia de 15 de julio de 1975, el Juzgado Segundo Superior de Garzón llamó a juicio, sin intervención del jurado, a Augusto Antonio Giraldo López, por el delito de homicidio, con la indicación de que el sindicado cometió el hecho en estado de grave anomalía psíquica.

En el informativo y de acuerdo con el examen que al procesado se le practicó en el Instituto de Medicina Legal, Psiquiatría Forense, de Bogotá, se estableció:

"1º El señor AUGUSTO ANTONIO GIRALDO LOPEZ padece de una diarritmia temporal.

"2º Al tiempo de los hechos investigados se hallaba en un estado de embriaguez amnésica, desencadenado tanto por la intoxicación alcohólica aguda, como por la influencia del alcohol sobre las estructuras nerviosas centrales, por un acceso diarrítmico cerebral.

"3º Dado que el lapso sobre el cual se extendió la amnesia completa constituye un período de inconsciencia, se deduce que al tiempo del delito el sindicado se encontraba en un estado de grave anomalía psíquica y por lo tanto se encontraba dentro de los presupuestos del artículo 29 del Código Penal.

"4º El sindicado debe abstenerse total y permanentemente de ingerir bebidas alcohólicas y además debe someterse a tratamiento médico para controlar periódicamente la evolución de la diarritmia".

Apelado el auto encausatorio, lo confirmó el Tribunal Superior de Neiva en proveído de 12 de septiembre de 1975.

Llevada a término la audiencia pública sin intervención de los jueces de hecho, se produjeron las sentencias de primero y segundo grados en los términos descritos en la parte inicial y la última motivo del presente fallo.

La demanda de casación

Dos cargos le formula el demandante a la sentencia censurada, a saber:

Primer cargo

Invocando el apartado primero de la causal primera de casación establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el actor acusa el fallo recurrido de haber violado directamente la Ley sustancial por aplicación indebida del artículo 63 del Código Penal.

Como desarrollo de este enunciado, el libelo estudia el artículo 29 del estatuto punitivo, que "consagra tres fenómenos diferentes en lo atinente al estado psico-físico de quien delinque en un determinado asunto. A) La ENAJENACION MENTAL; B) La INTOXICACION CRONICA bien por el alcohol o cualquiera otra sustancia; y C) La ANOMALIA SIQUICA. He de referirme a la primera (A) y a la última (C) por cuanto mantienen una vinculación procesal, pues a la primera se refiere la sentencia del

Honorable Tribunal Superior del Huila, con sede en Neiva y a la segunda la realidad probatoria. Tanto el profesor URIBE CUALLA como el señor NERIO ROJAS concuerdan en que 'enajenación mental' y 'alienación mental', 'hay, ante todo, una cuestión de sinonimia. Alienación mental, término perfectamente castizo, equivalente de enajenación mental, es una anormalidad psíquica, cuyos caracteres veremos en seguida... Todo esto justifica la siguiente definición que propongo: Alienación mental es el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni la sociedad'. (Nerio Rojas, Medicina Legal, págs. 375/377. Uribe Cualla, Medicina Legal y Psiquiatría Forense, pág. 581)".

Continúa el actor diciendo que "no es exacta la argumentación del Tribunal Superior por cuanto quedó en el proceso plenamente demostrado, con prueba incontrastable, que AUGUSTO ANTONIO GIRALDO LOPEZ perpetró el homicidio en estado de grave anomalía síquica. Así lo dice la sentencia del Juzgado Segundo Superior en su numeral 1º, quedó consignado en el AUTO DE PROCEDER y lo manifiesta inequívocamente el extenso examen psiquiátrico practicado por el personal idóneo del Instituto de Medicina Legal de Bogotá cuando en el numeral 3º de las CONCLUSIONES afirma: 'Dado que el lapso sobre el cual se extendió la amnesia completa constituye un período de inconsciencia, se deduce que al tiempo del delito, el sindicado se encontraba en un estado de grave anomalía psíquica y por lo tanto se encontraba dentro de los presupuestos del artículo 29 del Código Penal'. (Abril 30 de 1975, fls. 80 a 87 del cuaderno principal)".

En tales condiciones el fallo acusado, pues impuso reclusión en un manicomio criminal, violó directamente el artículo 63 del Código Penal, por aplicación indebida, porque esa medida de seguridad debe aplicarse a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio o cuyo estado los haga especialmente peligrosos.

"Si se acoge el experticio de Medicina Legal —prosigue el demandante— como lo fue en el Auto de Proceder, es decir, la GRAVE ANOMALIA PSIQUICA indica ello que en momento alguno fue descabellada la posición del señor defensor cuando en la audiencia pública PIDIO al señor Juez Superior le concediera o le impusiera como medida de seguridad la LIBERTAD VIGILADA porque si bien el artículo 68 del Estatuto Sustantivo dispone que ella se dé a los delincuentes del 29 ibídem, por contravenciones, no es menos cierto que tampoco la prohibe para otras personas sindicadas. Además la norma del 68 no es posible tomarla de manera aislada, restringida. Por el contrario, hay que confrontarla con la 61 en la cual la LIBERTAD VIGILADA ocupa el segundo lugar inmediatamente después del manicomio criminal y la colonia agrícola que están en primer plano. Mal puede aspirarse a que los Códigos degeneren en el casuismo pues si tal cosa ocurriera se haría hasta imposible su aplicabilidad".

Transcribe el actor extractos de reiteradas jurisprudencias de la Corte, según los cuales "el manicomio criminal puede servir para recluir a los alienados que cometan delitos castigados con pena de presidio y que la Colonia Agrícola Especial no ha sido destinada para los alienados, sino más bien para los delincuentes que padecieren de grave anomalía psíquica". (Sentencias de 18 de octubre de 1966, 18 de octubre de 1968 y 28 de marzo de 1969).

Termina solicitando que se case el fallo recurrido y, en su lugar, se le conceda al procesado la libertad vigilada, "al amparo de los artículos 29, 67, 68 y demás pertinentes del CODIGO PENAL COLOMBIANO".

Segundo cargo

Invocando la causal de casación estatuída en el ordinal segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, le formula el demandante a la sentencia impugnada el cargo conforme al cual ella "no está en consonancia con el AUTO DE PROCEDER como quiera que en éste de fecha JULIO QUINCE (15) de 1975 llamó a responder en Juicio Criminal al acusado AUGUSTO ANTONIO GIRALDO LOPEZ acogiendo el experticio de los médicos forenses

en el sentido de que al perpetrar el ilícito imputado se encontraba en ESTADO DE GRAVE ANOMALIA PSIQUICA.

"Entonces, si la sentencia del Honorable Tribunal Superior del Huila, con sede en Neiva, afirma que el enjuiciado se encontraba en estado de ENAJENACION MENTAL —hecho demostrado procesalmente—, desconoció el AUTO DE PROCEDER que lo había confirmado en virtud de su providencia de septiembre doce (12) de 1975, sin modificación alguna".

Pide el actor, en consecuencia, que se invalide el fallo y se le otorgue al procesado la libertad vigilada en los términos ya expuestos.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, representante en esta oportunidad del Ministerio Público, después de analizar prolijamente los cargos concluye solicitando que la Corte invalide parcialmente el fallo recurrido, "para imponer al procesado la reclusión en colonia agrícola especial por un término mínimo de un (1) año y dejar en firme las demás determinaciones del Tribunal".

Se considera

Primer cargo

"...En efecto, la Corte ha recordado en reiteradas oportunidades que conforme al artículo 62 del Código Penal el manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos reprimidos con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Se trata, pues, de dos hipótesis distintas respecto de una misma clase de sujetos: los alienados. Vale decir, aquellos que, según lo ha puntualizado también esta Sala siguiendo la enseñanza de eminentes tratadistas, sufren una alteración persistente y fundamental de todas las funciones mentales y afectivas, a diferencia de los nacientes de grave anomalía psíquica, estado en que no se desquicia la personalidad aunque se menoscaben ciertos aspectos de la misma. (Sentencias de casación de 18 de octubre de 1966, 28 de marzo de 1969 y 1º de agosto de 1972).

"Si el manicomio criminal está señalado, por ministerio de la ley, para los alienados que se hallen dentro de las condiciones previstas en el artículo 63 del Código Penal, evidente resulta que esa norma no puede aplicarse al procesado Orjuela, que perpetró el homicidio de autos, no en estado de enajenación mental, sino en momentos en que padecía grave anomalía psíquica de carácter transitorio... (Sentencia de 9 de agosto de 1972, Gaceta Judicial, tomo CXLIII, números 2358 a 2363, pág. 315).

"La grave anomalía psíquica, que el Código sitúa conjuntamente con la enajenación mental y las toxicofilias en el artículo 29, puede ser tratada por cualquiera de los procedimientos que, bajo el nombre de 'medidas de seguridad', establece el artículo 61 en relación con el 62, el 63 y el 64 del mismo estatuto, a saber, a) recluyendo al agente en un manicomio criminal; b) internándolo en una Colonia Agrícola Especial; y c) confiándolo a su familia, a una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo de Patronato, por un tiempo no menor de dos años, que es en lo que consiste la libertad vigilada según el artículo 67.

"Las otras medidas de que trata el artículo 61, o sea el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas y la prohibición de concurrir a determinados lugares se imponen exclusivamente a los sujetos afectados por cualquier toxicofilia, de conformidad con los artículos 65 y 66.

"Dado el carácter curativo de las medidas de seguridad y el objeto que con su aplicación se propone el Estado, el juzgador dispone de amplio arbitrio para escoger la que más convenga para corregir la irregularidad de que se trata, pues la ley no determina previamente, ni podía hacerlo, por qué medios pueden tratarse cada una de esas alteraciones. Pero lo indicado es apoyarse en la pericia psiquiátrica, mayormente cuando ésta, al precisar la entidad nosológica, sugiere el tratamiento, hecho que facilita el cumplimiento de los fines propuestos al instituir un régimen distinto del estrictamente penológico para los enfermos de la mente en cualquiera de los estados a que se refiere el artículo 29: enajenación mental, intoxicaciones crónicas por el alcohol u otra clase de sustancias, y grave anomalía psíquica.

"Sin embargo, es necesario aclarar que de los propios textos legales surgen variantes de obligatorio reconocimiento. Así, el artículo 63 del Código dispone que el manicomio criminal es para los alienados que cometan delitos sancionados con presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Esta última condición es distinta de la primera y en virtud de ella deben ir a ese lugar los infractores peligrosos, aunque el hecho cometido no se sancione con presidio. Si expresamente se hace esta destinación, debe entenderse que el manicomio criminal no puede recibir a los que padecen grave anomalía psíquica, cualquiera que sea el juicio sobre su peligrosidad. La ley no menciona este régimen sino para los alienados, es decir, para los que sufren una alteración persistente y fundamental de todas las funciones mentales y afectivas, a diferencia de los pacientes de grave anomalía psíquica, estado en que no se desquicia la personalidad aunque se menoscaben ciertos aspectos de la misma. . . .

"Si el manicomio criminal sólo se destina a los alienados que cometan infracciones conminadas con pena de presidio, o a los que, aunque no merezcan esta medida, demuestren especial peligrosidad, es obvio que el artículo 63 no puede aplicarse a quienes padecen grave anomalía psíquica, porque éstos no están incluídos entre los sujetos a que se refiere el precepto". (Sentencia de 1º de agosto de 1972, Gaceta Judicial, tomo CXLIII, números 2358 a 2363, págs. 303 y 304).

En el caso sub judice, obra en autos por modo inequívoco el dictamen sobre grave anomalía psíquica, reconocido en el auto de llamamiento a juicio y en la sentencia condenatoria, y a despecho de esta prueba, no desvirtuada en manera alguna, se le da al procesado un tratamiento (manicomio criminal) que la ley no prevé, según lo expuesto.

De suerte que el fallo censurado aplicó indebidamente el artículo 63 del Código Penal, violando así de modo directo esta norma sustancial, como lo plantea y demuestra el actor, por lo que preciso es proceder con arreglo al numeral primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, casando la prolación objeto de la censura y dictando la que debe reemplazarla.

Acorde con el Ministerio Público, juzga la Sala que debe imponerse al encausado la reclusión por el término mínimo de un año en una colonia agrícola especial (Arts. 61, 62 y 64 del Código Penal), "en vista de la gravedad del hecho y de las condiciones personales del procesado, de conformidad con los términos del dictamen, según el cual padece de diarritmia cerebral y requiere tratamiento médico adecuado, lo cual hace insuficiente la libertad vigilada solicitada por el recurrente, en cuanto no representa garantía suficiente de corrección de la enfermedad padecida por el mismo, ni garantiza en la forma requerida la defensa social".

Prosperando el primer cargo, es palmar que huelga el estudio del segundo.

La mayor parte de tiempo que lleva en detención preventiva el procesado no puede abonarse al que se fija como mínimo de la sanción en este fallo, porque el artículo 96 del Código Penal alude a penas y no a medidas de seguridad. Esta norma, en efecto, reza: "El tiempo de la detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad. . .". La aplicación por vía analógica no procede, por las siguientes razones:

"a) El fin mismo de la medida de seguridad que se examina, o sea el de tratar o readaptar al alienado mental, intoxicado o perturbado síquico mediante reclusión según el caso, en el manicomio criminal o en la colonia agrícola especial, al menos por los plazos señalados en el artículo 64 del Código Penal, resultaría inoperante si se tuviese como parte cumplida de la sanción el término de la detención precautelativa, pues no es durante ese lapso, por lo general, cuando el anormal recibe el tratamiento pertinente.

"Otra cosa es si la encarcelación preventiva se ha cumplido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, pues en estos supuestos, ese tiempo bien puede tomarse como parte de la reclusión que reglamentan los artículos 62, 63 y 64 del Código Penal.

"b) La indeterminación del plazo máximo de la reclusión, la que no puede cesar sino condicionalmente en virtud de deci-

sión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño', impide aplicar el citado artículo 96 del Código Penal en tales hipótesis, pues, aun cuando el enfermo mental o el intoxicado hayan cumplido, en cada caso, los términos indicados en el artículo 64 de la misma obra y así haya permanecido por un mayor tiempo en detención preventiva, no se puede ordenar el cese (sic) de la reclusión, si el delincuente ofrece peligro de que vuelva a causar daño.

"c) De conformidad con el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal, únicamente puede disponerse que cese la reclusión cuando, por lo menos, han transcurrido los plazos de que trata el artículo 64 del Código Penal, que se refieren a reclusión en una colonia agrícola especial o en un manicomio criminal y no a la permanencia del sindicado en los lugares donde comúnmente se lleva a cabo su encarcelación precautelativa, como resulta en este negocio". (Sentencia de 18 de octubre de 1966, Gaceta Judicial, tomo CXVIII (Bis), número 2283 (Bis), pág. 33).

d) El procesado Augusto Antonio Giraldo López se encuentra detenido preventivamente desde el 19 de noviembre de 1974 (fecha en que con boleta Nº 060 se solicitó al Director de la Cárcel Municipal de San Agustín su detención). Estuvo privado de libertad en la Penitenciaría Nacional de La Picota aproximadamente desde mediados del mes de abril de 1975, bajo tratamiento de la Psiquiatría Forense del Instituto de Medicina Legal, hasta el 4 de julio del mismo año. Este lapso (alrededor de tres meses) obviamente sí debe abonarse al que se ha de fijar en este fallo como mínimo de la sanción.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva de que se ha hecho mérito, en cuanto señala un término no menor de cuatro años de reclusión en un manicomio criminal como sanción que debe cumplir el sindicado y, en su lugar,

Resuelve:

1º IMPONER a Augusto Antonio Giraldo López la medida de seguridad consistente en reclusión en una colonia agrícola especial, por un término no menor de un año, que empezará a contarse desde la fecha en que se efectúe su traslado al establecimiento de la clase indicada que designe el Gobierno. La reclusión —máximo indeterminado— durará el tiempo que sea necesario para su readaptación social y cesará mediante el sistema de que trata el artículo 64 del Código Penal. Deberá descontarse el lapso en que permaneció el encausado en la Penitenciaría Nacional; y 2º ACOGER, en lo demás, el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Neiva.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre treinta (30) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 50.

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, proferida el 9 de diciembre de 1975 y que confirmó, con la reforma de aumentar la pena principal a cincuenta meses y veinte días de prisión, la del Juzgado 20 Penal del Circuito de la misma ciudad, dictada el 18 de octubre del nombrado año en el proceso seguido contra José Neftalí Sánchez Alvarez (a. El Bizco) y otros por el delito de robo.

El recurso fue concedido por el ad quem y declarado admisible por esta Sala en auto de once de marzo del corriente año.

Presentada en oportunidad la demanda sustentatoria del recurso en nombre y representación de José Neftalí Sánchez Alvarez, se declaró ajustada a las exigencias legales formales y se ordenó correr su traslado a las partes no recurrentes.

Los hechos

De manera acorde con la realidad procesal, el Juzgado del conocimiento los relató en los siguientes términos:

"A eso de las dos de la mañana del 18 de marzo del año en curso, el señor Juan Manuel Valencia Orozco, celador de oficio en la carrera Junín entre Maturín y Amador, en su recorrido y como de costumbre pasó por el frente de la 'Colchonería Ayacucho' situada en Junín Nº 45-42 y miró por unos pequeños agujeros la puerta o persiana metálica del negocio con el fin de observar que todo estuviera normal, pero con sorpresa advirtió que en el interior de la colchonería se encontraban dos sujetos como reblujando (sic) en los escritorios, estando uno de los sujetos sin camisa y el otro con una chaqueta como amarilla clara. Sin pérdida de tiempo decidió avisar a la estación cien de policía sobre lo que estaba ocurriendo y también a otra radio-patrulla que en esos momentos pasó por el lugar. En una de las patrullas que se apersonó de los hechos iban los agentes Juan José Galeano, Libardo Sánchez y Silverio Aguirre, a quienes el vigilante les contó lo que había visto, habiendo constatado (sic) personalmente la información el agente Galeano, quien efectivamente vio por los agujeros de la puerta a dos sujetos. Como no había por donde entrar, rápidamente el agente Galeano se dirigió a la carrera 48 hasta donde hay un solar tapado y con la ayuda de una escalera, cuando subía al muro para penetrar al solar, observó tres tipos en el techo de la colchonería Ayacucho, por lo que bajó al solar y se dirigió con el agente Aguirre a subir al techo de la colchonería lo que así hizo y allí estaban tres sujetos entre ellos el que había visto sin camisa en el interior del local, entonces al darles las voces de alto dichos sujetos no las atendieron, sino que rápidamente se bajaron por un lazo y cayeron al patio de un taller de pintura y ebanistería que está situado en la carrera 48, y se introdujeron a las piezas del local hasta donde llegó el diligente agente Galeano y su compañero Aguirre Duque y otro carabinero, quienes penetraron al taller por la parte de atrás,

ya que en un principio su puerta principal estaba cerrada, pero cuando al final penetraron al local, pudieron observar que ya habían abierto la puerta y posiblemente habían huído algunos. Allí dentro de las piezas del taller de pintura detuvieron a seis personas que se hacían, o estaban durmiendo y que resultaron ser, José Neftalí Sánchez, Oscar Castaño Arango, Oscar de Jesús Palacio Londoño, Jairo Valdés Toro, Jorge Hernán Ruiz Gómez y Eduardo Gonzalo Cossio Monroy. En un patio junto a la pieza donde se encontraban Neftalí Sánchez y Oscar Castaño, los señores agentes encontraron un saldo de mercancía compuesta por una máquina de escribir marca Remington, una sumadora marca Olivetti, dos teléfonos, un radio transistor marca Sanyo, un radio Phillips, varios cheques y chequeras, piezas de tela y otros objetos más, avaluado todo ello en la suma de $ 23.184 00, mercancía esta que era de la 'Colchonería Ayacucho' y del 'Almacén El Roble', pues a este establecimiento habían entrado los delincuentes por la parte de atrás que linda con la colchonería y mediante violación de una teja de la pieza donde funcionan los servicios sanitarios de la mueblería".

Actuación procesal

En proveído de 16 de julio de 1975, el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín llamó a juicio por el delito de robo a José Neftalí Sánchez Alvarez (a. El Bizco) y a Oscar de Jesús Castaño Arango (a. Chalo), y sobreseyó definitivamente en favor de Oscar de Jesús Palacio Londoño, Jairo Valdés Toro, Jorge Hernán Ruiz Gómez, Eduardo Gonzalo Cossio Monroy y William Silva Salazar.

Ejecutoriado este auto sin que contra él se interpusiera recurso alguno, se rituó la causa en debida forma y se dictaron las sentencias de primero y segundo grado, la última de las cuales es objeto del recurso de casación.

La demanda de casación

El demandante plantea y desarrolla el cargo contra la sentencia acusada así:

"Propongo, como única causal, la contenida en el número 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y más concretamente por violación de la ley sustancial proveniente de apreciación errónea de determinada prueba.

"Consiste dicha impugnación en que se tomó como indicio necesario la sola presencia del señor Sánchez en un lugar adyacente o aledaño al teatro de los acontecimientos, para deducirle responsabilidad penal al señor Sánchez, y tener dicho indicio como 'PRUEBA PLENA' de responsabilidad.

"Sin que valga argüir en contra que todas las circunstancias o momentos referentes a ese solo hecho de la estadía allí constituyen varios indicios, porque tal violaría lo dispuesto en el artículo 234 de la codificación en cita. Tales circunstancias o momentos (la presencia allí, la explicación dada por Sánchez de su presencia, la captura del mismo, la falta de determinada o determinadas prendas de vestir, etc.) NO CONSTITUYEN SINO UN SOLO INDICIO, al tenor del artículo 234 antes citado.

"Y es más: tales circunstancias o momentos no solamente constituyen un solo indicio o hecho indicador, sino que —además— pueden ser circunstancias indiciarias en favor de mi defendido. En efecto: él (Neftalí Sánchez) desde su indagatoria ha venido sosteniendo a lo largo del proceso que, luego de haber ingerido bebidas embriagantes se retiró a dormir al establecimiento vecino a la Colchonería Ayacucho, donde fue capturado no solo en ropa cómoda para dormir sino en estado de avanzada embriaguez, todo lo cual está perfectamente demostrado en la investigación.

"Y es cierto, también, que Sánchez era conocido del propietario de ese establecimiento vecino, y en varias oportunidades anteriores había pernoctado allí. Claro que no en el mismo lugar, sino en el mismo establecimiento. Porque debe recordarse acuí que dicho establecimiento contiguo al del ofendido había sido trasteado de otro lugar a ese, poco antes del acaecimiento del insuceso materia de procesamiento.

"Como en casación no es de técnica entrar al análisis de las pruebas, solamente debo manifestar, como lo he manifestado, que la prueba obrante en la cartilla y que late en contra de mi defendido Neftalí

Sánchez (y que es innecesario repetir en este extraordinario recurso, al menos in extenso), se reduce, en síntesis, a esto: haber sido sorprendido Sánchez en un establecimiento contiguo al que iba a ser objeto de robo, PERO NO EN EL MISMO LUGAR QUE IBA A SER ROBADO.

"Y todas las circunstancias que rodearon ese sorprendimiento no constituyen indicios apartes, sino que conforman con dicho sorprendimiento un solo indicio: artículo 234 del procedimiento penal. Así: que estaba embriagado, es cosa que está de acuerdo con lo dicho por él en su indagatoria, y que es un estado (la embriaguez) un tanto incompatible con la serenidad que es necesaria para la comisión de un delito tan ponderado como el robo investigado, que en mi concepto no llegó a consumarse; que él u otro u otros estuviesen sin camisa o sin zapatos, tampoco es otro indicio aparte u otro elemento de convicción más, pues también coincide con lo dicho por Sánchez en el sentido de que se proponía entregarse al sueño; que fue capturado, no es de la misma manera otro hecho nuevo, sino un desprendimiento de haber sido primeramente sorprendido allí, y además no fue sorprendido exactamente en el establecimiento del ofendido Francisco Luis García, sino en un establecimiento siguiente; que la explicación dada por él no es convincente, es otro yerro de los juzgadores en ambas instancias, puesto que el Juzgador no puede condenar porque esté convencido de la responsabilidad, sino porque la prueba sea legalmente plena; y lo dicho por Sánchez (haber estado en ese lugar porque (sic) iba a dormir esa noche ahí), no sólo no está desvirtuado, sino que es posible física y moralmente, por lo cual ha debido ser acogido en su integridad.

"En resumidas cuentas, y para terminar, creo que el Juzgado de instancia, primero, y el Tribunal Superior de Medellín, violaron el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, al hacer de varias circunstancias referentes a un solo hecho indicador una pluralidad de indicios; cuando todas esas circunstancias apenas constituyen uno solo. Y todavía más: ese solo indicio que digo (que no varios) no es necesario, sino apenas a lo sumo grave: por lo cual la violación no lo fue solamente del artículo 234 en referencia, sino además del 231 de la misma obra procedimental, por 'APRECIACION ERRONEA DE ESA DETERMINADA PRUEBA'.

"O por decirlo mejor: todos y cada uno de los indicios tenidos en cuenta por los falladores en las instancias, no eran tales, sino meras circunstancias o momentos de un solo indicio, cual lo es el de haber sido sorprendido el procesado Sánchez en un establecimiento vecino del local donde se iba a consumar un robo".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado Penal, representante del Ministerio Público en esta oportunidad, solicita que se deseche el recurso por las siguientes razones:

"Primero. Se ignora cuál es la norma de derecho sustantivo infringida por la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a José Neftalí Sánchez.

"Segundo. No aparece en el libelo 'el concepto de la violación' y por tanto se ignora si la pretendida infracción de la norma de derecho sustancial ocurrió por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

"Tercero. Se asegura en la demanda que la violación de la Ley sustancial proviene de '...apreciación errónea de determinada prueba...' Pero, conforme a la técnica de casación, no se sabe si el error es de derecho o de hecho manifiesto en los autos.

"Cuarto. La demanda de casación tan solo se ocupa de una sola prueba: el indicio de presencia del acusado en el lugar de los hechos. La lectura de la sentencia recurrida enseña que el fallo se apoyó en otros elementos de juicio. A este propósito, por ejemplo, basta recordar que las autoridades de policía encontraron en los calcetines de Sánchez Alvarez mil pesos en billetes, producto del delito contra la propiedad que acababan de cometer.

"Quinto. Tampoco se demuestra en la demanda la incidencia de la equivocada apreciación de la prueba en el fallo recurrido, es decir, que de no haber ocurrido ese error el sentido del fallo habría sido otro".

Se considera

Cuando del apartado segundo de la cau-

sal primera de casación se trata, el demandante está obligado a fijar con exactitud la fuente de la violación, vale decir, si es un yerro de hecho o de derecho en la apreciación del acervo probatorio.

En el caso **sub examine**, la demanda carece de claridad sobre el particular, como puede verificarse con la simple lectura de su texto; pero realizando un esfuerzo interpretativo, es dable inferir que el cargo se intenta estructurar dentro de la órbita del segundo apartado de la causal primera por error de derecho, pues "se tomó como indicio necesario la sola presencia del señor Sánchez en un lugar adyacente o aledaño al teatro de los acontecimientos, para deducirle responsabilidad al señor Sánchez, y tener dicho indicio como 'PRUEBA PLENA' de responsabilidad". Y dice también el demandante: "todos y cada uno de los indicios tenidos en cuenta por los falladores en las instancias no eran tales, sino meras circunstancias o momentos de un solo indicio, cual lo es el de haber sido sorprendido el procesado Sánchez en un establecimiento vecino del local donde se iba a consumar un robo".

Cuando se aduce la violación indirecta de la ley, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en la estimación del caudal probatorio, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se adujo de no haber mediado esa clase de error.

El error de derecho consiste en estimar el mérito de los elementos de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de convicción o las que reglamentan su aducción, y el fáctico o de hecho consiste en tener como existente un hecho que no ha acaecido, o en negar o distorsionar el que sí ocurrió, siempre que la prueba erróneamente apreciada demuestre lo uno o lo otro, lo que entraña por este aspecto "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

Ahora bien: cuando la censura se propone sobre la base del error de hecho o de derecho en la estimación probatoria, figura esta última que no debe ni puede confundirse con el error juris in indicando (infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea), hay que señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida y demostrar el error mismo, exponiendo las razones que se tienen para afirmar que el sentenciador incurrió en uno de tales yerros. Y luego, partiendo de ese includible soporte inicial, habrá de pasarse a la demostración de que fue quebrantado el derecho sustancial. Si así no se procede, como acontece en la demanda que se analiza, la acusación es deficiente, la proposición jurídica es incompleta y la impugnación, en consecuencia, ineficaz. Más claramente aún: cuando se aduce violación indirecta de la ley en casación, preciso es señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la Ley sustancial (violación fin), orden que no se puede alterar, eludir o desdeñar.

Y en el presente caso, como se observa a primera vista, el demandante no se ocupó en indicar la norma sustancial a su juicio transgredida, ni menos el sentido en que lo fuera y el concepto de la violación.

Además, como apunta el Procurador, no se demuestra en la demanda la incidencia de la errónea apreciación de la prueba en el fallo recurrido; esto es, que de no haber ocurrido ese error, el sentido de la sentencia habría sido otro.

En conclusión, el cargo no puede prosperar.

De lo expuesto fluye que se deba desechar el recurso, conforme al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, y ordenar devolver el expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la Re-

pública y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 9 de diciembre de 1975, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto. Pedro Elías Serrano Abadía. José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ACTA DEL LEVANTAMIENTO DEL CADAVER REALIZADA POR UN FUNCIONARIO DE POLICIA

Su valor probatorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., octubre siete de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 51

Vistos

En sentencia de cinco de marzo del presente año, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, impartió integral confirmación al fallo proferido por el Juzgado Quinto Superior de esa ciudad (Diciembre 30/75), en la cual se impuso a JOSE DEL CARMEN ALVAREZ ROLON, por el delito de homicidio en Abraham Vargas Contreras, ocho (8) años de presidio y sus accesorias correspondientes. (fls. 151 y ss., 13 y ss.).

El doctor Luis Arturo Melo Díaz, como defensor de ALVAREZ ROLON, interpuso recurso de casación y en tiempo oportuno formuló la demanda pertinente, la que se declaró formalmente admisible en auto de quince de julio del año primeramente citado.

Actuación procesal

1. Los hechos tuvieron cumplimiento el 24 de junio de 1973, horas de la tarde, en el punto conocido como "La Porfía" del corregimiento de San Martín de Loba, municipio de Sardinata (S. del N.);

2. Inicialmente la actividad instructora corrió a cargo del Juzgado Promiscuo Municipal de Sardinata y luego por el propio Juzgado Quinto Superior de Cúcuta, despacho que en auto de 25 de junio de 1975 decretó la detención preventiva de ALVAREZ ROLON;

3. El llamamiento a juicio para responder del delito de homicidio simplemente intencional, lleva fecha de 23 de agosto del año en referencia, providencia que no fue recurrida;

4. A la cuestión única propuesta por el Juez 5º Superior, el jurado respondió "sí es responsable", veredicto que fue acogido en sentencia condenatoria de 30 de diciembre de 1975, confirmada, como se dejó dicho, por el respectivo Tribunal, fallo que a su vez ha sido recurrido en casación.

La demanda

Formula un solo cargo al amparo del artículo 580, causal 4ª del Código de Procedimiento Penal.

La nulidad, a la cual se le quiere dar alcance constitucional (artículo 26), dice relación al desconocimiento de las formas propias del juicio concretamente el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 341 de la obra citada, para la práctica de la diligencia de levantamiento del cadáver, sobre la cual se compuso luego una pericia tan vital como la necropsia.

El recurrente apunta sobre tal actuación que:

"...a) Se levanta con el nombramiento de unos peritos que no han sido nombrados porque al menos no hay constancia de ello en el proceso; y b) Se posesionan los peritos no, antes de la diligencia de levantamiento del cadáver sino, al contrario,

cuando ya se ha producido la diligencia respectiva... falta... la fecha del día en que se produce el acta de levantamiento del cadáver (debiéndose aplicar el artículo 162 ibídem) que señala su inexistencia..."

Y concluye: "...con fundamento en un acta inexistente se solicitó al médico legista la pieza importante que reposa en el proceso y que se halla a folio 14 del expediente llamado dictamen médico legal Nº 2012 de julio 27 de 1973. Es una telepática diligencia de autopsia en la que el médico manifiesta desde lejos, más exactamente desde esta ciudad de Cúcuta, sin haber exhumación de cadáver alguno, sin trasladarse hasta el sitio de los acontecimientos, por lo consiguiente de manera antitécnica y con falta de celo profesional, el médico dictamina sobre la causa de la muerte..."

Esta pieza procesal de innegable trascendencia, que se comenta y acoge en los proveídos pronunciados, adolece, en su opinión, de vicios que la destruyen y por tanto mal puede edificarse sobre la misma la demostración de la relación causal entre la actividad homicida y el resultado de la misma, aspecto que le permite solicitar la invalidación de las sentencias de primera y segunda instancia "y se ordene devolver el proceso al Juzgado 5º Superior de Cúcuta por conducto del Tribunal Superior de este Distrito para efectos de que se reponga el procedimiento afectado de nulidad".

Concepto de la Procuraduría

En forma breve pero precisa el Procurador Segundo Delegado, contesta el cargo formulado por el recurrente y demuestra la validez de la actuación procesal cumplida, así como la ineficacia de la censura propuesta.

No le parece al Ministerio Público que la demanda cumpla con las exigencias del recurso puesto que éste reclama "una presentación clara, lógica y explicativa del cargo formulado a la sentencia impugnada En el presente caso se mencionan algunas disposiciones de la Constitución Nacional y del Código de Procedimiento Penal pero no se da una argumentación jurídica en apoyo de la tesis central".

Refiriéndose específicamente al argumento invocado como factor de la nulidad, por vulnerar el derecho de defensa, anota que éste se aprecia como realidad plena y eficaz y que mal puede referirse, dentro de los lineamientos del sistema procedimental colombiano, a la etapa sumarial, pues está consagrado de modo singular y propio para la del juicio.

La pretendida inexistencia del acta de levantamiento del cadáver, por ciertas informalidades, no tiene esta efecto pues la muerte violenta padecida por Vargas Contreras "es un hecho incontrastable del cual dieron cuenta numerosos testigos y constató la autoridad". Además, resulta intrascendente la omisión del mes en que se efectuara la actuación policiva. Esta, de otro lado, no exige la presencia de auxiliares de la justicia, quienes en el caso sub judice se limitaron a comprobar "la identidad del cadáver". La pericia médica que se critica, encontró adecuada la relación que se hiciera en el acta de levantamiento del cadáver. Finalmente, la viciosa actuación repercute sólo para esta diligencia pero no para todo el proceso. "Para el primer evento está la causal primera de casación en su segundo apartado y para el último la causal cuarta".

Consideraciones de la Sala

Para desestimar el cargo formulado no es necesario acudir a un prolijo análisis del mismo. El concepto del Procurador Delegado acierta en las objeciones que vuelven improcedente la impugnación. Ahora sólo conviene concretar la respuesta a esta censura en sus perfiles más salientes.

A este respecto se anota:

1. Aunque se admita como irregular la actuación del funcionario policivo en la diligencia de levantamiento del cadáver, no puede atenderse la crítica en el amplio efecto que persigue el recurrente porque sería necesario aceptar que la responsabilidad reconocida se apoya única y exclusivamente en esta pieza procesal. Y ello no es cierto. La presunidad de Vargas es cuestión inobjetable que se impone por otras numerosas pruebas, aun a expensas de la propia versión del sentenciado en su indagatoria. De esta misma pieza procesal y de aquellas otras se desprende que después de la acción violenta de éste se produjo el inmediato y consecuencial fallecimiento de Vargas.

Para prosperar una censura de esta índole sería necesario atacar, con igual éxito, las restantes probanzas que conducen al mismo eficaz objetivo. Y ésto ni se da ni es factible.

2. Ya se ha escrito lo suficiente sobre la naturaleza de las diligencias de necropsia y levantamiento del cadáver, en el sentido de tener las mismas como pruebas prevalentes pero no excluyentes en cuanto a demostrar la objetividad material del delito de homicidio. Bien puede decirse en el caso sub lite que tales probanzas adicionan, y en esta función su idoneidad resulta indiscutible, el mérito de otros elementos de convicción que tienden al mismo fin. La pericia médica, que también puede darse sobre la base de informaciones testificales o inspecciones judiciales, encontró adecuado fundamento para indicar la causa de la muerte de Vargas. Su valor debió cuestionarse en momento más oportuno que en este recurso extraordinario, máxime cuando se la objeta invocando la nulidad y no la infracción indirecta de la ley por error de hecho al reconocerle mérito a una prueba inexistente.

3. Las impugnaciones al acta de levantamiento del cadáver realmente son muy secundarias y apenas alcanzan el nivel de meras irregularidades. La omisión en la indicación del mes, cuando ésta fácilmente puede deducirse de otras actuaciones, es aspecto irrelevante. Constituye involuntaria ligereza que se remedia con el contexto que ofrece la diligencia de posesión de peritos, la información presentada por la esposa de la víctima y la actividad policiva que se realizó de inmediato. Y otro tanto cabe decir en cuanto a la informalidad relacionada con los "peritos" intervinientes en ese levantamiento. Estos circunstantes no actuaron con carácter de tales, pues el reconocimiento del cadáver fue actuación propia y válida del funcionario de policía, limitándose aquéllos a dar información sobre la identidad del occiso. Además, como bien lo recuerda el a quo, no tiene ningún efecto invalidante la ausencia de auto específico de nombramiento de estos mal llamados auxiliares de la justicia. El auto para posesionarlos que figura a fl. 4, supone aquél ya que mal podía tenerles por tal si no se respetaba su implícita designación. No debe olvidarse que una designación y posesión de esta índole bien puede sucederse en la propia diligencia de levantamiento del cadáver u obedecer a actuación separada y aun documentarla con posterioridad a su ejecución, pues la actividad de primera y urgida mano que debe realizarse en estas circunstancias impone la prelación del acto sobre las formalidades escrupulosas del mismo. Basta que se respete la verdad de lo sucedido y de las personas que han actuado en esas diligencias para que la actividad probatoria se tenga por plenamente válida y respetable. De no, se sacrificaría la necesidad y oportunidad de diligencias de tan apremiada condición so pretexto de consultar normaciones formales que, en el fondo, no se desconocen sino que se atemperan y convierten en algo práctico.

La censura propuesta por el recurrente no consigue sus propósitos. La formulación de la misma, como bien lo advierte la Procuraduría Delegada, se resiente de vaguedad, imprecisión técnica y carencia del rigor que impone la casación. En este punto, como se deja visto, llega a equivocarse la causal, pues se acude a la nulidad del proceso, involucrando en esta una inexistente afección del derecho de defensa, plenamente respetado y mantenido, que se enfoca sobre la inexistencia de una prueba que no es única sino complementaria, y se olvida la instrumentalización adecuada de este cargo, vale decir, la infracción indirecta de la ley por error de hecho.

No prospera el cargo.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL—, acorde con la opinión de la Procuraduría Delegada, NO CASA la sentencia proferida contra JOSE DEL CARMEN ALVAREZ ROLON, ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J Evencio Posada V., Secretario.

FUNCIONARIOS PUBLICOS

Responsabilidad. Su juzgamiento. Magistrados del Tribunal Disciplinario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., octubre catorce (14) de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado: Acta Nº 47 de 16 de septiembre/76.

Vistos

El doctor ELBERTO ROMAN PEÑARANDA denunció por escrito a los doctores PEDRO MANUEL ARENAS, JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, JULIO ORTIZ MARQUEZ y GUSTAVO ORJUELA HIDALGO, miembros todos ellos del TRIBUNAL DISCIPLINARIO por la época a la cual el denunciante se refiere. Posteriormente se ratificó bajo juramento en los cargos que formula, los amplió y adjuntó alguna documentación. Todo gira alrededor de la sanción de "suspensión por dos meses" que mediante providencia del 21 de agosto de 1974 dicho Tribunal le impuso y que hace relación a su profesión de abogado. En consecuencia, si existe algún delito en la conducta de los denunciados, es delito cometido en ejercicio de sus funciones de Magistrados.

Acerca de la competencia para conocer de dicha clase de infracciones, no sólo por la naturaleza de las mismas sino también por la persona justiciable, la SALA PENAL, por mayoría de votos de sus integrantes, dijo en providencia del 27 de septiembre de 1976, aprobada mediante Acta Nº 44 de 2 de los mismos mes y año, lo siguiente:

"El Tribunal Disciplinario, como institución encargada de conocer de las faltas de esa naturaleza imputables a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional en todos sus órdenes y jerarquías, tuvo origen legal en el año de 1964 mediante el Decreto-Ley 1698 dictado en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por la Ley 27 de 1963.

"Por el artículo 31 del mencionado decreto, se dispuso la creación del Tribunal Superior Disciplinario, y se dijo, en el artículo 35, que sus miembros deberían reunir los mismos requisitos y calidades exigidos para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y que estarían sujetos a las mismas causales de impedimento y recusación establecidas respecto de éstos. Se le atribuyó competencia para conocer, en única instancia, de los procesos por faltas disciplinarias que se adelantaran contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, y en segunda, de los procesos de la misma naturaleza, que fallaran en primera, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal de Aduanas.

"El decreto fue demandado por considerarlo violatorio de normas constitucionales, y al declarar la Sala Plena de la Corte la inexequibilidad de las normas demandadas, dijo, entre otras cosas:

" 'Si existe la jerarquía constitucional, si hay una pirámide judicial, cuya base son los jueces municipales y cuya cima es la Corte Suprema de Justicia, si hay una perfecta subordinación entre las diferentes partes de esa pirámide o jerarquía, tiene que aceptarse que cuando la Carta habla del

respectivo superior, se está refiriendo al superior natural, dentro de la organización por ella establecida, y en manera alguna a cuerpos extraños a la misma. La Corte es el respectivo superior con relación a los Tribunales, y éstos lo son, a su vez, de los jueces. Por consiguiente, de los procesos contra los Magistrados de los Tribunales, conocerá su respectivo superior, que es la Corte, constitucionalmente competente para imponer multas... etc. De todo lo anterior resultan claras e indudables las siguientes conclusiones:

" 'a) Que se entiende como respectivo superior, al superior natural o sea a quien nombra a los Magistrados y a los jueces;

" 'b) .....

" 'c) Que como la Carta reservó la imposición de sanciones disciplinarias para los Magistrados y Jueces al respectivo Superior, mal puede la ley conferirlas a otra Corporación o funcionario que no tenga ese carácter de respectivo superior' (fallo de 9 de febrero de 1967).

"De esta manera, mediante el referido fallo, la Corte declaró la inexequibilidad del Decreto-Ley que creaba y atribuía competencia al Tribunal Disciplinario.

"Luego, y por la reforma constitucional introducida mediante el Acto Legislativo número 1 de 1968 se creó, con rango Constitucional, el Tribunal Disciplinario, y se dijo en el mismo texto de la Carta, artículo 217 —que su competencia se extendía a conocer de las faltas disciplinarias de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y se le atribuyó, así mismo, la función de dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa. Finalmente, se dijo, que correspondería al legislador determinar la composición del Tribunal. La razón para que se diera rango constitucional al Tribunal Disciplinario, parece obvia, si se examinan los puntos de vista expresados por la Corte en el fallo referido. No parece que fuera otro el fundamento de esta actitud del Constituyente, sino la de amparar la legalidad constitucional del Tribunal, en cambio de crear, como se estila decir en el argot periodístico, una institución que llevará el pomposo título de 'Super Corte'. El Constituyente no consideró conveniente que las faltas disciplinarias en que incurrieran los miembros de las Corporaciones Judiciales fueran conocidas por los integrantes de las mismas, como se venía haciendo desde el año de 1950, y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3665 de ese mismo año, y por ello, en 1964, como se vio, creó, por Decreto-Ley, el Tribunal Disciplinario cuyo título jurídico de existencia fue desconocido por la Corte, y entonces, no quedaba remedio legal distinto que el de darle rango constitucional que es el que en la actualidad ostenta por virtud de la norma del artículo 217 de la Carta.

"En desarrollo del texto constitucional se dictó la Ley 20 de 1972 que determinó la composición del Tribunal, su régimen interno, su competencia, etc. En el artículo 2º de dicha ley se dice, que para ser Magistrado del Tribunal Disciplinario 'se requieren las mismas calidades exigidas para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y serán causales de retiro forzoso las señaladas en la ley para éstos'. Como se les atribuía una cierta jerarquía, no sólo por las calidades exigidas, sino también por la competencia, se dispuso, también, por el artículo 4º, que ellos 'tomarán posesión de su cargo ante el Presidente de la República y devengarán las mismas asignaciones que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia', es decir, que por estos tres aspectos: calidades para ejercer el cargo; asignaciones y posesión, se les dio el mismo rango que tienen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

"Se hizo, sin embargo, una excepción si se considera que por virtud del artículo 7º de la misma ley, se atribuyó competencia al Tribunal Disciplinario para conocer de las faltas en que incurran sus integrantes.

"Es conveniente examinar, para sacar luego las conclusiones del caso lo relativo al tratamiento y la jerarquía que las leyes relativas a la Administración de Justicia, reconocen a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, así:

"1. El Decreto 250 de 1970 dictado con base en las facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo por la Ley 16 de 1968 dispone en su artículo 3º, y en cuanto a las nociones de 'Funcionarios y Empleados' que 'para los efectos del presente estatuto se consideran funcionarios los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo

de Estado, del Tribunal Disciplinario...', y sigue la enumeración, guardando la regular jerarquía en los cargos;

"2. Por el artículo 31 se señala una edad de retiro forzoso igual para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Disciplinario;

"3. Por el artículo 35 se señalan las categorías de los cargos judiciales y del Ministerio Público así: 'Primer Orden: Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistratura del Consejo de Estado, Magistratura del Tribunal Disciplinario y Procuraduría General de la Nación';

"4. Luego, en el artículo 43 que se refiere a los organismos que administran la Carrera Judicial se dice, que 'la carrera será administrada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia; integrada por el Ministro de Justicia...; por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario...';

"5. Por el artículo 89, y en relación con la vigilancia judicial se dispone, que ella 'corresponde al Ministerio Público. En la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario será ejercida por el propio Procurador General de la Nación...';

"6. Por medio del Decreto-Ley 1265 de 1970 dictado en ejercicio de las facultades otorgadas al Ejecutivo por la Ley 4ª de 1969, se expidió el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, en su artículo 1º se dijo que 'la Administración de Justicia se ejerce de modo permanente por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario... etc.';

"7. En el artículo 2º se dice, que 'la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, y el Tribunal Disciplinario tienen su sede en la capital de la República y ejercen jurisdicción en todo el territorio nacional';

"8. Finalmente, por lo anterior, debe predicarse que lo previsto en el artículo 26 del Decreto 546 de 1971 dictado con fundamento en las facultades concedidas al ejecutivo por la Ley 16 de 1968 y que se refiere al 'Régimen de Seguridad y Protección Social de los Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional, y del Ministerio Público y de sus Familiares', también cobija a los Magistrados del Tribunal Disciplinario en cuanto dispone que 'los funcionarios con jurisdicción y los Agentes del Ministerio Público que actúen ante ellos, tienen derecho a los honores, distinciones y preeminencias propias de su jerarquía. Para estos efectos los Consejeros de Estado y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se equipararán a Ministros de Estado...'".

Examen de las normas constitucionales relativas a la responsabilidad de los funcionarios públicos

"Los funcionarios públicos, de acuerdo con el mandato del artículo 20 de la Carta Política, deben responder como los particulares, 'por infracción de la Constitución y de las leyes', y además, 'por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas'. El mayor ámbito de responsabilidad impuesto por la Carta a los funcionarios públicos corresponde, como es natural, a las mayores funciones acordadas a quienes tienen una especial vinculación con las entidades de derecho público, de cualquier orden. Entonces, a mayores funciones, deben corresponder mayores responsabilidades, en cuanto a que su conducta por la relación en que se hallan con la Administración Pública, puede lesionar ese interés público que se relaciona con el prestigio y el buen nombre de la administración que los funcionarios han jurado defender en el momento de tomar posesión de sus cargos, y que es imperativo, de conformidad con lo que manda el artículo 65 de la Carta.

"La misma Carta, en desarrollo y confirmación de lo dicho en el artículo 20 citado, dispone que la ley determinará 'la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este Título', que se refieren a 'Los derechos y garantías sociales'. La norma contiene sin duda, una ratificación de la responsabilidad de los funcionarios acordada en el artículo 20 ibídem, pero además, significa una especialización o desarrollo de la misma, en cuanto que solamente se refiere a la parte de la responsabilidad oficial que toca con 'la extralimitación de funciones, (u) omisión en el ejercicio de éstas', cuyo desarrollo ha hecho la ley en el Código Penal al elevar a la categoría de delitos todas aquellas infracciones con-

tenidas en la Parte Especial del Código Penal y que tienen como ingredientes constitutivos precisamente una actividad funcional del agente activo del reato.

"Finalmente, la Constitución se refiere a otro tipo de responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios públicos, y solamente ellos, que es la responsabilidad disciplinaria consagrada en el artículo 62 de la misma. No es comprensible que la responsabilidad a que se refiere esta norma sea también de naturaleza penal, por la simple razón de que de ella ya se había ocupado el Constituyente en los artículos 20 y 51 citados.

"Visto pues, que la Carta ha delimitado en forma clara tanto la responsabilidad penal como la disciplinaria para los funcionarios públicos, corresponde ahora examinar la forma como una y otra se hacen efectivas.

"En cuanto a la responsabilidad disciplinaria (Art. 62), que no corresponde juzgar en este caso, la Constitución hizo una expresa delegación al legislador para que determine los casos de su existencia y el 'modo de hacerla efectiva'. Pero como el Legislador, por lo menos en cuanto atañe a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, determinó el modo de hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria (Decreto 1698 de 1964) en forma que contradecía mandamientos constitucionales, como se anotó, fue necesario crear un organismo con rango constitucional —el Tribunal Disciplinario— que cumpliera tal función y que, por otra parte, consultara el mandato contenido en el artículo 160 de la Carta, según el cual, las sanciones disciplinarias sólo podrán imponerse por 'el respectivo superior', expresión que en sentir de la Corte, corresponde a quien hace la elección del funcionario.

"No quiere decir lo anterior, que con la creación del Tribunal Disciplinario que aun cuando tiene origen constitucional, se hubiera erigido una institución que pueda y deba considerarse como superior de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, porque con él no se cumple el sentido de la condición atribuída a la expresión 'superior' a que se refiere el artículo 160 de la Carta. Pero siendo deseo del Constituyente que el régimen disciplinario se ejerciera frente a las dos cabezas de la Rama Jurisdiccional —Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado— por una entidad distinta a la que integran sus propios miembros, era lógico que el organismo al que se le atribuirían esas fundamentales funciones tuviera una jerarquía, si no superior, por lo menos igual en cuanto a su origen y a las calidades exigidas a sus miembros etc., en relación con los funcionarios ante quienes se cumplirían.

"Por la vía de interpretación del artículo 160 de la Carta Política puede llegarse a ubicar la competencia del órgano encargado de juzgar los delitos de responsabilidad en que incurran los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

"En verdad, dicha norma dispone, en su primera parte, que 'los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino a virtud de sentencia proferida por el respectivo superior' (subraya la Corte). La segunda parte del texto se relaciona con el régimen disciplinario. No queda duda pues, de que esta primera parte del artículo se relaciona con la responsabilidad de naturaleza penal, si se atiene al significado claro de la expresión 'infracciones penales'. La disposición se refiere tanto a Magistrados y Jueces, y ya se ha visto que los integrantes del Tribunal Disciplinario, tienen la categoría de Magistrados.

"Hasta el año de 1957, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, eran elegidos por las Cámaras Legislativas (Art. 149 de la Constitución Nacional). A partir del 1º de diciembre de ese año, y por virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del plebiscito, se cambió el sistema de elección y se adoptó el de la cooptación. El sistema de elección previsto en el derogado artículo 149 explica suficientemente la razón de ser de la función jurisdiccional atribuída a la Cámara de Representantes y al Senado de la República, en relación con el juzgamiento de los Magistrados de la Corte y los Consejeros de Estado (Arts. 97 y 102), en concordancia con el artículo 160 ibidem, por ser el Congreso el órgano elector de tales altos funcionarios y por lo mismo, para estos efectos, el supe-

rior, de acuerdo con la jurídica y lógica interpretación dada por la Sala Plena al mencionado artículo 160 de la Carta.

Pese a que el plebiscito modificó sustancialmente el sistema de elección de los Magistrados de la Corte y de los Consejos de Estado, sin embargo, dejó vigente el de su juzgamiento puesto que si no se aceptara esta interpretación, los Magistrados de la Corte y los Consejeros de Estado, que no tienen superior, no tendrían tampoco juez que juzgara su responsabilidad penal, o ella correspondería a la misma Corporación, con las naturales consecuencias relativas a los fenómenos de las recusaciones y de los impedimentos que harían más engorrosa, o por lo menos, más retardada la administración de justicia".

"Lo propio ocurre con los Magistrados del Tribunal Disciplinario. Tampoco ellos tienen superior jerárquico. Pero si de conformidad con el texto claro de las normas citadas al comienzo de esta decisión y porque así se deduce del espíritu de la Carta, gozan del mismo rango y de igual jerarquía que los Magistrados de la Corte, los Consejeros de Estado y el Procurador General de la Nación, es lógico concluir que, por las mismas razones, se encuentran amparados, para su juzgamiento, con el fuero pleno correspondiente a los altos funcionarios del Estado (atribución 4ª artículo 102 de la Constitución) y, en consecuencia, no puede la Corte conocer de los delitos que se les atribuyan, mientras duren en el ejercicio de sus empleos, sino una vez satisfechos los requisitos de procedibilidad, de que tratan el artículo citado de la Carta y el 97 ibídem.

"Según el significado de estas normas, corresponde al Senado, conocer de las acusaciones que intenta la Cámara de Representantes, y con base en ellas, puede tomar varias decisiones, así: Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, el Senado deduce una clásica responsabilidad política que lo faculta para imponer sanciones que pueden consistir en la destitución del empleo, o en la privación temporal o en la pérdida absoluta de los derechos políticos. Pero, si considera que el hecho imputado ha causado daño o lesión que haga merecedor al reo de pena distinta lo pondrá a disposición de la Corte Suprema para que allí se le adelante el proceso por el tanto de responsabilidad, esa sí penal, que le corresponde.

"De esta manera, puede llegar a la Corte Suprema un proceso que se adelante contra un alto funcionario del Estado, una vez que se cumpla la condición de procedibilidad que es en lo que consiste el trámite previo que se surte ante la Cámara de Representantes y el Senado de la República.

"Se puede objetar, sin embargo, que los Magistrados del Tribunal Disciplinario, no gozan del llamado fuero especial que consiste en que su juzgamiento se haga por la vía del trámite previo del Congreso, porque ellos no están incluídos en la lista de funcionarios de que trata el artículo 102 numeral 4º de la Constitución.

"Sobre el particular, es conveniente considerar una decisión de la Corte relacionada con el Juzgamiento de los Consejeros de Estado que no estaban incluídos en la enumeración del artículo 102 numeral 4º antes de la reforma constitucional realizada por el Acto Legislativo número 1 de 1968, planteándose entonces, como ahora, la posibilidad o imposibilidad de la existencia de ese fuero en relación con dichos funcionarios. Para entonces dijo la Corte:

" 'Cierto es que los artículos 96, 102 (ordinal 5º) y 151 (ordinales 1º y 2º) de la Constitución Nacional, no le atribuyen al Senado ni a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento de los Consejeros de Estado, y cierto también es que el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que dejaba a la ley el determinar lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, fue derogado expresamente por el Acto Legislativo número 2º de 1945'.

" 'Pero no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios; la ley también puede señalarla, como se deduce de los artículos 26, 51 y 62 de la propia Constitución. Mejor dicho, la ley es la que, por regla general, debe señalar los jueces que deben juzgar a los ciudadanos en general y a los funcionarios en particular, según los preceptos que se dejan citados.

" 'Pero se dirá que al incluir la Carta algunos altos funcionarios como que deben ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, sin mentar a los Con-

sejeros de Estado, significa la exclusión de estos últimos. A lo cual se contesta que si la inclusión de unos significa la exclusión de otros, por punto general, eso no sucede siempre, pues este principio debe aceptarse cuando la naturaleza de los preceptos así lo indique, pero no cuando ella lo rechace desde todo punto de vista, como aquí acontece. En primer lugar, la Carta no trae solamente una clase de funcionarios que hayan de ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, la de los Ministros, por ejemplo, sino varias... Lo que significa que la excepción —que de una excepción se trata— no es tan circunscrita y única que el legislador se vea constreñido por el Constituyente para no extenderla a otros casos en que se contemplan iguales condiciones' (auto de 12 de septiembre de 1947).

"En la misma decisión, se dice, que como los Consejeros de Estado deben tener las mismas calidades que los Magistrados de la Corte, ello significa que deberán gozar de los mismos privilegios y derechos entre los que están, precisamente, los de ser juzgados por órganos especiales y no por los jueces ordinarios.

"Para el caso de autos, el razonamiento de entonces, explica suficientemente la situación actual en relación con los Magistrados del Tribunal Disciplinario, que como se ha visto con la cita de diversas disposiciones legales vigentes, los colocan en un plano de igualdad total, tanto con los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, como con los Consejeros de Estado, constituyendo de esta forma una verdadera trilogía de las ramas Jurisdiccional, Contencioso Administrativa y Disciplinaria.

"La enumeración que la Carta hace de los altos funcionarios justiciables por el Senado, no es pues, taxativa sino meramente enunciativa. Y esta afirmación resulta lógica, porque de lo contrario, se crearía el absurdo de aceptar la existencia permanente de una Asamblea Constituyente, o un cuerpo Constituyente, que se ocupara de llenar cada vez que se presente el caso, los evidentes vacíos o 'lagunas' que tiene la Legislación Constitucional. Qué sucedería, por ejemplo, con los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, o con los Magistrados o funcionarios que van a integrar el proyectado Consejo Superior de la Administración de Justicia a los que se otorgarán las más amplias competencias en los diversos campos de este fundamental servicio público, y a cuyos integrantes se va a exigir las mayores calidades? Cómo, y por quiénes se juzgarán sus actos, para el caso no imposible, de que como van a ser designados con posterioridad a la expedición del artículo 102, que es originario de la Constitución de 1886, no pueden ser incluidos dentro de sus previsiones?

"Es que como enseña Emilio Betti, el sentido de la ley no se agota en una enunciación descriptiva o narrativa de las situaciones previstas, no en un juicio hipotecario que a la previsión de tales situaciones o hechos atribuya ciertas calificaciones o relaciones jurídicas. Frente a la correlación que la norma establece entre ciertas situaciones y ciertos 'efectos' jurídicos, el intérprete debe plantearse no sólo 'cómo', sino también 'por qué' la dispuesta correlación deba funcionar. En otros términos: el alto del momento lógico debe tenerse presente el momento teológico de la norma jurídica; en una, con el contenido lógico de la fórmula legislativa, se debe indagar la **ratio iuris**, que ilumina el valor normativo. Ya que la norma jurídica, —a diferencia de un juicio terorético, que es fin a sí mismo como conocimiento de verdad— no es fin a sí misma, sino instrumento para un fin de convivencia social, que no puede decirse logrado con la sola emanación, sino con la aplicación de esa norma a la vida de relación (Emilio Betti 'Interpretazione della legge a degli atti giuridici', Milán; 1949, págs. 67-68).

"De suerte que, en una interpretación sistemática y finalística de la organización jurídica, debe entenderse, que a igual jerarquía dentro de la estructura administrativa del Estado, deben corresponder iguales derechos y garantías para el juzgamiento de quienes están investidos de una alta función. Debe tomarse en cuenta, asimismo, que el fuero no representa un privilegio, en cuanto que no se ha erigido en beneficio de la persona, sino que al contrario, busca garantizar la función y el oficio públicos, en interés general, y no particular. Tanto es así, que el fuero especial consagrado en la Constitución, no debe enten-

derse como erigido en beneficio personal del funcionario, que éste no puede renunciar a él, precisamente porque hay que tomarlo como inherente a la función. Por ello, también la subsistencia del fuero, se predica aún para el caso de cesación del cargo o empleo.

"Pero, se argumenta, que en el Código de Procedimiento Penal vigente, al hacerse la distribución de las competencias, y específicamente de las que se refieren a los asuntos atribuidos a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia 'en los casos que corresponda conforme a la Constitución Nacional' (Art. 32 numeral 5º), no quedaron incluídos, en forma expresa, los Magistrados del Tribunal Disciplinario, y que, por lo mismo, en relación con ellos no es predicable, por este aspecto, la existencia de un fuero especial para su juzgamiento, por lo que quedarían sometidos a las normas generales sobre competencia.

"Contra este modo de argumentar es fácil advertir, que el Código de Procedimiento Penal se expidió por el Decreto Ley 409 de 27 de marzo de 1971, y que entró a regir el 1º de julio del mismo año (Art. 770), y de otra parte, que la Ley 20 de 1972 que como se vio, fue dictada en desarrollo del artículo 217 de la Carta, para organizar el Tribunal Disciplinario es de 30 de diciembre del mismo año, es decir que se originó casi un año después de expedido el Código de Procedimiento Penal. Luego, no era jurídicamente posible que el legislador de 1971 pudiera incluir, dentro de sus previsiones, una situación que nació a la vida jurídica en 1972.

"Debe tomarse en consideración, sin embargo, que el Código de Procedimiento Penal, al desarrollar el texto Constitucional relativo al fuero de que gozan los altos funcionarios del Estado, claramente admitió que la enumeración que de ellos hace el artículo 102 numeral 4º de la Carta Política, no es taxativo.

"Evidentemente en el artículo 32 numeral 5º, y en relación con la competencia acordada a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se dice, que ella conocerá 'de los procesos por delitos cometidos por el Presidente de la República o el encargado de la Presidencia, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los Fiscales del Consejo de Estado, en los casos en que corresponda conforme a la Constitución Nacional'.

"Ahora bien, si se compara este texto, con el Constitucional (Art. 102 numeral 4º), se advertirá, que allí no se hace mención expresa al encargado de la Presidencia, ni a los Fiscales del Consejo de Estado. Cuál entonces la razón para que la ley les hubiera atribuído ese fuero especial? Seguramente, por la dignidad y la jerarquía reconocida a ellos. Para el caso del encargado de la Presidencia, porque el artículo 126 de la Constitución dice, que éste 'tendrá la misma preeminencia que el Presidente cuyas veces desempeña', y como en virtud del artículo 131 ibídem, al Presidente de la República lo cobija un fuero especialísimo, teniendo el encargado la misma preeminencia, lógicamente el fuero debe cobijarlo. En cuanto a la situación de los Fiscales del Consejo de Estado, la razón no puede ser otra que la que se desprende de lo dispuesto en el artículo 146 de la Constitución, según el cual, 'para desempeñar el cargo de Fiscal del Consejo de Estado' se requieren las mismas condiciones exigidas a los 'Consejeros de Estado'. Es decir, que cuando se exigen determinadas calidades para el desempeño de un cargo, los privilegios y derechos se extienden, también no a la persona sino a la función o al cargo. Y si para los Magistrados del Tribunal Disciplinario se exigen las mismas calidades que para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y éstos gozan de fuero especial, por qué aquéllos no? Donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición, es principio de interpretación lógica.

"Pero aún aceptando en gracia de discusión que el legislador, voluntariamente hubiera considerado que no era el caso incluir dentro de las nórmas relativas a la competencia especial a los Magistrados del Tribunal Disciplinario por considerar que no gozaban de los privilegios acordados por la Carta a los altos funcionarios públicos, habría que examinar si ese vacío de la ley, contradice en texto constitucional, y más específicamente el artículo 180 de la Carta, que expresa y terminantemente dispone que en cuanto a la responsabilidad de

naturaleza penal en que pueden incurrir los Magistrados y los jueces, no podrá hacerse efectiva sino 'a virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior'. Y si no se puede ignorar o suprimir, porque no hay modo jurídico de hacerlo, la categoría legal y constitucional de Magistrados, a los integrantes del Tribunal Disciplinario, en qué forma deberá interpretarse el texto constitucional, cuando a ellos haya que referirlo?

"Esta es una de aquellas normas Constitucionales que al ser desarrolladas por el legislador ordinario, no pueden dar lugar a que se planteen dudas de ningún orden respecto a su significado y alcance. La referida disposición tiene una obvia finalidad que debe interpretarse en forma sistemática y no separada del conjunto de otras normas a través de las cuales se busca resguardar a todo trance, el principio de la jerarquización en la organización jurisdiccional a que hacía referencia la Sala Plena de la Corte en la sentencia anotada, cuya interpretación debe entenderse, de otro lado, cómo obligatoria para todos, porque ese, y no otro es el efecto de las decisiones que como Tribunal Supremo Constitucional se reconoce a la Corte Suprema de Justicia.

"De consiguiente, si el legislador al desarrollar en una fórmula legal, la consignada en un texto de la Constitución, no le ha dado el significado y el alcance propios que consultan su espíritu y su finalidad, que como se ha visto no es otro que el de resguardar el principio de la jerarquización de la Rama Jurisdiccional, la ley expedida con tales características y por ese aspecto, debe considerarse como contraria a la Constitución, por lo que, frente a ella, puede válidamente escrimirse y por quien tiene facultad para aplicarla, el principio consagrado en la misma carta, según el cual 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones Constitucionales' (Art. 215 Constitución).

"No se trata entonces, como podría aparecer a simple vista, de plantear una situación de aplicación analógica de la ley, que se dice, no es viable en tratándose de normas de excepción; pero ni siquiera de una forma de aplicación extensiva, que sí cabe aún con relación a este tipo de disposiciones, sino que, simplemente, de lo que se trata aquí es lisa y llanamente de obedecer y hacer que obedezcan quienes tienen facultad para aplicar la ley, los claros mandatos de la Constitución para que su texto claro, preciso y terminante, prevalezca sobre la ley que la contradice en forma ostensible, que es lo que aquí acontece cuando se pretende negar que el artículo 160 de la Constitución Nacional no cobija o no funciona respecto a los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

"Lo contrario sería llegar a esa forma de interpretación exegética que censuró ARTURO ROCCO cuando escribió que 'en esta forma, la interpretación y la aplicación de las disposiciones de la ley penal no se reducen con frecuencia a un automatismo mecánico y avaro que mira solamente a constatar, con el diccionario en mano, si la hipótesis literal y estrictamente prevista por el legislador se ha verificado en el hecho. Grave error éste, porque la prohibición atrás anotada (de la interpretación extensiva) no excluye, sino por el contrario, presupone la interpretación lógica y no solamente gramatical de la norma legislativa; es decir, la determinación del pensamiento y la voluntad de la ley y su razón justificadora. Además, no se debe exagerar el alcance tomando como pretexto locuciones inexactas, con el fin de eludir la aplicación de la ley en los casos que pueden estar comprendidos en ella'."

Con vista en las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal - administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DISPONE REMITIR las presentes diligencias a la Honorable Cámara de Representantes, de conformidad y para los efectos del artículo 102 de la Constitución Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V. Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Cuando se discutió el proyecto tuvimos oportunidad de afirmar y sustentar la tesis que fija en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin condición alguna de procedibilidad, la competencia para juzgar a los Magistrados del Tribunal Disciplinario. Brevemente comentamos varios de los aspectos que en esa ocasión hicimos conocer y que sirven ahora de adecuado fundamento para separarnos de la decisión mayoritaria.

1. Sea lo primero desechar el criterio que pretende excluir todo fuero para los aludidos magistrados y acudir a la cláusula general de competencia (Art. 36, 2 del Código de Procedimiento Penal). A este respecto anotamos:

a) De los Jueces y Magistrados que integren la rama jurisdiccional, no hay uno solo que no tenga fuero. Los jueces municipales, de circuito, menores y superiores, los juzgan los Tribunales de Distrito Judicial a que pertenecen. Estos organismos colegiados extienden esta función a los jueces de aduanas. En cuanto a los Magistrados de Tribunal Superior, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte esta atribución. De donde resulta obvio que perteneciendo los Magistrados del Tribunal Disciplinario a la Administración de Justicia (Decreto 250/70, 3, 35, 43, 89 y Decreto 1265/70, 1) y teniendo la categoría de Magistrados, no pueden carecer de fuero. Es imposible dejar de considerar a un magistrado como tal y negarle el tratamiento dispensado a todo juez;

b) La cláusula general de competencia dice relación a infracciones en las cuales no cuenta la condición oficial del ejecutor de la infracción. No es una previsión amplia y complementaria que incluya a personas sobre las cuales se proyecte directa o indirectamente un fuero. Nótese que el Juez de Circuito es totalmente ajeno a esta especializada competencia;

c) La interpretación no debe conducir a extremos ilógicos ni formalizar conceptos que repugnen al sentido y efecto de una institución. No puede ofrecerse como apreciación eficaz y plausible la que despoja al Magistrado del Tribunal Disciplinario. En factores de juzgamiento que se dispensan al más modesto juez en la escala judicial. Su calidad y funciones trascienden equilibradamente cuando se les incluye entre los justiciables por el máximo organismo de juzgamiento que existe en el país, la Corte Suprema de Justicia;

2. El artículo 102, 4 de la Constitución Nacional no puede atribuirse, por vía de interpretación analógica o extensiva, a los Magistrados del Tribunal Disciplinario. En esto de los fueros no debe asumirse la misma rígida valoración. Está bien decir, en cuanto a fueros de carácter constitucional, que su aplicación sea restrictiva, limitante y concluyente. Pero los fueros de ley no obedecen a una orientación tan cerrada y estricta. Aquel factor juega de modo excepcional y éste de manera más general. Al legislador no puede adicionársele la lista de los justiciables por la Cámara y el Senado, por ser asunto que reglamenta en forma específica y clara la Constitución, pero sí es dable aplicar más laxo y armónico criterio en relación a fueros simplemente legales. Uno y otro señalamiento obedecen a razones diferentes y tienen una distinta importancia y efectos.

En abono de este planteamiento se pueden indicar dos razones, una de jure condenado y otra de jure condito:

a) La intervención de las Cámaras en el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, es tendencia que conviene limitar más que extender. Podría decirse que ape-

nas se justifica en relación al Presidente de la República, pues proceder en contra suya suele aparejar compromisos de grave responsabilidad política que conmueven profundamente el orden público nacional. En los demás casos (Magistrados, Consejeros, Procurador, Ministros etc.) la rama jurisdiccional, por medio de su más elevado y especializado organismo de justicia penal, debe intervenir en el conocimiento de las infracciones cometidas por los altos funcionarios del Estado. Imponer en forma amplia una labor de esta índole al Parlamento, no deja de refluir en la aparición de ingredientes conflictivos que lejos de otorgar eficacia y seguridad al juzgamiento, constituye el mecanismo en algo muy lento, complejo y controvertible. De otro lado hoy en día, cuando se garantiza en forma conveniente la autonomía de la rama jurisdiccional, resulta inadecuado y contraproducente acudir a esta tutela legislativa, muy necesaria cuando la autarquía del poder judicial era una utopía y los desmanes e influjos del príncipe de turno la agobiaban y sometían caprichosa y arbitrariamente;

b) En la providencia se enfatiza en el artículo 160 de la Constitución Nacional: "Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales sino en virtud de sentencia judicial, proferida por el respectivo superior...", llegándose a fijar este "respectivo superior" en la persona o entidad que cumple el nombramiento.

Varios prácticos ejemplos señalan la falta de rigor en esta tesis: el juzgamiento de los jueces de aduanas está en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y no en el de Aduanas; el de los Magistrados del Tribunal Superior Militar está reservado a la Corte, que no interviene en su designación; los Magistrados de los Tribunales Contencioso Administrativo, que dependen del Consejo de Estado, no son susceptibles de la aplicación de la ley penal por este organismo, etc.

Esto indica que el origen no fija, inmodificablemente, la entidad que debe cumplir el juzgamiento penal.

Para fundar una norma como el artículo 102, 4 de la Constitución Nacional, no puede acudirse a la herejía de afirmar que el Congreso es el "respectivo superior" de la Corte, del Consejo de Estado o del Tribunal Disciplinario, así este último deba su nombramiento cada cuatro años (lo que de por sí establece una definitiva diferencia, echada de menos en la providencia, entre aquéllos que son vitalicios, y éste que carece de igual atributo) al Senado y a la Cámara. Semejante capitis deminutio no es tolerable ni se compagina con la calidad de estos organismos de justicia, ni con el fuero de que gozan sus integrantes, ni con la razón de ser de la protección foral que dispensa en forma restringida y taxativa la Carta. Ni el Senado ni la Cámara se tienen por superiores del Presidente de la República, de los Ministros, de los Magistrados de la Corte o del Consejo de Estado, ni tampoco de los del Tribunal Disciplinario, en los primeros casos no hay siquiera el argumento del origen y para los últimos, el factor designación no impera indefinidamente ni jerarquiza sus autónomas funciones. La disposición no podría explicarse dentro del concepto de "respectivo superior", porque para unos puede contar menguadamente el motivo de origen, pero para otros es cuestión ajena.

Pero es más, la parte final del artículo 7º aparte 1º, de la Ley 20 de 1972, cuando indica la autocompetencia de los Magistrados del Tribunal Disciplinario para conocer de sus faltas disciplinarias, resultaría claramente inconstitucional, porque cercena un atributo de su "respectivo superior" la Cámara o el Senado, y el artículo 217 de la Constitución Nacional (Acto Legislativo 1/68, 73) no dio atribuciones para mermar o desconocer una facultad de tan privilegiada naturaleza. Para que la ley pudiera ocuparse de este aspecto, hubiera sido necesario que el citado artículo de la Carta lo permitiese de modo explícito;

c) Resulta inadmisible, para fundar una interpretación de esta índole, aludir a "respectivo superior" de organismos constituidos en cabeza de la rama jurisdiccional. Cuando se trata de personas o entidades colocadas en la cúspide de la organización administrativa o judicial, es necesario acudir a otros conceptos porque éste, destinado a mantener criterios de jerarquización

en estamentos inferiores, aparece obviamente insuficiente y extraño;

d) Si la Constitución Nacional (Artículo 217) los ubicó como Magistrados de Tribunal, no hay por qué darles otra denominación ni categoría. No se advierte motivo para asimilarles a miembros de Corte o Consejo de Estado, siendo evidente su equiparación, para asunto de juzgamiento, a lo que son, esto es, Magistrados de Tribunal. No debe olvidarse que el Tribunal Militar o el de Aduanas tienen una competencia nacional y única, aspecto de suma semejanza con el Tribunal Disciplinario, y sinembargo aquéllos están sometidos a la Corte para este fin. Por qué cambiar de criterio en el caso de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, máxime cuando la Corte juzga a funcionarios igualmente importantes como lo son el Contralor General y Tesorero General de la República, Registrador del Estado Civil, Comandantes Generales de las Fuerzas Militares, Diplomáticos, Senadores y Representantes en el caso del artículo 75 de la Constitución Nacional, etc. Esta competencia indica que este organismo está constituido en el máximo o supremo juzgador de los altos funcionarios del Estado;

e) Que la Corte conozca de los procesos contra Magistrados del Tribunal Disciplinario, no es despropósito forense. Ya se indicaron motivos para apoyar tan razonable deducción. Si la sanción por el Tribunal de Magistrados de la Corte o Consejeros de Estado a título disciplinario, no es motivo de incertidumbre ni de desequilibrio judicial, no obstante tratarse de un procedimiento breve y un tanto ajeno a recursos dentro del mismo trámite, mal puede invocarse estas eventualidades cuando se trata de una investigación penal de más amplio desarrollo y posibilidad de defensa que deba cumplir la Corte en relación a los integrantes del Tribunal Disciplinario. La bondad de la función se exterioriza siempre con la rectitud y nobleza de su ejercicio y no con su abstracta o teórica enunciación;

f) No es motivo para acudir al tratamiento que entraña la condición de procedibilidad del artículo 102, 4 de la Constitución Nacional, el que la remuneración de los Magistrados del Tribunal Disciplinario sea igual a la de los Magistrados de la Corte y los Consejeros de Estado y que requieren las mismas calidades exigidas a éstos. (Ley 20/72, 2 y 4). Si así ocurriera, el fuero especial tendría que extenderse a innumerables funcionarios que puedan exhibir idónticos o similares factores.

De otro lado, la equivalencia de honores, distinciones y seguridad social (Decreto 545/71), no entraña por sí extensión del fuero prescrito en forma taxativa por la Constitución. Este último Decreto no podía ocuparse ni indirectamente de cuestión tan decisiva como el juzgamiento, ni sus normaciones buscaban este objetivo. Esas preeminencias sociales y cívicas, no consiguen formar opinión sobre el tema analizado.

3. Entonces, si la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es el juez natural de los altos funcionarios del Estado, especialmente de los Magistrados de Tribunal, calidad a lo cual responden los Magistrados del Tribunal Disciplinario, quienes de modo específico no han sido incorporados a los justiciables por la Cámara y Senado (Art. 102, 4 Constitución Nacional), debe concluirse que es ella la que debe avocar directamente el conocimiento de las denuncias y procesos que contra dichos magistrados se presenten o inicien.

Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez.

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado doctor Julio Salgado Vásquez

Las razones jurídicas que militan para considerar que los ex-Magistrados del Tribunal Disciplinario, doctores Pedro Manuel Arenas, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Julio Ortiz Márquez y Gustavo Orjuela Hidalgo, carecen de fuero pleno o restringido, son las mismas que me permití exponer en relación con el actual Magistrado de dicho Tribunal, doctor Leovigildo Bernal Andrade. Por tal motivo, acompaño como salvamento de voto el que redacté en tal oportunidad.

(Fdo.) Julio Salgado Vásquez

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha ordenado remitir a la Honorable Cámara de Representantes la denuncia del abogado Jaime Rafael Pedraza contra el doctor Leovigildo Bernal Andrade, Magistrado del Tribunal Disciplinario para que, si lo considera pertinente, acuse ante el Senado de la República al sindicado "de conformidad y para los efectos del artículo 102 de la Constitución Nacional".

Por estimar que tal determinación es errónea, la voté negativamente. Las razones jurídicas que me asisten en esta oportunidad son las que a continuación bosquejaré.

La administración de justicia

El Poder Público en el país se ejerce mediante tres grupos de servicios públicos, que han sido aglutinados siguiendo un criterio de similitud de las diversas actividades. El artículo 55 de la Constitución Política de Colombia expresa que "son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional". A su turno el artículo 58 enseña que la administración de justicia es tarea adscrita a "la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley".

La jurisdicción contencioso administrativa está a cargo del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos (artículos 141 y 154).

El conocimiento de las faltas disciplinarias corresponde a la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Disciplinario, los Tribunales Superiores, el Procurador General de la Nación y los Jueces con respecto a sus subalternos. Esta dispersión de competencia funcional para administrar la justicia disciplinaria es a todas luces antitécnica, por cuya razón sería conveniente adscribirle esta función a un único organismo, como lo sería el Tribunal Disciplinario, en lo nacional, y Tribunales Disciplinarios seccionales de Distrito Judicial.

El conocimiento de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, compete a las Cortes Marciales o Tribunales Militares, conforme las reglas del Código de Justicia Penal Militar (Art. 170).

De manera ocasional y en casos especiales también administran justicia el Senado de la República, algunos funcionarios administrativos, los jurados de conciencia y los árbitros.

El Decreto Ley 1265 de 1970 sintetiza los anteriores conceptos por medio de su artículo primero:

"La administración de justicia se ejerce de modo permanente por la Corte Suprema

de Justicia, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario, los Tribunales Superiores de Distrito, Administrativos, de Aduanas, Militar y Disciplinario, y los Jueces Superiores, de Circuito, de Instrucción, de Menores, de Distrito Aduanero, Territoriales y Municipales".

"En casos especiales se ejerce por el Senado y por funcionarios administrativos".

"Los Jurados y los Arbitros ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales".

La capacidad de administrar justicia en general, se concreta en la competencia de los distintos funcionarios o particulares que juzgan.

La competencia penal ordinaria se fija según los criterios de la naturaleza del hecho, el territorio donde se ha cometido la infracción y la atribución dada a los funcionarios para administrar justicia (competencia funcional).

La competencia ordinaria la ejercen, en primera instancia, el Juez Municipal, el Juez de Circuito y el Juez Superior; el Juez de Menores en única instancia.

Esto significa que existe la regla general de que los funcionarios mencionados son los jueces competentes para conocer de todos los delitos cualesquiera que sean sus autores.

Los fueros

Pero debido a la calidad de algunos procesados, por haber delinquido mientras ejercían funciones oficiales, se han adoptado varias excepciones a la competencia general y ordinaria que cobija a todos los residentes en Colombia.

Son los denominados fueros, que son de dos clases:

Se entiende por fuero pleno el que acuerda el Código Institucional para que determinados funcionarios sean juzgados mediante la intervención de la Cámara de Representantes como Fiscal, en su condición de único titular de la acción penal, y el pronunciamiento del Senado de la República sobre la responsabilidad política, debido a indignidad por mala conducta, o a la declaratoria de que hay lugar a seguimiento de causa por parte de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate de delitos, bien sean de responsabilidad o comunes (artículos 97 y 102).

Según las voces de los artículos 102-4 y 131 de la Carta gozan de fuero pleno el Presidente de la República, el Encargado de la Presidencia de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado.

El artículo 97 de la Codificación Constitucional señala el procedimiento que se sigue en el Senado cuando la Cámara de Representantes formula acusación contra los funcionarios arriba mencionados.

El fuero restringido es aquel que señala la Constitución o la ley para que sean juzgados determinados funcionarios, pero sin que sea necesaria la condición de procedibilidad de la intervención del Congreso.

El artículo 151-2 confiere fuero restringido, para ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o de las leyes, o por mal desempeño de sus funciones, a los Jefes de Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Agentes Consulares y Diplomáticos de la Nación, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales de Distrito, Comandantes Generales y Jefes Superiores de las Oficinas Principales de Hacienda de la Nación.

El Código de Procedimiento Penal acuerda fuero restringido en relación con otros funcionarios. A la Sala de Casación le ha adscrito, además del conocimiento de las causas contra los funcionarios que han sido favorecidos con el fuero pleno, otros que gozan de fuero restringido, como son los Fiscales del Consejo de Estado; los Magistrados de los Tribunales Superiores de Aduanas; el Tesorero General de la República; el Registrador del Estado Civil; los Intendentes y Comisarios; los Magistrados de los Tribunales Administrativos; los Procuradores Delegados en lo Civil, en lo Penal, ante la Policía y ante las Fuerzas Armadas y los Procuradores de Distrito. También cuando se trata de causas de responsabilidad por infracciones cometidas por los Senadores y Representantes en el caso del artículo 75 de la Constitución Nacional (Art. 32, numerales 5º, 6º, 7º y 8º del Código de Procedimiento).

El artículo 33 ibídem, numeral 2º, esta-

blece fuero restringido para que la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conozca en primera instancia de los procesos que se sigan a los Gobernadores Eclesiásticos de Diócesis, Vicarios Generales, dignidades y demás miembros de los Cabildos Eclesiásticos; y de los procesos que por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, o por razón de ellas, se sigan contra los Jueces Superiores, de Circuito, de Instrucción, de Menores, de Distrito Penal Aduanero, Municipales y Territoriales; los Jefes de Oficinas Seccionales; el Jefe de Vistadores, los Visitadores y Asesores Jurídicos de la Procuraduría General de la Nación; los Fiscales de Juzgado, y los Personeros Municipales.

La distribución de competencias especiales como son las referentes a los fueros plenos y restringidos, es quehacer que le corresponde desempeñar a la Constitución y a las leyes, conforme lo tiene establecido el artículo 4º del Decreto 1265 de 1970, por el cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia:

"La competencia de las Corporaciones en pleno y la de las Salas, se determina por la Constitución Nacional y las leyes".

Esto quiere decir que cuando la Carta o las leyes no han hecho una excepción a la regla general de que todos los procesados deben estar sometidos a la jurisdicción ordinaria de los Jueces Superiores, de Menores, de Circuito y Municipales, no se puede predicar que el Juez, echando mano de la analogía o de supuestas interpretaciones sistemáticas, teleológicas, dinámicas o científicas, esté autorizado para suplir al legislador y al constituyente para, por la vía jurisprudencial, enmendarle la plana a la Carta o a la ley, diciendo que se estaría en presencia de un vacío o laguna.

Las normas que señalan las competencias son de carácter institucional, por cuanto distribuyen el poder público entre plurales organismos y funcionarios estatales. Esos preceptos son auténticos desarrollos de los postulados Constitucionales, por cuya razón resultaría arbitrario que los Jueces, abandonando su papel de administradores de justicia, invadieran el terreno que la Constitución ha reservado al Congreso, como es el relacionado con la expedición de leyes.

Es de usanza cotidiana aplicar a materias distintas ordenaciones legales establecidas para reglar situaciones diversas al asunto que se tiene entre manos, como es el relacionado con las lagunas en el derecho positivo.

La Ley 153 de 1887 impuso a los jueces la obligación de fallar todas las controversias que se le planteen sin que puedan excusarse con el argumento de que la ley guarda silencio sobre la manera como debe la justicia pronunciarse.

Entre otros, los siguientes preceptos sirven al juzgador para salvar el problema de los vacíos, lagunas, obscuridades, dudas o anfibologías que se considere obstaculizan la labor del fallador:

"Artículo 4º Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes".

"Artículo 5º Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes".

"Artículo 8º Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas del derecho".

"Artículo 13. La costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

"Artículo 48. Los Jueces o Magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

Nótese que los textos transcritos se refieren al juzgamiento, pero no a la interpretación de la estructura del Estado. Si la Constitución es el estarcido fundamental dentro de cuyos dintornos y líneas esenciales debe desenvolverse el orden jurídico, resulta despropósito inexplicable que los administradores de justicia desborden los es-

trictos marcos donde debe desarrollarse la labor juzgadora, para convertirse en legisladores. El juzgamiento consiste en "decir el derecho" frente al caso controvertido, pero no en acuñar excepciones a las normas generales, como sería sustraer de la jurisdicción ordinaria que ejercen los Jueces Superiores, de Menores, de Circuito y Municipales a funcionarios a quienes ni la Constitución ni la ley le han dado fuero pleno o restringido. Tal es el caso de los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

Se ha dicho que el Juez es el legislador del caso controvertido en estrados. Y ello es cierto, pero entendiéndolo en el sentido de que el juzgador no puede dictar sentencias con validez universal, pues el artículo 17 del Código Civil dispone exactamente lo contrario:

"Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

En realidad, la teoría del juez legislador del caso concreto lo que significa es que como la ley es disposición general y abstracta, que describe una o varias hipótesis de carácter común, al juez le corresponde examinar si la situación de hecho que las partes le han planteado, encaja en la hipótesis legal. Y en ese terreno es donde el legislador lo constriñe para que no deje de fallar, aun cuando no haya ley exactamente aplicable, autorizándolo para recurrir a la analogía, inclusive en materias penales aun cuando restringida a lo favorable.

Cuando la providencia de la Sala de Casación Penal acude a la analogía para legislar, dízque en reemplazo del Constituyente porque la Carta guarda silencio, y poder así disponer que aun cuando ninguno de sus preceptos le atribuye a la Cámara de Representantes la facultad de acusar a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, ni al Senado la de aceptar o rechazar esa acusación, lo que hace es tomar determinaciones que no le competen. Las normas que fijan la competencia de los jueces son de estrictísima observancia, por lo cual no le es permitido al intérprete, y especialmente al intérprete con imperio, como lo es el juzgador, tomarse licencias como esta de suplantar al legislador diciendo que, no obstante que ni la Carta ni las leyes han exceptuado la norma que obliga a todos los residentes en Colombia a ser juzgados por los Jueces Superiores, de Menores, de Circuito y Municipales, en el caso de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, la Sala de Casación Penal toma una decisión modificadora de la Constitución, al disponer enviar a la Cámara de Representantes la denuncia contra uno de los mencionados funcionarios "para los efectos del artículo 102 de la Constitución".

La analogía legiferante la funda la Sala de Casación Penal en la circunstancia de que el artículo 2º de la Ley 20 de 1972 dispone que "para ser Magistrado del Tribunal Disciplinario se requieren las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia", con lo cual se están confundiendo dos cosas diversas, como son las calidades que se requieren para poder obtener la confirmación del nombramiento de Magistrado del Tribunal Disciplinario, y lo concerniente a la determinación del juez competente para juzgar a ese funcionario por delitos oficiales o comunes, porque en tratándose de faltas disciplinarias es asunto resuelto por el numeral 1º del artículo 7º de la Ley 20 de 1972 al disponer que el Tribunal Disciplinario conoce en única instancia "de las faltas en que incurran los Magistrados del Tribunal Disciplinario".

Si la analogía autorizara para otorgar fueros que la Constitución no concede, se podría argumentar en el sentido de que como varios de los más altos funcionarios de la rama ejecutiva y de la jurisdiccional son juzgables por la Corte Suprema de Justicia, previas las condiciones de procedibilidad de acusación de la Cámara de Representantes y aceptación de la acusación por parte del Senado de la República, por analogía debería concedérsele fuero pleno a los Senadores y Representantes, por ser los integrantes de la rama legislativa del Poder Público. Sin embargo, la Constitución guarda silencio respecto al juzgamiento de los Congresistas. Con el mismo criterio de que a igualdad de categoría, honor y preeminencia, debe corresponder similar

fuero, debería predicarse que el juzgador puede reformar la Constitución mediante auto interlocutorio, por medio del cual señale una competencia de fuero pleno, pretextando silencio, vacío o laguna de la Carta. Pero a nadie se le ha ocurrido semejante dislate. Todos los intérpretes están acordes en considerar que, respecto a congresistas, la Constitución apenas ha consagrado la inviolabilidad de los Senadores y Representantes por sus opiniones y votos en el ejercicio del cargo (Art. 106) y la inmunidad para no ser aprehendidos ni llamados a juicio criminal, sino mediante el cumplimiento de los requisitos del artículo 107.

El único fuero de los congresistas es el restringido previsto por el numeral 8º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, cuando deben ser juzgados por la conducta descrita por el artículo 75 de la Carta.

Por último, para que el Senado pueda ejercer las "determinadas funciones judiciales" (Art. 58 ibídem) que puntualizan los artículos 102-4 y 131 y 97 siguientes, debe hacerlo mediante el cumplimiento del debido proceso, so pena de generarse nulidad supralegal (Art. 26) porque debe actuar dentro del procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Penal, cuyo artículo 592 manda:

"Acusación de la Cámara de Representantes. El juzgamiento de los funcionarios públicos, que de acuerdo con la Constitución Nacional son justiciables por el Senado, se hará siempre mediante acusación de la Cámara de Representantes, que en tal caso actúa como Fiscal".

De donde se deduce que la Cámara de Representantes, en su carácter de representante especial del Ministerio Público, y como exclusiva titular de la acción penal, tiene competencia para acusar a los funcionarios enumerados por los artículos 102-4 y 131 de la Carta; y el Senado sólo puede tramitar procesos penales contra los mencionados servidores públicos.

Tesis discutibles, por decir lo menos

A lo largo de la providencia que se está glosando abundan planteamientos que pretenden interpretar el orden jurídico pero que sólo consiguen escamotearlo para tratar así de cohonestar la violación de la Constitución.

A continuación se bosquejarán algunas de las afirmaciones que no es posible dejar de mencionarlas, porque constituyen clara negación del derecho.

1. Los Magistrados del Tribunal Disciplinario se asimilan a Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito y de Aduanas, según el Juez 27 Penal del Circuito de Bogotá.

Nada justifica tal semejanza, ni por las funciones desempeñadas, ni por el territorio a que extienden su competencia, ni por el origen, ni por las calidades necesarias para obtener la confirmación de los respectivos nombramientos.

La competencia que el numeral 6º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal da a la Sala de Casación Penal para conocer "de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra... los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, (y) los Magistrados de los Tribunales Superiores de Aduanas..." no faculta a la Corporación para desconocer los límites precisos de esa especial competencia, extendiendo ese fuero restringido a otros funcionarios no incluidos en la enumeración hecha por la ley procesal.

2. Un superior que no lo es por ser igual a quien no es su superior, pero que debiera serlo para poder utilizar la institución del respectivo superior.

Este epígrafe no es la expresión de un quid pro quo, ni mucho menos es galimatías por ser lenguaje oscuro, sino exacta expresión de las consideraciones hechas por la Sala de Casación Penal so pretexto de interpretar la primera fracción del segundo inciso del artículo 160 de la Constitución, que reza:

"Los Magistrados y los Jueces estarán sujetos a sanciones disciplinarias impuestas por el respectivo superior".

Según la Sala corresponde al respectivo superior sancionar disciplinariamente a los funcionarios situados en plano inferior en la jerarquía de los funcionarios judiciales, siendo superior jerárquico quien nombra, e inferior el elegido.

Para ser aplicable el artículo 160, sería indispensable que la Corte Suprema de Justicia fuera el superior jerárquico del Tribunal Disciplinario, por tener la atribución de elegir a sus integrantes. Pero ocurre que ni la Corte nombra a los Magistrados de la Corporación disciplinaria, ni tampoco es su superior jerárquico.

El aserto del respectivo superior, en cuanto a sanciones disciplinarias, de que habla el artículo 160 (Art. 86 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945) fue sustancialmente modificado por el artículo 73 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968 (Art. 217 de la actual Codificación Constitucional), porque dispuso que "el conocimiento de las faltas disciplinarias de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado corresponde al Tribunal Disciplinario". En efecto, ni la Corte ni el Consejo de Estado tienen superior jerárquico.

Es más: la Ley 20 de 1973 en desarrollo del mandato constitucional de determinar las demás funciones que deberían atribuirse al Tribunal Disciplinario, dispuso que juzgaría al Procurador General de la Nación y es sabido que dicho funcionario no es subalterno de dicho Tribunal. Así mismo, se le dio competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra sus propios miembros. Para predicar la vigencia del respectivo superior, sería forzoso llegar a la conclusión de que el Tribunal Disciplinario es superior jerárquico del Tribunal Disciplinario. ¡Ni el misterio de la Santísima Trinidad tendría mayores complicaciones!

3. **No es la Constitución ni la ley la que señala la competencia para juzgar a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, sino la interpretación de los juzgadores.**

Textualmente así lo sostiene el auto de la Sala de Casación Penal:

"Por la vía de interpretación del artículo 160 de la Carta Política puede llegarse a ubicar la competencia del órgano encargado de juzgar los delitos de responsabilidad en que incurran los Magistrados del Tribunal Disciplinario".

Por la ruta de la interpretación, la Sala ha modificado la Constitución al agregarle al texto del numeral 4º de su artículo 102 los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

No es al intérprete, sino a la Constitución y a las leyes a quienes les corresponde determinar la competencia de la Corte Plena y la de sus Salas, según lo ordena el artículo 4º del Decreto-Ley 1265 de 1975, antes copiado.

4. **El Congreso juzgó a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado porque era su superior jerárquico debido a que los elegía hasta el 1º de diciembre de 1957 (plebiscito).**

Se trata de una razón más aparente que real, porque si ello hubiera sido así, el Presidente de la República no podría ser juzgado por el Senado, previa acusación de la Cámara de Representantes, debido a que es elegido por los ciudadanos, según lo disponen los artículos 37 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968 y 3 del Acto Legislativo Nº 1 de 1975, que ocupan el lugar de los artículos 114 y 171 de la Codificación Constitucional vigente. Los Ministros del Despacho tampoco tendrían fuero pleno porque ellos son nombrados por el Presidente de la República (Arts. 120-1 de la Carta).

La verdadera razón consiste en que a algunos de los más altos funcionarios nacionales —no a todos— se les rodea de la garantía política de que sólo puedan ser perseguidos por infracciones penales mediante la condición de procedibilidad de acusación de la Cámara de Representantes e intervención del Senado para aceptar o rechazar la incriminación. Esta garantía política no está vinculada al origen del nombramiento o elección de tales funcionarios, pues el fuero pleno o restringido funciona no en beneficio personal de esos servidores públicos, sino para asegurar el normal funcionamiento de la administración oficial.

El Congreso nunca ha sido el superior jerárquico de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ni aún en el lapso en que elegía a sus Magistrados, por la sencilla razón de que aquél es la rama legislativa y estas Corporaciones pertenecen a la rama jurisdiccional del Poder Público, las cuales tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (Art. 55 de la Carta).

Carece en absoluto de arraigo jurídico la aseveración de que la Reforma Plebiscitaria dejó vigente el fuero pleno en relación con los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, basada en el supuesto de que como el Congreso ha-

bía sido hasta entonces el superior de tales Corporaciones jurisdiccionales, la Constitución recurrió a la ficción de que el Congreso, aunque ya habría dejado de ser el superior, se consideraba como si continuara siéndolo, para que la Corte y Consejeros estuvieran sometidos a su superior. Se trata de una errónea explicación, porque el juzgamiento de los altos funcionarios nacionales es garantía política en favor de la administración pública, como ya quedó dicho.

Al respecto, eminentes juristas consideran que el fuero pleno debería funcionar únicamente para el Presidente de la República y el encargado de la Presidencia, concediéndole a los otros funcionarios, que actualmente los cobija, fuero restringido ante la Corte Suprema de Justicia. O sea, que para iniciar proceso contra aquellos funcionarios debería intervenir el Congreso, como sucede en el presente, pero no cuando se tratara de Magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, Ministros del Despacho y Procurador General de la Nación.

5. Si el Congreso no juzgara a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, no habría juez que los juzgara.

Esta es elucubración que no refleja la ordenación constitucional en vigor. El dato real, aquí y ahora, es que los artículos 102-4, 131 y 97 de la Carta no fueron derogados, con el ítem de que el 102 es el artículo 29 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968, que es lógicamente posterior a la Reforma Plebiscitaria del 1º de diciembre de 1957, que cambió el sistema de la elección de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

La intervención del Congreso en el juzgamiento de dichos Magistrados tiene, en primer lugar, una explicación muy sencilla, como lo es que la Constitución así lo dispone; y, en segundo término, porque se ha considerado que esa intervención tiene por finalidad asegurar el regular funcionamiento de los más altos organismos jurisdiccionales del país.

Pero ¿qué habría sucedido si no estuvieran vigentes los artículos 102-4, 131 y 97 de la Carta? Como el intérprete del derecho legislado no puede utilizar hipótesis que están contradichas por la realidad jurídica, resulta ilógico que la Sala de Casación Penal recurra a ellas porque su misión se reduce a aplicar el derecho vigente y no posibles derechos que no tienen ese carácter.

6. La Constitución puede ser modificada por una simple ley.

Para darle piso jurídico a la tesis de que los Magistrados del Tribunal Disciplinario gozan del fuero pleno aun cuando la Carta no los incluya entre los funcionarios nacionales enumerados por sus artículos 102-4 y 131, se recurre al argumento de que como no tienen superior, pero son del mismo rango que los Magistrados de la Corte y éstos son juzgables con la previa intervención del Congreso, también deben ser incluidos entre quienes tienen fuero pleno.

Esta conclusión la estima viable la Sala de Casación Penal porque por auto de 12 de septiembre de 1947 dispuso ser competente para juzgar a los Magistrados del Consejo de Estado, no obstante que para entonces no figuraban entre los funcionarios justiciables por el Senado en virtud de acusación de la Cámara de Representantes.

De ese auto transcribe los siguientes párrafos:

"Cierto es que los artículos 96, 102 (ordinal 5º) y 151 (ordinales 1º y 2º) de la Constitución Nacional, no le atribuyen al Senado ni a la Corte Suprema de Justicia el juzgamiento de los Consejeros de Estado, y cierto también es que el artículo 136 de la anterior codificación constitucional, que dejaba a la ley el determinar lo relativo a la responsabilidad de los Consejeros de Estado, fue derogado expresamente por el Acto Legislativo número 1º de 1945.

"Pero no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios; la ley también puede señalarla, como se deduce de los artículos 26, 51 y 62 de la propia Constitución. Mejor dicho, la ley es la que, por regla general, debe señalar los jueces que deben juzgar a los ciudadanos en general y a los funcionarios en particular, según los preceptos que se dejan citados.

"Pero se dirá que al incluir la Carta algunos altos funcionarios como que deben ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, sin mentar a los Consejeros de Estado, significa la exclusión de

estos últimos. A lo cual se contesta que si la inclusión de unos significa la exclusión de otros, por punto general, eso no sucede siempre, pues este principio debe aceptarse cuando la naturaleza de los preceptos así lo indique, pero no cuando ella lo rechace desde todo punto de vista, como aquí acontece. En primer lugar, la Carta no trae solamente una clase de funcionarios que hayan de ser juzgados por el Senado mediante acusación de la Cámara, la de los Ministros, por ejemplo, sino varias ... Lo que significa que la excepción —que de una excepción se trata— no es tan circunscrita y única que el legislador se vea constreñido por el Constituyente para no extenderla a otros casos en que se contemplan iguales condiciones" (Auto de 12 de septiembre de 1947).

Semejante jurisprudencia lo que significa, en buen romance, es que las leyes ordinarias pueden modificar la Constitución, por cuanto el Congreso estaría en capacidad de agregar ordenaciones no contempladas por el Código institucional. De parejo modo, si llegara a abrirse camino la jurisprudencia antes transcrita, por medio de simple ley podría agregarse al Congreso una tercera Cámara, la de los Censores, por ejemplo.

Del aserto de que "no es exclusivo de la Carta señalar la competencia para juzgar a los funcionarios", porque "la ley también puede" —lo cual es exacto— no sería jurídico extraer la conclusión de que la ley puede disponer que se extienda el fuero pleno a funcionarios que no figuran en sus artículos 102-4 y 131, porque ello equivaldría a reformar la Constitución por medio distinto al del Acto Legislativo contemplado por el artículo 218.

La ley despliega actividad correcta cuando establece fueros restringidos, pero extralimita su función al agregarle a los artículos 102-4 y 131 de la Constitución funcionarios distintos a los relacionados en tales preceptos, por ser taxativa y no meramente enunciativa la enumeración de ellos.

Lo exacto es que la Carta no sólo puede establecer el fuero pleno (artículos 102-4 y 131), sino también el restringido (Art. 151-2), pero la ley únicamente tiene capacidad para disponer el restringido, tal como lo hace en el Código de Procedimiento Penal al señalar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y a las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial como jueces competentes para juzgar a funcionarios a quienes la Carta no otorgó ninguna clase de fuero.

El auto de la Sala argumenta, para cohonestar la tesis de que, mediante una simple interpretación, se puede reformar la Constitución, agregando otros funcionarios distintos a los enumerados por los artículos 102-4 y 131, diciendo que si la enumeración fuera taxativa, sería necesario tener funcionando permanentemente una Asamblea Constituyente para que fuera otorgándole fuero pleno a los funcionarios de nueva creación, siempre que al Constituyente se le olvidara pronunciarse sobre el juzgamiento. Se trata de una preocupación ajena a la función del juzgador, porque si la Carta no concedió fuero pleno ni restringido a esos nuevos funcionarios, ni tampoco la ley lo hizo, sería competente para conocer de los delitos de tales servidores el Juez Municipal, el de Circuito, el de Menores y el Superior, según lo tiene dispuesto el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 34, 36 y 37.

Naturalmente que como no existe ley alguna que le haya concedido fuero pleno a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, la Sala decidió reformar la Constitución mediante un auto interlocutorio por cuanto ha ordenado que el Congreso los juzgue.

7. Una preposteración que no es tal.

La ausencia de referencia en el Código de Procedimiento Penal al fuero en relación con los Magistrados del Tribunal Disciplinario se aprovecha por la Sala de Casación Penal para hacer un argumento erróneo. Se afirma que como el Decreto-Ley 409 de 27 de marzo de 1971, o Código de Procedimiento Penal, se expidió antes que la Ley 20 de 30 de diciembre de 1972, que organizó el Tribunal Disciplinario por mandato del artículo 217 de la Carta, no era posible que ese Código pudiera legislar sobre una Corporación que existiría en el futuro. Esta argumentación carece de consistencia porque si el Constituyente hubiera tenido en mientes conceder fuero pleno o restringido a los Magistrados de ese Tribunal, seguramente que el artículo 73 del Acto Legislativo de 1968 habría ordenado que serían juzgados

como los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o los de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Así como el artículo 7º, numeral 1º de la Ley 20 de 1972 prescribió que las faltas disciplinarias de los Magistrados del Tribunal Disciplinario serían de conocimiento de este Tribunal, si hubiera tenido el propósito de otorgarles fuero restringido para ser juzgados por delitos por la Corte Suprema de Justicia, así lo habría ordenado.

De manera que el silencio del Código Procesal Penal no puede utilizarse para suplantar al Constituyente o al legislador ordinario, y mediante un auto interlocutorio pretender reformar la Carta.

Aun cuando ese Código no ignoró al Tribunal Disciplinario, porque en su artículo 76 le dio la atribución de dirimir determinadas colisiones de competencias.

8. **Error de técnica legislativa que se eleva a postulado constitucional.**

El numeral 5º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, "al desarrollar el texto constitucional relativo al fuero de que gozan los altos funcionarios del Estado, claramente admitió que la enumeración que de ellos hace el artículo 102, numeral 4º de la Carta Política, no es taxativo", afirma la Sala, porque incluyó al encargado de la Presidencia de la República y a los Fiscales del Consejo de Estado, quienes no aparecen mencionados en la antecitada ordenación.

Si se hubiera leído el artículo 131, se habría caído en la cuenta de que tal norma no sólo otorga fuero pleno al encargado de la Presidencia, sino que lo hace retroactivo para éste, lo mismo que para el Presidente, para cualesquiera clase de delitos, aun cuando hubieran sido cometidos antes de haber comenzado a ejercer el cargo.

La referencia a los Fiscales del Consejo de Estado en el numeral 5º del artículo 32 del Código Procesal es simple error de técnica al confeccionar ese texto legal, porque no habiendo sido incluidos los mencionados funcionarios en la enumeración del artículo 102-4 de la Carta, lo lógico habría sido mencionarlos en el numeral 6º, al lado de los otros servidores a quienes no se refiere el Código Institucional.

Como el artículo 146 de la Carta expresa, refiriéndose a esos Fiscales, que "para desempeñar este cargo se requieren las mismas condiciones exigidas a los Consejeros de Estado" la Sala saca la siguiente conclusión:

"Es decir, que cuando se exigen determinadas calidades para el desempeño de un cargo, los privilegios y derechos se extienden, también no a la persona sino a la función o al cargo. Y si para los Magistrados del Tribunal Disciplinario se exigen las mismas calidades que para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y éstos gozan de fuero especial, ¿por qué aquellos no? Donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición, es principio de interpretación lógica".

Una cosa son las condiciones que deben tener las personas para estar en capacidad de ejercer determinados destinos públicos, y otra muy distinta la excepción que la Constitución o la ley hacen para sustraer a dichas personas de la jurisdicción de los jueces ordinarios para su juzgamiento por infracciones penales. Como toda excepción es de estrictísima interpretación, no puede extenderse a casos análogos pretextando que se están haciendo interpretaciones sistemáticas o teleológicas, o como prefiera llamárseles. Agregar nuevas excepciones al texto constitucional, por la vía de la interpretación jurisprudencial, es arbitrio todavía más grave que cuando la ley ordinaria pretende reformar la Constitución.

9. **Cumplimiento de un precepto constitucional que no es aplicable al caso controvertido.**

Por último, afirma la Sala que el artículo 160 de la Carta dispone que los Magistrados y Jueces no pueden ser sancionados por la comisión de delitos sino por su respectivo superior; que la Ley 20 de 1973, al no incluir ninguna clase de fueros para el juzgamiento de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, viola la Carta, y le sería oponible la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 215 de la Carta; que por tal razón debe dársele cumplimiento al precepto constitucional contenido en el artículo 102-4 a efecto de que tales Magistrados sean justiciables por el Senado.

Como esa norma pasó en silencio a los Magistrados del Tribunal Disciplinario, no se ve la posibilidad de que se le dé cumplimiento en relación con funcionarios distintos a los enumerados por ella. Por otra parte, como la misma Sala admite que el Tribunal Superior no tiene superior, La Corte tampoco estaría en capacidad de convertirse en Juez de sus Magistrados.

Lo que debe tenerse en cuenta es que el artículo 160 comentado tiene por destinatario al legislador, a fin de que, al distribuir las competencias, lo haga respetando el principio de la jerarquización de los funcionarios jurisdiccionales, para que no ocurra el despropósito de que un inferior sea juez de su superior jerárquico, de quien proviene su designación.

Pero, como el Tribunal Disciplinario no forma parte de la jerarquía judicial encargada del conocimiento de los delitos, porque su misión es la de conocer procesos por faltas disciplinarias, sus Magistrados no son superiores ni inferiores de los jueces a quienes compete administrar justicia en relación con delitos.

Por lo tanto, el principio del respectivo superior no tiene aplicación en el presente caso, por no estar el Tribunal Disciplinario incluido en la jerarquía judicial que encabeza la Corte Suprema de Justicia.

Conclusión final

Las razones antes expuestas me sirven para explicar el voto negativo que emití en relación con la providencia de que se habla en este salvamento de voto.

(Fdo.) Julio Salgado Vásquez.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., octubre Cinte de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 52 de 14 de octubre/76.

Vistos

Es la oportunidad procesal de decidir el recurso extraordinario de casación que interpuso DIEGO ARANGO ARIZABALETA, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha seis de febrero del año en curso, por medio de la cual fue confirmada la del Juez Octavo Penal del Circuito de la mencionada ciudad del primero de agosto del año anterior, conforme a la cual fue condenado el recurrente a la pena principal de veintisiete meses de prisión como autor de tres estafas.

Antecedentes

1. Diego Arango Arizabaleta prestó servicios en la Corporación Financiera de Transporte, Seccional del Valle del Cauca, con asiento en Cali, en el lapso comprendido entre el 16 de octubre de 1970 y el 16 de julio de 1972, en los cargos de Secretario y Jefe de Información, respectivamente.

2. La Corporación Financiera del Transporte tiene, entre otras actividades, la de gestionar créditos para la compra de taxis del servicio público; pero el peticionario debe entregarle a la Corporación la cuota inicial que tenga asignada la clase del vehículo que se desee adquirir, lo cual cumplirá mediante su pago al Tesorero de dicha entidad.

3. Diego Arango Arizabaleta como Jefe de la Sección de Información, tenía la misión de estar en contacto con el público interesado en la adquisición de taxis, con el fin de suministrar todas las noticias requeridas para las respectivas negociaciones, pero no estaba autorizado para recibir dinero a nombre de la Corporación Financiera del Transporte, porque esa función le estaba asignada, de manera exclusiva, al Tesorero de esa institución.

4. No obstante dicha distribución de funciones, Diego Arango Arizabaleta, usurpando una atribución que le competía al Tesorero, recibió de Jorge Muñoz Bacca quince mil pesos ($ 15.000.00) a buena cuenta de la cuota de $ 20.000.00 para la compra de un taxi, más la cantidad de $ 3.000.00 por concepto de honorarios, bien para aligerar el trámite de la entrega del taxi, ora para gestionar el traspaso de las placas de un taxi viejo al nuevo que se le vendería; y de los hermanos Alvaro y Azael Zabala Daza también recibió, de cada uno de ellos, la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00). Por lo tanto, sin tener autorización para recibir dinero a nombre de la Corporación Financiera del Transporte, pero simulando que sí la tenía, se hizo entregar cincuenta y ocho mil pesos ($ 58.000.00), suma esta que se apropió, aun cuando le entregó a la Corporación los $ 15.000.00 que le había socaliñado a Jorge Muñoz Bacca.

5. Como no compareció a rendir indagatoria, ni fue posible su captura, el procesado fue emplazado y declarado reo ausente, por cuya razón fue juzgado en contumacia, habiéndosele confiado su defensa a un apoderado de oficio, durante el sumario, y a un defensor de tal calidad a lo largo del juicio, hasta cuando habiendo sido capturado, interpuso el recurso de casación que se está estudiando.

6. El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali, por providencia del 15 de mayo

de 1975, calificó el mérito del sumario con un auto de proceder, mediante el cual abrió causa criminal contra el procesado como autor de un concurso material de tres estafas.

7. El 11 de julio siguiente se celebró la audiencia pública en la cual el defensor de oficio solicitó la absolución de su patrocinado, como tesis principal y, subsidiariamente la condena a la pena mínima.

8. El Juez de primera instancia dictó sentencia condenatoria el 1º de agosto del año último, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 6 de febrero anterior, y, como quedó expresado, contra esta providencia interpuso recurso de casación el procesado.

La demanda de casación

Fue sustentada la impugnación mediante demanda que, por el aspecto formal, reúne los requisitos procesales, y por tal razón fue admitida. Se adujo la causal cuarta de casación (ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), por considerar que el fallo acusado había sido dictado en un juicio viciado de nulidad.

La impugnación fue fundamentada en los siguientes motivos:

1. "Como no fue posible oír en injurada al señor Arango Arizabaleta se le emplazó como a persona 'de condiciones civiles y filiatorias desconocida en autos', circunstancia que le valió al señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali la solicitud de declaratoria de nulidad, no atendida". Afirma el Fiscal que como en el auto que lo declaró reo ausente, lo mismo que en el auto que decretó su detención preventiva 'se hace aparecer al sindicado como sujeto de condiciones civiles y personales desconocidas y en tales circunstancias aparece que la persona citada a indagatoria no fue plenamente identificada', se ha violado el derecho de defensa consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional.

2. Al tomar posesión el doctor Hernando Rojas del cargo de apoderado de oficio, no se dejó constancia en la respectiva diligencia de que el posesionado hubiera presentado la tarjeta profesional de Abogado, de lo cual deduce el acusador que 'no se acreditó que fuera abogado titulado'.

3. El apoderado de oficio no cumplió las obligaciones inherentes a su cargo, pues no concurrió a la práctica de varias pruebas, como lo fueron "la inspección judicial con la cual se pretendió demostrar y se dio por establecido, que no habían ingresado a las arcas de la Corporación del Transporte los dineros entregados a Arango".

"No concurrió a los interrogatorios que se les hizo a los señores Alvaro Zabala y a su hermano Azael. La última omisión implicó haber dejado sin aclarar (fl. 58) un aspecto de suyo importante cual es el hecho de que este señor, que se dice haber sido víctima de la estafa en conjunto con su hermano, cada uno por la suma de veinte mil pesos, refiere que 'nos entregaron el vehículo, pero un solo taxi'. Es decir, que no se sabe si hubo reintegro por parte de Arango, lo cual vendría a variar fundamentalmente la dosimetría de la pena".

4. Tampoco presentó alegato en defensa del procesado cuando se declaró cerrada la investigación.

5. El defensor de oficio, doctor Oscar Campo Maya, no interpuso recurso alguno contra el auto de proceder, ni tampoco solicitó la práctica de ninguna prueba durante el juicio.

Sostiene que "el defensor de oficio se limitó a suscribir en el acta de audiencia pública alegato de conclusión que por su contenido inocuo y argumentación al margen de los intereses que le fueron confiados, materializa cabalmente la violación al artículo 26 de la Carta, por indefensión absoluta en el juicio, ostensible y manifiesta, del encausado señor Arango Arizabaleta", agregando que únicamente se refirió "a la estafa denunciada por el señor Muñoz Bacca, y que para nada, absolutamente, se refiere a los otros delitos de estafa que se reputan consumados en detrimento del patrimonio de los hermanos Zabala Daza", y que en el alegato que presentó ante el juez no cuestionó el pliego de cargos.

Por último, el defensor de oficio no interpuso apelación contra la sentencia condenatoria, ni presentó alegato alguno ante el Tribunal para impugnarla.

Concluye la acusación sosteniendo que el procesado careció de una defensa formal y técnica, por cuya razón "la sentencia acusada se dictó en juicio viciado de nuli-

dad supralegal", y solicita que se "case el fallo impugnado y se ordene restituir el procedimiento a partir del auto que ordenó la apertura a pruebas en el juicio (ordinal 3º artículo 583 del Código de Procedimiento Penal)".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia acusada, fundándose en los siguientes argumentos:

1. Como el acusado fue juzgado en rebeldía, el apoderado de oficio durante la etapa instructiva, y el defensor durante el juicio, no podían estar al tanto de los hechos que les hubiera facilitado su labor defensiva. Por lo tanto, es al acusado a quien hay que achacar cualquier deficiencia en su defensa, precisamente, por no haber comparecido ante el juez a defenderse, mediante la explicación de su conducta.

2. Al proceso se trajo la plena prueba de la comisión de los delitos imputados al acusado, pero como éste "no se presentó al proceso, se ignoran qué circunstancias personales habrían podido invocarse para mejorar su situación jurídica".

3. El proceso estuvo en inactividad desde el 10 de noviembre de 1972 (fecha en que tomó posesión el apoderado de oficio) hasta cuando se dispuso su ampliación en febrero de 1975, y durante esa etapa apenas se recibieron las declaraciones de Alvaro y Azael Zabala "de quienes el acusado recibió cuarenta mil pesos ($ 40.000,00) como cuota inicial de los vehículos que esperaban les adjudicaran".

4. Contra la actuación del defensor se hace la crítica de que omitió llevar a cabo una defensa adecuada, pero la acusación se abstiene de indicar cuáles habrían sido los medios probatorios que se dejaron de solicitar y cuáles las tesis jurídicas que debieron exponerse, lo mismo que se guardó silencio en cuanto a las posibles repercusiones que habrían tenido en favor del procesado. Agrega la Procuraduría que "no es suficiente criticar la táctica utilizada por un abogado sino que es absolutamente indispensable explicar la que el demandante en casación habría desarrollado en el lugar de aquél".

5. Durante el debate público, el defensor de oficio intervino verbalmente y presentó un escrito mediante el cual solicitó, de manera principal, la absolución del procesado, y, subsidiariamente, la imposición de la pena mínima en el caso de condena. Las críticas que le endilga el impugnador en casación al defensor de oficio son incompletas porque se abstiene de indicar cuáles habrían sido las razones jurídicas que habría invocado si hubiera actuado como defensor durante la audiencia pública. En cuanto a la pena impuesta considera el Procurador que fue la mínima, sin que le hubiera sido contabilizada ninguna circunstancia de mayor peligrosidad al procesado; que si bien es cierto que devolvió $ 15.000.00 a Jorge E. Muñoz no hizo lo mismo en cuanto a los $ 40.000.00 que recibió de los hermanos Zabala ni los $ 3.000 que le entregó Muñoz a título de honorarios por actuaciones irreales.

Consideraciones de la Corte

En repetidas oportunidades ha reiterado la Corte el criterio de que constituye causal de nulidad supralegal, que encuentra su raíz en las ordenaciones del artículo 26 de la Constitución, la carencia de la defensa adecuada del procesado, bien porque se le hayan cerrado las posibilidades de producir los medios probatorios conducentes al establecimiento de su inocencia o de modalidades circunstanciales que habrían conducido a un planteamiento de la incriminación distinto a aquél en que fue juzgado; o porque se le hubieran negado recursos a que tenía derecho; o porque no se le hicieron notificaciones de providencias importantes como lo serían aquéllas que le brindaban la oportunidad de formular alegaciones o de solicitar la práctica de pruebas; o en fin, porque el abogado que lo asistió dejó de hacer las peticiones que hubieran facilitado la defensa en los términos expresados. La falla del abogado puede provenir de escasa información por deficiente preparación intelectual, o de falta de actividad o desidia de su parte.

Al amparo de la causal alegada, el censor hace los siguientes cargos contra la sentencia de segunda instancia, para deducir

que el procesado careció de una defensa idónea.

1. Al acusado fue necesario emplazarlo, durante el sumario, porque no concurrió a rendir indagatoria, ni la Policía pudo capturarlo, en cumplimiento de reiteradas órdenes que en tal sentido expidieron los jueces investigadores. El Juez Octavo Penal Municipal de Cali emplazó "a Diego Arango Arizabaleta, de condiciones civiles y filiatorias desconocidas de autos, para que dentro del término de diez (10) días, contados a partir de la fijación del presente edicto, concurra a este Juzgado a someterse a indagatoria y a estar a derecho dentro de un sumario que se le adelanta como sindicado de un delito de hurto en que obra como denunciante el señor César Ayala Moreto, hecho ocurrido en esta ciudad" (folio 39), como consecuencia del auto que en tal sentido dictó el 25 de octubre de 1972 (folio 32).

El censor, haciéndose eco de la tesis de la Fiscalía Primera del Tribunal fallador, que no fue aceptada en su oportunidad, sostiene que no fue plenamente identificado el procesado en el edicto emplazatorio, de donde deduce que no se sabe a quien se emplazó, ni a quien se declaró reo ausente, ni contra qué persona se profirió el auto de detención, "procedimiento este que es violatorio del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Carece en absoluto de razón la impugnación porque el emplazado fue Diego Arango Arizabaleta, según consta en el auto que ordenó el emplazamiento, fundándose en el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal (folio 32). En el edicto se hizo constar que el emplazado era de condiciones civiles y filiatorias desconocidas de autos, porque rehuyó su obligación de concurrir a rendir indagatoria, ni tampoco pudo ser capturado por la Policía. El nombre y apellidos del procesado eran suficientes para identificarlo, de tal manera que no fueron indispensables más indicaciones para que el 21 de enero del presente año hubiera podido ser capturado en la carrera 7ª con calle 7ª de la ciudad de Bogotá (folio 89).

Por otra parte, según consta a folios 55 y 60, la Registraduría Nacional del Estado Civil envió al instructor, por petición de éste, fotocopia de la cédula de ciudadanía Nº 2'504.735, expedida el 22 de agosto de 1955 en Buga a Diego Arango Arizabaleta, cuyo número y la firma coinciden en un todo con el contrato de trabajo que suscribió el procesado con la Corporación Financiera del Transporte (folios 3 a 5).

De lo expuesto se deduce que no ha habido error en la identificación física del procesado, ni en cuanto a su nombre o apellidos, que pudieran acarrear la consecuencia de que hubiera sufrido quebranto o desmedro su defensa, o que esté acusado como autor de tres estafas cometidas por un tercero.

2. Otro de los cargos de la demanda de casación radica en la aseveración de que no se acreditó que fuera abogado titulado el apoderado de oficio, doctor Hernando Rojas, porque en la respectiva diligencia de posesión del cargo no se hizo constar el número de la tarjeta profesional de abogado que le hubiera expedido el Ministerio de Justicia.

Este cargo no puede prosperar porque en el auto de 10 de noviembre de 1972, por medio del cual se hizo la declaratoria de reo ausente de Diego Arango Arizabaleta, consta que se "le designa como su apoderado de oficio al señor doctor Hernando Rojas, abogado titulado e inscrito", de lo cual se deduce que el mencionado profesional aparece inscrito en los libros que se llevaban en los despachos judiciales antes de que hubiera comenzado a regir el sistema de la tarjeta profesional de abogado. Además, para que el cargo fuera atendible sería indispensable que se hubiera producido la prueba de que el doctor Hernando Rojas no figura con tarjeta profesional de abogado, o porque el Ministerio de Justicia nunca se la ha expedido, o porque le ha sido cancelada. O sea, que el cargo se enunció de manera incompleta.

3. Censura el impugnante la actuación del apoderado de oficio, doctor Hernando Rojas, por no haber cumplido con obligaciones que como tal le concernían tales como la de concurrir a la práctica de una inspección judicial en las oficinas de la Corporación Financiera del Transporte, Sucursal de Cali, y asistir al interrogatorio hecho a Alvaro Zabala y a su hermano Azael.

Esas diligencias fueron de trascendencia porque con la inspección judicial quedó establecido que el dinero que recibió el procesado de Alvaro y Azael Zabala no entró a las cajas de la Corporación, y en el interrogatorio hecho a Azael Zabala debió aclararse si la Corporación le entregó el vehículo por haberle devuelto el procesado los $ 20.000.00 al testigo o a la Corporación.

A folios 6 y 7 corren fotocopias de los documentos suscritos por el procesado en los cuales confiesa haber recibido $ 20.000.00 de cada uno de los hermanos Azael y Alvaro Zabala Daza "como parte de la cuota inicial" para la adjudicación y crédito de un taxi marca Dodge Dart", fotocopias que fueron confrontadas con los recibos originales, según consta en las diligencias de recepción de las declaraciones de los Zabala. La presencia del apoderado de oficio en la Tesorería de la Corporación Financiera del Transporte durante la práctica de la inspección judicial no habría tenido la virtualidad de cambiar el resultado objetivo de esa prueba, como lo es el hecho de que el procesado no entregó al Tesorero los cuarenta mil pesos que recibió de los hermanos Zabala, ni los tres mil pesos que le cobró a Muñoz dizque por honorarios por actuaciones irreales.

En cuanto a la duda que aduce el impugnante sobre la posibilidad de que el procesado le hubiera devuelto a Azael Zabala los $ 20.000.00 que le había entregado como cuota inicial para la compra de un taxi por conducto de la Corporación Financiera del Transporte, carece en absoluto de fundamento. Tal duda obedece únicamente a la falta de lealtad del censor al hacer la transcripción parcial y no completa de un pasaje de la declaración de Azael Zabala, quien dijo: "entonces el doctor Ayala nos dijo que iba a poner un denuncio; yo me fui para Bogotá a reclamar los papeles míos; nos entregaron el vehículo, pero un solo taxi, o sea que a mí sí me entregaron el taxi pero los veinte mil pesos no aparecen hasta ahora, y en la Corporación nos dijeron que por esa plata nos tenía que responder el señor Diego Arango Arizabaleta y hasta la fecha no sabemos para donde se fue, desconociendo el paradero de este señor" (folio 58).

4. No haber formulado alegato alguno en favor del procesado, al quedar cerrada la investigación, es otra impugnación que se hace a la actividad del apoderado de oficio. La rebeldía del acusado, al no comparecer a explicar su conducta, le impidió al apoderado de oficio adoptar actitud distinta a la que asumió; pues carecía de la versión que el procesado le hubiera podido suministrar, y que le habría servido para esgrimir el alegato que echa de menos el censor. Por lo tanto, la omisión achacada al apoderado de oficio es la rigurosa consecuencia de la contumacia del acusado.

5. Por último, contra el comportamiento procesal del defensor de oficio, durante la etapa del juicio, se monta el postrero de los cargos para alegar falta de defensa del procesado. Las omisiones apuntadas consisten en no haber apelado el auto de proceder, no haber solicitado la práctica de pruebas, no haber actuado en la audiencia pública de manera eficaz y no haber interpuesto recurso de alzada contra la sentencia condenatoria de primera instancia, y, consecuencialmente, no haber alegado ante el Tribunal.

La Procuraduría ha rebatido estos argumentos de manera muy técnica, por cuya razón la Sala los reproduce, por compartirlos íntegramente:

"Se reprocha al profesional del derecho no haber interpuesto recurso contra el auto de enjuiciamiento. Esta objeción es completamente infundada porque no existen pautas generales e inmodificables para ejercer la defensa. Así por ejemplo, a veces resulta inconveniente interponer el recurso de apelación no sólo porque dilata la actuación sino porque puede empeorar la situación jurídica del inculpado, en virtud de la **reformatio in pejus**.

"Igual argumento se puede traer en relación con las pruebas. A **priori** no podría decirse cuáles resultan favorables al acusado y cuáles no, tanto más cuanto que, se recuerda, el inculpado no se hizo presente en el proceso dificultando enormemente su defensa.

"**Quinta**. El debate público merece comentario especial. Se lee en el libelo que el defensor de oficio se limitó a presentar un escrito de 'contenido inocuo' y que apenas se refirió a la denuncia formulada por

al señor Jorge E. Muñoz, sin ocuparse de las infracciones cometidas en perjuicio de los hermanos Zabala Daza.

"El defensor de oficio de Arango intervino verbalmente y por escrito en la audiencia pública y presentó como petición principal la absolución del acusado y como subsidiaria, la aplicación de la pena mínima en caso de condena. No sobra recordar, una vez más, que para esta oportunidad procesal seguía ausente el señor Arango y como antes se dijo, su abogado ignoraba todo aquello que él hubiera podido argüir en su favor.

"El defensor de oficio, conocedor de la realidad procesal, presentó los argumentos que su buen criterio le indicó. No es de recibo reprochárselo no haber asumido otra actitud porque, como ya se apuntó, cada profesional del derecho es libre de actuar como bien le parezca, obviamente dentro de los marcos legales.

"Pero, es más: a riesgo de abundar se comenta que a Arango Arizabaleta se le impuso el mínimo de la sanción. La pena de un año de prisión por el artículo 408 se aumentó en seis meses por el artículo 410 de la misma obra y a efecto de sancionar las otras dos infracciones cometidas, se dio aplicación al artículo 33 en forma limitada, ya que esta disposición permite el aumento hasta en otro tanto y aquí apenas se dedujo una pena definitiva de veintisiete meses de prisión.

"No es válido el argumento invocado al final de la demanda respecto de la aplicación del artículo 429 del Código Penal, porque el acusado apenas devolvió los $ 15.000 del señor Jorge E. Muñoz pero en su poder quedó la suma de $ 43.000.00 recibidos de los hermanos Zabala y del mismo Muñoz. De todas maneras, como ya se anotó, no se dedujo en su contra ninguna circunstancia de mayor peligrosidad ya que se partió del mínimo de un año correspondiente al delito más grave (Art. 33 del Código Penal)".

Como no han prosperado los cargos formulados dentro del marco de la causal cuarta, se desechará el recurso.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V. Secretario.

BIBLIOTECA

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Falta de defensa en el sumario y en el juicio. Cómo se debe presentar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., octubre veinte de mil novecientos setenta y seis.

(*Magistrado ponente*: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 52 de 14 de octubre/76.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante una de sus Salas de Decisión Penal, con fecha dos de marzo del presente año dictó sentencia para confirmar la del Juzgado 28 Penal del Circuito de ésta ciudad proferida el 22 de diciembre de 1975 y por la cual fue condenada MERCEDES QUIÑONES BAQUERO a la pena de tres años de presidio y a multa de cinco mil pesos como autora del delito descrito por el inciso primero del artículo 38 del Decreto-Ley 1188 de 1974 (Tráfico de marihuana) y a las sanciones accesorias de interdicción de derechos y funciones por un lapso igual al de la pena principal, a la pérdida de la patria potestad durante el tiempo de la condena y a la publicación especial de la sentencia, lo mismo que al pago de los perjuicios causados con la infracción.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el defensor de la procesada recurso de casación que fue oportunamente sustentado por demanda que se declaró ajustada a derecho, desde el punto de vista formal.

Tramitado dicho recurso, se procede a decidirlo previa la siguiente exposición.

Antecedentes

1. Mercedes Quiñones Baquero, al ser requisada por la guardiana de la Cárcel de La Picota, Carmen Cecilia Espitia de Puentes, se le encontró una bolsa de polietileno en la cual llevaba diecisiete y medio gramos de marihuana. Según la guardiana, en lo cual encuentra confirmación por su compañera de oficio Florinda Calderón Ochoa, el cartucho con la hierba lo llevaba escondido la procesada en sus órganos genitales, pero, según ésta, en la pretina del pantalón que usaba.

2. El estupefaciente estaba destinado al preso Edinson Arboleda Molina cuyo nombre aparecía escrito en un papelito que le había entregado María Rodríguez, junto con un paquete de ropas. Por esta diligencia, la acusada estaba devengando cien pesos.

3. En la indagatoria consta que "se hizo venir de la Cárcel Nacional de Mujeres, al Despacho del Juzgado 37 de Instrucción Criminal, a una mujer con el objeto de oirla en declaración indagatoria conforme a los cargos que le aparecen dentro de las presentes diligencias" y se agrega que "a continuación se le enteró de la diligencia y se le hizo saber el derecho que tiene de nombrar a un apoderado para que le asista, manifestando que no tiene a quien nombrar, por lo que el Juzgado procede a nombrarle de oficio al doctor Orlando Lenis Bonilla, abogado titulado, quien hallándose presente aceptó el cargo, y el señor Juez por ante su Secretario le tomó el juramento de rigor, por cuya gravedad ofreció cumplir bien y fielmente con los deberes de su cargo".

6. El Laboratorio de Toxicología del Instituto de Medicina Legal estudió una muestra de la hierba y semillas que le envió el funcionario instructor, encontrando que se trataba de marihuana.

5. En su indagatoria dijo Edinson Arboleda Molina que conocía a una mujer de nombre Mercedes, cuyo apellido era Baquero o Borrero, quien le hacía visitas mensuales a la Cárcel, pero que no tenía mayores informaciones sobre ella. Negó que la marihuana estuviera destinada para él. En cuanto a María Rodríguez estuvo dubitativo si la conocía o no: "puede que uno la conozca pero por ese nombre no me suena".

6. Los guardianes de La Picota afirmaron que era la primera vez que veían a la procesada, de donde fluye la conclusión de que la Mercedes Baquero o Borrero, que visitaba mensualmente al preso por robo Edinson Arboleda Molina, no es la procesada Mercedes Quiñones Baquero.

7. Al folio 60 del sumario corre un memorial suscrito por la procesada, del siguiente tenor:

"En mi condición de sumariada por el delito de la referencia y a disposición de ese Despacho en la Reclusión Nacional de Mujeres, con todo comedimiento solicito la dirección y el nombre del abogado que me está asistiendo. Así mismo solicito encarecidamente una vista del expediente".

Este memorial está fechado el 10 de junio de 1975. El Juzgado accedió a tal solicitud mediante auto que reza:

"Por ser procedente la solicitud hecha por la sindicada Mercedes Quiñones Baquero, concédese la vista del expediente para el día 18 del presente mes a las 8 de la mañana en adelante, envíese la boleta de remisión" (fl. 60 vto.).

8. Al folio 61 siguiente aparece otro memorial de la acusada, de fecha 9 de julio de 1975, cuyo texto dice:

"Al señor Juez con todo respeto en mi condición de sindicada por la infracción de la referencia y detenida en la Reclusión Nacional de Mujeres por cuenta de ese Despacho, solicito se proceda al cierre de investigación, habida cuenta de que llevo en detención física cuatro meses".

Y el Juzgado del conocimiento, el día once siguiente, procedió a cerrar la investigación, disponiendo que los autos permanecieran "en la Secretaría a disposición común de las partes para que dentro del término legal (ocho días) presenten sus alegatos" (fl. 61 vto.).

9. Una vez de alegato suscrito por el apoderado de oficio, al Juzgado llegó un memorial firmado por la procesada, en el cual solicita que se le sobresea definitiva o temporalmente "por no existir la prueba suficiente para convocarme a juicio" (fl. 63). Naturalmente que el escrito de la procesada es una descarnada petición, sin que aparezca allí el menor análisis de la investigación, lo cual era imposible que lo hiciera la procesada porque su instrucción apenas alcanzó al quinto año de escuela primaria. (fl. 8).

10. La única actuación del apoderado de oficio consistió en haber asistido a la diligencia de indagatoria, para cuyo solo efecto fue designado, según las textuales palabras de esa diligencia.

11. Con fecha 14 de agosto de 1975, el Juzgado 28 Penal del Circuito de Bogotá calificó el mérito de la investigación con un auto de proceder en contra de Mercedes Quiñones Baquero como autora del delito descrito por el Decreto 1188 de 1974 (marihuana). En la motivación se hace referencia a la autodefensa de la acusada, en los siguientes términos:

"La sindicada en su memorial de alegato dice que sea sobreseída definitivamente o en su defecto favorecida temporalmente, por cuanto no hay prueba suficiente para convocarla a juicio" (fl. 67).

12. Por petición de la procesada, se le nombró como defensor de oficio al doctor Guillermo Reyes R., quien actuó en la audiencia pública, para solicitar la absolución de su patrocinada, o subsidiariamente, la condena mínima.

13. El defensor de oficio desaprovechó la etapa probatoria del juicio, por cuanto no solicitó la práctica de ninguna prueba.

En cambio la acusada sí lo hizo como se demuestra con la lectura del memorial que forma el folio 76:

"Al señor de la causa en mi condición de procesada por el delito de la referencia, en forma comedida manifiesto que habiéndome notificado en la fecha de la apertura a pruebas por tres días de acuerdo a la ley

y haciendo uso del derecho que la misma me confiere, solicito la práctica de careo con Edinson Alarcón Arboleda quien también figura en el proceso como encausado".

14. En la diligencia de careo se llegó a la conclusión de que Edinson Arboleda no conocía a la procesada, y en cambio admitió la posibilidad de conocer a María Rodríguez, la mujer a quien Mercedes Quiñones ha venido acusando como la autora del envío al preso Arboleda del paquete que resultó contener marihuana.

15. Como quedó dicho, el Juzgado 28 Penal del Circuito de Bogotá condenó a Mercedes Quiñones Baquero, y una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial confirmó esa determinación.

Demanda de casación

Se impugnó la sentencia del Tribunal alegando las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pero, como lo anota el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, los argumentos esgrimidos se orientan a establecer que la providencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad.

El cargo radica en la violación del artículo 26 de la Constitución como consecuencia de la falta de defensa durante el sumario y buena parte del juicio, con lo cual se desconoció la garantía de no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio. En efecto, el apoderado de oficio se limitó a asistir a la diligencia de indagatoria de la procesada, sin que hubiera concurrido a la práctica de ninguna prueba, ni alegado en favor de la acusada cuando quedó cerrada la investigación; en que el defensor de oficio no interpuso recurso de apelación contra el auto de proceder; no solicitó la práctica de pruebas durante el juicio; hizo una deficiente alegación durante la audiencia pública; no interpuso apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia, ni, consecuencialmente, formuló ninguna alegación ante el Tribunal en favor de la procesada.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha solicitado que se deseche el recurso de casación, fundándose en dos clases de razones:

a) "Que la garantía de la defensa se predica del juicio y no del sumario, porque en esta última etapa se allegan pruebas que más tarde serán calificadas por el juez competente", agregando que "en cambio, en el plenario debe garantizarse la igualdad entre acusación y defensa; ésta, representada por abogado titulado que tome parte en forma activa y eficiente".

Que no existió agravio al derecho de defensa porque a la acusada se le nombró un apoderado de oficio durante el sumario y un defensor también de oficio durante la causa, quien tomó parte activa en la audiencia pública, en la cual solicitó la absolución de la acusada "por existir dudas en cuanto a la prueba de cargo";

b) Que como el defensor nombrado por la acusada apenas poseía facultad para actuar en la segunda instancia, "no tenía poder para interponer el recurso extraordinario de casación y sustentarlo ante la Honorable Corte Suprema de Justicia".

Se considera

Es lo cierto que la acusada estuvo asistida por un apoderado de oficio durante la diligencia de indagatoria, pero también lo es que careció de defensa idónea a lo largo del sumario, hasta el extremo de que habiendo rendido indagatoria el 24 de marzo, el 10 de junio siguiente se dirigió al juez del conocimiento para solicitarle información sobre el nombre del abogado que "me está asistiendo", lo mismo que su dirección.

El apoderado de oficio no aparece desplegando actividad de ninguna especie, fuera de haber presenciado la indagatoria. No obstante haberse vencido con exceso el término investigativo de 30 días, previsto por el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo que el de ampliación de 15 días, conforme el artículo 472 del citado estatuto, el apoderado de oficio no formuló ninguna petición al respecto. Tal petición la hizo la acusada el 10 de junio, o sea, a los 110 días de haberse iniciado el sumario.

La ausencia absoluta del apoderado de oficio durante la instrucción explica que la

acusada no conociera el sumario, por cuya razón el 10 de junio de 1975 pidió al juez del conocimiento que se le permitiera concurrir al Juzgado para leer el expediente (fl. 60).

Por su parte, el defensor de oficio no solicitó la práctica de ninguna prueba, y en cambio la acusada pidió que se efectuara un careo con el preso Edinson Arboleda Molina, cuya diligencia resultó favorable a los intereses de ella.

La reiterada negación del derecho de defensa, que se ha puesto de manifiesto en este proceso, llegó al extremo de que habiendo el defensor doctor Raúl Téllez Villamizar presentado un extenso alegato ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 16 de febrero del año en curso, esto es, dentro del término legal que tenía para alegar, por cuanto dicho término expiraba el día siguiente, según se desprende de las anotaciones secretariales puestas a folio 4 vuelto y en el último folio del cuaderno del Tribunal, el memorial en mención no fue agregado a los autos para que el fallador de segunda instancia lo tuviera en cuenta al proferir la sentencia del 2 de marzo siguiente.

Ese alegato se encuentra físicamente agregado al dicho cuaderno, pero no fue foliado, no obstante que en el reverso del último folio se lee la siguiente constancia: "16 feb. 1976. Recibido en la fecha, presentado por el Dr. Raúl Téllez V., y se agrega a sus autos dentro del término legal". Hay una firma que es la misma que autentica las actuaciones de la Sala Penal falladora.

Desde el punto de vista formal, la acusada Mercedes Quiñones Baquero estuvo asistida en todo momento por profesionales del derecho, porque el juez le designó un apoderado y un defensor de oficio, y ella misma nombró como su defensor ante el Tribunal al doctor Raúl Téllez Villamizar. Pero de tal circunstancia no puede colegirse que a la procesada se le hizo una defensa eficaz, porque durante el sumario careció de la asistencia real y efectiva del apoderado de oficio, como queda plenamente demostrado con su total ausencia a lo largo de toda la etapa investigativa, hasta el límite de que 106 días después de haber rendido indagatoria, la acusada tuvo que dirigir un memorial al juez del conocimiento para solicitarle que le informara por el nombre y dirección del abogado de oficio que la estaba asistiendo, y para que le permitiera leer el sumario.

Esa falta de defensa también quedó patentizada con la omisión del defensor de oficio al no pedir la práctica de pruebas, que seguramente hubieran redundado en favor de la acusada, como ocurrió en el careo pedido por ella.

Por último, el defensor nombrado por la procesada presentó un alegato ante el Tribunal fallador, y tal memorial se agregó a los autos en fecha posterior a la expedición del fallo de segunda instancia, por cuya razón, al parecer, no fue ni siquiera mencionado en la sentencia.

El defensor, al interponer recurso de casación, dejó expresa constancia de tan grave irregularidad:

"También debo expresar mi extrañeza por cuanto esa Honorable Sala no tuvo en cuenta la nulidad propuesta por mí, en alegato presentado el día 16 de febrero, el cual no mereció ni siquiera un leve comentario ni mucho menos una refutación a mis argumentos" (fl. 17 del cuaderno del Tribunal Superior).

El cuadro completo de la manera como se ha adelantado el sumario y el juicio contra Mercedes Quiñones Baquero, demuestra plenamente que el derecho de defensa de la procesada ha sido conculcado de modo reiterativo; y como la defensa es una forma esencial de los procesos, hay que concluir que se está en presencia de nulidad del proceso, por desconocimiento de tan importante garantía constitucional.

La tesis de la Procuraduría de que dicha garantía únicamente tiene operancia para el juicio, porque el sumario es mera recolección de pruebas, no la comparte la Corte porque el juzgamiento depende en un todo de los medios probatorios que se hayan recaudado, o que no figuren en autos. El Código de Procedimiento Penal abunda en ordenaciones para asegurar que las pruebas sean producidas en forma legal, lo mismo que para darle oportunidad al procesado y a su asesor jurídico no sólo para solicitar las que consideren que le sean beneficiosas, sino para concurrir a la producción de todos los medios probatorios que se practiquen.

El artículo 215 del Estatuto Procesal pone de relieve que, para poder dictarse sentencia condenatoria, es indispensable que las pruebas se hayan producido legalmente, esto es, según los ritos establecidos por la ley.

Las pruebas producidas a espaldas del acusado tienen el carácter de secretas, no controvertidas. Tal vez en un sistema inquisitorial sería de recibo la prueba secreta, pero no dentro del sistema jurídico colombiano, cuyo artículo 26 de la Carta eleva a garantía el debido proceso, que incluye la producción legal de las pruebas como forma primordial de toda suerte de procesos.

La Corte también disiente de la tesis de la Procuraduría sobre la falta de facultad del defensor para interponer el recurso de casación, y sustentarlo mediante la demanda ante la Sala de Casación Penal, porque si el defensor es uno de los titulares del recurso, conforme lo dispone el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, resulta apenas lógico que pueda sustentarlo ante la Corte. La manifestación que la acusada hizo en el memorial de nombramiento del defensor sobre las facultades que le otorgaba, no es excluyente; debe entenderse como una incompleta enumeración de las atribuciones que el Código Procesal le da a los defensores. Considerar que el defensor no puede interponer el recurso extraordinario de casación, porque se omitió expresar en el memorial de su nombramiento que podía ejercer esa facultad, constituiría un atentado contra el derecho de defensa, porque quedaría mermado en perjuicio del acusado. Basta que un abogado sea nombrado como defensor para que quede investido de todas las facultades que las leyes procesales le otorgan, salvo las limitaciones legales. Lo contrario sería aplicar a materias procesales penales el imperio de la voluntad individual que campea en el ámbito del derecho privado. El criterio en lo penal es diverso, porque el acusado carece del derecho de no defenderse. Cuando se niega a nombrar apoderado o defensor, el juez se lo designa, porque su defensa no es asunto de orden privado sino de derecho público, porque en todo proceso penal está en juego derechos que no son de estirpe privada sino pública.

El fallo que se proferirá será el de invalidación de la sentencia de segunda instancia, y la nulidad del proceso desde el auto que declaró cerrada la investigación, inclusive.

Y como la procesada tiene algo más de 18 meses de estar detenida, será puesta en libertad, mediante una caución prendaria de cincuenta pesos ($ 50.00) quedando con la obligación de observar buena conducta, no volver a delinquir, hacer una presentación mensual ante el despacho judicial que conozca del proceso, y no concurrir a lugares donde se expendan licores o estupefacientes.

En mérito de las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1. CASAR la sentencia de fecha dos de marzo del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Penal de Decisión, contra Mercedes Quiñones Baquero, y anular el proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive.

2. Conceder a Mercedes Quiñones Baquero el beneficio de libertad provisional, mediante el cumplimiento de las obligaciones consignadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía. José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V. Secretario

NULIDADES DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Técnica en su alegación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre dos de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 56 de 28 de octubre de 1976.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de veintiocho de febrero del año en curso, impartió confirmación integral al fallo pronunciado por el Juzgado 20 Penal del Circuito de esa ciudad, en el cual se impuso siete años y seis meses de presidio a JUAN DE LA CRUZ CORREA GARCIA (a. el bizco) y LUIS HERNANDO SERNA ZULUAGA, y diez años de presidio a JOAQUIN GUILLERMO DIOSSA, como coautores de los delitos de "robo y lesiones personales" cometidos en detrimento patrimonial y corporal de los esposos Argiro Tamayo Arroyave y Ofelia Chavarriaga de Tamayo.

Los procesados Diossa y Serna interpusieron el recurso de casación contra la ameritada sentencia. El defensor del primero, que también lo fue de Correa García, se manifestó en el mismo sentido, aunque la mención en favor de Correa, clara en su demanda, es confusa y equívoca en el escrito de interposición de fl. 472.

En auto de veintidós de julio se declaró desierto el recurso, en cuanto a Serna Zuluaga, y admisible la demanda formulada por el defensor de Diossa, quien la hizo extensiva a Correa García.

Actuación procesal

1. El 25 de septiembre de 1974, a eso de las ocho y media de la mañana, fingiéndose trabajadores de las Empresas Públicas y con orden de realizar una reparación telefónica en casa de la familia Tamayo - Chavarriaga, llegaron cuatro sujetos, entre ellos los tres sentenciados. Tan pronto les fue franqueada la puerta y apareció el señor Argiro Tamayo, encañonaron a éste y a su esposa, les golpearon con toda rudeza, les exigieron la entrega del dinero, les amordazaron y se apoderaron de ciento veinticinco mil pesos ($ 125.000.00) y objetos valiosos que, sumados a esta cantidad, hicieron ascender el ilícito a la cifra de setecientos treinta y seis mil ochocientos pesos ($ 736.800.00).

2. La circunstancia de haber conocido el señor Tamayo a uno de sus asaltantes, Diossa, ex-agente de la policía, y la recuperación rápida de su libertad al punto que le permitió recurrir a la autoridad, permitieron el éxito de la averiguación. Fue así como a la denuncia presentada en la Inspección de Permanencia Nº 4 (Belén), primer turno, siguió de inmediato la intervención del F-2. A esto se agregó un factor excepcional: el agente Gustavo Quintero Fitata (Nº 0786 - SIPEC), el 7 de enero de 1975, cuando ya se buscaba con rigor a Diossa, sorprendió a éste en asocio de Correa García y Serna Zuluaga. Creyó advertir en la sospechosa reunión de estos tres sujetos la inminencia de un acto ilícito, pues daban trazas de portar armas de fuego y prepararse para algo. Inmovilizados bajo la amenaza de su arma de dotación oficial, apareció una radiopatrulla y el per-

sonal a su servicio concluyó el procedimiento. Dos de los capturados (Diossa y Correa) portaban sendos revólveres.

3. La averiguación la asumió en definitiva el Juzgado 20 de Instrucción Criminal, el cual como resultado de las pruebas recogidas decretó la detención preventiva sin beneficio de excarcelación de Diossa, Correa García y Serna Zuluaga. Posteriormente se produjo la liberación del segundo de los procesados.

4. El Juzgado 20 Penal del Circuito, a quien correspondiera el conocimiento por competencia plena, orientó su perfeccionamiento (fls. 146 y ss.). Este Juzgado, en auto de 27 de mayo de 1975 (fls. 233 y ss.) mantuvo la detención preventiva de Diossa y Serna Zuluaga y revocó la libertad concedida a Correa García, sindicado a quien no ha podido recapturarse hasta la fecha. Posteriormente, en auto de 6 de agosto del año en referencia, fls. 296 y ss., se calificó el sumario con un llamamiento a juicio para Diossa, Correa García y Serna Zuluaga, para responder de los delitos de "robo y lesiones personales", proveído que el Tribunal confirmó en resolución de 7 de octubre del mismo año (fls. 350 y ss.). Tramitada en forma legal la etapa de la causa, se concluyó ésta, previas las alegaciones de los defensores de Serna (doctor Alvaro González Maya) y Diossa y Correa (doctor Juvenal González Moreno), mediante sentencia condenatoria, fls. 421 y ss., calendada el 23 de enero de 1976, ya mencionada al principio de este proveído, así como la respectiva decisión confirmatoria del Superior.

La demanda de casación

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia impugnada. Uno como principal y otro como subsidiario.

El primero lo indica así:

"Ser la sentencia violatoria de la Ley sustancial, por apreciación errónea de determinadas pruebas (artículo 580, numeral 1º, del Código Procesal Penal)".

Y expresa en su apoyo la siguiente argumentación:

La prueba considerada como plena para producir el fallo de condenación, se concretó en el testimonio del ofendido, señor Argiro Tamayo, y en sus reconocimientos. Estos elementos de convicción adolecen de estos vicios:

a) Argiro Tamayo, en relación a los procesados, dijo creer, y no saber, que ellos fueron los autores de los hechos;

b) El señor Tamayo ignora "quién hizo violencia, quién sustrajo, quién dirigió la comisión del delito, quién realizó una determinada acción y quiénes otras";

c) Es extraño, y esto denota aleccionamiento, que el señor Tamayo se refiera "con nombres propios" a las personas objeto de la identificación;

d) El señor Argiro Tamayo en ocasiones alude a "un carro rojo", como vehículo de sus asaltantes, y otras a "un carro azul, crema o blanco". En una primera testificación se refiere a "cuatro desconocidos" y en careo con Diossa manifiesta conocerlo "desde hace doce años";

e) La esposa de Tamayo, como actuación previa a la diligencia de reconocimiento que con ella se efectuara, fue influida por la exhibición de un álbum de fotos, por parte de las autoridades.

"...Todo lo anterior significa, pues, que el Tribunal ad quem cayó en apreciación errónea sobre la prueba constituida por la denuncia de Tamayo y sus posteriores ampliaciones y 'reconocimientos', y por el reconocimiento de su esposa... la apreciación errónea... consistió en haber dado el valor de plenitud a esa denuncia y ampliaciones, piezas procesales estas que, de conformidad con las pautas del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, apenas tendrían a lo sumo el valor de indicios. Pero no de varios indicios, sino de **un solo indicio**, toda vez que la denuncia, las posteriores ratificaciones y los reconocimientos, por proceder o emanar de una misma persona no son indicios diferentes, sino **circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador**... Entonces, por falta de apreciación exacta de esa prueba (a la que se le dio el título de plena, siendo apenas un solo indicio), o por lo menos apreciación errónea de ella, la sentencia impugnada deviene violatoria de la ley sustancial, cuales son los artículos 230, 234, 235 y 236 (antes también había citado el Art. 231) de la codificación penal procesal, y —oblicuamente o de sesgo— de los

artículos 215 y 216 del mismo código, pues la dicha prueba... no fue apreciada en su justa estimación legal...".

El segundo cargo estriba en "haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad (artículo 580, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal)".

La nulidad la subdivide en tres motivos, a saber:

1. Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, pues no es respeto a las formas propias de cada juicio, el modo como se llevaron a cabo los reconocimientos efectuados por el señor Tamayo. La ley exige espontaneidad y fija la manera procesal como debe realizarse esta diligencia (Art. 407 Código de Procedimiento Penal). Pero aconteció que también le fueron mostradas algunas fotografías y dice la víctima "...reconocí a Diossa y a Correa; luego los ví en la policía en forma discreta...". En estas condiciones, la prueba resulta para el censor inexistente (Art. 214 ibídem);

2. Igualmente se quebrantó el resguardo constitucional que consagra el citado artículo 26 de la Constitución Nacional, al rechazársele el 24 de febrero un memorial, ya que el proceso había entrado a despacho el día anterior. "No discuto, comenta, si ese alegato fue presentado extemporáneamente o no. Lo que digo es que ese alegato ha debido ser recibido por el Secretario de la Sala Penal del Tribunal, y agregado al proceso... puesto que si se hubiera recibido, el Magistrado Ponente bien hubiera tenido oportunidad de imponerse del contenido de esa alegación, y aún tal vez, quizás, de variar la decisión proyectada... considero que el fenómeno jurídico procesal de la 'extemporaneidad' pertenece, o es mas de aplicar, a la rama del derecho civil, que no a la penal".

3. Finalmente expresa que "si no se aceptaren las dos nulidades antes alegadas, la Corte estudie si se ha caído en alguna otra causal anulatoria, y la decrete aunque no haya sido solicitada expresamente", pues el criterio de la oficiosidad ha sido sostenido como doctrina dominante en los últimos pronunciamientos de la Corte.

Opinión de la Procuraduría

El Delegado Primero llama la atención, en crítica al recurrente, sobre el rigor y tecnicismo propios al recurso extraordinario de casación, que no puede confundirse con una tercera instancia. No revela buen manejo de este excepcional medio de impugnación acudir a planteamientos subsidiarios "toda vez que la proposición subsidiaria carece de certeza y de determinación, circunstancias estas que no son, justamente, las más propicias para sacar avante el debate que se le hace al fallo recurrido", ni menos intentar una demostración sobre la base de unas razones para luego decir que podrían ser otras, si se rechazan las primeras, las que se apreciaron como más fundamentales.

Las nulidades invocadas por el memorialista resultan improcedentes:

1. El proceso como unidad infragmentable no puede fraccionarse para demostrar así su imperfección. Si se trata de desvalorizar la prueba testimonial "no se puede centrar la censura en una sola declaración que pueda adolecer de cualquier irregularidad, sino que hay que enfocar la atención crítica hacia el conjunto de testimonios recibidos para demostrar si reunidos todos, resisten el peso de la decisión enmarcada en el fallo".

"El actor pretende derrumbar la certeza que brota de todas las diligencias en que intervino el ofendido Argiro Tamayo (declaraciones, careos, reconocimientos en fila de personas) con un solo párrafo sacado de una de dichas intervenciones, alterando la verdad probatoria que, en conjunto, como debe ser mirada y analizada, da una visión diferente a la parcializada que trae la demanda".

2. El derecho de defensa no se ha menoscabado. El memorialista reconoce "que fue él voluntariamente, quien no hizo uso de ese derecho en el momento preciso, indicado por la norma procesal, sin ser lógico que el no cumplimiento oportuno de sus deberes de defensor pueda convertirse en acusación, más que para el fallo, para los funcionarios que activaron el trámite de la instancia". Contra lo que cree el recurrente, la desobediencia a los términos del procedimiento", sería "atentado grave contra el incriminado, digno de que se le haga pronta justicia y se le resuelva su situación sin dilaciones infundadas o ilegales".

Y en cuanto al cargo formulado, antitécnicamente, de primero, comenta el Ministerio Público:

La causal invocada no se presentó ni desarrolló adecuadamente. "No se indica cuál es la naturaleza de la violación que la sentencia produjo a la ley, si ella lo fue de carácter directo, o de naturaleza indirecta, reduciéndose la censura a análisis de algunas pruebas incriminante". Por esfuerzo de interpretación se colige que el demandante "pretende plantear la violación indirecta de la ley penal sustancial, como también que ella se sustenta en el error de derecho en que pudo haber caído el sé quem", precisiones que corresponde hacerlas al censor y no a la Corte.

Y concluye la réplica así: "Si, como parece, el demandante tuvo en mientes imputar un yerro jurídico, ha debido concretar la crítica, circunscribiéndola, con la demostración adecuada a las normas procesales rectoras de la prueba que fueron vulneradas por el sentenciador, dejando en claro cuál es el valor que éstas dan a la prueba, enfrentándolo al falso reconocido por el ad quem, ya que tal error es la antinomia entre el valor declarado, y el que realmente la ley les da a éllas. Se quiere significar con lo anterior que el cargo no se demostró a fidelidad, se dejó huérfano, no se le condujo firmemente en el debate que se plantea al fallo, muralla que no puede ser derrumbada oficiosamente por la Honorable Corte para entrarse extraoficialmente a su estudio, llenando el protuberante vacío dejado por el actor".

Consideraciones de la Sala

Importa, conforme al orden que tradicionalmente se ha reconocido en la definición de los cargos, tratar primero lo relacionado con la causal que centra su eficacia en el fenómeno de la nulidad, máxime si a ésta se le atribuye rango constitucional.

A este respecto se comenta:

Tal como lo dice la Procuraduría, el artículo 26 de la Carta, en cuanto a la plenitud de las formas propias del juicio o el respeto debido al derecho de defensa, es aspecto singular y valioso que, de modo frecuente se distorsiona y abusa en su naturaleza, características y razón de ser. La fundamental garantía que así se institucionaliza, suele desconocerse y menospreciarse cuando se invoca para situaciones que le son totalmente ajenas o no representan la esencia que el instituto reclama. De ahí que constantemente, para mantener el prestigio y buen suceso de tan importante y necesaria doctrina, se tenga que rechazar su indiscriminada alegación y censurar acremente a quien incurre en el despropósito de no distinguir los perfiles de excepción que caracterizan el debido proceso.

En el presente caso es notable el mal empleo y abuso de la comentada construcción jurisprudencial. Se ha querido identificar la forma vital que resguarda la libertad con el formalismo que viciosa y perjudicialmente pretende constituir en cuestión sustancial requerimientos menores y secundarios. Y, además, confundir requisitos externos de obligado acatamiento con el valor que pueda otorgarse a determinados actos procesales, apreciación en la cual el juez, cuando procede conforme a las facultades que la ley le concede, tiene intangible y respetada libertad y autonomía.

Muy incompatible resulta la institución que origina y vivifica el artículo 26 de la Constitución Nacional, con la referencia a algunas circunstancias aparentemente defectuosas de una testificación o un reconocimiento, aspectos que debieron proponerse y definirse en las instancias precedentes a la casación. Y mayor es la impertinencia e inocuidad de la alegación cuando se advierte que este testimonio y diligencia identificadora no es factor único en el juicio de responsabilidad que afectó a los sentenciados. Aquí la crítica, que se aisla en punto de mermada significación, también se ofrece como incompleta, al no considerar el testimonio incriminador, con su correspondiente señalamiento en rueda de presos, de Ofelia Chavarriaga de Tamayo; o la información de algunos declarantes sobre dos sospechosos individuos que con antelación a los hechos merodearon por los alrededores de la casa de Argiro Tamayo, dándose cierta semejanza de uno de ellos con Correa García; o las características del vehículo utilizado por los delincuentes con el automotor que los sentenciados tenían al momento de su captura; o la capacidad delictiva de todos éstos para empresa ilícita como la que relaciona este expediente; o los factores indiciarios que se despren-

dan de la información de Gustavo Quintero Fiesta, etc.

La práctica forense exige voluntariedad en la diligencia que el Código de Procedimiento Penal reglamenta en sus artículos 407 y siguientes, esto es, que sea ajeno a imposiciones. Pero no exige su espontaneidad, vale decir, que se produzca sin estímulo alguno dirigido a concentrar la atención del reconocedor o a precisar sus recuerdos. Cuando se acude a la exhibición de fotografías de delincuentes, no se está creando un reconocimiento, se está tratando de tomar la expresión de las características del sujeto que el testigo ha observado, para orientar de este modo las pesquisas y obtener la captura de quien pueda estar relacionado con la ejecución de un delito. Surtido este efecto, el reconocimiento debe producirse en la forma que lo señala el procedimiento penal. En esta diligencia el reconocedor tiene que precisar entre varios la persona o personas a los cuales refiere sus relatos. Es aquí, precisamente, en donde la identificación surge con su completo valor y en donde se sabe si el testigo está cierto en sus descripciones y su señalamiento corresponde a una indicación verdadera.

De modo, pues, que el sistema criticado por el recurrente no es actuación ilegal, inconveniente y extraña al debido proceso. Constituye un medio técnico de averiguación que bien aplicado y conducido puede orientar una pesquisa y posibilitar su éxito.

Menos constituye menoscabo del derecho de defensa el suceso que el impugnador relaciona con un memorial suyo rechazado por extemporáneo en la segunda instancia. Las observaciones del Procurador Delegado fijan la cuestión en su exacto punto y el propio planteamiento del asunto revela por sí elementos suficientes para negarle toda significación y eficacia. El impugnador pretende desconocer la validez de las normas del procedimiento, aquéllas que dan seguridad al trámite, y regulan las funciones de cada uno de sus intervinientes y ordenan la actuación de los funcionarios. No deja de ser notorio contrasentido alegar contra la legalidad de un trámite, por afectar este la garantía constitucional del artículo 26, y al mismo tiempo invocar la omisión de las reglas procesales para poder sustentar esta censura. Ningún objeto tendría la sanción inherente a la extemporaneidad de una alegación si de todos modos, como lo reclama el demandante, el escrito debe agregarse al proceso y posibilitar así su lectura por el juez o magistrado que de él conoce.

La negligencia que una inacción de esta índole entraña no puede alentar el ataque a una sentencia por desconocimiento del derecho de defensa, cuando de modo constante la asistencia profesional se ha producido en favor de quien recibiría ahora el efecto de esa alegación. Nótese cómo varios abonados intervinieron en la formación del sumario y actuaron durante la causa de modo activo y vigilante. Durante aquella primera etapa los propios procesados dirigieron no pocas peticiones y se tramitaron los recursos pertinentes. En relación a este tema conviene citar los folios 79, 103, 143, 232, 254, 259, 342, 362, 412 y 418. La defensa abundó en posibilidades y aprovechó cada una de éstas. Que ella no tuviera el fin esperado o no lograre contar con el último acto de la alegación ante el Tribunal, que según el impugnador reproducía observaciones formuladas anteriormente por el apoderado que le antecediera y por el mismo, son aspectos muy distintos y de muy diverso efecto al de comprometer, como se quiere ahora, el derecho de defensa. Este existió, se repite, en toda su plenitud y se destaca como una insoslayable realidad en este proceso.

Finalmente, en este tema de las supuestas nulidades, la invocación a la Sala de Casación Penal, para que ella escrute si hay factores de invalidación que puedan aprovechar a Diossa o a Correa García, es propuesta un tanto exótica e incomprensible, cuya respuesta aparece nítida con la clase de resolución que se tomará.

Segundo cargo

Inicialmente se formula como apreciación errónea de determinada prueba. Tangencialmente se dice que esta ocurrencia, de modo indirecto, lleva a una indebida aplicación de la ley penal. Pero no se concreta si esta infracción indirecta se apoya en un error de derecho o en un error de hecho de la prueba. De ahí que la formulación de la censura, como bien lo comenta

la Procuraduría, resulta oscura, equívoca e incompleta. Y esta apreciación resulta muy fácilmente demostrable. En efecto, nótese cómo el impugnador apenas menciona en un principio, el testimonio y reconocimiento de Argiro Tamayo y accidentalmente la identificación que hiciera su cónyuge. Destaca, en este punto, defectos en la asunción de esta prueba, al punto que en el acápite de la nulidad, la tuvo por inexistente (Art. 214 del Código de Procedimiento Penal), para terminar en que sus características no permitían tenerla por plena prueba. A las claras se nota que el demandante, indiferencia el error de hecho (admisión una prueba inexistente) y el error de derecho (otorgarle a una prueba el valor de que carece). La falta de técnica en la presentación de la censura, que trata de excusarse con la cita de algunas disposiciones procedimentales, es notoria y genera el desechamiento de la causal que confusamente se invoca y plantea.

Resulta tan cierto lo anterior que la causal se toma dos veces matizándola forzadamente de modo distinto. No hay tal subsidiariedad. Lo que ocurre es la doble presentación del mismo aspecto, ofrecido de manera contradictoria e incompatible. La flaqueza de la argumentación se intenta ocultar con esta doble proyección.

De otro lado, y para abundar en razones, debe recordarse al recurrente que el señalamiento material de los procesados Correa y Diossa no dejan lugar a dudas sobre la seguridad y certeza de la identificación. Esta actitud priva sobre la caprichosa interpretación que el recurrente pretende acomodar al verbo "creer" que descuidadamente utiliza el ofendido Argiro Tamayo. Conviene recordar que desde un principio Tamayo manifestó que estaba en condiciones de poder reconocer a dos o tres de sus asaltantes (fls. 1 y vto.) y, en cuanto a la mención del nombre de Diossa, debe aclararse lo siguiente: Tamayo le conocía físicamente desde años atrás, pero no acertaba con precisión sobre sus nombres y apellidos; al revisar el álbum de delincuentes y señalar a uno de los autores del hecho, precisamente a Diossa, fue enterado de su nombre. No hay contradicción alguna en esto ni menos que hubiera negado la posibilidad de la identificación o el conocimiento muy preciso que tenía de ellos, pero que no alcanzaba a recordar nombres y apellidos. Mal puede descalificarse tan categórica e indubitable afirmación, a expensas de una locución general (desconocidos) aplicada a un grupo de asaltantes que no se supo, en definitiva, cuantos lo integraron y el papel directo o escondido de cada uno de ellos.

Por último, el color que Tamayo señala para el jeep en que huyeron los asaltantes (azul claro o crema) coincide con el del Nissan Patrol de Correa García. (fls. 172, 244, 273). Cuando el ofendido alude a un automotor rojo y de capota negra, fl. 2, alude a las características del vehículo que sospechosamente estuvo cerca a la casa suya, dato suministrado por terceros y quienes confirman esta noticia (fls. 248 vto. 250, 251 vto. y 255). No hay tampoco posición contraria de la víctima en estos aspectos, pues corresponden a cuestiones bien diferentes.

El valor que destaca esta circunstancia es el modelo y marca del vehículo advertidos por unos y otros y el color fundamental que suministra Tamayo, Quintero Fiata y la matrícula, coincidente con el automotor de Correa y que estaba a disposición suya y de sus dos compañeros de condenación al momento de producirse su captura. El recurrente se abstuvo de controvertir y refutar el mérito e incidencia de esta prueba que contribuyó a no dudarlo, al juicio de responsabilidad reconocido para Correa y Diossa.

No prospera ninguno de los dos cargos formulados a la sentencia.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la opinión del Procurador Primero Delegado,

Resuelve:

NO CASA.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la **Gaceta Judicial**.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alarto Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V. Secretario

ANOMALIA PSIQUICA

Artículo 29 del Código Penal. — Medidas de seguridad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre cuatro (4) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado: Acta Nº 56 de 28 de octubre/76.

Vistos

Mediante sentencia del día veintinueve (29) de enero de 1976 el Tribunal Superior de Villavicencio condenó al procesado ALBERTO MEDINA HERNANDEZ por el delito de "Violencia Carnal" en la menor Edilma Gaitán Moreno a la pena principal de ochenta (80) meses de prisión. Reformó así la sentencia de primera instancia que había emitido el Juzgado Promiscuo del Circuito de Acacías el día cinco (5) de septiembre de 1975, en la cual se había impuesto al procesado la medida de seguridad consistente en su reclusión en un manicomio criminal por un lapso no inferior a dos (2) años. Contra el fallo de segunda instancia recurrió en casación el propio condenado y mediante apoderado especial sustentó el recurso. Agotados los trámites correspondientes se procede a decidir sobre el tema de la siguiente manera:

Antecedentes

El día diecisiete (17) de marzo de 1975 la señora Rosa María Romero de Gaitán denunció ante el Inspector 1º de Policía Municipal de Acacías los hechos que dieron origen a este proceso. Según ella, la menor Edilma Gaitán Moreno, que es su nieta, fue violada por un individuo que con engaños la llevó por los lados de la carretera. La menor nombrada declaró para la investigación y se refiere al individuo que con engaños la apartó del camino que llevaba de regreso de la plaza de la población a su casa, a los hechos constitutivos de la violación, etcétera. Examinada por los Médicos Legistas presentó una "desfloración reciente con desgarro del periné" para el dieciocho (18) de marzo que es la fecha del examen (fl. 6º). También tenía, según dicho dictamen, "equimosis en la vagina". En diligencia de "reconocimiento en fila de personas" la menor señaló al sindicado ALBERTO MEDINA HERNANDEZ como a su violador (fl. 15). Nacida el veintitrés (23) de noviembre de 1963 tenía, para el día de los hechos, una edad de once (11) años, tres (3) meses y veinticuatro (24) días (al fl. 8º la inscripción notarial de su nacimiento). En el careo que aquí se realizó la menor repitió lo dicho en su primera versión y el sindicado dijo, entre otras cosas: "Puede ser cierto lo que dice la niña, pero que yo tenga conocimiento no lo tengo, qué más explicación le puedo dar" (fl. 29). Sin embargo en su indagatoria dice que no tiene "conocimiento de nada" cuando se le pregunta por la violación de que se le sindica y, agrega, que sufre de "epilepsia sicomotora" y dice haber sido atendido en Medicina Legal, pues varias veces ha sido sindicado de iguales infracciones y que allí se le considera "sicótico orgánico". Llevaba consigo copias de un dictamen que a él se refiere. Existen otras pruebas en el expediente como son las que surgen de las declaraciones de María Elisa Torres de Salas y María Inés Torres de Castro que fueron llevadas a diligencia de recono-

cimiento en fila de personas (fl. 27) y señalaron a MEDINA HERNANDEZ como el individuo a quien vieron con la menor por los lados por donde las declarantes se ocupaban en ordeñar vacas.

Por auto de tres (3) de julio de 1975 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Acacías llamó a responder en juicio a MEDINA HERNANDEZ por un delito de "violencia carnal" (artículo 316 del C. P.) con la agravante del numeral 1º del artículo 317 por tratarse de mujer vírgen. E hizo alusiones a la anormalidad mental del sindicado y lo ubicó en el artículo 29 del Código Penal. Esta providencia no fue apelada. Verificada la audiencia pública vino la sentencia del veinticinco (25) de septiembre del mismo año y allí se le impuso al procesado la medida de seguridad consistente en su relegación a un manicomio criminal por un tiempo no menor de dos (2) años por considerarle peligroso. En la segunda instancia el Tribunal Superior de Villavicencio, en la sentencia cuya fecha quedó indicada al principio, optó por "revocar" la sentencia de primera instancia para condenar a MEDINA HERNANDEZ como individuo sano de mente con el cual la justicia ha sido benévola. En el expediente se encuentran varios exámenes siquiátricos practicados a MEDINA HERNANDEZ. Y la constancia de que son varias las sindicaciones que por delitos de violencia carnal tiene, amén de una sentencia en la cual se le imponen medidas de seguridad.

La demanda

La acusación que al fallo del Tribunal Superior de Villavicencio hace el apoderado especial nombrado por el procesado se propone con invocación de las causales 1ª y 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Se respeta totalmente la manera de redactar que trae la demanda y así se transcribe lo que dice el apoderado del recurrente en relación con la "Causal Primera". En mi carácter de apoderado del condenado afirmo que el Honorable Tribunal de Villavicencio, Juez ad quem, no interpretó debidamente las pruebas periciales —Dictámenes Médicos Forenses— que obran en autos, pues les dio un valor que sí tienen. Como consecuencia creyó aplicables los artículos 316, 317 y 318 del Código Penal, siendo así que no tiene operancia en el presente caso, cuando la norma aplicable lo era el artículo 29 del Código Penal. Con ello violó la Ley penal; ya que el ad quem, pasó por desapercibido los conceptos médico-forenses, que sí tuvo en cuenta tanto en el auto de proceder como en la sentencia el Juez del Conocimiento al condenar al procesado en reclusión a manicomio criminal por dos (2) años". En relación con la causal segunda afirma que la sentencia de segunda instancia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. Dice así el apoderado del recurrente en frases que también se copian textualmente: "En el brevísimo auto de proceder del Juzgado Promiscuo del Circuito Penal de Acacías, calendado el 3 de julio de 1975, en sus considerandos, el cual quedó debidamente ejecutoriado, puesto que no fue apelado, dijo que la dosimetría de la pena sería considerada en la Sentencia, en consideración a las medidas de seguridad solicitadas por el mismo sindicado antes de calificar el mérito del sumario. Y al efecto una vez realizada la audiencia, el señor juez del conocimiento condenó al procesado a dos (2) años de medidas especiales de seguridad en un anexo siquiátrico. Es decir, se abstuvo el juez a quo, dado el caso especial del asintomático, de aplicar los ordenamientos de los artículos 316-325, ni siquiera con los agravantes de los artículos 317 y 318 del Código Penal". De lo dicho extrae: "En consecuencia la Sentencia del Honorable Tribunal de Villavicencio, no tenía no tiene modo jurídico de condenar por tales de las disposiciones últimamente citadas como así lo hizo, a ochenta (80) meses de prisión como así lo hizo y a exonerarlo de los subrogados penales". Y agrega: "Resulta esta sentencia violatoria de la Constitución Nacional (Art. 26), condenar cuando hay eximientes de responsabilidad (Art. 29 Código Penal) con agravantes que la justicia no había contemplado en el Pliego de Cargos: pues ello equivale a condenar sin ser oído en juicio. Nadie va a defenderse de aquello de que nadie lo acusa". Y razona así: "La consonancia entre el auto de proceder y una sentencia no se limita al genero del delito, sino a las circunstancias atenuantes o agravantes. Puede la sentencia reconocer

atenuantes que no contempla el auto de proceder, pero no agravantes que no se hallan previstos allí. Otra cosa son las circunstancias de mayor peligrosidad, en que el juez puede moverse con mayor libertad en la sentencia; pero cuando el auto de proceder enuncia medidas de seguridad y en la sentencia se condena a ellas, en ningún caso nuestros tribunales, por reiteradas providencias de la Superioridad a quien me estoy dirigiendo, nuestros tribunales pueden desoírlas". Faltas de concordancia, palabras incompletas, frases inconexas, ausencia de tildes, etc., son propias del apoderado que escribe. Aquí se transcribe literalmente.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador 3º Delegado en lo Penal afirma que en razón de que "debe prosperar el cargo relacionado con la causal primera, no se examinará la segunda causación mencionada" y, en consecuencia, a la única causal a la cual se refiere dedica su concepto. Dice así: "Aunque el cargo resulta formulado esquemáticamente, debe concluirse que propone la violación indirecta de la Ley sustancial, toda vez que el juzgador no dio aplicación al artículo 29 del Código Penal, para imponer al procesado medidas de seguridad, cuando tal norma era procedente, de conformidad con los dictámenes médicos que considera apreció erróneamente el Tribunal". Sobre la base de que los dictámenes siquiátricos que existen en el expediente demuestran que el procesado padece enfermedad mental (Psicopatía) calificada con "grave anomalía psíquica", afirma el Ministerio Público que estas pruebas no fueron desvirtuadas y debe reconocérseles el valor que la ley les otorga "sin que por tanto existiera fundamento suficiente para desestimarlas". En consecuencia, dice el Procurador 3º Delegado en lo Penal "el cargo debe prosperar, por encontrarse suficientemente demostrado" y termina por solicitar que se invalide parcialmente la sentencia acusada y en su lugar se imponga al procesado reclusión en manicomio criminal por el término mínimo de dos años tal como lo dicen el artículo 62 y siguientes y concordantes del Código Penal.

La Corte considera

1. El juzgador de primera instancia, en este caso el Juez Promiscuo del Circuito de Acacías, al emitir el auto de proceder se refirió a las afegaciones que hizo el propio procesado de haber cometido la infracción en estado de grave anomalía síquica. Y dijo que el estudio de esa condición se dejaría para la sentencia. No menos cierto es que ya disponía de dictámenes antecedentes provenientes de varios médicos legistas y siquiatras que decían de la anormalidad del procesado. Y resulta comprobado que durante la etapa de la causa se produjo un nuevo dictamen que emitió la Oficina Médico Legal del Departamento del Meta en el cual se dice que "El caso presente es una perversión sexual crónica y repetitiva que presenta un trastorno psíquico (psicopatía) básico, cuya causa se remonta a la infancia generalmente debida a la falta de adaptación con las personas maduras, lo que hace que el niño se vuelva egocéntrico y evolucione con variedad de reacciones impulsivas sin consideración de los sentimientos de los demás", y que concluye así: "I) El señor ALBERTO MEDINA HERNANDEZ desde el punto de vista somático no presenta enfermedad aparente. II) Desde el punto de vista neuropsíquico sufre desde hace varios años enfermedad mental (psicopatía) clasificada como desviación sexual tipo pedofilia o paidofilia (realización de actos sexuales con niños), como impulso irreprimible". Sobre estas bases no podía montarse una sentencia de condena distinta a la que emitió el Juez Promiscuo del Circuito de Acacías ya que al procesado MEDINA HERNANDEZ no podía dársele el mismo tratamiento que se da a las personas normales en razón de la grave anomalía síquica que le aqueja, pues no otra cosa es la sicopatía que le impulsa a buscar la satisfacción sexual, irreprimiblemente, en niños. Y es ese precisamente el caso aquí juzgado en donde se trata de la violación de una menor que apenas si alcanzaba la edad de once (11) años y algunos meses más para el momento de los hechos.

2. El Tribunal Superior de Villavicencio al revisar la sentencia de primera instancia hizo a un lado el dictamen médico-legal del catorce (14) de agosto de 1975 al cual se

refiere la SALA en el aparte anterior. Y revivió el que emitió el doctor Antonio Segura Garzón el día 4 de marzo de 1970 en un asunto anterior al que ahora se examina. Según dicho dictamen MEDINA HERNANDEZ no presentaba trastorno síquico alguno aunque tenía sí un carácter impulsivo "de alta peligrosidad" y un "complejo de Edipo no bien resuelto". Sin embargo, existen dictámenes posteriores al citado como el de treinta (30) de septiembre de 1970 también en el cual el Instituto de Medicina Legal de Bogotá dictamina que "El sindicado tiene una personalidad sicopática" y que "en virtud de esa personalidad el sindicado cometía los actos sexuales con menores". En las conclusiones de dicho examen se dice que: "El sindicado ALBERTO MEDINA HERNANDEZ, al tiempo de cometer los hechos padecía de grave anomalía síquica". También el cinco (5) de marzo de 1971 el Instituto de Medicina Legal de Bogotá se pronunció sobre las condiciones síquicas del procesado cuando dijo: "El sindicado tiene una personalidad epileptoide y la ingestión de bebidas alcohólicas determina en él trastornos síquicos" y agregó: "Se trata por consiguiente de un individuo que presenta una personalidad sicopática, la cual constituye una grave anomalía síquica". El diecisiete (17) de octubre de 1971 el médico Legista de Villavicencio, doctor Fabio Jaramillo Isaza, se abstuvo de emitir un concepto sobre el tema porque, en su concepto, debía practicarse un electroencefalograma al sindicado y, practicado éste, dijo en dictamen del catorce (14) de diciembre del mismo año que dicho examen había revelado "lesión de un foco epileptógeno derecho" y que ubicado en hemisferio dominante este tipo de lesión temporal se manifiesta frecuentemente por la crisis de una verdadera epilepsia sicomotora, con períodos libres de variable duración y manifestaciones de gran polimorfismo", para concluir mucho después, ya por el tres (3) de agosto de 1972 en lo que parece ser una aclaración de su dictamen inicial, de la siguiente manera: " ... vuelvo a afirmar que sus actuaciones anormales, de tipo delictivo, pueden deberse perfectamente a su patología cerebral". Mucho después el nuevo médico legista de Villavicencio, doctor Emiro Bayona Solano, con base en el electroencefalograma de la Clínica de Nuestra Señora de la Paz que reveló una "disritmia temporal de aparente origen derecho y relativamente antigua", dictaminó el tres (3) de noviembre de 1971 que MEDINA HERNANDEZ tenía "temperamento psicopático con fondo epileptoide". Se ha demorado la SALA en referirse a cada uno de los dictámenes correspondientes a distintos exámenes que se le practicaron al procesado MEDINA HERNANDEZ para destacar que aquél que tuvo en cuenta el Tribunal de Villavicencio había sido revisado a fondo por otros científicos, en diferentes épocas y en diferentes casos, pues el historial delictivo del sindicado es nutrido aunque al proceso no se haya traído una sola copia de sentencia de condena anterior. El dictamen del cuatro (4) de marzo de 1970 se encuentra aislado, en consecuencia. Y al ser revisado más tarde se encontró que no correspondía al verdadero estado síquico del procesado. Por tanto, no debió ser tomado en cuenta como al principio se dijo y erró el Tribunal de Villavicencio en la apreciación de la prueba al hacer a un lado la que existe, legalmente producida, y, en especial, la que surge del dictamen del catorce (14) de agosto de 1975, el más reciente, que se practicó en este proceso. Es más: al utilizar el viejo dictamen del cuatro (4) de marzo de 1970, no se filó que por el mismo año el Instituto de Medicina Legal de Bogotá se pronunció en forma distinta que sirvió de base para apreciar la personalidad sicopática del procesado por aquel entonces. Nunca, hasta el pronunciamiento ahora demandado, se había considerado a MEDINA HERNANDEZ como persona normal.

3. Es cierto que el cargo contra la sentencia del Tribunal de Villavicencio "resulta formulado esquemáticamente" como lo dice el Procurador 3º Delegado en lo Penal y también lo es que al final de la demanda habla de "infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea" de la ley sustancial sin decidirse por alguna de ellas. Pero no puede negarse que habla de interpretación indebida de la prueba pericial, de que se le otorgó un valor que no tiene ("que si tienen" dice en una de las varias equivocaciones que se notan en el texto de la demanda) y de que se dejó de aplicar el artículo 29 del Código Penal que sí había tenido en cuenta el juzgador de primera ins-

tancia. Y esto que se dice resulta cierto como se ha demostrado en los dos puntos que anteceden. Existió de parte del Tribunal una muy clara interpretación errónea de la prueba pericial acerca de la insanidad mental del procesado y revivió un dictamen que en un caso anterior había sido objeto de revisión y desestimado en su tiempo, al paso que hizo a un lado todo un cúmulo de prueba técnica que dice todo lo contrario y que ha constituido la pauta para el juzgamiento del procesado. Por la vía de este error desembocó en la condición de procesado como si se tratara de persona normal sujeta al régimen común de penas y reformó la sentencia de primera instancia para deducir ochenta (80) meses de prisión en lugar de los dos (2) años de manicomio criminal que había impuesto el Juez Promiscuo del Circuito de Acacías. No aplicó el artículo 29 del Código Penal que dice: "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro" (Subraya la SALA) y, por tanto, existe una violación indirecta de la ley sustancial que es suficiente para casar la sentencia según lo pretende el apoderado del recurrente y según conceptúa el Ministerio Público. En consecuencia, este primer cargo prospera.

4. En cuanto al segundo cargo, aquél que fundamenta el apoderado del recurrente en la causal segunda (2ª) del artículo 580 del Código Penal, por no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, resulta claro que el juzgador de primera instancia no habló en concreto de la aplicabilidad al caso de autos del artículo 29 del Código Penal. Se refirió sí a una alegación que en tal sentido hizo el propio procesado, pero, y lo dice expresamente la providencia, dejó el punto para ser tratado en la sentencia. En consecuencia, MEDINA HERNANDEZ fue enjuiciado como persona normal en razón de que el dictamen médico que se había solicitado no había llegado al proceso y solamente se disponía de dictámenes trasladados producidos en casos anteriores. Llegado el dictamen del catorce (14) de agosto de 1975, sobre él fundamentó el juzgador de primera instancia la sentencia a manicomio criminal. Tampoco es cierto, como lo dice el apoderado del recurrente, que el Tribunal de Villavicencio creyó aplicables los artículos 316, 317 y 318 del Código Penal al caso de autos y por ello prescindió del artículo 29 del mismo Código. El Ministerio Público apunta sobre el tema: "Debe aclararse que no puede prescindirse de tener en cuenta las normas que se relacionan con la infracción de violencia carnal y sus circunstancias, como lo considera el recurrente; pues en razón de configurarse el delito conforme a tales preceptos se ejerce la acción penal, aunque no corresponda imponer las penas contempladas en los mismos (Art. 316 y conc.), sino las medidas de seguridad previstas por la norma penal, de conformidad con el artículo 29 citado". Esto que se transcribe es cierto, pues en verdad se trata de una violencia carnal "ope legis" (artículo 316, inc. 2º, C. P.), cometida en mujer virgen (artículo 317, numeral 1º, C. P.). La alusión al artículo 318 del Código Penal sí es de la cosecha del apoderado del recurrente, pues no aparece citado ni en la sentencia de primera ni en la de segunda instancia. Si MEDINA HERNANDEZ hubiera sido persona normal su sanción habría sido deducida de la combinación de los artículos 316 y 317 sin necesidad de recurrir al artículo 29. Pero, en tratándose como se trata de individuo aquejado de "grave anomalía síquica" lo único que varía en este caso es lo relativo a la sanción, pues así catalogado se sustrae al régimen común de penas y le son aplicables las medidas de seguridad. La SALA ha examinado este segundo cargo porque, de haber prosperado, se trataría de una circunstancia más comprensiva de casación que retrotraería la actuación hasta antes de la emisión de la sentencia. Pero, de todo lo dicho se desprende que por este aspecto no prospera la demanda, pues no hay inconsonancia entre el auto de proceder y la sentencia.

5. Prospera entonces la demanda por el primer cargo formulado y, en consecuencia, corresponde a la SALA dictar el fallo que deba reemplazar al acusado según lo dispone el numeral 2º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal. En razón de la "grave anomalía síquica" (artículo 29 del

C. P.) que aqueja al procesado y en razón precisamente de ese estado que lo hace "especialmente peligroso" (artículo 63 del C. P.), pues basta revisar el expediente para darse exacta cuenta del nutrido itinerario de sindicaciones por delitos de violencia carnal en menores de edad, la medida de seguridad que a él debe aplicarse es la de "manicomio criminal" (artículos 61, 62 y 63 del C. P.) hasta que deje de ser "un peligro para la sociedad" y por un lapso no inferior a dos (2) años (artículo 64 del C. P.), tal como lo hizo en su momento el Juez Promiscuo del Circuito Penal de Acacías.

Decisión

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA —SALA DE CASACION PENAL— oído el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo recurrido del Tribunal Superior de Villavicencio a que expresamente se refiere la parte motiva y, en su lugar,

Resuelve:

1. IMPONER al procesado ALBERTO MEDINA HERNANDEZ, de condiciones civiles conocidas de autos, la medida de seguridad consistente en su reclusión en un manicomio criminal, como responsable del delito de "Violencia Carnal" en la menor Edilma Gaitán Moreno, por un término no menor de dos (2) años y hasta cuando cese el estado que lo hace un peligro para la sociedad, según razonamientos de la parte motiva de esta providencia.

2. CONDENAR al procesado ALBERTO MEDINA HERNANDEZ, en forma genérica, al pago de los perjuicios causados con la infracción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario

NULIDADES

Constitucionales y procesales o legales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre cuatro (4) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 56 (Octubre 28 de 1976).

Vistos

Mediante sentencia de 26 de julio de 1975, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la de primer grado, proferida en treinta y uno (31) de marzo del propio año por el Juzgado Sexto Superior de la misma ciudad y que condenó a Rodrigo Olaya Fajardo a la pena principal de treinta y dos años y un mes de presidio y a cinco años de relegación a colonia agrícola, como autor de los delitos de homicidio perfecto e imperfecto, de lesiones personales y de robo; a José Eduardo Páramo, Francisco Montenegro y Nivardo Montenegro, como coautores de los mismos delitos, a la pena principal de treinta y dos años y un mes de presidio, y a Pedro Emilio Medina Chávez, a la pena principal de veintisiete años y un mes de presidio, "como coautor de los delitos de homicidios y otros", y a todos ellos a las penas accesorias correspondientes.

Contra el fallo del Tribunal interpusieron los procesados Rodrigo Olaya Fajardo, Pedro Emilio Medina Chávez, Nivardo Montenegro y José Eduardo Páramo el recurso extraordinario de casación, que, habiendo sido sustentado dentro del término legal —salvo lo que respecta al recurrente José Eduardo Páramo que no presentó demanda—, corresponde a la Corte decidir ahora, agotado como se halla el trámite de rigor.

Los hechos

Los que dieron origen a este asunto los condensa el a quo, ciñéndose a la realidad procesal, así:

"Rodrigo Olaya Fajardo planeó asaltar el bus de la línea de la Flota Santa Fe, que sale de Caparrapí (Cund.) hacia Bogotá diariamente, a eso de las cinco de la mañana. Así mismo escogió a José Eduardo Páramo (a. Chepe), Nivardo y Francisco Montenegro y Pedro Medina Chávez para que lo secundaran en la empresa criminosa y concurrieran provistos de armas. 'Antes de las cinco de la mañana del lunes 13 de febrero de 1967 en la vereda de 'Yasal', en el sitio de 'La Mina', a nueve kilómetros de distancia de Caparrapí los sujetos antes mencionados con el rostro tiznado y bajo la dirección de Rodrigo Olaya Fajardo, cortaron árboles y los colocaron en la vía, para detener la marcha de cualquier vehículo que transitara, luego de lo cual se ubicaron a los lados del camino. Y así fue como detuvieron a cinco vehículos, apoderándose del dinero, joyas y objetos de uso personal de los viajeros en cuantía de $ 20.175.00 pesos, además Olaya Fajardo dio muerte a Guillermo Reyes Marroquín, Jesús Antonio Olaya Quijano, Evaristo Arias Montoya, Prudencio Mahecha Hernández, Francisco Antonio Marroquín Miranda y José Alipio Puentes Vargas; igualmente lesionó gravemente a Saúl Silva Pinzón, Gabriel Rodríguez Hernández, Fran-

cisco A. Triana, María de los Angeles Carranza Ramírez y María del Carmen Carranza, al igual que a María Cristina Vásquez Riveros. Como uno de los heridos se fugara aprovechando un descuido de los antisociales y ante la imposibilidad de localizarlo, éstos a su vez huyeron por entre la maleza y no terminaron su labor criminal' ".

Actuación procesal

El 13 de febrero de 1967 el Juzgado Promiscuo Municipal de Caparrapí inició la investigación. Remitido el expediente al Juzgado 64 de Instrucción Penal Militar, éste, en auto de 5 de marzo de 1967, decretó la detención preventiva de Pedro Emilio Medina Chávez por los delitos de asociación para delinquir, homicidio, lesiones personales y robo, al propio tiempo que ordenó la libertad de Cruz Angel Delgado, Agustín Gutiérrez Parra, José Cáceres y Delfín Avila León.

Practicadas algunas diligencias y decretada la detención precautelativa de otras personas, la Auditoría Cuarta de Guerra, en concepto de 10 de noviembre de 1967, solicitó al Comandante de la Brigada de Institutos Militares, la convocación de Consejo Verbal de Guerra, por los delitos mencionados, contra Rodrigo Olaya Fajardo, Pedro Emilio Medina Chávez, Nivardo Montenegro, José Eduardo Páramo y Francisco Montenegro.

En virtud de Resolución número 0099 de 14 de noviembre de 1967, se convocó por el Comandante de la Brigada de Institutos Militares al Consejo Verbal de Guerra.

La Presidencia del Consejo Verbal de Guerra, en sentencia de 15 de diciembre de 1967, acogió el veredicto de los vocales e impuso a Rodrigo Olaya Fajardo la pena privativa de la libertad de treinta y seis años de presidio, y a Nivardo Montenegro, José Eduardo Páramo, Pedro Emilio Medina Chávez y Francisco Montenegro la de veintinueve años de presidio, además de las accesorias correspondientes, y ordenó cesar todo procedimiento contra Cruz Angel Delgado, José Agustín Gutiérrez Parra, Delfín Avila León, José Cáceres, Víctor Julio Medina Chávez y Jorge Hernando Campos Avila.

El 5 de abril de 1969 el Tribunal Superior Militar se abstuvo de conocer del recurso de apelación interpuesto contra el fallo condenatorio y, en su lugar, resolvió enviar el negocio al Tribunal Superior de Facatativá, por haber dejado de regir el estado de *sitio*.

En razón de haberse suprimido este Tribunal, el proceso pasó al Tribunal Superior de Bogotá, quien decretó la nulidad de la actuación a partir, inclusive, de la resolución por la cual se convocó el Consejo Verbal de Guerra.

El Juzgado Sexto Superior de Bogotá avocó el conocimiento del proceso. Practicadas algunas diligencias, clausurada la investigación y previo el concepto del Ministerio Público, calificó el mérito del sumario, abriendo causa criminal, con intervención del jurado de conciencia, contra Rodrigo Olaya Fajardo, Pedro Emilio Medina Chávez, José Eduardo Páramo y Francisco y Nivardo Montenegro por los delitos de homicidio (perfecto e imperfecto), lesiones personales, robo y asociación para delinquir, y sobreseyendo definitivamente en favor de Cruz Angel Delgado, José A. Gutiérrez Parra, Delfín Avila León, José Cáceres, Jorge Hernando Campos Avila y Víctor Julio Medina Chávez por las mismas infracciones. Además, el Juzgado Sexto Superior ordenó compulsar copias para identificar plenamente a Carlos N. e investigar los cargos que gravitan sobre Eralfo y Artidoro Acero, Eliseo Calvo y Jaime Rodríguez.

Ejecutoriado el auto de proceder, se rituó la causa en debida forma, sorteándose el jurado de conciencia respectivo y celebrándose la audiencia pública del caso, al final de la cual los jueces de hecho dieron a los cuestionarios sometidos a su consideración respuesta afirmativa, con cuya base se dictaron los fallos de instancia referidos.

Las demandas de casación

Demanda presentada en nombre y representación de Rodrigo Olaya Fajardo

Al amparo de la causal cuarta establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante le formula dos cargos al fallo censurado, a saber:

Primer cargo

"La sentencia ha sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por cuanto en el auto de proceder datado en diciembre 21 de 1971 se violó lo pertinente del artículo 482 del Código de Procedimiento Penal en su inciso final, al ordenarse COMPULSAR copia de lo pertinente para investigar el comportamiento delictivo atribuido a los procesados Eralfo y Artidoro Acero, Eliseo Calvo y Jaime Rodríguez, incurriéndose en una nulidad de carácter supralegal contemplada en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Según el censor, hay "ostensible transgresión de las normas propias del juicio" al ordenarse esta compulsa, "en virtud de que el inciso final del artículo 482 del Código de Procedimiento Penal, dispone que si al dictarse el llamamiento a juicio o el sobreseimiento definitivo, o durante la causa, hay serios motivos para temer la existencia de otros partícipes de la infracción QUE AUN NO HAN SIDO DESCUBIERTOS, se sacarán copias para continuar la investigación respecto de éstos". Y como en este caso el Juez Superior ordenó compulsar copias para investigar "el comportamiento delictivo" de Eralfo y Artidoro Acero, Eliseo Calvo y Jaime Rodríguez, ello implica nulidad procesal, porque el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal se refiere a personas desconocidas, esto es, "que aún no han sido descubiertas".

Segundo cargo

"Igualmente se han violado las normas propias de la actuación procesal y concretamente la relacionada con el ordinal 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por haberse celebrado la audiencia pública en día y hora no programados...

"Al efecto..., en forma meramente objetiva me permito presentar el cargo. A folio 264 del cuaderno Nº 4, aparece el acta correspondiente a la audiencia efectuada el seis de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, en la cual se dio lectura a algunas piezas de la causa, se suspendió la vista pública y se señaló la hora de las dos de la tarde del nueve de mayo del mismo año para el seguimiento del debate oral. Empero, ello no se llevó a cabo, pues si leemos el acta siguiente, se desprende que la audiencia pública continuó el veinte de mayo (fl. 265 del mismo cuaderno). Así, pues, se ha violado el ordinal 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por haberse celebrado la controversia pública y oral en día distinto al previamente señalado.

"La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que la audiencia pública es, en esencia, un acto jurídico complejo, pero único, cuyos momentos sucesivos tienen ejecución en tiempos y espacios diferentes, sin perder su unidad. En tales condiciones, la nulidad de uno de ellos, afecta la INTEGRIDAD de la actividad procesal del debate público".

Concluye el actor solicitando que se invalide la sentencia y se proceda de conformidad con lo dispuesto en el ordinal tercero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, "habida cuenta que la nulidad proviene desde el auto de preclusión de la fase investigativa, inclusive y en adelante".

Demanda presentada en nombre y representación de Pedro Emilio Medina Chávez

Invocando la causal cuarta establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, le formula el demandante los siguientes dos cargos a la sentencia recurrida:

Primer cargo

Es exactamente el mismo primer cargo que se plantea en la demanda pergeñada y presentada a nombre de Rodrigo Olaya Fajardo, por lo que huelga esbozarlo de nuevo.

Segundo cargo

"Asimismo se han violado las normas propias de la actuación procesal y concretamente la relacionada con el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, precepto que estatuye lo relacionado a la elaboración del cuestionario o cuestionarios so-

metidos a la consideración de los jueces ciudadanos".

Arguye el demandante que en el auto enjuiciatorio "se dedujeron al procesado Rodrigo Olaya Fajardo, alias 'comandante', las circunstancias de agravación contempladas en los ordinales 2º, 3º y 5º del artículo 363 del estatuto represivo..." Pese a ello, en "los cuestionarios sometidos a la decisión del jurí, y concretamante los relacionados con los homicidios cometidos en Guillermo Reyes Marroquín, Jesús A. Olaya y José Alipio Puentes Vargas, se anota que en ellos no se incluyó la circunstancia derivada de la sevicia (se subraya), deducida a Olaya Fajardo en el auto de proceder... Significa lo anterior que los citados cuestionarios, no se elaboraron con el lleno de las formalidades legales, mucho menos de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 553 del Código de Procedimiento Penal.

"Ha surgido, entonces, una nulidad en la actuación por las razones anotadas, en virtud de lo cual es procedente la aplicación de la causal reseñada en el ordinal 4º del artículo 580 del mismo estatuto".

Da término a su alegación el actor solicitando que se case la sentencia y se proceda con arreglo a lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Demanda presentada en nombre y representación de Nivardo Montenegro

Dentro del marco de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal impugna el demandante la sentencia, formulándole seis cargos, "por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad", y en el ámbito de la causal segunda le formula el cargo consistente en que ella "está en desacuerdo con el veredicto del jurado, por lo que se violó el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal".

Causal cuarta

Primer cargo

Es exactamente el mismo cargo planteado en las demandas de Rodrigo Olaya Fajardo y de Pedro Emilio Medina Chávez. Por eso es innecesario esbozarlo de nuevo.

Segundo cargo

Es también el mismo segundo cargo que se plantea en el libelo presentado a nombre de Rodrigo Olaya Fajardo. De ahí, pues, que aquí se da por reproducido lo pertinente de dicha demanda.

Tercer cargo

"Se resolvieron dos solicitudes de excarcelación sin que el Ministerio Público hubiera emitido previo concepto sobre su procedencia, habiéndose violado los artículos 455 y 453 ordinal 9º del Código de Procedimiento Penal. La nulidad existente según este cargo es de índole constitucional, por violación del artículo 26 de la carta, por no haberse observado la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Cuarto cargo

"El sorteo del jurado se realizó observando un procedimiento que no corresponde al establecido en el artículo 540 del Código de Procedimiento Penal VIGENTE EL DÍA 18 DE AGOSTO DE 1973. También en este caso se violaron las formas propias del juicio.

Alude el actor al acta del sorteo de jurados, a la que hace los siguientes reparos:

a) Fue el Juez quien extrajo las fichas que daban cuenta de los integrantes del jurado, en lugar de haber sido el Agente del Ministerio Público;

b) Fue el Juez asimismo quien leyó "en alta voz el número de cada una de las seis fichas, en lugar del secretario";

c) "El Juez sacó las seis fichas de un número de 200, contadas a partir de la unidad, debiendo haberla sacado de un número de 150, contadas en la misma manera. El artículo 522 numeral 2º establece que la lista de jurados deberá tener cuantos nombres cuantos (sic) corresponden a razón de 150 POR CADA JUZGADO";

d) Se dio aplicación en la referida diligencia a los artículos 492 al 496 del Código de Procedimiento Penal, en lugar de haberse aplicado los artículos 528 a 532 ibídem, y se estableció "un término de cinco días de conformidad con el artículo 511

del Código de Procedimiento Penal debiendo haberlo establecido de conformidad con el artículo 544 del mismo estatuto".

De lo anterior colige el demandante que "la sentencia impugnada se dictó en un proceso viciado de nulidad", porque la diligencia de sorteo de jurados "es INEXISTENTE, al tenor del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal por no haberse observado las solemnidades (sic) expresamente establecidas en el artículo 540 del Código de Procedimiento Penal para estos eventos... El jurado que aparece actuando a través del proceso es inexistente jurídicamente, aun cuando se observe su participación material".

Concluye este cargo el actor afirmando "que al repasar las normas de procedimiento todo parece indicar que el Señor Juez equivocó fatalmente el procedimiento a seguir en la práctica de estas diligencias y aplicó el PROCEDIMIENTO DEL CODIGO QUE DEJO DE REGIR EL 1º DE JULIO DE 1971, FECHA EN LA QUE ENTRO EN VIGENCIA EL DECRETO 409 DE 1971".

Quinto cargo

"Los cuestionarios fueron mal elaborados. Al formularlos se violó el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, que ordena formularlos separadamente. El cuestionario formulado al jurado debe someterse según las reglas establecidas en los artículos 533 y 537 del Código de Procedimiento Penal al tenor de las cuales se tiene:

"a) Cada cuestionario debe referirse a un solo delito;

"b) Cada cuestionario debe referirse a un solo sindicado".

Transcribe el demandante el cuestionario sexagésimo y lo analiza, para concluir "que los cuestionarios no se formularon separadamente respecto de cada uno de los sindicados, por lo que se violó el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal por lo que no se observaron las FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. El coautor no es partícipe secundario en la ejecución del hecho delictual. Es TAN RESPONSABLE como las demás personas que participan en el delito... es tan responsable COMO LOS DEMAS COAUTORES. Preguntar que si un sindicado es responsable en coautoría con otros sindicados identificados por sus nombres, no significa que el sindicado sea autor principal y los demás autores secundarios. EL SINDICADO TAMBIEN ES COAUTOR, por lo que a fortiori el jurado al responder SI ES RESPONSABLE, está respondiendo sencillamente así: NIVARDO MONTENEGRO ES RESPONSABLE EN COAUTORIA CON RODRIGO OLAYA... o lo que es lo mismo NIVARDO MONTENEGRO, RODRIGO OLAYA, PEDRO EMILIO MEDINA, JOSE EDUARDO PARAMO y FRANCISCO MONTENEGRO SON RESPONSABLES. Es una respuesta plural a una pregunta plural, por el hecho también evidente de que los cuestionarios no se formularon separadamente..."

"Como en el proceso —concluye el actor— se violó el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal se desconocieron las formas propias del juicio, la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad, es por lo que es procedente infirmar el fallo.

Sexto cargo

"Los cuestionarios fueron mal elaborados, especialmente en lo relacionado con el robo, que siendo agravado se tuvo como simple. Los hechos materia de la causa no se determinaron conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que los constituyen".

Se transcriben apartes del auto de proceder relativos a la calificación del delito contra la propiedad, donde se enjuicia a los procesados "como coautores del delito de robo de bienes de propiedad de las víctimas a que se aludió anteriormente, ilícito contemplado en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, con los agravantes de los ordinales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal", y se censura que no se registraron en los cuestionarios tales circunstancias de agravación.

Causal segunda

Cargo único

"Invoco contra la sentencia condenatoria, de segunda instancia, la causal segunda de casación consagrada en el artículo

580 del Código de Procedimiento Penal, que es del siguiente tenor: 'En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos: 2º Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado'...

"La sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, porque se violó el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, incurriéndose en una de las razones para recurrir contemplada en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

"La sentencia debe dictarse en concordancia con el veredicto del jurado. Habrá desacuerdo entre el veredicto del jurado y la sentencia cuando no haya conformidad, asonancia o armonía entre el dicho de aquél y el contenido de ésta. Habrá desacuerdo si el jurado responde 'Sí es responsable' cuando el cuestionario se refiere al hecho simple de ocasionar la muerte a otro y la sentencia condena por homicidio agravado..."

Luego afirma el demandante que en los cuestionarios solamente se inquirió si los procesados eran responsables "de haberse apoderado, mediante la violencia a las personas, de bienes de propiedad de...", pregunta que subsumía las conductas en el artículo 402 del Código Penal; pero "el señor Juez, en vez de condenar a los sindicados por robo simple, como lo señaló el Jurado, los condenó por robo agravado, como fácilmente se desprende de la lectura de la parte motiva de la sentencia que registramos al folio 130 del Cuaderno quinto", con lo cual "es evidente que la sentencia rebasó el veredicto del jurado haciendo más gravosa la situación de los condenados, en siete años, por lo menos, de presidio. Es verdad que fácilmente salta a la vista que el jurado respondió si es responsable por robo simple, porque el cuestionario que se le sometió, no incluye circunstancias de las previstas en el artículo 404 del Código Penal".

Concepto del procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, representante en esta oportunidad del Ministerio Público, después de analizar los cargos que formulan los demandantes, concluye solicitando a la Corte "DESECHAR las demandas a estudio y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen".

La Sala aprovechará algunos aportes del Ministerio Público.

Se considera

Demanda presentada en nombre y representación de Rodrigo Olaya Fajardo

Primer cargo

Es sabido que las nulidades se clasifican en constitucionales y procesales o legales. Estas últimas son las previstas en la ley (Arts. 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal) y aquéllas tienen su fundamento en los derechos consagrados en el título III de la Carta Fundamental, en especial en el artículo 26.

Esta disposición establece que nadie puede ser juzgado sino mediante ley preexistente, ante autoridad competente y observando la plenitud de las formas propias del juicio. A este propósito cumple observar que asimismo las procesales o legales tienen su fundamento en el nombrado artículo de la Constitución, mas como son múltiples esas formas procesales, sólo adquieren el carácter de nulidad aquéllas que expresamente están consagradas. Es decir, no toda inobservancia o irregularidad acarrea nulidad. Sobre el particular ha dicho la Corte reiteradamente que las nulidades establecidas en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal son taxativas y su interpretación debe ser restringida, no analógica, respecto de las disposiciones que las consagran. Por modo que el juzgador no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que solamente constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una formalidad externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad (Sentencia de 5 de diciembre de 1945, entre otras).

Por manera que, además de tales nulidades procesales, existen otras reconocidas

por esta Corporación denominadas constitucionales, supralegales o extralegales, que resultan de ciertas actuaciones procesales —no contempladas como causales en la ley—, y en las que de modo ostensible y grave se viola el derecho a la defensa o a las normas superiores que regulan el proceso. Para su existencia se requieren dos condiciones, según lo ha expresado la Corte:

"Que se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren la flagrante violación del derecho de defensa del procesado; y, además, que se hayan alegado en las instancias". Entre ellas se ha incluido la de llamar a juicio al sindicado y seguirle causa con aplicación de leyes posteriores al delito (Const. Nac., 25 y Código Penal, artículo 1º), la de falta de defensa del acusado, la de falta de asistencia del procesado menor, la denominación ambivalógica del cargo en el auto de proceder.

En el caso sub judice, se plantea el cargo de nulidad supralegal por haberse ordenado en el auto enjuiciatorio compulsar copias para averiguar los presuntos comportamientos delictivos de personas conocidas; mas, como observa el Procurador, no se entiende "en qué forma, o de qué manera, tal disposición del calificador del mérito del sumario pudo agraviar el derecho de defensa de los procesados, ni menos aún cómo tal disposición del Juez Superior puede traducirse en inobservancia de las formas propias del juicio. Ninguna trascendencia jurídica produjo dicha resolución y lesiva a los intereses o derechos de los procesados, como muy bien se guardaron los señores demandantes de demostrarlo, o aun tangencialmente insinuar. El juicio se realizó con el lleno de todas sus formalidades, satisfaciéndose, por lo tanto, los requerimientos legales y constitucionales pertinentes, por lo cual el cargo resulta inocuo y debe ser rechazado".

En conclusión, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Para responder este cargo se transcribe a continuación lo que expone el Procurador, pues ello se ajusta estrictamente a derecho y a la realidad procesal:

"Del contexto del acta de la continuación de la audiencia pública, sesión realizada el día 20 de mayo, y no el día 9 como se había fijado al celebrarse la primera sesión, se desprende que tuvo que haber existido alguna providencia que cambiara las fechas, y debidamente notificada a todas las partes, pues no otra explicación se da para que a esta segunda sesión hubieran concurrido las mismas personas que se hicieron presentes en la anterior, es decir, los miembros del Jurado de Conciencia, los procesados y sus defensores, ya que de no haber ocurrido lo que se supone, cómo tales personas, cuando habían sido citadas para el nueve de mayo, se presentan el 20 del mismo mes y, tal lo dice la segunda acta, leída la de la sesión anterior se aprobó sin objeción alguna. Sería imposible que los señores defensores hubieran aprobado reanudarse la audiencia en fecha y hora diferente a la que se les había notificado anteriormente, sin elevar protesta alguna, pudiéndose predicar lo mismo del señor Agente del Ministerio Público, de los jurados y de los procesados.

"Fuera del planteamiento anterior, en el supuesto caso de que fuera anulable la sesión de la audiencia pública verificada el 20 de mayo por no estar en el proceso la providencia que hubiera fijado tal fecha en reemplazo del día 9, ello no querría decir que toda la audiencia, como acto único verificable en distintas sesiones, corriera la misma suerte, no pudiéndose argüir que el debate quedaba trunco, toda vez que en la sesión del 20 de mayo sólo se recibió la declaración de un testigo, sin que las partes —acusación y defensa— hubieran intervenido. El Jurado de Conciencia no fue obstaculizado para oír en forma completa, sin intermitencia alguna, las predicaciones del Ministerio Público y las de la defensa, por lo cual el juzgamiento se desarrolló con la claridad, libertad y concatenación ideológica pertinentes".

Por consiguiente, debe desecharse el cargo.

Demanda presentada en nombre y representación de Pedro Emilio Medina Chávez

Primer cargo

Como éste es el mismo cargo que se for-

mula en primer lugar en la demanda anterior, ya se le dio adecuada respuesta.

Segundo cargo

El carácter extraordinario y por lo mismo restringido de la casación no le quita la doble finalidad que persigue todo recurso y que es, concurrentemente con la tutela de la ley, la reparación del agravio de que se cree víctima una de las partes del proceso. Buscar en este momento especialísimo el interés exclusivo de la ley es pretender que la casación se convierta en una acción pública. Este recurso existe y funciona como garantía del respeto a la norma, mas también como reconocimiento del derecho particular negado, y de ese doble soporte surge unificar la interpretación de la ley por vía de jurisprudencia. Son dos cuestiones inseparables, que pueden aislarse y aun contraponerse en el ámbito conceptual, pero no en el de las declaraciones lógicas a que se contrae la sentencia. Son, si se prefiere, dos facetas de un mismo objeto, dos partes de una misma estructura, o, empleando otros términos, los dos requisitos necesarios de una común existencia.

Retomando al abolido finalismo del recurso, el artículo 365 del actual Código de Procedimiento Civil, aplicable a la materia penal por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal vigente, incorporó, bajo el título de **fines de la casación**, esta norma: "El recurso de casación tiene por fin principal uniformar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además, procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida".

Son, pues, dos los objetivos que se persiguen en esta controversia: primero, uniformar la jurisprudencia, proveyendo al cumplimiento del derecho en buena; y segundo, reparar un perjuicio particular causado por el fallo recurrido. Estos dos objetivos concurren y se funden en uno solo, sin que puedan aislarse o escindirse, ni darle al uno mayor extensión que al otro, pues que donde se rompe la igualdad ante la ley, aunque solamente se afecte el interés individual, se vicia también el ordenamiento jurídico general y se pone en tela de juicio la correcta administración de justicia.

Si alguien, en lo civil o en lo penal, impulsado por el ánimo de defender el imperio general de la ley, se presenta en casación dejando de lado el resarcimiento de los daños sufridos con el fallo, más aún, tratando de obtener, con el pretexto de las satisfacciones públicas o sociales, consecuencias más gravosas, desconoce la índole del recurso, recorta o distorsiona su teleología y se sitúa al margen de los dos presupuestos imperativos señalados por la ley. En tales condiciones, faltando una de las cuestiones esenciales del debate provocado, éste no puede seguir con el estudio de la impugnación, cualquiera que fueren la naturaleza de los cargos y los argumentos en que se apoyen. Si la pretensión no se dirige a reparar el agravio, sino más bien a aumentar sus proporciones, es ilegítimo por lo mismo que persigue obtener una nueva determinación dañosa.

De ahí, pues, que la Corte acoja sin reservas lo que expone el Agente del Ministerio Público y que se transcribe a continuación:

"El actor se queja y reclama nulidad, no porque a su poderdante Medina Chávez se le hubiera juzgado protervamente, desconociéndosele derecho o garantía algunos, haciéndosele más gravosa su situación a través del cuestionario que para indagar por su responsabilidad se le presentó al Jurado, sino porque a otro de los coprocesados se le omitió en el cuestionario uno de los agravantes que se cargaron a su cuenta en el vocatorio a juicio, lo cual es insólito, dado caso que lo que se cuestiona ninguna relación guarda con la situación en que quedó Medina Chávez, ya que los cuestionarios referentes a él fueron elaborados a corrección, pues ningún reclamo hace el demandante sobre ellos".

De suerte que el cargo debe desecharse.

Demanda presentada a nombre y representación de Nivardo Montenegro

Causal cuarta

Primero y segundo cargos

Estos cargos fueron ya estudiados al examinar la demanda de Rodrigo Olaya Fajardo y se les dio adecuada respuesta.

Tercer cargo

Puede responderse esta impugnación con argumentos similares a los expuestos en relación con el segundo cargo que aparece en la demanda presentada a nombre de Pedro Emilio Medina Chávez; porque en este libelo se pide la declaración de nulidad, no porque Nivardo Montenegro "haya sido juzgado arbitrariamente, sino porque otro de ellos lo pudo haber sido, pero en sentido favorable, reclamando el apoderado de Montenegro la nulidad porque solicitudes de libertad de otros sindicados no fueron puestas a conocimiento del señor Agente del Ministerio Público, situación que no se presentó con relación a Montenegro. Por identificarse los vicios en las dos cuestiones y por ya haber sido desvirtuado el cargo, viciado por el mismo error, no se repite razón alguna para el cargo que se estudia, dándose por respondido con lo conceptuado en antes".

No prospera, por consiguiente, este cargo.

Cuarto cargo

De esta censura cumple predicar lo que se dijo del cargo primero planteado en la demanda presentada a nombre y representación de Rodrigo Olaya Fajardo; porque, en verdad, ninguno de los "juicios críticos" que se hacen "se puede tener como identificado con cualquiera de las tres nulidades específicas" del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, "máxime cuando el actor no demuestra, a través del medio probatorio legal pertinente, la falsedad del acta de sorteo de jurados, que por ser documento público es obligatorio dar fe a su contenido y tenerse como plena prueba de lo allí narrado" (Art. 271 Código de Procedimiento Penal).

Por otra parte, afirma el actor que el juez "aplicó los artículos 492 a 496 del Código de Procedimiento Penal para realizar el sorteo, debiendo haber aplicado los artículos 528 a 532 de la misma obra. Estableció un término de cinco días de conformidad con el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal debiendo haberlo establecido de conformidad con el artículo 544 del mismo estatuto".

En primer término, se observa que los citados artículos 492 a 496 del Código de Procedimiento Penal se refieren todos al sobreseimiento definitivo y al temporal; de modo que no se alcanza a comprender cómo el juez pudo aplicar tales disposiciones para realizar el sorteo de jurados.

En segundo lugar, es suficiente leer el artículo 511 **ibídem** para percatarse de que él no establece término alguno, por manera que la aseveración del actor no tiene fundamento alguno: es —como dice el Procurador— carente de verdad procesal, pues no se encuentra asidero en providencia o acto procesal alguno que avale el acierto, razón que desprestigia el planteamiento del censor.

Quinto cargo

Es obvio, es palmar, es inobjetable que el Juez 6º Superior, al elaborar los cuestionarios sometidos a la consideración del tribunal popular, "se ciñó estrictamente al ordenamiento del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, pues que se formularon separados a cada uno de los procesados, como también, por separado, se confeccionaron los referentes a los varios delitos por los cuales a cada uno se le llamó a juicio".

Huelga cualquier otra consideración para rechazar este cargo.

Sexto cargo

"Así como la casación trata de satisfacer dos exigencias inseparables, según lo expuesto, la defensa en el proceso debe inspirarse en dos principios indisolublemente unidos: el equilibrio entre los reclamos sociales y las garantías de la persona humana..." (Casación Penal, 22 de octubre de 1971, Gaceta Judicial, Tomo CXXXIX, págs. 383 y 384).

Cumple reiterar lo que se dijo en el cuerpo de esta providencia, vale decir, que si alguien, en lo civil o en lo penal, impulsado por el ánimo de defender el imperio de la ley general, se presenta en casación dejando de lado la reparación de los daños sufridos con el fallo, más aún, tratando de obtener, con el pretexto de las satisfacciones públicas o sociales, consecuencias más

gravosas, desconoce la índole del recurso, recorta o distorsiona su teleología y se sitúa al margen de los dos presupuestos imperativos señalados por la ley.

Cumple también traer a cuento que "la defensa puede recurrir a toda suerte de argumentaciones en favor del acusado, pero sin que llegue a traspasar el límite en que la impugnación se convierte en acusación en contra del defendido. Los recursos están instituídos para ejercitarlos en favor de la parte que los interpone, pero, so pretexto de tratar de obtener la nulidad de la sentencia condenatoria resulta inadmisible que se acuse al defendido de ser responsable en grado mayor al del pronunciamiento condenatorio". (Casación penal de 28 de julio de 1976).

El presente cargo estriba en que en los cuestionarios referentes al delito de robo no se incluyeron los agravantes primero y cuarto del artículo 404 del Código Penal, estructurándose así solamente el delito de robo simple, cuando en el auto calificatorio del sumario se llamó a juicio por este delito agravado con las circunstancias dichas. "Si el juez enjuicia, no por el delito tipo, sino por figura degradada por agravantes que le son propios y que surgen del comportamiento delictual, y, luego, en el cuestionario que somete al Jurí olvida dichos agravantes, no puede, bajo ninguna circunstancia, reclamarse nulidad, pues se estaría pidiendo, por el defensor, que se agravara la situación de su defendido y ello repugna á la mente más obtusa, fuera de estar en colisión con los principios rectores de la ética del Abogado".

En consecuencia, preciso es desechar el cargo, por las razones expuestas y porque, como luego se verificará, los cuestionarios en los que se pretermitieron las circunstancias de los numerales primero y cuarto del artículo 404 del Código Penal es indispensable integrarlos con los otros en que sí se expresaron los agravantes del delito de robo (en despoblado y poniendo a las personas en imposibilidad de obrar).

Causal segunda

Cargo único

A la verdad, en el cuestionario sometido a la consideración del jurado de conciencia en relación con el delito de robo y referente a Nivardo Montenegro, se incluyó simplemente "la violencia a las personas" y el tribunal popular respondió así: "Sí es responsable".

Mas este cuestionario es preciso integrarlo con los relativos a Pedro Emilio Medina Chávez y José Eduardo Páramo, en los cuales se incluyen las circunstancias de "en despoblado y con armas, poniendo a las personas en imposibilidad de obrar", y "en coautoría con Rodrigo Olaya, Pedro Emilio Medina, Francisco y Nivardo Montenegro". Y a estos cuestionarios los jueces de conciencia dieron respuesta afirmativamente.

Por manera que no hay desacuerdo entre la sentencia recurrida y el veredicto del jurado, pues éste emitió una veredicción por robo agravado y el Juzgado y el Tribunal condenaron a los procesados por el delito de robo previsto en el artículo 404 del Código Penal (numerales 1º y 4º), sin rebasar por ello los límites de la decisión del tribunal popular.

Por consiguiente, este cargo tampoco prospera.

De todo lo expuesto fluye que se debe desechar el recurso, conforme al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, y ordenar devolver el expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de julio de 1975, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V., Secretario.

FACULTADES DEL JUEZ PENAL PARA DECIDIR CUESTIONES CIVILES

Todas las normas de derecho confieren al Juez Penal amplias facultades para decidir cuestiones civiles en el proceso, sobre todo en relación a bienes que deben ser entregados a sus legítimos tenedores, poseedores o propietarios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre cinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 57 de noviembre 4/76.

Vistos

Contra la sentencia de 29 de marzo del año en curso por medio de la cual el Tribunal Superior de Buga confirmó la proferida el 24 de octubre del año pasado por el Juzgado Segundo de Circuito de esa ciudad que condenó a ERNESTO DE JESUS GALVIS ARBOLEDA a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión más las accesorias correspondientes, como responsable por el delito de estafa, modificándola en el sentido de revocar la orden impartida por el juez de hacer entrega a la señora Elena Trujillo de Martínez de treinta reses las cuales dispuso el *ad quem* fueran entregadas a Edison Cruz, interpuso el apoderado de la Parte Civil recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala.

Hechos y actuación procesal

Miguel Martínez era dueño de una finca denominada 'El Vergel' situada en el corregimiento de Santa Rosa, perteneciente al municipio de Restrepo (Valle) la cual administraba su esposa Elena Trujillo de Martínez, cuyos hijos querían que vendiera dicho bien por dificultades para administrarlo. Sabedor del propósito de venta, Ernesto Duque se puso al habla con la señora y le presentó, como presunto comprador del inmueble, a Ernesto de Jesús Galvis Arboleda quien en el mes de octubre de 1974 y pocos días después de lo narrado, se presentó a "El Vergel", vio la finca y concertó con la vendedora una promesa de venta el día 28 de septiembre del mencionado año.

Teniendo Galvis Arboleda conocimiento de que la señora quería vender también el ganado que había en el inmueble, le ofreció compra pero como ella quisiera que se lo pagaran al contado y Galvis no tuviera dinero disponible, se ofreció a buscar comprador para las reses y fue así como llevó primero a Aníbal Pabón, residente en Buga, para que hablara con la señora Trujillo de Martínez sobre la venta del ganado operación que no pudo llevarse a cabo porque ella insistía en que se lo pagara al contado. Viajó entonces Galvis a Tuluá donde, por intermedio de un comisionista, se puso en contacto con Edison Cruz, a quien no conocía con anterioridad y que viajó a ver las reses, hablando con doña Elena pero sin que tampoco pudiera concertar negocio por la circunstancia antedicha. Ya en un segundo viaje en que también se entendió Cruz con la señora Trujillo de Martínez, en presencia de Galvis y de otras personas, se cerró el negocio por la suma de ciento veinte mil pesos, valor de treinta vacunos, que Cruz hizo transportar de inmediato a Tuluá en camiones conseguidos al efecto. Pero como tampoco hubiera llevado dinero efec-

tivo, doña Elena comisionó a Galvis Arboleda para que recibiera en Tuluá el precio y fue así como éste se trasladó a dicha ciudad donde Cruz le entregó, en dinero efectivo, la suma convenida, hecho que tuvo lugar el 19 de octubre de 1974 o al día siguiente al de la entrega del ganado. Al volverse a ver la señora Trujillo de Martínez con Galvis le pidió el dinero y éste le respondió que se lo daría junto con el valor de la finca, cuya venta había sido convenida en $ 800.000.00, cuando firmaran la escritura definitiva. Llegó el día de hacer esto o sea el 28 de octubre del año en cita y la señora se presentó a la Notaría pero Galvis Arboleda no apareció por parte alguna por lo que aquélla, sospechando engaño por parte de éste, puso la denuncia, pidió el auxilio de la policía y logró que se decomisaran los semovientes que ya el comprador, Edison Cruz había vendido a diversas personas.

Perfeccionada y cerrada la investigación, la calificó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buga, funcionario a quien le correspondió el conocimiento del proceso, por medio de auto que lleva fecha 18 de marzo de 1975 en el cual abrió causa contra Ernesto de Jesús Galvis Arboleda por el delito de estafa y sobreseyó definitivamente en favor de Edison Cruz quien había sido indagado por los hechos en mención.

Apelada esta providencia, el Tribunal la confirmó por la suya de 17 de junio del año mencionado, liberando a Cruz de toda vinculación con el proceso pese a que el Fiscal solicitó se le residenciara en juicio por el mismo delito.

Adelantada la causa y cumplida la audiencia pública, el Juzgado dictó, con fecha 24 de octubre del año en cita, sentencia condenatoria contra Galvis Arboleda imponiéndole la sanción principal de 18 meses de prisión, más las accesorias del caso y ordenando que los ganados se entregaran, en forma definitiva, a la señora Elena Trujillo de Martínez.

Edison Cruz apeló de la providencia en cuanto disponía la entrega de los vacunos a la denunciante. Las demás partes no interpusieron recurso.

El Tribunal, por medio de la sentencia demandada en casación, confirmó las decisiones del a quo a excepción de la relativa a la entrega, orden que revocó cambiándola por la de entregar los vacunos a Edison Cruz. Uno de los Magistrados salvó su voto alegando, en síntesis, que no corresponde a la justicia penal pronunciarse sobre la validez de un contrato celebrado entre persona desligada del proceso, como es Edison Cruz, y la denunciante ya que las cuestiones civiles que pueda tener en cuenta el Juéz Penal son las relacionadas directamente con las partes del juicio, no con las ajenas a él.

"Así, pues, concluye el Magistrado disidente, si Edison Cruz no adquirió el ganado del condenado Galvis, pues en este caso por ser viciado el título debía restituir el ganado; ni es parte en la causa como considera la mayoría de la Sala; ni aparece perjudicado con el delito, no puede ser admitido para resolverle una situación civil ajena a la relación penal".

Por su parte la Sala mayoritaria consideró que Edison Cruz compró de buena fe ya que adquirió el ganado directamente de la señora Trujillo de Martínez por lo cual el contrato es perfectamente válido por haber sido celebrado con la persona dueña del bien enajenado.

"Estas las razones, dice el Tribunal, para que el contrato de compraventa celebrado por ambos deba ser respetado, sin que pueda disolverse por la justicia penal, pues aquél, vuelve a repetirse, no estaba en connivencia con el procesado Ernesto de Jesús Galvis Arboleda, y el título de propiedad sobre los vacunos emana, nada menos, que de su legítima dueña".

Termina el Tribunal expresando que Galvis Arboleda está en la obligación de devolverle a la señora Trujillo de Martínez la suma de ciento veinte mil pesos, producto de la venta de los vacunos más los perjuicios y así se pronuncia, al respecto, en la parte resolutiva de la providencia comentada.

Demanda de casación

Sólo un cargo formula el demandante contra la sentencia acusada: ser ésta, en su concepto, violatoria, en forma directa, de la Ley sustancial por infracción del artículo 2341 del Código Civil según el cual todo el que ha cometido un delito o culpa

que ha inferido daño a otro está obligado a indemnizarlo. También considera que se violaron varias normas del Código Penal y cita como quebrantados el artículo 59 que ordena que los efectos provenientes de la ejecución del delito (en este caso el ganado) deben ser restituidos a quien se hubieren sustraído; el artículo 92 ibídem según el cual toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra una persona debe contener el mandato de indemnizarlos. Además considera violado el artículo 729 del Código de Procedimiento Penal en que se dispone que "cuando las cosas hayan sido aprehendidas en poder de un tercero, no se podrá ordenar la restitución a favor de otro sin la citación y audiencia del tercero".

Agrega que la víctima del delito, en este caso la señora Trujillo de Martínez, tiene preferencia sobre cualquier poseedor de la cosa, así sea de buena fe, para conservar su posesión y afirma que la venta del ganado a Cruz fue determinada por la actuación dolosa de Galvis Arboleda quien hizo despliegue de medios engañosos para lograr que la señora lo comisionara a él para recibir el dinero.

Termina pidiendo que la Corte case parcialmente la sentencia y ordene que los semovientes depositados en este proceso sean entregados, en forma definitiva, a su poderdante.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Primero Delegado Penal que se acceda a la petición formulada en la demanda.

Estima, en primer término, que la jurisdicción penal "puede y debe movilizar su aparato represor para tomar decisiones dirimentes de situaciones en que están envueltos litigios que pudieran calificarse como civiles, cuando la relación de derecho privado que se cuestiona sea efecto de un comportamiento delictuoso, ya que como ella se activa en procura de restablecer el derecho quebrantado, no se entendería que esa funcionalidad llegara únicamente al descubrimiento del auto del delito y a la imposición de una pena, sin atreverse a restaurar el establecimiento legal, desquebrajado por el delito, colocando nuevamente a la víctima de este en la posesión de señor y dueño de las cosas que fueron ilícitamente sacadas de su patrimonio para enriquecer torticeramente al del agente activo del punible".

Insiste en que es un imperativo categórico de equidad devolver al ofendido por el delito los bienes de que ha sido injustamente privado y niega que tenga fundamento la decisión del Tribunal de revocar la orden de entrega del ganado dictada por el juez en favor de la denunciante para dárselos en su lugar, a una tercera persona "Así esta alegue tener un mejor derecho sobre ellos por haberlos adquirido de buena fe".

Cita, en apoyo de sus razonamientos, lo dispuesto por esta Sala en sentencia de 11 de febrero de 1965 de la cual transcribe varios apartes.

Consideraciones de la Corte

En la sentencia que se acaba de mencionar esta Sala sentó importante doctrina sobre los efectos civiles del delito partiendo de la base de que una de las funciones primordiales del Estado en el proceso penal es la de garantizar la reparación de los perjuicios sufridos por el sujeto pasivo de la infracción penal, misión para cuyo cumplimiento goza la justicia de las facultades correspondientes "bien para definir de fondo relaciones jurídicas privadas o para adoptar resoluciones, provisionales o definitivas, garantes de los derechos del perjudicado".

Sobre este particular expresó la Sala en la aludida providencia los siguientes conceptos que, junto con el ya expuesto, es importante tomar en cuenta:

"Si es indudable, dentro de las instituciones jurídicas vigentes, que la jurisdicción penal no tiene a su cargo dirimir asuntos litigiosos civiles, la afirmación tiene validez y sentido siempre que no esté de por medio un interés superior o preponderante, como el que surge cuando determinados actos que ofrecen la apariencia de ser el resultado de una simple relación de derecho privado, en realidad han tenido su causa en un delito, porque entonces, ante esta hipótesis, se impone como regla prevaleciente el reconocimiento de un mayor ám-

bito de la jurisdicción penal, a efecto de que el derecho violado pueda ser restablecido eficaz y oportunamente, pues en situaciones de ataque por medio del delito al patrimonio de las personas sería irritante dejar en desamparo a la víctima con la sola contingente solución de trabarse en un juicio civil para su justa indemnización, como si el derecho penal, en su dinámica, no tuviera instrumentos sino para la sola represión mediante sanciones a sus infractores y le fuera indiferente el daño al agraviado, o extraño a su poder, lo que no es admisible, ni tampoco cierto en la normación jurídico penal colombiana".

Más adelante agrega:

"c) Cuando el artículo 21 extiende a los jueces y Tribunales penales su competencia 'a las cuestiones civiles y administrativas que surgen en el proceso penal', advirtiendo que 'para el solo efecto de la represión', no debe perderse de vista que en muchos casos 'tales cuestiones' pueden referirse a 'hechos que sean elementos constitutivos de la infracción perseguida' y de no haber juicio civil, previo al delito mismo, la facultad o competencia de la jurisdicción penal no queda sometida a ninguna resolución de la jurisdicción civil, ni podría quedarlo porque no hay prejudicialidad operante, para los fines restrictivos del nombrado artículo 21".

También en la misma sentencia manifestó esta Sala:

"a) Cuando las investigaciones o los juicios penales se refieren a delitos que, por su naturaleza, por el fin perseguido o por, inclusive, los medios de comisión, han afectado el patrimonio de la víctima o de terceros, el Código de Procedimiento brinda a los dueños, poseedores o tenedores legítimos 'de las cosas aprehendidas' una acción para 'demandar su restitución ante el Juez' o 'funcionario de instrucción, reiterada y aclarada en varias disposiciones (artículos 30, 703, y 704". (Gaceta Judicial Nº 2276) y 2277, tomo CXII y CXIII, págs. 229 y 239).

En la presente oportunidad la Sala reitera esa doctrina por encontrarla jurídicamente exacta.

En efecto: mientras no haya, al tiempo de cometerse el delito, juicio pendiente sobre cuestiones referentes a hechos que sean constitutivos de la infracción, el juez tiene facultad para estudiar y resolver las cuestiones civiles y administrativas que tengan atinencia a la represión del delito.

Tal sería el caso de juicio civil o eclesiástico pendiente, al tiempo de contraerse un nuevo matrimonio, sobre la existencia o validez del anterior.

Pero también se extienden las facultades del Juez Penal a la definición de ciertos derechos de naturaleza civil cuando tiene qué resolver sobre la entrega de cosas secuestradas que no interesen a los fines del proceso (Art. 728 Código de Procedimiento Penal).

Esta disposición, más amplia que la anterior, es de singular importancia porque para aplicarla el Juez no está limitado, como ocurre en el artículo 18 del actual Código de Procedimiento Penal (Art. 21 del anterior) a la existencia de una relación directa e inmediata de la cuestión civil o administrativa con los fines represivos, según lo dice expresamente la norma citada al advertir que esas facultades son "para el solo efecto de la represión", sino que el mencionado artículo 728 del Código de Procedimiento Penal le permite establecer, con sujeción desde luego, a las normas pertinentes tanto civiles como penales quién tiene derecho a las cosas secuestradas para entregárselas con la sola obligación de presentarlas en cualquier momento en que el juez o funcionario así lo disponga.

Iguales facultades en el campo civil atribuye el juez al artículo 345 del Código de Procedimiento Penal al permitirle decidir quién es el propietario, poseedor o tenedor legítimos de las cosas aprehendidas durante la investigación y que no deban ser secuestradas.

Complemento de lo estatuido en esas disposiciones es el artículo 59 del Código Penal que permite devolver a la persona a quien se hubieren sustraído o a un tercero que, desde luego, demuestre su derecho, las armas, instrumentos y efectos con que se hubiere cometido un delito o que provengan de su ejecución y que no deban ser destruídos.

Todas estas normas confieren al juez penal amplias facultades para decidir cuestiones civiles en el proceso, sobre todo en relación a bienes que deben ser entregados a sus legítimos tenedores, poseedores o propietarios.

Esta potestad, que se conoce con el nombre de función restitutoria, llena uno de los principales fines de la justicia penal como es el de reponer en lo posible las cosas al estado en que se hallaban antes de que se cometiera el delito.

Puede ella coincidir con el derecho al resarcimiento del daño causado con la infracción como cuando las cosas son devueltas al sujeto pasivo de la misma o no ser manifestación de ese derecho si, por ejemplo, las cosas se devuelven a un tercero.

Con base en esas premisas debe estudiarse la cuestión planteada por la demanda al solicitar que los semovientes retenidos en el proceso sean entregados a la señora Trujillo de Martínez por ser ella, según se alega por el demandante, la legítima dueña de los mismos.

Dos planteamientos se han hecho a este respecto: uno por el juez de primera instancia quien consideró (fl. 417 del cuaderno Nº 1) que el consentimiento prestado por ella a la venta de los vacunos a Edison Cruz se hallaba viciado "con el dolo que generó esta infracción penal", y otro por el Tribunal que consideró a Cruz como adquirente de buena fe por haber negociado directamente los vacunos con su legítima dueña y sin connivencia con el procesado.

Cabe, empero, destacar que tanto el Juzgado como el Tribunal afirman que la venta de las reses fue una de las etapas del plan ideado y realizado por Galvis Arboleda quien, no pudiendo adueñarse de la finca ni de los ganados, llevó compradores para éstos y cuando la denunciante los hubo vendido a Cruz, se adueñó del dinero pagado por éste como precio de los semovientes.

"Aquí culmina, dice el ad quem, toda esa serie de maniobras engañosas tendientes a perjudicar patrimonialmente a la denunciante, las cuales empezaron con el señuelo de la compra de la finca "El Vergel". Luego el *iter criminis* desencadenante del delito de estafa, por el cual se enjuició a Ernesto de Jesús Galvis Arboleda, tuvo su concreción económica en el producto de la venta de los vacunos". (fls. 438 *ibídem*).

Es pues una cuestión no discutida sino, por el contrario, firmemente asentada como verdad procesal, la de que la venta del ganado fue una maniobra del procesado para hacerse del dinero proveniente de esa operación.

No cabe duda, por otra parte, de que Edison Cruz llevó a cabo esa negociación con absoluta buena fe. Es eso lo que se desprende de su sobreseimiento definitivo cuyos fundamentos no pueden ser ahora discutidos.

Pero tal cosa sólo significa que fueron dos los engañados por Galvis Arboleda la señora Elena Trujillo de Martínez y Edison Cruz.

Esta situación no es extraña en tratándose del delito de estafa. A veces ocurre que una persona sea la engañada y otra la ofendida por el delito como cuando se induce en error a quien tiene una cosa a título precario lográndose que la entregue al estafador caso en el cual no es propiamente aquél el ofendido sino el dueño del bien.

O puede suceder como en el caso de autos, que se engañe a dos personas simultáneamente para poder así el culpable conseguir sus propósitos.

En todo caso cuando se está en presencia de varias personas ofendidas por el delito o que han sido sujetos pasivos de la acción delictuosa que ha causado perjuicios a varios de ellos, es obvio que todos deben ser indemnizados.

Pero si se trata de restituir las cosas producto del delito o que en cualquier forma se hallan directamente vinculadas a él y que no deben retenerse, no es sólo la indemnización de los daños lo que debe tenerse encuenta sino la finalidad procesal de volver las cosas al estado en que se encontraban antes del ilícito y que ya se mencionó antes como uno de los fines del proceso.

Es esta restauración del estado ante-delictual lo que prima cuando se trata de la función restitutoria. Porque si durante la comisión del ilícito se generaron diversas relaciones jurídicas, no es la buena fe de los participantes en ella lo que debe tomarse en consideración sino el imperativo de volver las cosas al estado en que se hallaban antes de que la infracción penal se ejecutara.

Puesto que el delito es, ante todo, una perturbación del orden social, misión de la justicia es hacer desaparecer, en lo posible, las mutaciones que en él se originaron.

Resulta interesante reproducir, a propósito de lo que se viene expresando, los conceptos de Fenech:

"Cuando la pretensión de resarcimiento se formula en proceso por delitos o faltas contra la propiedad, si por efecto del delito se ha sustraído del poder del ofendido una cosa que integraba su patrimonio, puede pedirse por quien formula la pretensión la restitución de la cosa de que se trata. La necesidad o conveniencia de restablecer el estado de cosas anterior a la comisión del delito se satisface así, y se logra la reparación del daño con una medida específica, no pecuniaria, que la ley ha equiparado a la acción reivindicatoria de la propiedad...".

Dice también el mismo autor:

"Finalmente, aquél que de buena fe adquirió por un medio legal la cosa sustraída, si no lo hizo en la forma o con los requisitos necesarios para hacerla irrevindicable, se ve privado de ella en beneficio del legítimo dueño o poseedor actual en el momento de la comisión del delito". (Derecho Procesal Penal 2ª edición, tomo I pág. 525).

Aplicados estos principios al caso de autos se tiene que aun cuando la venta de los semovientes se hizo con apariencia de un modo legal, no fue ese contrato más que un episodio preparado, auspiciado y aprovechado por Galvis Arboleda para sus fines ilícitos y, pese a la buena fe de los contratantes, vino a quedar envuelto en la ilicitud de la conducta sub judice.

No puede, pues, darse a los ganados destinación distinta a la que permita restablecer el orden jurídico existente antes del delito, entregándolos, ya que ello es posible, a quien los tenía antes de perpetrarse aquél.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de revocar la orden de entregar los ganados al señor Edison Cruz y, en su lugar se dispone que sean entregados a la señora Elena Trujillo de Martínez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Inciso 2º del Ordinal 1º del Artículo 580 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre quince (15) de mil novecientos, setenta y seis. (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Aprobado: Acta Nº 59 de noviembre 10/76.

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, proferida el 14 de noviembre de 1975 y que confirmó la del Juzgado Tercero Superior de la nombrada ciudad, dictada el 28 de agosto del mismo año y que absolvió a Sergio Quintero Losada en relación con el homicidio perpetrado en la persona de Benjamín Osorio Gutiérrez el 5 de abril de 1974, en la población de Palermo (Huila).

El recurso fue concedido por el *ad quem* y declarado admisible por esta Sala en auto de seis de mayo último.

Presentada en oportunidad la demanda sustentatoria del recurso por el apoderado de la parte civil, se declaró ajustada a las exigencias legales formales y se ordenó correr su traslado a las partes no recurrentes.

Los hechos

Ciñéndose a la realidad procesal, el juzgador de segunda instancia los sintetiza así:

"Cuentan estas diligencias, que fueron iniciadas por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal el 7 de abril de 1974, con fundamento en la actuación procesal adelantada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Palermo, que el viernes 5 del citado mes al pasar Sergio Quintero Losada por tal localidad, por frente a la cantina de Anarcila Gordo de Perdomo, apodada La Pachuna, en una camioneta cargada de queso que traía a esta ciudad de su finca denominada El Vergel, y estacionarla frente al referido establecimiento, fue invitado a que entrara a él por Ancízar Castaño, con el objeto de hablar sobre un negocio que tenían concertado. Al entrar, Quintero Losada se tomó una agua aromática en lugar del aguardiente que le ofrecía su amigo, pero luego pasaron a ingerir aguardiente. Llegó Luis Alfonso Vargas Valbuena, alias Tabla Rota, matarife palermuno y se dedicó a jugar cara y sello, apostando dinero, con Quintero Losada, y a libar aguardiente. Benjamín Osorio Gutiérrez, conocido con el remoquete de Cabeza de Pollo, arribó luego con una botella de aguardiente y le propuso a Sergio que, contra ochenta pesos la jugaran a la suerte, ganándola Benjamín, quien, como consiguiera unos dados, con sus compañeros optaron por jugar dinero en esta forma, perdiendo Quintero Losada entre $ 1.300.00 y $ 1.500.00. Ya bajo los efectos morbosos del alcohol, todos se trataban mutuamente de hijos de puta, en camaradería, sin considerar esta expresión como una ofensa. Al quedar sin dinero Quintero Losada y como no le prestara Vargas Valbuena, se fue a la cantina vecina, de María Valbuena y consiguió con ésta $ 500.00 y regresó a la de Anarcila donde pagó una cuenta, dejando la camioneta estacionada frente al establecimiento de la Valbuena. En la calle, Quintero Losa-

da y Osorio Gutiérrez discutieron, se trataron de hijos de puta, se desafiaron, pero no medió contienda por las vías de hecho, porque Sergio penetró nuevamente a la cantina de María, ingiriendo aguardiente y les repartió a José Ramón Ramírez Polanía, Floresmiro Cerquera, Luis Alfonso Vargas Valbuena, Trifón Baicué Ladino y Benjamín Osorio Gutiérrez que se presentó poco después y trató varias veces de hijo de puta a Sergio, quien luego de devolverle los madrazos, sacó un revólver y le hizo tres disparos a su ofensor, que murió en el hospital de allí".

Actuación procesal

El Juzgado Tercero Superior de Neiva, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, a Sergio Quintero, por el delito de homicidio, con la atenuante del estado de ira causado por grave e injusta provocación (Art. 28 del Código Penal). Apelada esta decisión por el apoderado de la parte civil, fue denegada la alzada por el Juzgado Superior y concedido el recurso de hecho por el Tribunal Superior, quien modificó el proveído enjuiciatorio, rechazando la circunstancia atenuante de la responsabilidad y llamando a juicio por homicidio simplemente voluntario.

En la audiencia pública fue sometido a la consideración del jurado de conciencia el siguiente cuestionario:

"El procesado Sergio Quintero Losada, de las condiciones civiles, personales y sociales registradas en el expediente, es responsable sí o no, de haber ocasionado la muerte, con el propósito de matar, a Beniamín Osorio Gutiérrez, cuando al contestar los insultos que le hiciera éste, sacó su revólver particular y le hizo tres (3) disparos, cuyos proyectiles penetraron en la región cervical lateral izquierda, tercio superior del brazo izquierdo y región inferior del flanco derecho, causándole la muerte por anemia aguda y masiva por ruptura vascular, según hechos que tuvieron ocurrencia el cinco de abril de mil novecientos setenta y cuatro (1974) en las horas de la noche en el establecimiento público de María Valbuena, perímetro urbano del municipio de Palermo de este distrito judicial "

El tribunal popular respondió por unanimidad: "No es responsable por legítima defensa".

Con base en este veredicto el Juzgado Tercero Superior de Neiva dictó la sentencia absolutoria de 28 de agosto de 1975, confirmada por el Tribunal en la suya de 14 de noviembre del propio año y que es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda de casación

Al amparo de la causal segunda de casación establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante le formula un cargo al fallo censurado, y dentro del marco de la causal cuarta le plantea otro cargo.

Cargo al amparo de la causal segunda

"La sentencia recurrida no está en consonancia con los cargos formulados al procesado SERGIO QUINTERO LOSADA por el Honorable Tribunal Superior de Neiva en el auto de proceder mediante el cual reformó el vocatorio a juicio dictado por el señor Juez Tercero Superior de Neiva.

"La causal segunda de casación, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, contiene dos motivos de impugnación contra una sentencia contra la cual sea posible invocarla. El primer motivo consiste en que la sentencia 'no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder', y el segundo motivo, cuando la sentencia 'esté en desacuerdo con el veredicto del jurado'.

"Como fácilmente se observa, cada uno de estos dos motivos tiene su fundamentación propia e independiente el uno del otro.

"Para el caso del procesado SERGIO QUINTERO LOSADA, muy respetuosamente me permito presentar al estudio del señor Agente del Ministerio Público y de la Honorable Corte Suprema de Justicia, el primer motivo de impugnación, o sea el no estar 'la sentencia en consonancia con los cargos formulados' al procesado en el auto de proceder".

El actor sintetiza su impugnación en los siguientes términos:

"No estando debidamente probada la defensa legítima bajo cuyo imperio se dictó

la sentencia absolutoria a favor de Sergio Quintero Losada, de conformidad con el análisis que hizo el Honorable Tribunal Superior cuando dictó el auto de proceder por homicidio voluntario y no habiendo sufrido modificación el haz probatorio durante el término probatorio del juicio ni en la audiencia pública, casi se podría afirmar que el Tribunal dictó 'a sabiendas' sentencia en juicio criminal, sin el lleno de los requisitos que la ley exige, los que para el caso sería que se reconoció a favor de Sergio Quintero Losada la legítima defensa de la vida, sin que esta circunstancia eximente de la responsabilidad penal tenga arraigo en el proceso, tal como lo dejó establecido el mismo Tribunal cuando dictó el auto de proceder el que posteriormente revocó cuando revisó la sentencia absolutoria dictada por el Juez Tercero Superior de Neiva mediante la cual se absolvió al procesado Sergio Quintero Losada del cargo de homicidio voluntario, acogiendo el veredicto del jurado. Y como el jurado no es soberano en la apreciación de la prueba, el Honorable Tribunal ha debido declarar la contraevidencia del veredicto emitido por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

Concluye el demandante solicitando que se case el fallo y se dé cumplimiento a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, dictando el que debe reemplazarlo.

Cargo formulado al amparo de la causal cuarta

"La censura contra la sentencia acusada dentro del marco de la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, la hago consistir en que el Honorable Tribunal Superior no cumplió con el deber que tenía de confrontar el veredicto del jurado con las pruebas analizadas cuando dictó el auto de proceder y por falta de haber dicho estudio, no se dio cuenta que tales pruebas estaban inmodificables, las que desvirtuaban la absolución del Jurado. Y como la confrontación entre las pruebas y el veredicto emitido no se realizó, se quebrantó el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal generando la nulidad allí prevista, la que también tiene proyecciones sobre el artículo 26 de la Constitución Nacional, en la modalidad de 'falta de observancia de las formas propias del juicio', nulidad que cobija también a las personas constituídas en parte civil dentro del proceso, con el lleno de las formalidades exigidas por la Ley Procesal Penal".

Concluye el actor con la solicitud de que la Corte proceda conforme al numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, representante del Ministerio Público en esta oportunidad, luego de analizar cuidadosamente los cargos, pide que se desechen y que, por tanto, se denieguen las solicitudes de la demanda.

Se considera

Se estudiará en primer término el cargo planteado dentro del marco de la causal cuarta, como lo ha venido haciendo la Corte, pues de prosperar éste cargo, no habría lugar obviamente a pronunciarse sobre el otro.

Cargo formulado al amparo de la causal cuarta

Expone acertadamente el señor Agente del Ministerio Público relativamente a esta censura:

"Como aparece de lo expuesto, el cargo se relaciona con la invalidez del fallo, por cuanto el Tribunal, en sentir del recurrente, no cumplió la formalidad esencial del acto de confrontar la decisión del jurado con las pruebas obtenidas, lo cual lo hubiera llevado a declarar la contraevidencia.

"Considera este Despacho que dicho planteamiento no se relaciona simplemente con una formalidad prescrita en relación con la sentencia, de acuerdo con la norma invocada, pues no puede entenderse tal el examen que debe efectuar el fallador para decidir si el veredicto se acomoda a la realidad procesal, lo cual implica apreciación de las pruebas para hacer uso de la facultad que le otorga la ley; tal argumentación

resulta por tanto extraña a la causal cuarta invocada y conduciría además a invalidar la sentencia para que se reconociera la contraevidencia y admitiéndola indirectamente, sin que tal motivo esté contemplado como causal de casación.

"Desde otro punto de vista, la acusación se apoya en quebranto de las formas propias del juicio, con base en la norma constitucional; de acuerdo con lo dicho, por el motivo expresado no podría admitirse que en sentido estricto se trate de una forma del juicio, pues la facultad referida de declarar la contraevidencia envuelve un aspecto de fondo, o sea, estimación de pruebas; en tal forma, conduciría indirectamente a dicha declaración y a un examen de los elementos probatorios, es decir, a la causal primera de casación por violación indirecta de la ley, la cual conforme a reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte no tiene cabida en juicios con jurado".

Ciertamente que la impugnación que al amparo de la causal cuarta hace el demandante envuelve realmente un cargo de violación indirecta de la Ley sustancial.

La violación indirecta de la ley —lo ha dicho la Corte múltiples veces— se tiene cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto, en el sentido de demostrar haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. En esta infracción el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho que se muestre ostensible y notorio, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

Al afirmar el demandante que el Tribunal de Neiva no confrontó el veredicto con el caudal probatorio del proceso, expresa implícita pero muy claramente que tal Corporación incurrió en error de hecho (falta de apreciación de las pruebas) que la indujo inelactablemente a acoger la veredicción del tribunal popular, confirmando la sentencia absolutoria del Juzgado y violando así indirectamente la Ley Penal Sustancial.

Pero ocurre que la Corte ha expresado en su doctrina más reiterada que en los juicios, como en el presente, en que interviene el Jurado no procede proponer en casación un replanteamiento valorativo de la prueba referente a los elementos constitutivos del delito, o a los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, para fundar en tal examen, al través de errores fácticos o de derecho, una violación indirecta de la Ley sustancial, doctrina que se asienta sobre la autonomía del tribunal popular para apreciar los elementos probatorios conforme a su íntima convicción, y en la irrefragable razón de que un análisis de tal índole no tendría objeto distinto del de demostrar la contraevidencia del veredicto frente a los hechos, hipótesis que no ha sido consagrada como causal de casación, por tratarse de un tema cuyo estudio compete, por modo exclusivo, a las instancias.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo formulado al amparo de la causal segunda

Como se ha visto, el actor hace consistir esta impugnación en que la sentencia no está en consonancia con "los cargos formulados en el auto de proceder".

Ha dicho la Corte reiteradamente que en los juicios con intervención de jurado tienen que acomodarse y armonizarse tres actuaciones básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta, en primer término, y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del jurado sobre la cuestión propuesta, que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento.

En el caso sub judice, el cuestionario sometido a la consideración del jurado recogió todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento. De suerte que, habiendo emitido el tribunal popular un veredicto absolutorio por el reconocimiento de la justificación del hecho prevista en el ordinal segundo del artículo 25 del Código Penal, es palmar que lo procedente habría sido la declaración de contraevidencia, que, como se ha dicho, compete de manera privativa a las instancias.

No cabe, por tanto, alegar en este asunto falta de consonancia entre la sentencia, y los cargos formulados en el auto de proceder.

En conclusión, hay que desechar también este cargo.

Surge de todo lo anterior que deben rechazarse las impugnaciones y aplicarse el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desestimando el recurso.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere de modo expreso la parte motiva de esta providencia y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VISITAS A LOS PRESOS

Autonomía del Funcionario para concederlas o negarlas. Artículo 205 del Decreto 1817 de 1964.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Aprobado: Acta Nº 61

Vistos

A causa de una investigación propiciada por Miryam Rodríguez en contra de la doctora Clara Inés Ortiz de Torres, por la supuesta comisión de un delito de "Extorsión", la Juez 86 de Instrucción Criminal, con sede en Zipaquirá, doctora Amanda Restrepo de Márquez, fue denunciada por el delito de "Abuso de Autoridad".

La conducta de la Juez Restrepo de Márquez, tomada como delictuosa, la concreta así la denunciante: "...Mi esposo Alberto Torres Rodríguez, junto con otros amigos y familiares, solicitaron en su oportunidad las respectivas boletas para visitarnos el domingo 22, sin embargo la señora juez les negó o nos negó tal derecho aduciendo que no permitía tales derechos o visitas porque se "podía dañar la investigación" y además porque era potestativo de ella concederlas a quien ella bien tuviera. Mi esposo que también es abogado le sugirió que ni mi secretario Efraín Quintero ni mi persona estábamos incomunicados, por cuanto ya habíamos sido indagados pero la juez desoyó la solicitud interpuesta y montó en cólera aduciendo que ella era la juez, en ese momento, y que por lo tanto lo de las visitas lo definía ella y no necesitaba que le dictasen clases de derecho...".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de 9 de agosto del año en curso, se abstuvo de abrir proceso penal a la juez AMANDA RESTREPO DE MARQUEZ, porque "...bien haya sido únicamente el doctor Torres Rodríguez la persona que solicitó boleta al Juzgado 86 de Instrucción Criminal para visitar a la doctora Clara Inés Ortiz de Torres o todas las personas que la sindicada cita y que a su vez ellas aceptan solicitaron la boleta y les fue negada la visita, lo cierto es que al tenor de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 205 del Decreto 1817 de 1964, la juez denunciada estaba en su derecho, ya que era potestativo, no conceder autorización a las visitas que le solicitaban, ya que consideró que previamente a las 'conversaciones entre él y su cónyuge' debía oírse en certificación jurada al doctor Torres, dada su calidad de juez '...o por cualquier medio establecer la tenencia indebida del revólver por parte de los sindicados...', lo que es apenas lógico, permitió a la doctora AMANDA RESTREPO DE MARQUEZ, formarse concepto en el sentido de que si autorizaba las visitas que se solicitaban, podía perjudicarse la investigación.

"En estas condiciones, la Sala, respaldada con las pruebas allegadas en la indagación preliminar, estima que el hecho imputado a la Juez 86 de Instrucción Criminal, no está previsto en la ley como infracción; no autorizó visitas a las personas capturadas con ocasión de una investigación por el posible delito de extorsión, cuando en el momento de la captura de los sindicados

se decomisó un revólver de propiedad del esposo de la sindicada. Lógicamente, en esas condiciones la Funcionaria de Instrucción podía pensar que se perjudicaba la investigación, y en ese evento, la misma ley la autorizaba para abstenerse de conceder tal autorización.

"A más de lo anterior, siendo uno de los extremos para que se tipifique el abuso de autoridad, el acto arbitrario o injusto, y siendo que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, 'lo que depende únicamente del capricho del actor', y que lo injusto es lo que va directamente contra la ley y la razón violando la equidad, en el caso sub judice la conducta denunciada es atípica, ya que se respalda plenamente en la ley..."

El concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, coincide con las apreciaciones del Tribunal y entiende que la decisión revisada consulta la realidad probatoria. Concretamente expresa: "...El día sábado 21 de febrero se presentaron a las oficinas del Juzgado 86 de Instrucción Criminal varias personas familiares de los detenidos a reclamar autorización escrita de su titular con el fin de visitar al día siguiente que era domingo a los sindicados, empero la juez Amanda Restrepo de Márquez rechazó cortésmente las peticiones anteriores porque, en su sentir, ello podía ocasionar perjuicios al normal desarrollo de la investigación, máxime que el doctor Alberto Torres Rodríguez tenía sumo interés en la devolución del revólver decomisado a uno de los procesados alegando su propiedad y era quien más insistía en el otorgamiento de los permisos.

"Si bien es cierto que la juez 86 de Instrucción Criminal no dio su asentimiento para que se efectuaran las pretendidas visitas para el día indicado, no lo es menos que el Decreto 1817 de 1964 en su artículo 205 sobre régimen carcelario le confiere facultad discrecional para adoptar ese tipo de medidas con quienes "en su concepto pueden perjudicar la investigación" y sólo ella estaba en condiciones de calificar dicha situación, descartándose por tan simple razón la ilegalidad del acto reprochado y por ende, la estructuración del ilícito que define y sanciona el artículo 171 del Código Penal, que se le endilga.

"Por otro lado, se observa claramente que los términos de incomunicación a que se refieren los artículos 434 y 435 del Código de Procedimiento Penal, fueron respetados rigurosamente.

"Resulta inexacto lo que dice la apelante al sustentar el recurso ante la Honorable Corte, en el sentido de que el Tribunal a quo no dio crédito a los testigos citados por ella, pues ocurrió todo lo contrario, sólo que razones puramente de orden legal lo llevaron a inhibirse de adelantar la correspondiente investigación.

"Menos tiene asidero las nuevas acusaciones que se vislumbran en el alegato comentado, sobre las cuales se guardó silencio inicialmente, insinuando ahora que la funcionaria obró en el caso dado inspirada por sentimientos de favoritismo hacia el abogado que apoderó a los sindicados para que cobrara honorarios desproporcionados a la gestión adelantada al sugerir que 'es muy diciente que el abogado Luis Alfonso Calderón Beltrán tenga su oficina contigua al Juzgado 86 de Instrucción Criminal, que la doctora utilice el teléfono privado del abogado y que su amistad con el mismo se manifieste en muchos actos cotidianos', cuestión que es tan común en medios estrechos o localidades pequeñas...".

Consideraciones de la sala

Para valorar en debida forma el comportamiento de la juez RESTREPO DE MARQUEZ, no debe acudirse a situaciones posteriores. Hay que analizarla conforme a los elementos que concurrieron para esa época y encuadraron esa acción. Si la denunciante Rodríguez exageró sus informes y llegó hasta convenir con autoridades secretas un sorprendimiento de la doctora Ortiz de Torres, estos son aspectos que no estuvieron bajo el dominio de la acusada y que ahora precisamente para culpar con severidad el inicio de una averiguación que ofrecía ciertas características de gravedad. Tampoco conocía la Juez la condición de la doctora Ortiz y su Secretario, quienes a la postre resultaron muy conocidos y con familiares en la esfera oficial, los cuales quisieron conocer su situación, prestarles alguna colaboración y propiciar la terminación de su encarcelamiento. Pero lo reciente de la

investigación, el número de peticiones y el natural alertamiento, por lo anotado, que debía disponerse para la prosecución del proceso, creaban motivos atendibles para no acceder a esas varias solicitudes de permiso de visita a los capturados. No se puede invocar, ahora, que la incomunicación había cesado, porque la finalización de ésta no era lo que imponía la permisión de visitas en forma automática. La incomunicación, dentro del respectivo establecimiento carcelario, había cesado, pero en cualquier momento su director o el juez a cuyas órdenes se encontraban los detenidos, podía negar y restringir las visitas de terceros. Estas relaciones externas tienen otra finalidad y pueden controlarse por parte de los funcionarios, para lo cual la ley les concede autonomía y potestad. Cuando se exagera su rigor o se quiere tomar decisión demasiado parcializada en este punto, el delito de abuso de autoridad no adquiere por sí entidad. A lo sumo se tendrá la ocurrencia de un fenómeno corregible por el aspecto disciplinario.

Esto es suficiente para apoyar las razones indicadas por el a quo y por el colaborador fiscal.

En consecuencia, no insinuándose la comisión de delito alguno por parte de la doctora AMANDA RESTREPO DE MARQUEZ, Juez 86 de Instrucción Criminal (Zipaquirá), la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, confirma en todas sus partes el proveído revisado por apelación, ya indicado en su naturaleza, fecha y origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION

La que se impugna por medio del recurso extraordinario de casación, no es la sentencia de primera instancia sino la de segunda, ya que el recurso está consagrado es contra ésta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 61, noviembre 18/76.

Vistos

Decide la Corte acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado GERARDO RUEDA LOPEZ, contra la sentencia de 27 de noviembre del año pasado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil por medio de la cual, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Tercero Superior del Socorro, con la modificación de condenar al acusado a la pérdida de la patria potestad, le impuso la pena principal de nueve años de presidio, a más de las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de homicidio en Efraín Garzón.

Hechos

De manera acertada, en anteriores oportunidades han sido condensados de la siguiente forma:

"Las probanzas allegadas dejan ver claramente que en la carretera que del Socorro conduce a Bogotá y por cuestión de vía se presentó discusión entre varios transportadores que en algún momento se apaciguó para reanudarse después entre Efraín Garzón (occiso) y Manuel Suárez. Que este último ultrajó nuevamente de palabra a Efraín. Que los dos se bajaron de sus vehículos, Manuel Suárez con una varilla, situación que obligó a Efraín Garzón a tomar de su vehículo una macheta.

"Así armados se hallaban cuando sin tener arte ni parte en el problema apareció en su jeep el procesado Gerardo Rueda, detuvo su vehículo y armado de revólver se dirigió a donde estaban Efraín y Martínez disparando contra el primero según repetidas versiones sin que éste (Efraín) nada estuviera haciendo en contra de quien le causó la muerte".

Actuación procesal

El mismo día en que ocurrieron los hechos, la Alcaldía Municipal de Oiba (Santander), inició la correspondiente investigación, la cual fue continuada por el Juzgado Promiscuo Municipal de esa misma localidad. Luego de practicadas numerosas pruebas, el Juzgado 3º Superior del Socorro decretó la detención preventiva del sindicado Rueda López (fls. 62 ss.). Verificada su captura, se le oyó en indagatoria (fls. 73 vto. ss.). El 26 de agosto de 1974, se declaró cerrada la investigación (fl. 91), y el 3 de febrero del año siguiente, Gerardo Rueda López fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de homicidio simplemente voluntario en Efraín Garzón (fls. 113 ss.). Recurrido el auto enjuiciatorio, el Tribunal lo confirmó en todas sus partes (Cuaderno Nº 2, fls. 5 ss.). Previas las formalidades legales se celebró la res-

pectiva audiencia pública (fls. 57 ss.). A la cuestión única que fue sometida a la consideración del jurado, éste contestó por unanimidad: "SI" (fl. 56). Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, a las cuales se ha hecho referencia en los Vistos de la presente.

La demanda

Dos cargos se formulan contra el fallo recurrido en casación, los cuales en su integridad se encuentran concebidos en los siguientes términos:

PRIMERO. "Acuso la sentencia por violación directa de la Ley sustancial, consistente en la aplicación indebida del artículo 37 del Código Penal, y como consecuencia, la no aplicación debida del artículo 39 ibídem, en lo concerniente a la imposición del mínimo de la sanción.

"Es, muy sencilla la argumentación, señores magistrados:

"En el fallo de primera instancia, se dice, para imponer la pena de NUEVE AÑOS DE PRESIDIO, que obra la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 del Código Penal, ya referido, como que el señor RUEDA es persona de ALTA PELIGROSIDAD, por los antecedentes penales que registra.

"Pues bien, señores Magistrados, esa Honorable Corporación y la doctrina nacional en general, tienen aceptado que los antecedentes, para que se tengan como tales, deben estar representados en sentencia condenatoria ejecutoriada. Una simple sindicación no es antecedente.

"Como en el expediente no aparece por parte alguna que el señor sindicado tenga antecedentes, pues no ha sido condenado con anterioridad a este fallo que se recurre.

"Si lo anterior es así, obró injurídicamente el fallador, al haber aumentado en un año la pena mínima al menos con fundamento en el mal aplicado artículo 37 del Código Penal.

"Si el fallador hubiera hablado de la personalidad del sindicado, en este aspecto, no habría objeción, pero como se aumentó la pena al tenor del artículo ya mencionado, se hace viable la objeción, para que esa Honorable Corporación imponga, al aceptar la demanda, lo que solicito muy comedidamente, la sanción que realmente corresponde.

SEGUNDO. "Por razones de técnica, me permito igualmente acusar la sentencia por violación indirecta de la Ley sustancial, consistente en una errónea apreciación de las pruebas que se relacionan con los antecedentes del sindicado, ya que a unas simples sindicaciones, se les ha dado el carácter de reales ANTECEDENTES JUDICIALES, lo cual es incorrecto.

"Se trata del mismo argumento del punto anterior, pero analizado a la luz de la violación indirecta, y en caso de que no se acepte la precitada argumentación". (Cuaderno de la Corte. fls. 10 sgt).

Concepto del Ministerio Público

La sociedad, representada en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita que se deseche el recurso de casación, con respecto al primer cargo, porque al aumentar la pena mínima en un año, el fallador tuvo en cuenta hechos que demuestran una personalidad peligrosa en el procesado y, con relación al segundo porque a más de ser inadmisible el cargo en atención a su carencia de técnica, lo expuesto en lo que respecta con el anterior es suficiente para llegar a la misma conclusión: la de no poder prosperar.

Consideraciones de la Corte

En orden a desechar los cargos propuestos, a más de lo expuesto acertadamente por el colaborador fiscal, esta Corporación tiene en cuenta:

En el aparte respectivo de la demanda se lee: "En el fallo de primera instancia, se dice, para imponer la pena de NUEVE AÑOS DE PRESIDIO, que obra la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 del Código Penal, ya referido, como que el señor RUEDA es persona de ALTA PELIGROSIDAD, por los antecedentes penales que registra".

Sobre la anterior afirmación, cabe formular las siguientes observaciones: De una parte, no es exacto que el juez a quo haya sentado en su providencia que registre an-

tecedentes penales, para deducirlos como circunstancia de mayor peligrosidad, sino que lo dicho fue que "el hecho de haber estado detenido en dos oportunidades, por delitos de sangre, da lugar a considerarlo sujeto de alta peligrosidad, de acuerdo con el artículo 37 del Código Penal". Y, de otra, la que se impugna por medio del recurso extraordinario de casación, no es la sentencia de primera instancia, sino la de segunda, ya que aquél está consagrado es contra ésta.

Además, el Tribunal en su providencia recurrida, para la graduación de la pena no solamente tuvo en cuenta la personalidad del delincuente "sobre quien han recaído sindicaciones anteriores por quebrantar la Ley", sino también las modalidades del hecho delictuoso las cuales, igualmente, ponen de presente la peligrosidad del procesado.

En consecuencia, no encontrándose justificados ninguno de los dos cargos propuestos contra la sentencia impugnada, de acuerdo con el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, la demanda habrá de desecharse.

Decisión

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 1975 proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

El Artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo de garantías individuales y sociales que ningún funcionario puede desconocer.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 61, Noviembre 18/76.

Vistos

Cumplida la tramitación legal correspondiente procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por CARLOS ARTURO GUTIERREZ, CARLOS JULIO CRUZ TACHA y JOSE NIÑO BETANCOURT, contra la sentencia de 10 de diciembre de 1974 proferida por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual se les condenó a la pena principal de 4 años de presidio y a las accesorias correspondientes, como autores responsables de la muerte del particular Emiro Elías Ospino Solano (El negro) y de acuerdo con hechos que tuvieron ocurrencia el 7 de diciembre de 1966 en el sitio "Marimonda" jurisdicción de Riohacha. Se allegó el concepto del Procurador para la Policía Judicial quien opina que la sentencia debe casarse.

Hechos

Por el Ministerio Público fueron resumidos así:

"El 8 de diciembre de 1965 en el sitio denominado 'El Chorro', jurisdicción del Municipio de Fonseca Departamento de la Guajira, se presentaron los civiles Nicolás Gómez, Darío Solano, William Ucrós, Loreto Gómez y Alejandro Gómez Useche en compañía de los Agentes de la Policía Nacional Carlos Arturo Gutiérrez Gómez, Carlos Julio Cruz Tacha y José Niño Betancourt, con el objeto de capturar a Emiro Ospino Solano —Alias el negro—, acusado de haber dado muerte la víspera al ciudadano Francisco Ramón Torres Solano en hechos ocurridos en el caserío 'Marimonda'. A las 2 de la madrugada allanaron los domicilios de Reginaldo Solano, Emilio Solano y Petronila Solano, golpeando las puertas con las culatas de las carabinas y agrediendo de palabra y de obra a sus moradores. En casa de la madre de Emilio Segundino Solano hallaron a Emiro Ospino escondido entre unas pajas y sin diálogo de ninguna especie le dieron muerte disparándole con sus armas de dotación oficial. Abandonaron el lugar llevándose algunos revólveres y escopetas incautados durante el allanamiento para más tarde informar a su superior inmediato que Ospino había sido muerto por sus enemigos, quienes se adelantaron a las autoridades en su persecución".

Actuación procesal

En virtud de la denuncia formulada por el señor Emilio Segundino Solano Solano el 11 de marzo de 1966 ante el Juzgado Penal Municipal de Fonseca se inició la investigación por la justicia ordinaria a fin de esclarecer la actividad de los civiles Nicolás Gómez, Darío Solano, William Ucrós y otros. Como desde un comienzo se involucró en la instructiva a tres agentes de la

Policía Nacional que prestaban sus servicios en la Guarnición de la Guajira se compulsaron las copias pertinentes respecto a los uniformados y fue así como por la Justicia militar se abrió la correspondiente investigación (fls. 1 a 28).

Se recibió diligencia de injurada a los agentes Cruz Tacha Carlos Julio, Gutiérrez Gómez Carlos y Niño Betancourt José, pertenecientes a la División de Policía Guajira (fls. 20, 34 y 40), cuyo Comandante, como Juez de Primera instancia estimando perfeccionada la investigación, previo concepto favorable de la Auditoría Auxiliar de Guerra, por Resolución Nº 10 de 28 de febrero de 1973 convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los agentes sindicados (fl. 117).

El Consejo se reunió en el Comando de Policía de la División Guajira el 4 de abril de 1973 habiendo concluido el debate en las horas de la tarde, y al día siguiente se produjo la sentencia condenatoria al acoger los veredictos emitidos por los Vocales (fls. 140 a 151). El fallo fue enviado en consulta al Tribunal Militar y pese a la petición de nulidad impetrada por el Fiscal, el Tribunal Militar reformó la sentencia materia de la consulta, adicionándola en el sentido de condenar a los agentes Carlos Arturo Gutiérrez, Carlos Cruz Tacha y José Niño Betancourt, a pagar cada uno la pena de cuatro años de presidio, en lugar de los 27 meses a que habían sido condenados por el Juez de primera instancia. Se ordenó en los numerales 2º y 3º de la providencia la captura de los condenados a fin de hacer efectiva la pena impuesta.

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de Casación el demandante formula tres cargos a la sentencia recurrida enunciándolos de la siguiente manera:

"a) Los procesados han sido condenados sin antes haber sido oídos y vencidos en juicio, con abierta violación del artículo 26 de la Constitución Nacional;

"b) Los cuestionarios adolecen de nulidad en la elaboración del pliego, pues no aparecen firmados como lo ordena la Ley, por el Presidente, por el respectivo vocal y por el Secretario;

"c) Los cuestionarios aparecen mal redactados, pues no incluyen uno de los elementos del Tipo Penal que se cuestionan".

Fundamentación de los cargos

Primer cargo

Sostiene el recurrente que el artículo 26 de la Constitución concretamente ampara y garantiza el derecho de defensa; que una de esas garantías consiste en que el juzgamiento debe hacerse con las formalidades procesales; que en el caso concreto se pretermitieron una serie de formalidades al declarar reos ausentes a unos procesados que eran servidores de la Institución que los juzgaba y a pesar de que sus domicilios eran conocidos. Que la Presidencia del Consejo de Guerra en forma anómala declaró reos ausentes a Carlos Arturo Gutiérrez, Carlos Julio Cruz Tacha y José Niño Betancourt, a pesar de que el Comando tenía la información relacionada con el paradero y el sitio de trabajo de los agentes procesados. Que a los folios 94 y 119 aparecen las informaciones que con anterioridad había rendido la Jefatura de Personal de la Policía Nacional, dando cuenta de la dirección de los Agentes de la Policía sindicados.

Que el artículo 26 de la Constitución ampara una serie de garantías que al juzgador no es dable desconocer.

Segundo cargo

Sostiene: "Que la Constitución Política Colombiana y las leyes que la desarrollan garantizan el derecho de defensa. Una de esas garantías, o manifestaciones de garantías es que el juzgamiento debe hacerse con las formalidades procesales. Se pretermitió una de esas formalidades al formular dentro del proceso una serie de cuestionarios que no tuvieron la autenticidad legal de la firma correspondiente al Presidente del Consejo y su secretario, como tampoco se obedeció el artículo 563 del Código de Justicia Penal Militar pues carecen igualmente los mismos cuestionarios del nombre y firma de todos y cada uno de los integrantes del jurado, lo que motiva duda en relación con (sic) si fueron los vocales legalmente designados quienes absolvieron los puntos cuestionados".

Tercer cargo

Afirma el demandante que la Constitución y los Estatutos Procesales garantizan el derecho de defensa, siendo uno de sus principales cimientos el que todo juzgamiento debe hacerse dentro de las formas propias de cada juicio. Una de las principales formas del juzgamiento Penal Militar es la estricta redacción del cuestionario que se somete a los Vocales, ya que en él parecen delimitados los cargos respecto de los cuales debe defenderse el procesado. El artículo 441 numeral 6º del Código de justicia Penal Militar ha erigido en causal de nulidad la mala redacción de los cuestionarios. La forma como deben redactarse éstos exige la inclusión de los elementos constitutivos del tipo penal materia de juicio. En los cuestionarios que dieron base a la sentencia acusada no se incluyen dos elementos del homicidio —delito por el cual se condenó—, como son "EL HABER OCASIONADO LA MUERTE" y "LA RELACION DE CAUSALIDAD" (Entre el acto y el resultado).

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público representado por el Procurador Delegado para la Policía Nacional conceptúa que la demanda debe prosperar por cuanto que: "Ciertamente, como lo alega el apoderado especial de los recurrentes, la Constitución Política de Colombia contempla todo un complejo de garantías individuales y sociales, entre las cuales se destacan las del artículo 26, que impone a los funcionarios judiciales, entre otros, la obligación de observar la plenitud de las formas propias del juicio para efectos del juzgamiento. Dentro de las formalidades propias del juicio penal está la de garantizarle al procesado su derecho de defensa, bien aceptando al apoderado o defensor que designe, bien nombrándoselo cuando aquél no quiera o no pueda hacerlo. Tanto en el Código Penal Militar como en el del Procedimiento Penal Ordinario, ese derecho de defensa está consagrado especialmente con la asistencia de un apoderado a la diligencia de indagatoria, y, posteriormente, de un defensor a partir de la notificación del auto de llamamiento a juicio. En el caso concreto que nos ocupa es verdad lo que afirma el señor apoderado cuando en su demanda anota que a folios 94 y 119 del proceso existen constancias expedidas por autoridades competentes de la Policía Nacional, según las cuales para el mes de diciembre de 1971 el procesado José Niño Betancourt prestaba servicio en la Policía Nacional en el Departamento Servicios Especiales, el procesado Carlos Julio Cruz Tacha en el Departamento de Policía "Bogotá" y Carlos Arturo Gutiérrez Gómez lo hacía en el Departamento de Policía "Guajira", es decir, este último en la misma ciudad —Riohacha— en donde tiene la sede el Juez de Primera Instancia que dispuso su juzgamiento. Y para el 27 de febrero de 1973 continuaban como Agentes de la Policía en los Departamentos de Policía "Bogotá" y "Santander". Esta última constancia, la que obra al folio 119, aparece incluida en el expediente a continuación de los folios que constituyen la Resolución Nº 10 del 28 de febrero de 1973, por medio de la cual se convocó el Consejo de Guerra que los juzgó. Cómo, pues ignorar que los procesados continuaban al servicio de la Policía Nacional en los lugares anotados, para omitir las gestiones tendientes a hacerlos comparecer a la audiencia del consejo? La explicación solamente está en el descuido de los funcionarios que tramitaron el proceso, quienes estaban en el deber de agotar el diligenciamiento necesario para obtener la presencia de los acusados al Consejo de Guerra".

Consideraciones de la Sala

Le asiste razón al demandante cuando solicita que la Corte case la sentencia impugnada. Para sustentar la anterior afirmación basta señalar que el artículo 26 de la Constitución consagra un complejo de garantías individuales y sociales que ningún funcionario puede desconocer. Estas garantías miran a que la tramitación de los procesos penales se cumpla observando la plenitud de las formas propias de cada juicio; pero preferencialmente esa norma garantiza el derecho pleno de defensa del procesado; este derecho conlleva el que el reo pueda y tenga la oportunidad de intervenir en las diversas etapas que conforman

una investigación, que pueda solicitar pruebas, designar apoderado para el sumario y defensor para el juicio y estar presente en todas las diligencias que exijan su presencia. Es incuestionable que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio, y que las autoridades del orden jurisdiccional están en la ineludible obligación de adelantar las pesquisas tendientes a la localización del procesado, precisamente para garantizar la comparecencia del mismo y para que esté en condiciones procesales para responder a los cargos que se le imputen.

Se ha dicho que el derecho de defensa es una de las mayores conquistas del derecho penal.

En el caso sub judice, y como acertadamente lo afirma el colaborador Fiscal a los folios 94 y 119 del proceso obra la constancia de que los sindicados José Niño Betancourt, Carlos Arturo Gutiérrez Gómez y Carlos Julio Cruz Tacha se encontraban sirviendo a la Policía Nacional. Así por ejemplo el primero de los nombrados por el mes de diciembre de 1971 prestaba sus servicios en el Departamento de Servicios Especiales; el segundo lo hacía en el Departamento de Policía de la Guajira, vale decir en la ciudad de Riohacha en donde tiene sede el Juzgado de Primera Instancia que determinó su condena. Y en cuanto al tercero, prestaba sus servicios en el Departamento de Policía Santander. Pero hay aún más: con fecha 28 de febrero de 1973 y mediante la Resolución Nº 10 del mismo año el Comando de Policía de la División Guajira, Juez de Primera Instancia, convoca el Consejo de Guerra Verbal y con posterioridad a esta convocatoria se constata al fl. 119 que la Policía Nacional, Rama de Personal y Docencia contesta al Comandante de la Guajira que los Agentes Cruz Tacha Carlos Julio, Gutiérrez Gómez Carlos Arturo y Betancourt José Niño, "prestan sus servicios en el Departamento de Policía Bogotá y Santander respectivamente donde pueden dirigirse para cualquier información".

En las anteriores condiciones cómo puede alegarse que los procesados eran desconocidos como para declararlos reos ausentes? Por qué el Comando de la División Guajira, Juez de primera instancia, omitió hacer gestión alguna para hacerlos comparecer a la audiencia del Consejo y darles así la oportunidad de defenderse del cargo de Homicidio en la persona de Emiro Ospino Solano "Alias el negro"? Esta actitud sólo se explica posiblemente por la rapidez en la tramitación de esa clase de procesos y en el descuido imperdonable por obtener la presencia de los acusados, máxime cuando sendas informaciones habían sido aportadas al expediente dando su ubicación. El artículo 573 del Código de Justicia Penal Militar dispone que serán declarados reos ausentes aquellos sindicados que figuren en la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra y cuya comparencia no se haya obtenido. Quiere decir lo anterior que para llegar a tomarse tal medida primeramente se deben agotar todas las pesquisas tendientes a la localización de los reos y si ellas dan resultados negativos es viable decretar la contumacia.

Pero hay aún más: al folio 169 aparece el auto del Tribunal Militar donde se ordena que antes de resolverse lo pertinente en relación con la consulta de la sentencia condenatoria se averigue en qué guarniciones o repartidores se encontraban los agentes Carlos Arturo Gutiérrez Gómez, Carlos Julio Cruz Tacha y José Niño Betancourt. La respuesta a lo anterior se produjo el 1º de abril de 1974 (fl. 171) al informar la División de Personal y Docencia de la Policía Nacional que los agentes se encontraban en el Departamento de Policía Bogotá y en el de Policía Santander. El sentenciador en vista de la anterior información ha debido decretar la nulidad de lo actuado conforme lo solicitó su Fiscal (fl. 199).

En el Acta del Consejo de Guerra se observa que como "los procesados no se encontraban en el Salón de Audiencia los declaró reos ausentes". Pero esa determinación se tomó, se repite, sin hacer la menor gestión para citarlos, a pesar de que se tenía clara y concreta información sobre su paradero. Así se les declaró reos ausentes, imposibilitándolos de esta manera dar las explicaciones que estimaran del caso frente a la conducta imputada.

Pero no paran las anomalías contenidas en el presente expediente. Porque en el Acta del Consejo se extracta que el defensor de los reos ausentes no hizo lo posible por defender a los acusados. Su intervención se

limitó a pedir la sanción mínima para ellos sin dar ningún razonamiento que conllevara a una debida defensa.

Es por ello que la Sala comparte en su integridad el criterio expresado por el Procurador Delegado para la Policía Nacional. Por tanto el cargo está llamado a prosperar, razón por la cual no es del caso entrar a estudiar los otros que fueron formulados contra la sentencia impugnada.

Sean suficientes las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASE la sentencia del Tribunal Militar de que se hizo mérito y declare nulo lo actuado en este proceso a partir de la providencia del 28 de febrero de 1973, inclusive, para que se reponga el procedimiento.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto. Pedro Elías Serrano Abadía. José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES

Estricto cumplimiento del Artículo 392 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado: Acta Nº 61 de 18 noviembre/76.

Vistos

Procede la SALA a resolver sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el condenado por "Homicidio" (perfecto en Carlos Hernando López Galindo e imperfecto en Aureliano Celis Umbacía) que responde a los nombres de Jairo Antonio Gamboa Reyes o Clodomiro Vanegas Sabogal en contra de la sentencia de tres (3) de marzo de 1975, originaria del Tribunal Superior de Bogotá. Agotado el trámite correspondiente se emite la presente providencia.

1. Los antecedentes del presente proceso

El día siete (7) de mayo de 1973, Carlos Hernando López Galindo y Aureliano Celis Umbacía departían e ingerían cerveza en una tienda o cantina de la carrera 19 con calle 19 de esta ciudad. Aproximadamente a eso de las siete y media de la noche llegaron allí Nubia Aguirre y María Irene Mendoza, menores de edad, y solicitaron auxilio de López Galindo y Celis Umbacía diciéndoles que un individuo las perseguía pistola en mano para obligarlas a satisfacer sus deseos sexuales. Los dos (2) amigos y las dos (2) menores salieron de la cantina cuando hizo su aparición el individuo al cual ellas señalaron como su perseguidor. Este individuo dijo a Celis que pertenecía al "F-2" y tenía que llevarse capturadas a las dos muchachas. Celis le pidió se identificara pero cuando el individuo exhibió un carnet de pasado judicial Celis le dijo que ese no era documento de identificación como agente de la autoridad policiva. Fue entonces cuando el individuo extrajo una pistola y la disparó por varias veces contra Celis y López para herir al primero y matar al segundo. El homicida, que es Jairo Antonio Gamboa Reyes o Clodomiro Vanegas Sabogal, huyó disparando contra la Policía pero fue capturado y se le decomisó una pistola marca "Ceska", de fabricación checa, calibre 25, cachas de madera, Nº 139384, de seis (6) proyectiles. Un "guantelete de parafina" que se aplicó al capturado más tarde dio resultados positivos. Resta decir que las dos (2) menores habían estado antes con dos (2) individuos, con traza de "esmeralderos", en un sitio denominado "Residencias Olivar", individuos estos con los cuales tuvieron incidentes con subfondo sexual y que terminaron por acusarlas de haberles hurtado quinientos pesos ($ 500.00). El sindicado residía en dicho sitio, se dijo agente del "F-2" y salió en persecución de las dos (2) mujeres.

2. La actuación investigativa y procesal

Las diligencias de "indagación preliminar" se realizaron en la Comisaría Nacional de Policía Judicial de Occidente. El "auto cabeza de proceso" lo emitió el Juzgado 15 de Instrucción Criminal que además indagó al sindicado, le detuvo y envió

el asunto al repartimiento de los Jueces Superiores por competencia para recibirlo luego en comisión que apenas si cumplió en parte en actuación criticada y criticable. El Juzgado 7º Superior de Bogotá calificó el mérito de la sumaria y llamó a responder en juicio con intervención de Jurado a "Clodomiro Vanegas Sabogal" por dos delitos de "Homicidio", perfecto uno en Carlos Hernando López Galindo e imperfecto (frustrado) el otro en "Suteriano Celis Umbica". El auto de proceder fue apelado por el defensor de oficio del procesado y el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó pero introduciéndole algunas modificaciones y precisiones (considerando 4º) como la que se refiere al nombre del procesado para decir que debió ser llamado a juicio también como Jairo Antonio García Reyes, y para decir que una de sus víctimas no es "Supeliano Celis Umbicia" sino Aureliano Celis Umbacía. En verdad, a folio 96 se lee "Supeliano" o "Suteriano" según se entienda que es una "P" o una "T" la letra mecanográficamente allí repisada. La secuela del juicio fue de veredictos afirmativos de responsabilidad para el procesado por los dos (2) cuestionarios que se formularon al Jurado. Sobre estas bases el juzgado del conocimiento condenó al encausado a la pena principal de ciento sesenta y dos (162) meses de presidio. En la sentencia ahora acusada el Tribunal Superior de Bogotá reformó dicha sentencia para imponer al procesado la pena principal de doce años y medio de presidio, para imponerle como sanción accesoria la de "pérdida de la patria potestad" en lugar de simple suspensión como hizo el juzgador de primera instancia, y adicionarla para condenar, en forma genérica, al pago de perjuicios morales y materiales.

3. La demanda de casación

Dice el demandante que apoya su demanda en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal y el Ministerio Público que conceptúa apunta la equivocación pues debió referirse al artículo 580. De esta disposición invoca la causal 4ª pues afirma que la sentencia impugnada se dictó en juicio viciado de nulidad, ubicable ésta en el artículo 26 de la Constitución Nacional por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio. En este orden de cosas formula tres (3) cargos en contra de la sentencia. En un primer cargo dice: "Las pruebas solicitadas por el procesado desde el momento de rendir indagatoria, no le fueron practicadas por el señor Juez instructor, como puede verse a lo largo del diligenciamiento". En un segundo cargo, expone su creencia de que se incurrió en el auto de proceder "en evidente error del nombre y apellido de la persona responsable de la infracción" y "se quebrantó el artículo 210, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal", puesto que se llamó a responder en juicio "al procesado Clodomiro Vanegas Sabogal, cuando en realidad ha debido llamar a responder en juicio criminal al procesado Jairo Antonio Gamboa Reyes" como se comprobó que en verdad se llama el encausado. Y un tercero y último cargo lo resume así: "Censuro la sentencia con fundamento en la nulidad constitucional prevista en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por haber quebrantado en el juzgamiento del procesado Clodomiro Vanegas Sabogal el derecho de defensa en su aspecto técnico, por manifiesta violación por parte del apoderado y defensor de los artículos 431 y ss., del Código de Procedimiento Penal".

En cuanto a las pruebas que no se practicaron, por cuyo motivo se infringió el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal, enumera varias declaraciones, así: las de José Antonio Ardila y Marta de la Cruz Garzón Sánchez de "Residencias Olivar" ambos, quienes afirman, según informe de los policiales de placas 1135 y 1413 que al sindicado se le daba posada allí pero no era empleado de ellos; la del policial de placas 09845 que se dice intervino en la captura; la de Agustín N. de quien se dice colaboró con la Policía en la captura; la de Demetrio N. citado a folio 59; la del dueño de la cantina en donde estuvieron López, Celis Umbacía y Juan González y de quienes el sindicado dice hicieron los movimientos propios del "atraco" en relación con él, y una ampliación de la declaración de Nubia Aguirre. Dice que no se estableció la presencialidad de la víctima. Ni se reconstruyeron los hechos. Ni se individualizó e identificó a los dos individuos que

estuvieron con las menores en "Residencias Olivar". Ni se practicaron varios careos de declarantes con el sindicado, etcétera. Afirma que esas pruebas eran "basamento legal del establecimiento de los hechos" y que "incidían en la determinación de la responsabilidad del sindicado". Y agrega: "Las pruebas anteriormente enumeradas constituían la base fundamental para el esclarecimiento de los hechos y la exoneración de la responsabilidad de Clodomiro Vanegas Sabogal, si de tales pruebas hubiera surgido la legítima defensa subjetiva de la vida, o un error esencial de hecho, alegados por el sindicado, pero como tales pruebas no fueron practicadas por el señor Juez de Instrucción comisionado por el a quo, la defensa del procesado no pudo sustentarse sobre base cierta en razón, del precario acervo probatorio aportado a los autos, quebrantándose en forma ostensible el mandato constitucional previsto en el artículo 26 de la Constitución Política en su falta de plena observancia de las formas propias del juicio penal".

Por lo que hace al error en cuanto al nombre y apellido del procesado ya se dijo cuál la alegación del demandante por que se llamó a juicio a Clodomiro Vanegas Sabogal cuando debió llamarse al juicio a Jairo Antonio Gamboa Reyes que es el verdadero nombre del procesado. También se dijo que el demandante ubicaba la causal de nulidad por este aspecto en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente dice que no solamente el apoderado que el sindicado nombró cuando fue indagado sino el defensor de oficio que se le designó cuando fue enjuiciado hicieron absolutamente nada en su defensa pues ni siquiera solicitaron la práctica de pruebas, tarea esta que tuvo que cumplir el propio Vanegas Sabogal en la etapa de la causa con tan mala fortuna que le fueron negadas por el juzgador de primera instancia por no haber dicho para qué las pedía, etcétera. En fin, que, y son sus propias palabras: "el sindicado estuvo huérfano de defensa".

4. La contestación del Ministerio Público

El Procurador 1º Delegado en lo Penal conceptúa que se debe desechar la demanda y ordenar la devolución del proceso al Tribunal de origen. Rebate, uno a uno, los tres cargos de nulidad que el demandante alega. En cuanto al primero porque, según dice, no toda cita o diligencia que proponga el sindicado debe evacuarse según lo ha establecido la misma CORTE. Y, en especial y para el presente caso, se refiere a aquéllas que sean inconducentes para el esclarecimiento de los hechos como la del dueño de la "residencia" en donde se dice que el sindicado era "portero" o simplemente estaba allí "de posada", pues esa comprobación no tiene ninguna relación de causalidad con el homicidio por el cual se le procesó y, además, porque el demandante "no comprobó que tales declaraciones (la del dueño y su mujer, se aclara), de haberlas recibido el juez instructor o el de la causa, habrían decidido en forma favorable sobre el resultado de la situación jurídica, del incriminado". Agrega que el demandante pasó por alto los artículos 289 y 306 del Código de Procedimiento Penal que faculta a la Policía Judicial para practicar ciertas diligencias y éstas "tienen el mismo valor probatorio que las practicadas por el juez". Dice también el Ministerio Público que no se vé en qué hubiera podido cambiar la posición del sindicado si se hubieran traído al proceso las declaraciones de los desconocidos que estuvieron con las dos (2) muchachas pues "A lo sumo, éstos habrían corroborado o negado que las jóvenes les robaron el dinero de que habla Vanegas Sabogal, mas no establecido con sus dichos que el reo obró en legítima defensa de su vida o en error de hecho al producir la muerte y lesiones personales que lo obligaron a presentarse ante sus jueces populares". Añade que lo mismo puede decirse de las declaraciones de los nombrados como Agustín N. y Demetrio N. Por lo que hace a la reconstrucción de los hechos, si bien destaca su importancia en delitos de sangre, concluye: "Es en consecuencia, tal diligencia procesal adecuada para una comprobación objetiva de los sucesos, mas no, únicamente, para respaldar subjetividades o absurdos temores, como los que dijo el procesado le obligaron a disparar, máxime cuando la realidad procesal que brota de las pruebas testimoniales, acordes y precisas, los desmienten con firmeza

irrefutable". Por lo que hace al error en cuanto a nombre y apellido del procesado atribuye su alegación a la falta de estudio, por parte del demandante, del proceso. Critica al juzgador de primera instancia al referirse solamente a Clodomiro Vanegas Sabogal cuando ya tenía la prueba del Departamento Administrativo de Seguridad que dice se llama Jairo Antonio Gamboa Reyes, pero afirma que este error lo enmendó el Tribunal Superior al revisar por apelación ese auto de proceder. Concluye así: "Entonces, no es cierto el error apuntado por el censor, por cuanto el enjuiciamiento fue debidamente hecho". Observa también que el demandante recibió poder para sustentar el recurso de casación de Clodomiro Vanegas Sabogal y no de Jairo Antonio Gamboa Reyes y dice que se trata de "un contrasentido, pues para el momento en que se le otorgó personería el apoderado ha debido conocer el proceso". Y, finalmente, en cuanto al tercero de los cargos incide en el hecho de que la defensa debe hacerse, principalmente, en la etapa de la causa y, en este campo "se hizo en forma amplia e incuestionable y, si no se obtuvieron resultados diferentes a los conocidos en los veredictos, se debió a que el haz probatorio fue más significativo para los jueces de conciencia que los razonamientos, tesis y peticiones del defensor". Hace hincapié en el hecho de que tanto en la sumaria como en la causa, en las diligencias que tuvieron que ver con el proceso, éste estuvo asistido siempre por un apoderado nombrado por el mismo u oficioso.

5. Las consideraciones de la Sala

Asiste toda la razón al Procurador Delegado cuando conceptúa que no debe casarse la sentencia impugnada por el primero de los cargos que le formula el demandante. La investigación en este caso no es un modelo en su género y es cierto que el instructor dejó de verificar algunas de las citas que el sindicado hizo en su indagatoria y que tampoco practicó varias diligencias tendientes a la total comprobación de algunas de sus aseveraciones. Por eso se dijo que la instrucción era criticable y que las críticas que se le hacen son justas. No cumplió el Juez 15 de Instrucción Criminal ni antes ni después de ser comisionado la tarea que se le encomendó y también es cierto, como lo apunta el demandante, que incumplió en buena parte el precepto contenido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal y que esta SALA, en ocasiones pasadas, ha dicho que dicha disposición constituye una obligación para el investigador, un imperativo de equidad y no una gracia o un favor que se le dispensa al procesado. Pero, y ello es cierto también, el propio demandante al transcribir algunos fragmentos de esas jurisprudencias anteriores se encarga de recordar que esa obligatoriedad de la norma no lo es tanto en presencia de ciertas citas o diligencias propuestas por el indagado como aquéllas que "sean manifiestamente extravagantes, cual es la comprobación de un hecho físicamente imposible" para incidir así que el imperativo allí consagrado se refiere a "hechos fundamentales" o, lo que es lo mismo, que puedan tener una clara repercusión en relación con la imputabilidad o inimputabilidad del sindicado, su responsabilidad o irresponsabilidad, las circunstancias que puedan atenuar el rigor de las sanciones, las modalidades que puedan permitir la distinción entre un delito y otro, y, en definitiva, aquéllas que se refieran a la verdadera defensa del imputado, etcétera. Entendido de esta manera la previsión del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal sí constituye un imperativo de equidad su cabal cumplimiento pues, a contrario sensu, su omisión podría generar verdaderas nulidades en el proceso. La cita de una jurisprudencia de 18 de diciembre de 1958 sobre el tema en examen se refiere al artículo 356 del Código de Procedimiento Penal derogado (Ley 94 de 1938) pero tiene vigencia toda vez que el artículo 392 del Decreto 409 de 1971 es igual, cabe apuntar aquí en relación con las transcripciones que trae la demanda y que podrían suponerse anacrónicas.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto y de las alegaciones que sobre ausencia de algunas pruebas hace el demandante para desembocar en la nulidad que sustenta, debe decirse que no hay una relación es-

trecha entre lo sucedido en las "Residencias Olivar" y lo sucedido a la altura de la carrera 19 con calle 19 que fue el sitio en donde los hechos tuvieron ocurrencia. Si los dos (2) individuos que entraron con las dos (2) mujeres al primero de los sitios indicados tuvieron incidentes con ellas y si las acusaron o no de haberse apoderado de dinero de ellos no es cosa que incida en el abaleo de que fueron objeto Celis Umbacia y López Galindo por parte del sindicado. Se trata de dos hechos perfectamente aislados en el tiempo y por la distancia, en los cuales lo único común es la presencia del procesado y de Nubia Aguirre y María Irene Mendoza. No podrían decir absolutamente nada los individuos con aspecto de "esmeralderos" (según aparece en el informe policial de folio 35) sobre lo sucedido en la calle 19 con carrera 19. De esta manera bien pueden faltar esas dos declaraciones (y naturalmente posibles careos con el sindicado y con las dos mujeres) en el proceso que para nada incide ello en la defensa de Vanegas Sabogal o Gamboa Reyes pues de ninguna manera podrían desfigurar ellas la actuación violenta cumplida por el procesado. Tampoco el comprobar con exactitud, mediante declaraciones de José Antonio Ardila y María de la Cruz Garzón Sánchez (que se dice son los dueños de "Residencias Olivar") y posibles careos de éstos con el sindicado, si en verdad éste trabajaba allí como portero mediante remuneración mixta, o simplemente se le daba techo y alimentación por estar sin trabajo y haberse conocido con anterioridad con el dueño. Lo cierto y comprobado pues ni el propio sindicado lo niega es que estaba allí cuando el incidente entre las mujeres y los desconocidos y que cuando las mujeres se fueron y los desconocidos dijeron que les habían hurtado dinero, el sindicado salió tras ellas. Para qué entonces la comprobación de si era o no portero en "Residencias Olivar" el procesado si eso nada tiene que ver con el abaleo de que fueron víctimas Celis Umbacia y López Galindo? Tampoco cabe aclarar más el punto relacionado con la afirmación de que pertenecía al "F-2" que se atribuye al sindicado. El dice no haber hecho manifestación alguna en tal sentido pero resulta contradicho por la declaración de Luis Carlos López (fl. 3º, dentro de la diligencia de levantamiento del cadáver de su padre) y por la de Juan González Guzmán (fl. 4º, dentro de la diligencia de levantamiento del cadáver de López Galindo) y por las versiones de Nubia Aguirre y María Irene Mendoza (tomadas también por la autoridad de policía) y José Antonio Ardila (tomada también como versión sin juramento por el Comisario de Policía de Occidente) y por la declaración jurada de Aureliano Celis Umbacia (esta declaración la tomó el Juez 15 de Instrucción Criminal y en ella el declarante alude a Carlos López y a Juan González como testigos presenciales de los hechos). Las versiones rendidas voluntariamente ante la autoridad de policía en una acta que quienes las rinden firman tienen el mismo valor probatorio que las diligencias practicadas por el juez (artículo 306 del Código de Procedimiento Penal). Y entre las atribuciones de la policía judicial que enumera el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal está, en sexto (6º) lugar la de "Anotar los nombres, direcciones y documentos de identidad de las personas que hayan presenciado los hechos o a quienes les conste alguno en particular, como también las versiones que dieren de los mismos, las que se consignarán textualmente y serán suscritas por quienes las hubieren suministrado". José Antonio Ardila, Luis Carlos López, Nubia Aguirre, María Irene Mendoza y Juan González rindieron versiones ante el Comisario de Policía de Occidente y firmaron el acta correspondiente. Y éstas son las pruebas que podrían surgir de las aseveraciones que hace el sindicado en su indagatoria. En consecuencia, podían o no ser repetibles dentro del proceso según lo establece el inciso final del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal. No fueron repetidas pero no por ello carecen de valor probatorio y mucho menos faltan en el expediente a pesar de que la instrucción no es, se repite, un modelo en su género.

Y en cuanto a la ausencia de una diligencia de reconstrucción de los hechos la SALA se encuentra de acuerdo con el Ministerio Público cuando afirma que: "Es, en consecuencia, tal diligencia procesal adecuada para una comprobación objetiva de los sucesos, mas no, únicamente, para respaldar subjetividades o absurdos temo-

res, como los que dijo el procesado le obligaron a disparar, máxime cuando la realidad procesal que brota de las pruebas testimoniales, acordes y precisas, los desmienten con firmeza irrefutable". Y no se ve en qué hubiera podido mejorar la situación jurídica del sindicado dicha reconstrucción si se tiene en cuenta que, a pesar de su importancia, no siempre es necesaria. Y no parece que lo fuera en este caso porque existe prueba abundante acerca de que en ningún momento el sindicado fue atacado por nadie, ni nadie se acercó a él en actitud sospechosa, ni siquiera se le dirigió una palabra de mal modo, etcétera. En este mismo orden de cosas no se ve en qué podía incidir a favor del sindicado la obtención de la declaración de "Demetrio N." a quien cita, no el sindicado, sino el lesionado Celis Umbacía que lo dice dueño de la cantina en donde él y López Galindo estaban tomando cerveza cuando llegaron las dos mujeres en busca de auxilio. Además, el demandante no establece, como lo dice el Ministerio Público, "de qué manera las pruebas reclamadas, al practicarse, hubieran permitido surgir la legítima defensa subjetiva de la vida o un error esencial de hecho, en el comportamiento del procesado, insinuándose apenas que ello hubiera ocurrido de haberse traído al proceso las probanzas, planteamiento que es refutado o negado por aquellos elementos de certeza asuntos en el proceso sobre los que se elaboró la demanda de cargos que obligó al imputado a comparecer en juicio criminal para responder de su conducta criminosa y que dieron convicción íntima a los jueces populares para declararlo responsable de los delitos por los cuales se le juzgó".

Por lo dicho y comprobado, tampoco por este aspecto prospera el recurso.

En relación con el segundo cargo bien poco podría agregarse a la contestación que aquí emite el Ministerio Público. Es verdad que en la primera instancia el sindicado fue enjuiciado como "Clodomiro Vanegas Sabogal", simplemente, a pesar de que ya se sabía por información que diera el Departamento Administrativo de Seguridad que tenía allí el prontuario 172821 correspondiente a la tarjeta decadactilar 1390963 y figuraba con el nombre y apellidos de Jairo Antonio Gamboa Reyes con un antecedente de condena por "homicidio imperfecto" en sentencia de 21 de abril y 30 de septiembre de 1969, en primera y segunda instancias, respectivamente (fl. 52). Resulta comprobado, sinembargo, que cuando el Tribunal Superior de Bogotá revisó por alzada el auto de proceder que emitió el Juzgado 7º Superior, fijó su atención en esta dualidad de nombres tal como se apunta en el 4º de los considerandos del auto correspondiente y dijo que el procesado debió ser llamado a juicio también con el nombre que trae el informe del Departamento Administrativo de Seguridad, y al confirmar el llamamiento a juicio tuvo el buen cuidado de consignar en la parte resolutiva que el auto de calificación se confirmaba pero "con las aclaraciones que se consignaron en el punto cuarto de la parte motiva" de dicha providencia. Así quedó enmendada la omisión del juzgador de primera instancia y el procesado quedó enjuiciado como Clodomiro Vanegas Sabogal o Jairo Antonio Gamboa Reyes con lo cual no hay error posible en cuanto a nombres y apellidos y, por tanto, no se ha incurrido en la circunstancia de nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Podría pensarse que el demandante al esgrimir este segundo cargo trae a la demanda uno de esos que bien pueden denominarse "argumentos de relleno"; pero resulta mejor pensar con el Procurador Delegado que conceptúa que no examinó el proceso "con mayor serenidad y detenimiento" pues omitió fijarse en el auto del Tribunal Superior que pone las cosas en su punto exacto. Tampoco carece de cierta gracia el hecho de que el demandante afirme que no debió enjuiciarse a Clodomiro Vanegas Sabogal porque así no se llama su poderdante y le reciba poder para sustentar el recurso de casación precisamente con ese nombre y no con el de Jairo Antonio Gamboa Reyes que, según alega, es el verdadero. Así se ve al folio 24 del tercer cuaderno y sobre este mismo tema también existe un comentario del Ministerio Público. La labor del Tribunal al revisar el auto de proceder se extendió también a la precisión en cuanto al nombre del lesionado Aureliano Celis Umbacía cuyo nombre y cuyo segundo apellido también fueron equivocados en la primera instancia.

Cabe agregar a lo dicho que en ningún momento se ha discutido en este proceso acerca de la "identidad física" del procesado, cualquiera que sea el nombre que utilice o que en verdad le corresponda. Y resulta entonces que tiene cumplida aplicación en este caso el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal que dispone: "La imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona". Y aquí no existe duda alguna de que quien soporta prisión en este momento, ligado a este proceso, es el individuo que disparó en contra de Celis Umbacia y de López Galindo en las horas de la noche del día siete (7) de mayo de 1973. Ni duda alguna de que es él precisamente y no otro el autor de las dos (2) infracciones por las cuales fue llamado a responder en juicio. Olvidó el recurrente al consultar la recopilación del doctor Jorge Ortega Torres que cita en algunos apartes de su escrito que sobre este tema hay jurisprudencia abundante y que el recopilador citado trae algunas al pie del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Una de ellas, dice así: "Como ya lo ha dicho la Corte, no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable lo que causa la nulidad del proceso si por otra parte el agente del ilícito está identificado físicamente con precisión, porque el legislador no pudo establecer ese motivo con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de las causas criminales. Precisamente los delincuentes habituales suelen ser los que llegan a usar varios nombres y apellidos y mal podría la ley amparar esa treta brindándoles la manera de hacer anular sus procesos con la esperanza de conseguir su impunidad. Lo esencial en esta causal, es que no se pueda obtener la identidad física del inculpado, supuesto que el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales. Lo que es absolutamente necesario es que se conozca al delincuente con toda certidumbre para evitar que caiga en manos de la justicia un inocente, pero esa identificación puede establecerse por otros medios de prueba" (Sentencias de 6 de diciembre de 1945, LIX, 1027, y 15 de octubre de 1955, LXXI, 526). Hay otros fragmentos que sería innecesario citar ante la claridad de todo cuanto se dice y transcribe. De todo lo dicho debe concluirse que por este aspecto de nulidad inexistente que el demandante aduce no prospera el recurso interpuesto.

Finalmente, tampoco prospera el tercero de los cargos que el demandante formula y que se refiere a la orfandad en la defensa de Vanegas Subogal o Gamboa Reyes, que de las dos maneras se puede llamar el procesado según se ha visto. En primer término debe apuntarse que en ningún momento de la sumaria el sindicado confirió poder a nadie. En consecuencia, se le designó uno de oficio pero solamente para la indagatoria (fl. 28) pues el instructor no podía, no siendo un reo ausente, nombrarle apoderado para toda esa etapa y, si bien se ve al revisar el expediente, que no hubo ni ampliación de dicha indagatoria ni careos, reconocimientos en fila de personas, diligencias de inspección judicial, etcétera, que tuvieren que ver con el sindicado. Podría pensarse que no pudo o no quiso designar un apoderado el sindicado durante la primera etapa de su proceso y no por ello afirmar que estuvo "huérfano de defensa" pues tampoco le correspondía hacerlo al funcionario sino en las diligencias en las cuales fuera imprescindible su presencia y esas diligencias, se reitera, no se produjeron. Durante la etapa de la causa se le designó un defensor oficioso y se cumplió así el precepto legal. Este defensor si bien es cierto que no hizo petición de pruebas durante la secuela del juicio también es cierto que sí ejercitó acto de defensa al apelar el procesamiento. Y, finalmente, cuando el procesado se decidió a nombrar el mismo un defensor, ya el asunto estaba listo para ser llevado a la audiencia pública con que culminó la segunda de las etapas del proceso en su primera instancia. No puede afirmarse que este defensor no actuara ante el Jurado. Es más, si bien es cierto que sus alegaciones no tuvieron un eco total, sí puede observarse que influyeron en el jurado disidente que se pronunció por una absolución "por falta de pruebas". En consecuencia, no se necesitan otras comprobaciones para ca-

lificar de exagerada la actitud del demandante cuando habla de orfandad en la defensa del procesado. Y tampoco es motivo para hacer dicha afirmación la comprobación de que una petición que el mismo hizo desde la cárcel le fue negada por el juzgador de primera instancia pues podía perfectamente recurrir de dicha decisión y, además, solicitaba algunas pruebas imposibles como el careo con los que él llama "esmeralderos" que no fueron individualizados ni identificados durante la sumaria, o la recepción de la declaración de Jesús Garzón Tavera para comprobar que en verdad era empleado en "Residencias Olivar" si se tiene en cuenta que esta última prueba, aun en caso de ser afirmativa, en nada podía incidir en su defensa, como no podía incidir el careo que solicitaba con Ardila y aun la reconstrucción sobre la cual ya se habló. En estas circunstancias, tampoco prospera el tercero de los cargos y, por consiguiente, debe desecharse el recurso.

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

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase a la oficina de origen.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONTRABANDO IMPROPIO Y USO DE DOCUMENTOS PUBLICOS FALSOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 57 de noviembre 4/76.

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de oficio de la doctora GLORIA RODRIGUEZ DE GARCIA contra la sentencia de cinco de abril del corriente año proferida por el Tribunal Superior de Aduanas de Bogotá confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Superior mediante la cual condenó a la procesada a la pena principal de veintinueve meses de presidio como responsable de los delitos de contrabando impropio y uso de documentos públicos falsos.

Hechos y actuación procesal

La investigación se originó por informe que rindiera ante el Juzgado de Instrucción Penal Aduanero de esta ciudad, en el mes de agosto del año de 1971 la persona que se identificó con su huella dactilar número 18710 en el cual daba cuenta de que el automotor de placas ES-16605 "entró al país violando normas aduaneras que rigen sobre la materia".

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal resume de la siguiente manera la actuación cumplida dentro de este proceso:

"En marzo de 1971 le fue decomisado a la doctora Gloria Rodríguez de García el automóvil marca Ford, modelo 1969 de placas ES-16605, porque al parecer, había sido introducido ilícitamente al país (fls. 60 a 62). La División de Investigaciones Especiales de la Aduana preguntó al 'Administrador de la Aduana de Barranquilla qué mercancía amparaba el manifiesto 33867-69 y se le informó que el vehículo descrito' (fls. 58 y 59).

"No aparece claro en el expediente el hecho de que el Juzgado Superior de Aduanas de Medellín interviniera en este asunto y produjera el auto del 11 de octubre de 1971 por el cual se abstenía de iniciar investigación penal en relación con la doctora Rodríguez de García. Y se dice que no aparece claro porque no se indica la fecha de la denuncia que por presunción de contrabando formuló el señor Helmut Droege y porque simultáneamente el Juzgado de Instrucción de Aduanas de Bogotá disponía precisamente lo contrario (fl. 2).

"La investigación penal vino a demostrar que el vehículo decomisado a la doctora Gloria de García entró ilícitamente al país. En efecto:

"El registro de importación es de diciembre de 1970 (fl. 46), el recibo por el pago de impuestos de aduanas es de octubre de 1970 (fl. 45) y el manifiesto de importación es de diciembre de 1969 (fl. 109) y ampara mercancía muy diferente al citado vehículo.

"El automóvil fue matriculado el 31 de diciembre de 1970 en la Oficina de Tránsito de Soacha y la tarjeta correspondiente se expidió al señor Walter Burr, quien figuraba como importador (fl. 48).

"El vehículo fue traspasado a Jorge Heredia Franco en enero de 1971 (fls. 53 y 54 del cuaderno principal y 44 del cuaderno Nº 3).

"La doctora Gloria Rodríguez de García explicó en la indagatoria rendida el 20 de noviembre de 1971 que el vehículo lo compró a Jorge Heredia Franco por intermedio

del señor Luis Alberto Guerrero el 4 de enero de 1971 y las firmas de los contratantes fueron reconocidas ante Notario el 18 de mayo de este año (fl. 21). Agregó que el precio del vehículo fue $ 165.000.00, entregó $ 90.000.00 en la fecha del contrato y adeudaba $ 40.000.00 por los problemas que habían surgido a raíz del decomiso del automotor por la Aduana en marzo de ese año. Dijo haber perdido todo contacto con Heredia y Guerrero y prometió localizarlos (fls. 10 y ss.).

"En ampliación de indagatoria cumplida año y medio después la doctora Rodríguez de García ofreció los detalles de la negociación. En noviembre o diciembre de 1970 por intermedio del señor Luis Alberto Guerrero vendió una camioneta Willys de su propiedad y el mismo Guerrero se encargó de buscarle otro vehículo para comprarlo. En enero de 1972 (sic) compró a Jorge Heredia el automóvil marca Ford tipo Falcon por la suma de $ 165.000.00 y el contrato celebrado el 4 de enero de ese año lo presenció el doctor Joaquín Granados y su Secretaria Dora Esperanza Murillo. Aunque ella hizo un bosquejo, Heredia lo redactó en definitiva y lo escribió a máquina y al día siguiente lo llevó a su casa de habitación cuando en ese momento la visitaba el señor Luis Carlos Arias. Ella le entregó los $ 90.000.00, recibió las llaves del vehículo y Heredia prometió hacerle llegar las cartas de propiedad. El 17 de mayo siguiente la llamó por teléfono Heredia y ella aprovechó para darle cuenta del decomiso del vehículo por presunción de contrabando, al cual la compradora tenía en calidad de depósito. Heredia prometió solucionar el problema y en acuerdo mutuo decidieron reconocer las firmas del contrato. Se trasladaron a la Notaría Segunda donde Heredia acostumbraba hacer sus negocios y en vista de que ella no podía esperar, entregó a Heredia su cédula de ciudadanía para el reconocimiento de la firma. En las horas de la noche fue a su habitación Heredia, le entregó el documento y prometió acudir a la Aduana. Desde esta fecha, afirmó la indagada, no volvió a saber nada del señor Heredia (fls. 240 y ss.).

"La Registraduría Nacional del Estado Civil informó que la cédula de ciudadanía número 2.877.215 se había expedido en Bogotá el 5 de agosto de 1969 al ciudadano Jorge Heredia (fls. 171 y 172) y al localizar a esta persona, manifestó no haber celebrado negocios con la señora Gloria Rodríguez de García (fl. 204).

"El señor Walter Burr se declaró completamente ajeno a la importación del vehículo decomisado a la acusada (fls. 291 y ss.).

En el momento en que el señor Luis Alberto Guerrero rendía declaración ante el funcionario de instrucción se hizo presente en el despacho el señor Jorge Heredia y aquél manifestó no ser la persona que vendió el vehículo a la doctora Gloria de García. El testigo afirmó no haber conocido el automotor pues se limitó a poner en contacto a su amigo Heredia con la doctora Gloria de García para la compra del automóvil. Al preguntársele por Heredia, el declarante Guerrero explicó que era un vendedor de relojes y piedras preciosas y que ignoraba su domicilio (fls. 266 y ss.).

"La etapa sumarial culminó con la acusación que por los delitos de contrabando y falsedad en documentos públicos formuló el Fiscal del Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá en septiembre de 1973 petición que sólo fue acogida en parte.

"Al reabrirse la investigación el citado Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá dispuso el archivo de este informativo según las prescripciones del artículo 53 del Decreto 955 de 1970 y ordenó reanudar la averiguación penal.

"Al consultarse esta decisión, el Tribunal Superior de Aduanas la revocó y comprometió en juicio a la acusada por los delitos de contrabando impropio y uso de documentos públicos falsos.

"Agotada la etapa del juicio se produjeron las sentencias de instancia a que ya se ha hecho alusión".

La demanda de casación

Con apoyo en las causales cuarta y primera de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal formula el censor cuatro cargos a la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, así:

Primer cargo

Causal cuarta

"El Tribunal Superior de Aduanas profirió sentencia en un juicio viciado de nu-

lidad, por incompetencia para llamar a juicio y condenar a la doctora GLORIA RODRIGUEZ DE GARCIA por el delito de falsedad en documentos (supuesto uso de los mismos a sabiendas), puesto que no siendo ese hecho conexo con el delito de contrabando impropio, no tenía competencia la jurisdicción penal Aduanera para ocuparse de la supuesta falsedad enunciada. Por consiguiente se incurrió en un caso de nulidad de que trata el ordinal primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal".

Se extiende el demandante en el examen relacionado con el fenómeno de la conexidad, y afirma, que si bien el Estatuto Penal Aduanero autoriza a esa jurisdicción especial para conocer de las infracciones conexas con las del delito de contrabando, en el caso de autos, no existiendo esa conexidad, no podía, sin incurrir en la irregularidad anotada, conocer de delitos diferentes al de contrabando. Que la figura de la conexidad sustancial de delitos sólo se presenta en las hipótesis de concurso formal o ideal de delitos, situación que es del todo ajena a la que fue objeto de decisión por parte del Tribunal de Aduanas.

Y al examinar la figura denominada de contrabando impropio que define y sanciona el artículo 18 del Estatuto Penal Aduanero, dice el censor que la configuración de esta especifica modalidad de ilícito fiscal "sólo requiere ocultar, dar o recibir en depósito, transportar, enajenar, adquirir o poseer mercancía de contrabando, a sabiendas. En nada pues, se hace indispensable como delito medio, el de la falsedad en documentos, ya sea sobre importación o compra de la cosa objeto de este tipo de contrabando impropio, ni tampoco el uso de documentos apócrifos" ya que las conductas rectoras del tipo penal en forma alguna "obliga (n) el uso de documentos falsos, o de documentos legítimo alguno".

Que, la alegada conexidad se presentaría "mero entre los autores de la falsedad y los terceros que usan tales documentos a sabiendas de que son falsos. Y de ello, en conjunto solamente puede ocuparse la justicia penal ordinaria, pues ninguna conexidad resulta de esos hechos y el contrabando impropio". No habiéndose observado en este proceso las reglas enunciadas, se habría incurrido en la nulidad sancionada por el artículo 210 numeral primero del Código de Procedimiento Penal.

Segundo cargo

Nulidad constitucional

Dice el recurrente, que al sostenerse en el auto de proceder la existencia de una conexidad sustancial entre el delito de contrabando impropio y el uso de documentos públicos, falsos se ha configurado "una inexacta calificación en derecho... que entrabó la defensa de la doctora GLORIA RODRIGUEZ DE GARCIA, y se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional en su previsión de falta de observancia de las formas propias del juicio".

En desarrollo del cargo, sostiene el memorialista, que en el caso sub examine no se allegó la prueba relativa al cuerpo del delito de uso de documentos públicos falsos que es presupuesto necesario para dictar el auto de llamamiento a juicio. Que, de otra parte, "la providencia enjuiciatoria dictada por el Honorable Tribunal resulta evidentemente contradictoria", puesto que si se acepta que no ha descubierto quiénes fueron los autores de la falsedad documental "tampoco se podía llamar a juicio a la doctora Gloria Rodríguez de García, por este mismo delito en el grado de partícipe por el uso a sabiendas del documento falso", de esta forma, insiste el censor, "no se cumplió con la exigencia constitucional de que el auto de proceder debe reunir una exacta calificación en derecho para que pueda hablarse de la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio que prescribe el cánon constitucional".

Más adelante insiste en la primitiva tesis de la inexistencia de una conexidad sustancial entre los delitos atribuidos a la actividad de la procesada. Todo lo cual conduciría a una "inexacta calificación en derecho" de la ilicitud imputada a la señora de García, a más de que "existe una errónea calificación de los medios probatorios allegados al proceso para afirmar sin basamento legal alguno que existe la conexidad entre el delito de falsedad documental y el contrabando impropio... (de donde) surge una errónea calificación en derecho, con proyecciones sobre la violación del artículo 26 de

la Constitución Nacional, por falta de observancia de las formas propias del juicio, como es la de que el pliego de cargos contenga una correcta y clara formulación de los elementos constitutivos de la infracción imputada y una delimitación de la responsabilidad del procesado".

Causal primera

Primer cargo

El cargo que se formula con apoyo en la causal primera es "en la modalidad de aplicación indebida" de la Ley sustancial, ya que para el censor, "la sentencia recurrida viola directamente el artículo 234 del Código Penal, pues los hechos procesalmente reconocidos no coinciden con los hechos condicionantes de la norma, y, no obstante, sus consecuencias jurídicas se atribuyen indebidamente al caso concreto".

Dice el autor, que de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución Nº 711 de 1966 es requisito indispensable para lograr la matrícula de un vehículo automotor, que el peticionario allegue un certificado de la respectiva Administración de Aduana del puerto donde se cumplió con la nacionalización del vehículo, y que, "si el certificado de la Aduana tiene como única finalidad la de obtener la matrícula del automotor en las oficinas de Tránsito y Transporte y tal finalidad se cumplió, el delito de falsedad de uso se había agotado desde el momento mismo en que se obtuvo la matrícula del vehículo", y que no habiendo participado la señora de García en la indicada falsedad, no se le podía imputar ese delito.

Cargo segundo

Se acusa la sentencia de ser violatoria de la Ley sustancial "en la modalidad de error de hecho en la apreciación de la prueba". Se habría violado en forma indirecta el artículo 18 del Decreto 955 de 1970 "en razón de que se tiene como probado el elemento 'a sabiendas', que es el tipificador del delito cuando tal elemento básico para que se configure el resto, no se encuentra probado".

Que, la sentencia, al condenar a la señora de García por el delito de contrabando impropio, dio por probado el elemento a sabiendas relativo al conocimiento de que el vehículo era de procedencia ilícita. Que, de otra parte, tal elemento se ha dado por probado, a través de simples conjeturas, frente a las cuales "se levanta el documento público que acredita que el vehículo fue matriculado en la Inspección de Tránsito y Transportes de Soacha", situación esta que en sentir del demandante coloca a su patrocinada en eventualidad clara de haber obrado de buena fe, y de consiguiente, si el Tribunal en la sentencia recurrida dio por probado el elemento "a sabiendas", violó en forma indirecta la Ley sustantiva "pues se da por probado tal elemento, cuando en verdad no lo está, pero sí existe la prueba de que en el momento de adquirir el automotor procedió con la certeza de que había sido introducido legalmente, porque así se lo hacía saber un documento público, como lo es el que autoriza la matrícula del automotor".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal contesta los cargos formulados contra la sentencia y solicita a la Corte no casarla. Así explica sus razonamientos:

Causal cuarta

Primer cargo

El relativo a la incompetencia de Jurisdicción por inexistencia de la conexidad sustancial de delitos —el de contrabando impropio y el de uso de documento público falso— debe rechazarse. Dado que el proceso, en primer término, existen pruebas suficientes que indican, en forma clara, que el vehículo referenciado fue introducido en forma ilícita al país, situación, que el recurrente no ha discutido. Y si el vehículo fue introducido ilícitamente al país, mediante la falsificación documental, dice el Procurador, era lógico que se ordenara investigar también este delito.

Sostiene el Delegado, que en este proceso se presenta, en forma indubitable, el fenómeno de la conexidad sustancial de delitos entre el de contrabando impropio y el de uso de documento público falso, si se toman en cuenta factores cronológicos y de oportunidad. En primer término, de entenderse

que quien se hizo pasar por Jorge Heredia Franco a quien la procesada compró el vehículo "fue el enlace o vínculo de relación entre los hechos antecedentes y los consecuentes. Más claro: entre la introducción ilícita al país del vehículo y la falsificación de documentos y la venta del automotor a la doctora Rodríguez de García".

De otra parte, debe tomarse en cuenta la relación cronológica que surge en las diversas operaciones realizadas con el mencionado automotor, todas las cuales se realizaron entre el 31 de diciembre del año de 1970 al 4 de enero de 1971, situación que evidencia "una estrecha relación de causa a efecto entre la introducción del vehículo al país en forma ilícita, la elaboración de documentos falsos y su adquisición por la doctora Gloria de García. La acusada obtuvo la posesión del automotor por la comora que de él hizo a Jorge Heredia Franco. No es posible aislar este comportamiento de los otros —introducción al país del vehículo y falsificación de documentos porque entre ellos existe el vínculo de antecedente a consecuente "que demostraría fehacientemente la existencia de la conexidad a que se refiere la sentencia. Definitivamente, expresa el procurador, debe tomarse en cuenta que en el proceso, y por la naturaleza de las infracciones imputadas, se encuentra otro factor común que coadyuva la demostración de la conexidad: ese factor es el elemento "a sabiendas" que debe practicarse por igual del delito de uso de documento público falso y de contrabando impropio, ya que para el primero es factor o elemento exigido expresamente por la norma (artículo 234 C. P.), y para el contrabando impropio "para la adquisición del vehículo por alguien era necesario amparario con documentos falsos por haberse introducido ilegalmente al país". De ahí que la sentencia se haya ocupado in extenso de los antecedentes de la negociación.

En apoyo de sus planteamientos, transcribe el procurador un concepto de ex-delegado Zafra cuyos lineamientos se ajustan al tema objeto de estudio. La nulidad alegada carecería de fundamento.

Causal cuarta

Cargo segundo

En el auto de proceder se dio una errada calificación a la ilicitud imputada, por cuanto se afirmó la existencia de hechos conexos, con lo cual se quebrantó la defensa, con violación del artículo 26 de la Carta.

El cargo no se ajusta a la técnica de casación, por cuanto no se puede atacar conjuntamente el auto calificatorio del sumario y la sentencia. De otra parte, el actor no fundamenta la censura en relación con la errada calificación del delito —artículo 210 numeral 5º del Código de Procedimiento Penal— sino el quebranto de la norma constitucional, alegando que la conexidad afirmada entrabó la defensa, lo cual indica, sin el menor esfuerzo, que se plantea el mismo cargo —inexistencia de la conexidad— con apoyo en otro factor.

De igual manera, observa el Delegado, a través de las instancias, y en forma absolutamente nítida se realizó el debate relativo a la existencia de las dos infracciones, y sobre estos tópicos el defensor hizo planteamientos muy serios que a la postre no fueron acogidos por el Tribunal. Entonces, se pregunta: "ante esta evidente realidad procesal pueden ponerse en tela de juicio los términos del auto de proceder? Puede asegurarse en este momento que existió confusión o anfibología en esa pieza procesal que dificultó la defensa?" De igual manera, el censor no expresó en qué forma, se dificultó la defensa con la errada calificación del hecho.

Causal primera

Cargo primero

Con la sentencia se habría violado en forma directa el artículo 234 del Código Penal —aplicación indebida— al atribuirse a la acusada la conducta consistente en haber utilizado la certificación expedida por la Aduana de Barranquilla para la matrícula del automotor. Esta operación no fue utilizada por la acusada. El Procurador afirma, primeramente, que no se trataría de una modalidad de violación directa, sino precisamente de la indirecta, por errónea apreciación de la prueba al atribuírsele a la acusada una conducta no ejecutada por la misma. De otra parte, en la sentencia no se hace la afirmación que censura el actor. Además la fundamentación de la sentencia de condena no se apoya exclusivamente en este hecho, no pudiéndose afirmar entonces,

que la sentencia se hubiera apoyado exclusivamente en esa prueba, para el caso de que el cargo se hubiera formulado correctamente.

Causal primera

Cargo segundo

Se impugna la sentencia de ser violatoria, en forma directa, del artículo 18 del Decreto 955 de 1970, al dar por probado el elemento "a sabiendas" esencial para la estructuración del peculado impropio. Falla en este segundo cargo la técnica, dice el Procurador, porque se trataría no de una hipótesis de error de hecho sino de derecho en razón de que no fue ignorada la prueba en la sentencia, sino por el contrario "valorada en un determinado sentido".

De igual manera, la sentencia no encuentra apoyo exclusivamente en lo relativo a la matrícula del automotor, sino en un cúmulo de pruebas que evidencian la existencia de los ilícitos imputados.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta

Con apoyo en esta causal, y con fundamento en la norma Constitucional (Art. 26) el censor formula dos cargos que como se vio, son substancialmente exactos en cuanto al fondo de la cuestión que se plantea: inexistencia de una relación (conexidad) entre los dos delitos imputados: contrabando y uso de documento falso.

Sostiene el censor, que los dos hechos, si bien son ambos constitutivos de delito, son independientes, y ninguna relación, de ningún orden podía establecerse entre los dos; de consiguiente, al afirmarse en la sentencia la conexidad impugnada, se incurrió, primero, en nulidad —por incompetencia de jurisdicción—, y luego, se violó el artículo 26 de la Carta dado que al afirmarse la conexidad se quebrantó el derecho de defensa amparado por la norma constitucional.

Como lo expresa el Procurador, es incuestionable que el vehículo adquirido por la señora de García fue introducido en forma ilícita al país. Es decir, dicho automotor es seguramente de contrabando. Sobre este tema fundamental no existe la menor duda, y no ha sido discutido por el censor. Ahora bien, de qué modo puede infringirse la Ley Penal Aduanera? O, mejor, cómo se puede ejecutar el delito de contrabando? El estatuto en este punto es muy claro. El contrabando propio, para distinguirlo con algún nombre del denominado por el Estatuto como impropio, puede ejecutarse de tres maneras diversas: importando o exportando mercancías de prohibida importación o exportación (Art. 15 Decreto 955 de 1970), se entiende que esta modalidad en la comisión del ilícito fiscal se cumple a través de las aduanas, y sin que para amparar la ilícita conducta, el infractor se haya valido de la elaboración o el uso de documentos falsos para amparar la importación o exportación ilícitas. La otra modalidad de ejecución del contrabando es la que se cumple "por fuera de las aduanas" que seguramente es la más frecuente, en la que tampoco, y por razón de la modalidad en la ejecución del delito, el infractor se vea precisado a utilizar documentos falsos. (Art. 16 ibídem). Una tercera modalidad de contrabando es la prevista en el artículo 17 ibídem y es la que se cumple "por las aduanas" en la que, dada la modalidad específica que obliga al infractor a entenderse con las autoridades aduaneras, se verá en la necesidad de valerse de documentos falsos en donde se consigne la falsa afirmación de que la mercancía ha sido introducida legítimamente. (Art. 17). Es claro que las modalidades previstas en la Ley Aduanera pueden combinarse en la práctica, y así, por ejemplo, puede darse la hipótesis de contrabando "por fuera de las aduanas", (Art. 16), que para la introducción de la mercancía no exige la utilización de documentos falsos. Pero, si se trata de bienes no fungibles, como por ejemplo, un vehículo automotor, es posible, y eso es lo que normalmente ocurre al contrabandista que ha traído en forma ilícita al país un vehículo, tendrá necesidad si es su deseo que el vehículo permanezca en el país, de buscar la "legalización" del automotor, y para ello, deberá llegar por fuerza de las cosas a la ejecución de un delito de falsedad documental.

Finalmente se tiene la hipótesis del artículo 18 del Estatuto Penal Aduanero que

se conoce como 'contrabando impropio' que se comete por quien oculta, da o recibe en depósito, o transporta, enajena, adquiere o posee mercancía de contrabando, a sabiendas de su ilegal procedencia.

Para el caso de esta decisión, ninguna importancia tiene el hecho de que el automotor hubiera sido introducido en forma ilícita, por las aduanas, o por fuera de ellas. La única realidad palpitante en el proceso, es la de que para cubrir la ilegítima introducción al país de la mercancía, se ejecutó un delito de falsedad documental, no importa la modalidad de la misma: si por elaboración total del documento, si mediante falsedad ideológica o material, etc. Lo fundamental es que la falsedad se ejecutó sin la menor duda, con el fin, con el propósito, con el ánimo, con el deseo de ocultar la verdadera situación del vehículo, para hacerlo aparecer como si hubiera sido importado legalmente.

Es decir, que la falsedad no tendría razón de ser, si por otra parte no existiera el contrabando. Si el vehículo hubiera sido importado legalmente, tendría alguna justificación o explicación la falsedad? Para qué el delito de falsedad, si no para encubrir el de contrabando?

Se afirma, por el censor, que los dos hechos son independientes y que por lo mismo no es jurídico hablar de conexidad.

Para entender la figura jurídica de la conexidad de delitos escribe BETTIOL, debemos partir de la consideración que en la hipótesis de un concurso real de delitos los varios delitos concurrentes son estructuralmente independientes: las diversas lesiones jurídicas se remontan, cada una en la propia autonomía, a un autónomo proceso ejecutivo. Esto no quita, sin embargo, que en la psiquis del sujeto agente los varios delitos se colonsen entre sí en una determinada relación, en el sentido de que el autor se determina a uno en vista o como consecuencia del otro. Este nexo ideológico que media entre los varios delitos no es suficiente como para que se determine una unificación de los delitos bajo el fenómeno del concurso ideal. La conexidad, sigue el autor, puede ser "teleológica o finalística, consecuencial y ocasional" (G. Bettiol, Derecho Penal 7ª ed. pág. 578).

Entonces, para la existencia de una hipótesis de conexidad se requiere, ante todo, una pluralidad de delitos, y un nexo o factor en común que los una y que dé razón de dicha unidad. Este fenómeno, al contrario de lo afirmado por el recurrente, no se presenta en la hipótesis del llamado delito complejo o compuesto, porque en este tipo de delitos, —por ejemplo en el robo— no existe pluralidad de infracciones, sino que los hechos que considerados independientemente constituyen delitos autónomos, los coloca la ley ora como elementos constitutivos o ya como circunstancias agravantes perdiendo de este modo su autonomía que es característica de la conexidad. Igualmente no se presenta la conexidad en el caso del delito progresivo o de la progresión criminal, por la misma razón, y mucho menos, en el caso de concurso aparente de normas penales.

Se presenta en cambio la hipótesis de la conexidad en el caso del delito continuado (Art. 32 Código Penal), siendo en esta modalidad delictiva, el designio criminoso que debe ser único el factor que une los diversos delitos.

Hipótesis claras de conexidad teleológica o finalística se presentan, por ejemplo, en los casos del artículo 363 numeral 3º del Código Penal, cuando el homicidio se comete "para preparar, facilitar o consumar otro delito". Hipótesis de conexidad consecuencial es la que surge del numeral 4º de la misma norma, cuando el homicidio se ha ejecutado "después de haber cometido otro delito etc.", situación en la que se habla de delito determinante y de delito determinado que como en la anterior, pese a la independencia del proceso ejecutivo de los dos delitos, existe un vínculo de unidad entre ellos que los hace necesariamente conexos.

De tal suerte que el elemento común que sirve de nexo para unir los diversos delitos que dan nacimiento a la conexidad substancial puede referirse ora al aspecto objetivo de la infracción, o también al aspecto subjetivo, o a ambos. En cuanto al elemento material u objetivo, el nexo puede referirse, por ejemplo, al lugar o al tiempo, y entonces el factor o nexo de unificación será espacial o temporal. Es incuestionable, que en el caso que se examina, no puede hablarse de una independencia absoluta de los ilícitos relacionados o sea el contra-

hando y la falsedad en la modalidad de uso de documento público falso, porque la falsedad no es casi nunca fin a sí misma. No se falsifica sólo por falsificar sino con el fin, con el objeto de conseguir un resultado que está más allá o por fuera de la falsificación, razón por la cual se ha puesto en duda, por la doctrina moderna la afirmación de que el objeto jurídico de la tutela en este tipo de delitos es solo y únicamente La fe pública que no ha sido tomada por el falsario como objeto de su conducta. Y si ello es así, y no se ve como no pueda serlo, se podrá negar por alguien. que la confesión del documento falso mediante el cual se quiso hacer aparecer que el vehículo había sido legalmente introducido al país, es decir, con el lleno de las formalidades legales y el pago de los impuestos, nada tiene que ver con el delito de contrabando que precisamente significa eludir el pago de los impuestos causando un daño fiscal al Estado? Cómo se puede negar ese íntimo nexo de causa a efecto entre uno y otro hechos? Pero tampoco puede tener importancia para la estructuración del concurso, con significado substancial, y para la existencia de la conexidad con consecuencias procesales relativas a la competencia, que el autor o autores de la falsedad sean desconocidos. Acaso no puede alguien usar un documento falso que ha sido falsificado por otro? Y si se demuestra que alguien usó el documento falso, infringe la norma que tal conducta prohíbe, y si no se ha establecido quién fue el autor de la falsedad, lo lógico, lo jurídico es que se disponga su investigación por separado, que es precisamente lo que se ha hecho en este proceso.

Pero es que además, la modalidad del llamado contrabando impropio, puede ejecutarse a través de diferentes conductos a saber: ocultar, dar o recibir en depósito, transportar, enajenar, adquirir o poseer mercancías de contrabando, a sabiendas de esa situación. Acaso ignoraba la doctora de García que de acuerdo con la ley colombiana, para poseer y para adquirir un vehículo automotor eran necesarios ciertos documentos? Y si como es lo normal, la misma profesional en el futuro quisiera enajenar el automotor, no debía poseer los documentos que le dieran título legítimo sobre sí mismo?

Ya el Procurador anotó cómo existe además de estos factores de conexidad, otro, el espacial que indican muy a las claras que la sindicada sí conoció oportunamente la ilegítima procedencia del vehículo.

Los cargos que se han formulado sobre la base de la inexistencia de la conexidad, uno el relacionado con la nulidad por la incompetencia de jurisdicción y el otro por quebrantos al artículo 26 de la Carta, no prosperan.

Causal primera

Cargo primero

Al sostener el actor que en la sentencia recurrida se afirma que la señora de García hizo uso de la certificación expedida por la Aduana de Barranquilla para matricular el vehículo en la Inspección de Tránsito de Soacha, hecho que no correspondería a la verdad, se estaría en presencia de una hipótesis de la violación indirecta, por errónea apreciación de la prueba, tal como lo afirma el Procurador, y no frente a una situación de violación directa, como lo sostiene el recurrente.

En este tema, la Corte ha expresado en reiteradas jurisprudencias que "conforme a la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el quebranto de la Ley sustancial puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (la INFRACCION DIRECTA), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (APLICACION INDEBIDA), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (INTERPRETACION ERRÓNEA). La violación INDIRECTA de la Ley Sustancial se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en esta hipótesis que se alegue por el recurrente en el sentido de demostrar que el Tribunal ha incu-

rrido en error de derecho o de hecho que aparezca ostensible y notorio en los autos" (Casación de 28 de mayo de 1976).

En el caso sub judice, no queda duda, como se anotó, que si se toma como prueba una conducta que no existió, y sobre ella se hace descansar el fundamento de la sentencia de condena, se estará en presencia de una hipótesis de violación indirecta de la ley por apreciación errónea de la prueba, siempre que, de otra parte, se demuestre que mediante esa errónea apreciación se generó un error de derecho o de hecho que debe aparecer ostensible en los autos.

De otra parte, y como lo afirma el Procurador, en la sentencia no se hace la afirmación de que habla el censor; fuera de que, la sentencia tampoco tomó como fundamento único o principal el relativo al uso del documento, sino que el fallo está respaldado con numerosas pruebas, y como lo quiere el Delegado "en la hipótesis de que el motivo de acusación se ajustara a la técnica de casación, sería insuficiente porque el certificado de la Aduana de Barranquilla no determinó la condena como único elemento de juicio del proceso".

Por lo tanto, el cargo no prospera.

Causal Primera.

Cargo segundo

Como se recordará el censor funda el cargo sobre el hecho de que la sentencia dio por aprobado el elemento "a sabiendas" que es esencial para la configuración del contrabando impropio, con lo cual se habría violado en forma indirecta el artículo 18 del Decreto 950 de 1970 "en la modalidad de error de hecho en la apreciación de la prueba".

Asiste plena razón al Procurador cuando al referirse a este cargo advierte una falta de técnica en su formulación "porque en la hipótesis no se trataría de error de hecho, manifestó en los autos, sino de error de derecho, en razón de que la prueba no fue ignorada en la sentencia; al contrario, valorada en determinado sentido".

En el caso de error de derecho, ha dicho la Corte, el juez aprecia la prueba aportada al proceso, pero le concede un valor superior o inferior al que le ha sido asignado legalmente. O considera una prueba allegada al proceso con violación de las normas reguladoras de su asunción. Pero la prueba existe y por algún modo es más apreciada por el fallador.

En el error de hecho, en cambio, el sentenciador aprecia y otorga valor dominante a una prueba materialmente inexistente, o pone fin al proceso, equivocadamente, con omisión, que no admite excusa, de una prueba bien producida, de inobjetable valor imperativo.

De igual manera y como lo explica límpidamente el Procurador "la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Aduanas se fundamentó en numerosos elementos de juicio que se relacionan y analizan en el capítulo denominado "sobre la comisión e imputabilidad de las dos infracciones"... Para que prosperara la acusación formulada en este segundo cargo sería necesario demostrar que la sentencia se basó única y exclusivamente en la matrícula del automotor. Incumbe al actor impugnar todos y cada uno de los elementos probatorios que determinaron el fallo porque así formulado el cargo es un enjuiciamiento parcial, incompleto, de esa pieza.

El cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y en un todo de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

CONFESION

Cuándo existe?

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta Nº 61.

Vistos

Por sentencia de veinte (20) de mayo del año en curso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva revocó la proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad el 13 de enero del mismo año en que se absolvía a CALIXTO ORTIZ RAMIREZ por infracción al Decreto 1188 de 1974 y en su lugar lo condenó, como responsable de esa infracción en su modalidad de cultivo de marihuana a la pena de treinta (30) meses de presidio y multa de mil trescientos pesos, así como a las sanciones accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y a la pérdida de la patria potestad por el tiempo de la condena.

Contra la providencia primeramente mencionada interpuso en tiempo oportuno el apoderado del procesado, recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala que también encontró formalmente ajustada a derecho la demanda que, para sustentarlo, presentó el susodicho apoderado.

Hechos y actuación procesal

El 10 de junio de 1975 y previa noticia confidencial que el Comandante de la Estación de Policía de Campoalegre (Huila) tuviera sobre la existencia de un cultivo de marihuana en la zona de Vilaco distante siete horas del lugar primeramente mencionado, se presentó en dicho sitio acompañado por varios agentes de policía y procedió a revisar la finca de propiedad de Calixto Ortiz Ramirez en donde encontró, disimulada entre otros cultivos, una plantación compuesta por 305 matas de marihuana, recién limpiadas y que el oficial procedió a arrancar y quemar, luego de hecho el respectivo reconocimiento. Prosiguió la Comisión en busca de más elementos de la misma clase y halló, en la casa de la finca, una bolsa con doscientos gramos de semilla de marihuana. El peso de las matas fue superior a los cincuenta kilos. El de la semilla, de 200 gramos.

Iniciada la investigación por el Juez Promiscuo Municipal de Campoalegre, se indagó a varias personas, entre ellas al mencionado Calixto Ortiz quien dijo que unos tres meses antes de los hechos narrados, un trabajador de nombre Antonio N., estuvo en su finca desyerbando la sementera y que fue dicho individuo quien sembró las matas halladas por la policía las que el declarante no arrancó por ignorar que se trataba de marihuana.

Por auto de 28 de noviembre de 1975 el Juez Quinto Penal del Circuito de Neiva, a quien le correspondió el conocimiento del asunto, dictó auto de vocación a juicio contra Calixto Ortiz Ramírez por el delito previsto en el decreto 1188 de 1974 y sobreseyó definitivamente en favor de los demás sindicados.

No se solicitó prueba alguna durante el plenario de la causa y la audiencia pública

se celebró el 8 de enero del año en curso.

Posteriormente, el 13 del mismo mes y año el juzgado profirió sentencia absolutoria en favor del procesado. Consultada esta providencia, el Tribunal, como se deja dicho, la revocó, y en su lugar, condenó a Ortiz Ramírez a las penas mencionadas.

Demanda de casación

En el ámbito del aparte segundo de la causal 1ª de casación formula el demandante cinco cargos a la providencia recurrida, acusándola de contener otros tantos errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

A continuación se resume cada una de las censuras:

Primer cargo

Haber desconocido el Tribunal la confesión del procesado quien manifestó que tuvo un trabajador limpiando la platanera en que se encontraron las matas de marihuana y que aun cuando no supo si había sido aquél quien las sembrara, allí aparecieron sin que el exponente las arrancara por ignorar de qué clase de planta se trataba.

Alega el recurrente que el Tribunal no tomó en cuenta esa afirmación de inocencia hecha por el procesado y que no se debilitaba por el hecho de no haber sido localizado el trabajador en cuestión.

Con tal proceder estima se quebrantaron los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal en relación con el 37 del Decreto 1188 de 1974 norma que aplicó indebidamente el juzgador pues en vez de resolver la duda en favor del acusado, la resolvió en su contra.

Segundo cargo

El Tribunal, a juicio del demandante, le dio un valor probatorio que no tiene a las declaraciones de los agentes de policía que concurrieron a la Comisión pues de las afirmaciones que éstos hicieron en el sentido de haber encontrado recientemente desyerbado el cultivo de marihuana dedujo un indicio grave contra el procesado, incurriendo en grave error de derecho pues quebrantó lo dispuesto en los artículos 230 y 234 del Código de Procedimiento Penal y violó asimismo el 217 del mismo ordenamiento.

Tercer cargo

Dice el demandante que con base en una errónea valoración de lo expresado por Ortiz Ramírez en su indagatoria sobre el desconocimiento de su parte que las plantas fueran marihuana, el Tribunal dio por existente el elemento dolo, siendo así que, en el sentir de aquél, tal factor subjetivo no se dio en el presente caso.

Eso condujo al ad quem a aplicar indebidamente el artículo 37 del Decreto que se deja mencionado.

Cuarto cargo

Como error de derecho presenta igualmente haber omitido la sentencia la estimación de los perjuicios ocasionados por la infracción y no haber condenado por ellos lo que considera quebrantó los artículos 334, 503 y 504 del Código de Procedimiento Penal y condujo a aplicar indebidamente el 37 del Decreto 1188 de 1974 pues el ad quem consideró demostrados los daños y eso lo llevó a aplicar indebidamente la norma que se acaba de mencionar.

Quinto cargo

Falta de apreciación de algunos testimonios como los de Alvaro Ariza Rivera, Sofía Cavieldes, Jesús Elías Silva y el agente Alirio Nogales en cuanto estos declarantes afirmaron no constarles que la marihuana hubiera sido pesada razón por la cual considera que no se estableció debidamente dicho peso de donde al afirmar el ad quem que las matas pesaban más de cincuenta kilos aplicó indebidamente el artículo 3º del mencionado decreto.

Respuesta de la Procuraduría

Luego de hacer un relato sintético de los hechos y mencionar, en forma esquemática el recorrido del proceso, el Procurador Segundo Delegado Penal pasa a examinar, uno a uno, los cargos enderezados contra la sentencia para demostrar que carecen de

fundamento previamente a lo cual transcribe los apartes más importantes de la sentencia para demostrar que sí se hizo en la parte considerativa de la misma un examen satisfactorio de las pruebas.

Los razonamientos de la Procuraduría están basados en fundamentos que la Corte comparte por lo cual hace suya, como se verá, la conclusión del Ministerio Público en el sentido de que debe desecharse el recurso.

Consideraciones de la Corte

Se examinarán, a continuación, en el orden expuesto por el demandante, las censuras que dirige contra la sentencia:

Primer cargo

Como bien dice la Procuraduría, no existe en los autos confesión alguna del procesado y mal puede, por lo tanto, criticarse a la sentencia haberla desconocido.

En efecto, las manifestaciones de éste, lejos de contener la aceptación de un hecho que lo perjudique, lo que constituya la esencia de toda confesión, tratan de desviar la responsabilidad sobre un tercero diciendo que fue un peón, que nunca se encontró y de cuya existencia hay motivos razonables para dudar, quien sembró las matas de marihuana.

En estas circunstancias, la declaración del procesado se convierte en un testimonio ordinario cuya credibilidad resulta comprometida por el interés que es de suponer tiene en alterar la verdad en su favor.

La alegación de inocencia que hace Ortiz Ramírez no encuentra otro apoyo que el dicho de otros declarantes en el sentido de que vieron a un individuo limpiando los sembrados del procesado pero sin que haya en tales deposiciones una afirmación rotunda de que éste hubiera sembrado las matas de marihuana.

Por otra parte la afirmación de no haber sido él quien las sembrara se desvirtúa con la consideración, que también hace el Tribunal, de que dicho peón no había aparecido en los tres últimos meses y sin embargo el sembrado de marihuana estaba perfectamente limpio lo que solo se explica atribuyendo tanto la siembra como la limpieza al propio procesado.

Segundo cargo

Lo que se acaba de decir al final del aparte anterior sirve también para refutar lo afirmado por el demandante en el presente cargo cuando pretende negar el carácter de grave al indicio mencionado y busca rebajar su valor al decir que se dió a las declaraciones de los agentes de policía mayor mérito probatorio del que tienen.

Como se ha visto, estos se limitaron a establecer, con testimonio plural y concorde, que la siembra de marihuana estaba recientemente desyerbada.

Y como según el dicho del procesado, el presunto autor de la siembra estaba ausente desde hacía tres meses, lógico es concluir que quien cuidaba el cultivo de marihuana era el propio Ortiz Ramírez, dueño del terreno y quien confiesa haber sabido que dichas matas estaban allí si bien pretende hacer creer que desconocía de qué clase de vegetales se trataba.

Tercer cargo

A su turno lo que acaba de decirse en el cargo anterior sobre el conocimiento de parte de Ortiz respecto a la existencia de las matas de marihuana, el hecho de que tal cultivo apareciera cuidadosamente desyerbado, conducen rectamente a pensar que sí sabía de qué se trataba y que por esa razón mantenía limpio el sembrado o sea que no aparece por parte alguna la pretendida inocencia del procesado y que no quebrantó el juzgador ninguna norma cuando afirmó que éste había obrado dolosamente al cuidar las matas que, por otra parte, aparecían perfectamente disimuladas entre otros cultivos, situación que muestra, en forma todavía más clara, la malicia con que estaba obrando a lo cual se añade que en su casa guardaba semillas de marihuana lo que destruye cualquier duda sobre su culpabilidad.

Cuarto cargo

La falta de condenación, en concreto, de los perjuicios causados por la infracción, de

ningún modo puede considerarse como falta de demostración del elemento daño propio de algunos delitos, según estiman ciertos autores, o de todos los delitos, como lo predican otros.

El ilícito consistente en el cultivo de marihuana, para no mencionar sino éste entre los que contempla el Decreto 1188 de 1974, es de los que suelen llamarse de peligro porque se sanciona en consideración al riesgo que se crea para el bien jurídico tutelado, en este caso la salud pública, y para acreditar dicho riesgo no es necesario más que establecer el hecho de la existencia de las siembras de dicha planta sin que sea preciso mostrar que se ha causado un daño concreto.

Por otra parte, aun en aquellos casos en que el hecho ilícito ocasiona un perjuicio, no es preciso demostrar su cuantía sino que basta afirmar la existencia del daño y dejar a la parte interesada iniciar los trámites conducentes a establecer el monto del mismo.

Quinto cargo

La afirmación, que constituye el fondo de esta censura, de que no se estableció el peso de la marihuana hallada en la finca de Ortiz Ramírez y que por no haberse considerado los testimonios de Alvaro Ariza Rivera, Sofía Caviedes, Jesús Elías Silva y el agente Alirio Nogales se dio por comprobado el peso de esas plantas, cae por su base al considerarse, en primer término, que los declarantes en mención afirman no haber visto pesar la marihuana pero en ningún caso dicen que no hubiere sido pesada y, en segundo término, que tal cosa se hizo en forma legal y, desde el punto de vista probatorio, concluyente por los miembros de la Comisión que descubrió el cultivo como aparece del acta que figura a fl. 3 del primer cuaderno en donde se da por separado el peso de las matas (120 libras) y el de la semilla (200 gramos).

De todo lo anterior se concluye que, como se había expresado al comienzo de la parte motiva de esta providencia, carecen de fundamento los cargos hechos a la sentencia y debe, por tanto, resolverse en consonancia con esa conclusión.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia a que se refiere la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA

Pruebas llevadas a la audiencia. Autonomía del Juez para aceptarlas o negarlas, de acuerdo con el artículo 512 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 61.

Vistos

Decide la Corte en recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado GONZALO VÁSQUEZ ESPINOSA contra la sentencia de veintitrés de febrero último, proferida por el Tribunal Superior de Buga, que confirmó la de veinticinco de noviembre de 1975, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cartago impuso al sindicado la pena principal de veintidós años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio, robo y estafa.

Hechos y actuación procesal

Félix Abel Bácares Ariza salió de su casa de habitación, ubicada en el municipio de Roldanillo (Valle), el 28 de junio de 1973 y demoró algún tiempo sin dar explicación a sus familiares sobre la ausencia. Transcurrieron varios días y Bácares Ariza no regresó a su hogar, despertando natural alarma entre sus allegados.

Su hermano Rosendo, miembro de la Policía Nacional, realizó varias pesquisas y logró establecer que Félix Abel fue víctima de manos criminales, pues se encontró su cadáver el 8 de julio siguiente, en una fosa cubierta con ramas.

Se supo luego en la investigación que el occiso salió en compañía de Gonzalo Vásquez Espinosa con el fin de buscar una res extraviada y que ese mismo día vendió al procesado un hato de ganado.

El 8 de julio de 1973 el Inspector Municipal de Policía de Roldanillo practicó el levantamiento del cadáver de Félix Abel Bácares Ariza, que fue reconocido por sus familiares.

Con base en la prueba recogida por la Policía Judicial, el Juez Penal Municipal de Roldanillo inició la investigación. Recibió varias declaraciones y dictó auto de detención contra Gonzalo Vásquez Espinosa.

El Juzgado 5º de Instrucción Criminal continuó adelantando el sumario que fue remitido, al vencer el término legal, a los Juzgados Superiores de Cartago. Correspondió al Tercero.

El mismo Juzgado Superior practicó varias diligencias en la ampliación del término de instrucción que se decretó.

Al calificar el mérito del sumario el Juez Tercero Superior de Cartago decidió dictar en favor de los sindicados Gonzalo Vásquez Espinosa, Eliseo Rojas Clavijo y Silvio García Rojas, sobreseimiento temporal y de carácter definitivo con relación a Gerardo Arturo López López.

El dos de septiembre de 1974, el Tribunal Superior de Buga, en Sala Penal de Decisión, revocó el sobreseimiento temporal decretado en favor de Gonzalo Vásquez Espinosa y dictó en su contra auto de proceder por los delitos de homicidio, robo y estafa. Sobreseyó en su favor, temporalmente, respecto del delito de falsedad.

En relación con los demás procesados

adoptó las siguientes determinaciones:

—Sobreseimiento definitivo en favor de Eliseo Rojas Clavijo, revocando el de carácter temporal proferido por el juzgado de primera instancia.

—Confirmó los sobreseimientos definitivos decretados en favor de Silvio García Rojas y Gerardo Arturo López.

Surtidos los trámites propios de la causa, el proceso culminó con sentencias condenatorias de primera y segunda instancia para Gonzalo Vásquez Espinosa. Esta es objeto del recurso extraordinario que ahora se decide, que fue admitido por auto de trece de mayo último. La demanda de casación formulada por el doctor Antonio José Cancino Moreno, en representación del procesado, se declaró ajustada a los requisitos formales de ley mediante providencia de quince de julio del presente año.

La demanda

Con apoyo en la causal cuarta de casación se formulan tres cargos a la sentencia.

Cargo primero

Se hace consistir en nulidad de rango constitucional, por quebrantamiento de las formas propias del juicio, y porque "no existió plena legalidad en la jurisdicción".

Estudia el demandante las distintas etapas probatorias del proceso, para concluir con la afirmación según la cual, dentro de la audiencia pública, el juez está autorizado únicamente "para exigir testimonios o peritazgos, e incluso para practicar careos, pero obviamente con relación a las pruebas oportunamente ordenadas y decretadas".

La anterior afirmación se hace con apoyo en interpretación de los artículos 502 y 513 del Código de Procedimiento Penal, porque durante la audiencia pública que juzgó a Gonzalo Vásquez Espinosa el Fiscal allegó al expediente "una serie de pruebas que no pertenecían al proceso y que se esgrimieron en forma por demás desleal en contra de los intereses de mi poderdante".

El artículo 512 del Código de Procedimiento Penal no autoriza al juez para practicar pruebas dentro de la audiencia pública ni a recibir aquéllas que no han sido decretadas dentro del juicio. La recepción de las pruebas suministradas por el Fiscal del Juzgado, traídas del proceso que por falsedad se adelantaba contra Gonzalo Vásquez Espinosa, incidió fundamentalmente en el veredicto del jurado. Por ello el censor estima infringidas las formas propias del juicio, con menoscabo de los intereses de la defensa.

Cargo segundo

En nulidad de índole legal incurrió el sentenciador, porque calificó equivocadamente la prueba recogida en el sumario (numeral 5º artículo 210 del Código de Procedimiento Penal).

Erró el sentenciador la calificación, por cuanto al sobreseer temporalmente en favor del procesado por el delito de falsedad, no podía llamarlo a juicio por estafa.

Ensaya así la demostración de este cargo:

"Recordemos cómo el juzgador sobresee temporalmente a mi poderdante de los cargos formulados por el delito de falsedad, ya que 'NO AFLORA CERTEZA LEGAL DE QUE ESTE HUBIERE SIDO EL AUTOR DE TAL HECHO'. Entonces, se repite, se abstiene el Tribunal de llamar a juicio a VASQUEZ por el delito de falsedad. Pero, llama a juicio por estafa, por considerar que VASQUEZ FALSIFICO EL DOCUMENTO con el que hizo creer a los compradores que el ganado era de su propiedad".

Esta actitud del sentenciador viola el principio lógico de contradicción, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto.

Además, los actos ejecutados por el sujeto agente para consumar delito contra la propiedad, o con el fin de obtener o asegurar el producto, no pueden estructurar delito diferente.

Cargo tercero

Si el Tribunal sentenciador se apoyó en el delito medio de falsedad para afirmar la existencia de estafa, incurrió en ambigüedad o designación anfibiológica, en el auto por medio del cual calificó el mérito del sumario, con menoscabo del derecho de defensa, porque se vulneraron las bases del

juzgamiento que ampara el artículo 26 de la Carta.

De otra parte el auto de proceder incurrió en clara violación del principio "non bis in ídem", porque ordenó compulsar copias para investigar el delito de falsedad, y respecto de él ya existía proceso diferente, como se demostró en la audiencia pública, mediante la intervención del Agente del Ministerio Público.

Concepto del Procurador

Primer cargo

Es equivocada la interpretación que la censura hace de los artículos 502, 512 y 513 del Código de Procedimiento Penal, que regulan la asunción de pruebas durante la audiencia pública.

El primero de ellos autoriza practicar durante el debate oral aquellas pruebas que, decretadas en oportunidad anterior, no fueron practicadas durante el término establecido para recogerlas.

El 513 se refiere no a las diligencias que hubieren quedado pendientes, sino a las solicitadas por las partes, respetando los requisitos del artículo 501, y limitando la posibilidad de su práctica, durante la vista pública, a las pruebas de naturaleza pericial y testimonial.

La facultad otorgada al juez por el artículo 512 es incondicional, "...ya que no se somete su decisión a previa petición de las partes, dejándolo en libertad para obrar oficiosamente, pudiendo ordenar todas las diligencias 'que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos...' ".

Y, si se tiene en cuenta que la petición formulada por el Agente del Ministerio Público recayó sobre prueba documental, excluida en el artículo 513 del término legal para solicitarla, el cargo carece de fundamento y debe desecharse.

Segundo cargo

La errada calificación jurídica de los hechos puede recaer, principalmente, en la falta de adecuación entre los hechos establecidos en el proceso, con el delito por el que se llama a juicio al procesado, o en la equivocación en la parte resolutiva del vocatorio a juicio, del título o capítulo del Código Penal que se considera vulnerado.

En ambas hipótesis debe la censura demostrar el yerro del sentenciador, insinuando la correcta denominación jurídica del sumario.

Como la demanda está ausente de todo raciocinio jurídico conducente a demostrar la calificación adecuada del proceso, también este cargo merece desestimarse.

Tercer cargo

La garantía consagrada en el aforismo "non bis in ídem", se refiere a que una persona no puede ser juzgada dos veces por un mismo hecho. Es decir, no es permitido sometérsele a nuevo juicio cuando por uno anterior su situación, respecto de los mismos cargos, ha sido definida.

Con base en el anterior razonamiento, el Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita desechar el cargo, por cuanto no se ha demostrado que Gonzalo Vásquez Espinosa fue sometido a distintos juicios, por los mismos hechos.

Se contesta

Cargo primero

Aun cuando el actor argumenta razonablemente cuando de conformidad con el artículo 513 del Código de Procedimiento Penal afirma que la solicitud de pruebas para la vista pública debe hacerse por las partes con dos días de anticipación por lo menos, previa satisfacción de los requerimientos del artículo 501, yerra cuando pretende la invalidación de la sentencia con apoyo en el artículo 26 de la Carta Política —violación de las formas propias del juicio—, puesto que los trámites seguidos en el juzgamiento del procesado se ajustan en un todo a los preceptos de ley.

El sindicado fue llamado a comparecer en juicio por los delitos de homicidio, robo y estafa.

No discute el recurrente que los trámites por la vía del jurado fueran aplicados incorrectamente. Cuestiona exclusivamente la validez de unas pruebas decretadas por el juez de la causa, en el momento mismo de la audiencia, a petición del Ministerio

Público. Y concluye que la nulidad supralegal por él invocada tiene asidero en que la prueba reclamada a última hora por el Fiscal se hizo a despecho de las perentorias exigencias de los artículos 513 y 501 del Código de Procedimiento Penal.

Mas si los trámites procedimentales se ajustaron a derecho, el incumplimiento por el juez de las prescripciones anotadas comportaría sanción de inexistencia, de la prueba al tenor del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal.

Siendo éste el caso, el actor ha debido establecer la relación de causa a efecto que media entre la prueba jurídicamente inexistente y las determinaciones tomadas por el juez en la resolución de la sentencia, y demostrar cómo en dicho acto procesal y solamente en él encontraron fundamento la veredicción del jurado de conciencia y las precisiones conclusivas del fallo.

De la lectura del auto de proceder se deduce por modo inobjetable que en el expediente existen pruebas distintas de la señalada por el recurrente que sirvieron al Juez del conocimiento para dictar el auto vocatorio.

Y como el jurado falla en conciencia y carece de obligación de razonar sus conclusiones y no las razonó al emitir su veredicto, resulta imposible para el actor, pero también para el Juez en Casación, radicar en la sola prueba objetada por el censor el fundamento del veredicto y de las conclusiones de la sentencia, en cuyo caso podría impetrarse con fundamento en ella la nulidad pretendida por el recurrente.

En tal hipótesis, resultaría a todas luces evidente que el hecho nuevo, o sea la prueba irregularmente aducida al proceso, dio cimiento a decisiones de la sentencia y proyectó en ella su propia ineptitud.

Preciso es recordar, así mismo, que por ministerio de ley, artículo 512 del Código de Procedimiento Penal, el juez en la vista pública tiene facultad para practicar, de oficio o a petición de parte, todas las diligencias conducentes a esclarecer los hechos examinados en el sumario y que se controvierten en la causa. El cargo no prospera.

Cargo segundo

Se invoca la causal cuarta de casación y se afirma que el sentenciador incurrió en la causal quinta de nulidad contenida en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, o sea haber equivocado el sentenciador la denominación jurídica de los hechos.

No obstante, el demandante en casación discute la existencia misma de los hechos delictuosos. Y argumenta que si de acuerdo con el raciocinio jurídico del sentenciador, aquellos no estructuran delito de falsedad, menos podían merecer calificativo de estafa, si uno y otro delito se originan en unos mismos hechos, que no son otros que la adulteración de los documentos exhibidos por el procesado para convencer a los compradores que las dieciséis cabezas de ganado fueron compradas por él a Félix Abel Bácares Ariza con antelación a su muerte.

La Sala no discute la validez de la argumentación ofrecida a su examen por el actor en relación con este punto concreto. Observa sí que cuando lo que se objeta en casación es la calificación de los hechos presuntamente delictuosos, el demandante acepta su existencia. Y en este caso debe, por lo mismo, indicar cuál es, en concepto suyo, la denominación jurídica adecuada.

El procesado fue llamado a responder en juicio, como se dijo anteriormente, por los delitos de homicidio, robo y estafa. El veredicto se pronunció sobre todos los extremos de un cuestionario formulado con estricta fidelidad al auto de llamamiento a juicio y la sentencia acusada hizo mérito sobre todos y cada uno de los extremos acogidos por el veredicto. En consecuencia si lo que discute el recurrente no es la calificación sino la relevancia jurídica del hecho calificado como estafa, otro era el camino a seguir por él en la demanda de casación si quería obtener el quebrantamiento parcial de la decisión impugnada. El cargo no prospera.

Tercer cargo

El procesado fue condenado por estafa, no por falsedad.

Si de conformidad con la argumentación del recurrente, en otro juzgado, se surten

en la actualidad, en forma paralela, proceso diferente, por los mismos hechos, contra su patrocinado, queda al censor el recurso de oponer ante el juzgado del conocimiento la excepción de cosa juzgada. El cargo no prospera.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

PECULADO Y APROPIACION INDEBIDA

Semejanzas y diferencias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre veinticinco de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 63.

Vistos

Por sentencia de dos de abril del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmó, modificándola en cuanto a la pena, la dictada el ocho de enero por el Juzgado Sexto Superior de la misma ciudad mediante la cual se condenó, a la pena de treinta y cuatro meses de presidio a SEGUNDO QUERUBIN CASTILLO CORTES, como responsable de los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso recurso extraordinario de casación el Fiscal Primero del Tribunal, el que se resuelve mediante la presente providencia.

Hechos y actuación procesal

El Personero Municipal de la ciudad de Cali formuló denuncia penal el 4 de septiembre del año de 1974 indicando que según aviso dado por el jefe de Visitadores de la Contraloría Municipal, se habría cometido un delito de peculado en la Inspección Quince Municipal de Policía "por el faltante de algunos dineros correspondientes a multas". El Juzgado Sexto Superior adelantó la correspondiente investigación, y con base en los resultados obtenidos, dictó, primero, el 26 de mayo de 1975 auto de proceder contra el empleado adscrito a la Inspección Municipal de Policía Segundo Querubin Castillo Cortés, por la comisión de los delitos de falsedad y peculado. Luego, la sentencia a que se hizo referencia.

De acuerdo con los autos, se tiene, que el sindicado Castillo Cortés prestaba sus servicios en la Inspección Quince Municipal de Policía en el cargo de Oficial III Citador. El Inspector, Jefe de la Oficina, dispuso que el mencionado funcionario fuera el encargado de consignar en la Tesorería Municipal los dineros provenientes de multas mediante el envío a dicha oficina de una relación de los valores que se irían a depositar. El señor Castillo Cortés, decidió apropiarse de la suma de cincuenta pesos de los dineros que le habían sido entregados para consignar, y para lograr su propósito, alteró uno de los recibos de pago de multas, haciendo variar su valor para poder conseguir la dolosa apropiación de la suma referida.

La demanda de casación

El señor Fiscal Primero del Tribunal de Cali apoya su demanda, para que la sentencia sea invalidada, en la causal cuarta de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, alegando que la sentencia fue dictada "en un juicio viciado de nulidad".

En efecto, expresa el recurrente, "el artículo 210 del Estatuto Procesal Penal señala como causal de nulidad el haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción y tal causal existe en el proceso cuya sentencia estoy acusando".

En desarrollo de esta premisa, expresa el Fiscal, que el Decreto 1858 de 1951 que define y sanciona el delito de peculado doloso por apropiación o uso indebido, exige como elemento esencial de la figura delictiva que el sujeto agente sea funcionario público; pero no solamente esto, sino, además, que tenga las funciones o facultades de "recaudar, pagar, administrar, o guardar y es obvio que el Citador, Oficial III de la Inspección Quince de Policía Municipal de Cali aun cuando era un empleado público, no tenía ninguna de las funciones que debe tener un funcionario público para poder ser sujeto activo del delito. Su función es la de citador, persona encargada de citar a las personas que se necesitan para realizar diligencias con ellas en la Inspección y desempeñar en general las funciones de mensajero entre las cuales realizaba las de conducir los dineros producidos de las multas recaudadas por el Inspector a la Tesorería para que allí se les diera el ingreso correspondiente, y por lo tanto no recaudaba, pagaba, administraba, ni guardaba tales dineros; simple y llanamente los llevaba de la Inspección a la Tesorería siendo imposible que realizara el delito de peculado por ausencia de la cualificación correspondiente".

Que, sin embargo, el funcionario, habiéndose apropiado del dinero, cometió una infracción penal que si no es peculado, tampoco sería el de abuso de confianza porque "ese dinero no se le entregó a título no traslaticio de dominio puesto que respecto a él no se le confería ningún derecho ni disponibilidad ni deber distinto de entregarlo en la Tesorería. En consecuencia, el único delito que puede cometer es el de Hurto, puesto que realmente sustrajo una cosa ajena, porque si bien se le había entregado él la sustrajo de su destino normal y consecuencialmente agotó el delito en mención".

De consiguiente, se presentaría la hipótesis de la errónea calificación del delito, por cuanto aquí se estaría en presencia de un concurso de delitos constituido por el hurto y la falsedad en documentos, y no como se afirma en la sentencia, entre peculado y falsedad documental.

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal coadyuva la demanda del Fiscal en el sentido de afirmar la errónea calificación de la ilicitud, pero con la diferencia de que sostiene en el caso de autos la existencia del concurso no ya entre hurto y falsedad sino entre abuso de confianza y falsedad documental.

Expresa el Procurador, que sin duda el delito de peculado es de los llamados propios o especiales por cuanto exige una determinada calidad en la persona del sujeto activo que debe ser un funcionario público o un empleado público... "sin que quiera decir lo anterior que todo empleado público o funcionario público es idóneo para ejecutar el delito por la sola razón de serlo, factor que parece ser la causa de confusión del **ad quem** en el caso a estudio".

Por la importancia de los planteamientos del Procurador, y ante el temor de no poder recoger en una síntesis su pensamiento, es preferible transcribir **in integrum** sus argumentaciones así:

"Es requisito o presupuesto, **sine qua non**, que el agente o sujeto activo del Peculado, por causa de sus funciones esté obligado al pago, recaudo, administración o guarda de caudales o bienes, actividades estas que tienen que ser parte de sus funciones, normal y permanentemente, traduciéndose ellas en la disponibilidad jurídica o material, 'posesión de la misma (tenencia), en sentido jurídico penal'. No se debe confundir la sola tenencia material de los bienes o caudales con la facultad de disponer de ellos en la forma en que lo hace su dueño, libre disposición que ha de ser dada al funcionario público únicamente por la ley, como esencia de sus funciones".

En el caso que se examina, sigue el Procurador, si bien se da la condición en el sujeto agente de ser empleado público, faltan los otros requisitos exigidos por la ley para la configuración del peculado, como son precisamente aquéllos que tienen relación con las facultades de ese funcionario frente a los bienes. En este caso, dice el colaborador fiscal, ni siquiera se puede hablar de una función de custodia o de guarda de los caudales porque el empleado "sólo

actuaba como mensajero o correo para llevarlos a la Tesorería".

Que no es dable hablar de delito de hurto, como lo hace el censor, porque el dinero le fue entregado al mensajero "a título precario, no traslaticio de dominio por la confianza depositada en él, de la que abusó mediante la ilícita apropiación que en su provecho hizo de parte de ellos. Al momento en que el sujeto condenado dispuso de los dineros, éstos no estaban al cuidado o protección de terceras personas, situación que se presenta en el hurto para cuya ejecución el delincuente ha de sustraerlos de la guarda protectora ejercida por el dueño, o poseedor legal del bien. Al entregársele los dineros en la Inspección de Policía para llevarlos a la Tesorería o a cualquier dependencia oficial, salían del amparo ajeno, siendo, por lo tanto, imposible su sustracción para llevarlos al patrimonio personal suyo, en detrimento de intereses legítimos y ajenos".

Consideraciones de la Corte

Tres tesis diametralmente opuestas se plantean en la calificación jurídica que ha de darse al delito ejecutado por el mensajero de la Inspección de Policía de Cali. De una parte, la del Tribunal que sostiene trátase de un delito de peculado, dado que se entiende que el infractor violó lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 "que se ocupa del peculado, como quiera que Castillo Cortés era empleado público, y entre sus funciones asignadas está (sic) la de llevar los recaudos a la Tesorería y traer las constancias de así haberlo hecho, bien es cierto que el que recauda en razón de las medidas que toma frente a su dependencia en este caso es el Inspector de Policía, pero no es verdad menos valedera que si no está establecido por disposición de la ley o reglamento de trabajo en estas oficinas que es parte de las funciones de los citadores el hacer las consignaciones respectivas de las multas que se recauden, es una costumbre que ya hace historia que son estos los que siempre realizan tal labor o por lo menos a quienes siempre delega el titular de la Inspección para que tal función la incluyan entre sus deberes. Aquí la posesión de esos valores por parte del acusado le resulta por la calidad del cargo que desempeña, de haber tomado dichos recaudos uno cualquiera de los otros empleados subalternos de la Inspección a quien ocasionalmente se le hubiera enviado a cumplir esa labor, se podía estar en presencia de otro delito, bien el de abuso de confianza o del hurto, pero como se dijo esa era labor del procesado y el mismo lo admite en sus exposiciones como parte de lo que debía hacer para cumplir con su deber..."

La segunda tesis, sostenida por el recurrente, afirma la existencia de un delito de hurto, con fundamento en que el empleado de la Inspección de Policía Municipal no tiene adscritas, en forma específica, las funciones del recaudador, guardar, administrar o pagar, que son las que configuran, como elementos típicos de la conducta ejecutiva, el delito de peculado. Sobre la precariedad del título mediante el cual el empleado obtuvo la tenencia material de los dineros públicos, se hace descansar de otra parte, la calificación de hurto de su conducta, en vez de la de una supuesta apropiación indebida o abuso de confianza.

Finalmente, se plantea una tercera hipótesis que coincidiendo con la segunda en cuanto al aspecto relativo a la inexistencia de las funciones específicas del empleado, descarta la calificación de peculado para el ilícito, y lo entiende como abuso de confianza, dado que la entrega de los valores al funcionario se hizo a "título precario, no traslaticio de dominio, por la confianza depositada en él de la que abusó mediante la ilícita apropiación que en su provecho hizo de parte de ellos".

No se discute entonces, lo relativo a la calidad de la persona (sujeto activo del delito), ni la calidad de los bienes (objeto material), ni lo tocante a la conducta ejecutiva (apropiación), ni menos, lo concerniente a la culpabilidad (dolo), solamente se discrepa, o se pone en tela de juicio, otro elemento esencial: el relativo a la naturaleza de la relación funcional que debe existir entre el sujeto del delito y los bienes indebidamente usados o ilícitamente apropiados, en cuanto se afirma, que para la existencia del peculado debe existir una relación específica entre los verbos de la figura típica (recaudar, pagar, administrar, guardar) y las funciones inherentes al cargo del funcionario o

empleado. De no existir esa necesaria relación, se excluye el delito de peculado, y se estará en presencia de otra figura: hurto, estafa, apropiación indebida, etc.

El planteamiento es exacto, sólo que es necesario hacer varias precisiones. Se ha dicho, que el delito de peculado por apropiación bien puede considerarse como un abuso de confianza calificado por la calidad del sujeto activo y por la relación especialísima que debe existir en el peculado entre la tenencia de los bienes y las funciones propias del agente. En el abuso de confianza (Art. 412 C. P.) la posesión o tenencia de los bienes cuya apropiación tipifica el ilícito, es a cualquier título con tal de que él no implique el traslado de la propiedad o del dominio de los mismos bienes. Título, escribe PETROCELLI, quiere significar aquí la razón, la causa jurídica del poder sobre la cosa ajena; indica la relación jurídica que da origen al poder mismo.

Igual razonamiento puede hacerse en el caso del peculado: el funcionario puede, y no necesariamente debe tener o poseer los caudales o bienes, a título precario, es decir por una causa o razón que no le otorga derecho para comportarse frente a ellas como si fuera dueño o propietario. Pero además, y esa es la característica especialísima del peculado, que tratándose de un funcionario o empleado público, la tenencia de los caudales sólo puede ser a título de tal, es decir, debe tratarse de una tenencia no necesariamente material que obtiene como razón, o causa las funciones de recaudar, guardar, administrar, etc.

Se afirma que el peculado puede ejecutarse también en el caso de que no exista un verdadero poder de hecho sobre la cosa objeto del ilícito, puesto que su realización puede cumplirse a través de actos o medios exclusivamente jurídicos como sería el caso de que a través de una situación de jerarquía jurídica o funcional el agente llegue a tener sobre los bienes una cierta disponibilidad jurídica que le permita apropiarse de los caudales o bienes públicos.

Debe quedar claro, entonces, que también los funcionarios públicos pueden ser sujetos activos del delito de abuso de confianza situación que se presentará todas las veces que a la tenencia precaria de los bienes objeto de apropiación se haya llegado no en ejercicio de la función o por razón de ella, sino sobre la base de un presupuesto que implique una mera relación de confianza entre el dueño o titular del derecho real y el agente, como tenedor fiduciario.

Al explicar las diferencias que existen entre el delito de peculado y la apropiación indebida por la circunstancia del abuso de relaciones oficiales escribe PETROCELLI lo siguiente: "Tanto en el peculado como en la apropiación indebida agravada la posesión de la cosa ajena por parte del agente debe encontrar su razón, su causa en el cargo. El cargo oficial funciona como causa en una y otra hipótesis, pero de un modo diverso. El núcleo de la diferencia entre las dos figuras de reato está precisamente en este diverso modo como en la una y la otra el cargo funciona como causa de la posesión de la cosa ajena. Para comprender exactamente esta diversidad no hay más que examinar la esencia característica del peculado. Esta está toda, en esencia, en una apropiación de cosa ajena, la cual importa una violación del deber del cargo. Para que la apropiación de la cosa ajena pueda importar una violación del deber del cargo ocurre que la cosa sea poseída por deber del cargo. Esto significa que el poseerla debe entrar en las atribuciones que son propias de tal cargo. Son estas atribuciones las que constituyen en el peculado el particular modo de ser, la nota fundamental de la relación causal entre el cargo y la posesión de la cosa ajena; y que distinguen esta relación causal del que se desarrolla, entre cargo y posesión de la cosa ajena, en la apropiación indebida agravada. También en ésta el cargo es causa de la posesión de la cosa ajena, pero por fuera de las atribuciones del cargo, en consecuencia solamente de la particular confianza que deriva del ejercicio del cargo" (B. Petrocelli, La Apropiación indebida, Nápoles, 1933, págs. 501 ss.).

Queda claro, entonces de acuerdo con la explicación de este autor, que para la existencia del peculado es requisito esencial que el funcionario público haya llegado a la tenencia de la cosa o a la disponibilidad jurídica sobre la misma, y de la cual se apropia o hace uso indebido para que el hecho se considere consumado, siempre dentro del ámbito de sus propias funciones, porque

como se ha visto, el peculado implica fundamentalmente una violación de los deberes propios del cargo.

Pero, ahora la pregunta obvia que surge es la siguiente: cómo y por quién se fijan, se determinan esos deberes oficiales, cuya violación constituye la esencia del peculado? El mismo autor responde así: "El ser la posesión de la cosa ajena dependiente en el peculado de las atribuciones del agente no significa de otra parte que tales atribuciones deban ser antecedentemente fijadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que basta de todos modos que la posesión de la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber del cargo. La fuente de la atribución, en otros términos no debe buscarse exclusivamente en la ley, sino que puede resultar también de un modo particular de un acto administrativo, de una sentencia, de la costumbre. Lo fundamental es que el reo se encuentra en posesión de la cosa por el cumplimiento de un deber del cargo. Al decir deber del cargo se entiende siempre significar una función o tarea que tenga su base en una obligación jurídica inherente al cargo, aunque do diversa (es decir que derive de la ley, del acto administrativo, de la sentencia, etc.) pueda ser la fuente" (Op. cit. pág. 503).

Cuando la ley requiera, como elemento esencial del peculado que los caudales u otros bienes sobre los cuales recae la conducta de apropiación, se administren, se guarden, etc. por razón de las funciones, está indicando que sobre tales caudales o bienes debe existir un cierto poder jurídico que, como se ha visto no necesariamente debe tener su origen en la ley, y cuya violación constituye la esencia del peculado.

La administración o guarda de los bienes por razón de las funciones, como claramente lo exige la ley, implica entonces la existencia de una relación funcional entre esa administración o guarda y los deberes propios del funcionario. Luego, deberá eliminarse el peculado todas las veces que a la tenencia de los bienes haya llegado el funcionario por fuera del ejercicio legal de sus propios deberes. En los casos en que haya habido dolo, fraude, violencia o usurpación de funciones, por ejemplo, no es jurídicamente aceptable la existencia del peculado, porque entonces, no puede afirmarse que la tenencia de los bienes se ejerce por razón de las funciones, sino a título puramente particular.

Si por ejemplo, el funcionario, para lograr la tenencia o posesión de los bienes ha debido utilizar cualesquiera medios distintos de los que legalmente puede usar, el delito deja de ser peculado para transformarse en otra forma de ilicitud con eventual perjuicio a intereses vinculados a la administración pública.

Igual situación se presenta cuando a la tenencia o posesión de los bienes se llega, no por razón de las propias funciones, sino valiéndose, por ejemplo, del prestigio personal del agente porque entonces, tampoco es dable afirmar que la posesión o tenencia de los caudales o bienes se ejerce por razón de las funciones, o sea en nombre de la administración, sino a título meramente personal.

Si bien se ha afirmado, con apoyo en la tesis del autor citado, que la expresión por razón de las funciones, en relación con la cual se quieren hacer funcionar los verbos de la conducta típica del delito (administrar, pagar, recaudar, guardar), no necesariamente implica la existencia de una específica y concreta competencia fijada en forma terminante y clara por la ley, sino que también dicha competencia puede emanar de un acto administrativo, reglamento por ejemplo, o de la costumbre, siempre, se entiende, que no vaya contra la ley, no está a significar, sin embargo, que la amplitud del concepto, se pueda extender a situaciones en las que a la tenencia o posesión de los caudales o bienes públicos se haya llegado por una mera situación o relación de ocasión. No son por lo mismo, correlativas las expresiones por razón de las funciones y con ocasión de las funciones. De aceptarse la segunda relación de mera ocasionalidad se estaría dando un significado demasiado amplio a la relación funcional que desbordaría los límites de tutela de los intereses públicos que la ley busca proteger al elevar a delito conductas como las de peculado.

En el caso concreto del asunto sometido a decisión de la Corte, se afirma por el recurrente la inexistencia del peculado, con fundamento en que el Mensajero de la Inspección Municipal de Policía de Cali, no te-

nía las específicas funciones de administración o guarda de los intereses entregados a él por su superior jerárquico, y que por lo mismo, el único título que puede atribuírse a su ilícita conducta será de hurto en concurso con la falsedad.

La tesis no puede aceptarse, por varias razones. Primeramente, porque como se explicó, las facultades que la ley exige para la existencia del peculado, y que son presupuesto de la conducta típica, no necesariamente deben estar determinadas en forma clara, terminante y específica en la ley.

Posiblemente no exista una norma superior, con categoría de la ley, a que reglamente en forma exhaustiva las funciones que deben cumplir los Mensajeros de las Inspecciones Municipales de Policía, lo cual, sin embargo, no implica y en forma terminante, que dichos funcionarios, precisamente por tener la calidad de tales, no puedan convertirse eventualmente en sujetos activos de delitos en los cuales se exige, como elemento constitutivo, el cumplimiento de funciones oficiales. No se ve por cual razón en este caso no pueda afirmarse que el Mensajero entró en posesión o adquirió la tenencia de los caudales precisamente en ejercicio de una función pública que emanaba de una orden superior válidamente impartida y con la plena competencia que la norma jurídica correspondiente asigna al Inspector para repartir el trabajo entre los funcionarios adscritos a su Despacho.

Deben, por tanto, considerarse aplicables al caso que se examina las normas relativas a la administración Municipal y a los deberes y competencias que tienen los funcionarios públicos en general, y los empleados y funcionarios municipales en particular, las cuales son del siguiente tenor:

El artículo 141 del Código de Régimen Político y Municipal, dice que "la administración Municipal comprende todo lo relativo al ejercicio de las funciones de los empleados del Municipio y al manejo de los intereses de aquél".

Y el artículo 6º ibídem, que es desarrollo del 63 de la Carta dispone que en Colombia no habrá ningún empleo que no tenga sus funciones detalladas en la Constitución, en la ley, en la ordenanza, Reglamento o Acuerdo.

De otra parte, el artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968 que derogó el 5º del Código de Régimen Político y Municipal expresa: "Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural".

Y para que no quede duda de que la competencia para realizar determinadas funciones, por parte de quienes tienen vínculos con la Administración pública, pueda ser señalada también por la autoridad superior, el artículo 239 del Mismo Código de Régimen Político y Municipal prescribe: "A los empleados municipales se les pueden imponer deberes por las leyes, ordenanzas, acuerdos, los reglamentos del alcalde respectivo y las órdenes de los superiores".

Que el Mensajero de la Inspección cometió delito de abuso de confianza, porque como dice el Procurador, abusó de la depositada en él, por el Inspector? No es exacta la tesis, porque no puede afirmarse la existencia de una relación de mera confianza, que implica de otra parte, relación puramente personal, entre el superior y el inferior. Del delito de abuso de confianza podría hablarse para el caso de que se hubiera confiado la consignación del dinero a un particular y éste, abusando entonces sí de la relación de confianza depositada en él por el funcionario, se hubiera apropiado de los caudales. En tal evento, no cabe duda tampoco de que surgiría una responsabilidad para el funcionario depositante, por el delito de peculado culposo, dado que se podría imputar al Inspector negligencia al confiar los bienes o caudales públicos a personas ajenas al servicio. En cambio en la situación sub examine ninguna responsabilidad le puede ser deducida al Inspector por la pérdida de los caudales ya que su cuidado y guarda se hizo obedeciendo los procedimientos legales, dado que tampoco sería el caso de afirmar que la orden impartida, por el Inspector al Mensajero, para que depositara los dineros en la Tesorería puede calificarse de arbitraria o de originada en incompetencia absoluta que eventualmente pudiera configurar una usurpación de funciones. Mucho menos se podría sostener que aquí, la relación de tenencia o posesión de los dineros por parte

del Mensajero fue meramente ocasional, para sostener la inexistencia del peculado. No. La realidad del proceso indica que esa posesión de los caudales públicos se hizo nítidamente en razón de sus funciones, que para el caso, se vinculan a la orden del superior válidamente impartida y que por lo mismo, obligaron al Mensajero-funcionario público, a guardar, a cuidar, a custodiar, a gobernar con especial celo los dineros públicos que le habían sido confiados con un destino específico que no era otro que el de Consignarlos en la Tesorería Municipal.

Si la calidad de funcionario y el ejercicio de la función que implica de otro lado la existencia de especiales deberes de quienes tienen vínculos con la administración pública, es inseparable de la conducta del Mensajero-funcionario, no es dable eliminar la hipótesis de peculado para convertirlo en un simple delito de hurto o de abuso de confianza como lo desea el recurrente o lo sostiene el Procurador.

No presentándose el caso de error en la calificación del hecho habrá de rechazarse el cargo propuesto por el censor.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Fabio Calderón Botero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 4ª DE CASACION

Procede con perfecta autonomía cuando la sentencia ha sido dictada en juicio viciado de nulidad y para su relevancia no requiere requisitos diversos a los necesarios para su demostración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre tres de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 64.

Vistos

Impugnada en casación se encuentra la sentencia de 9 de marzo último, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, que confirmó la del Juzgado Penal del Circuito de Ciénaga, por medio de la cual se impuso a HELIO RADA PEÑA la pena principal de cuarenta meses de presidio como responsable de robo.

Hechos y actuación procesal

El 20 de enero de 1975 desaparecieron de la panadería "San Martín", de propiedad de la señora Florentina Arredondo de Bacca, en la ciudad de Ciénaga, ciento cincuenta mil pesos en dinero efectivo.

Formulada la correspondiente denuncia, el Instructor de Policía de esa localidad practicó diligencia de allanamiento a la casa de habitación de Helio Rada Peña, empleado de aquel establecimiento, en la que encontró la suma de $ 118.700. El mismo funcionario, con intervención de peritos, llevó a cabo inspección judicial en el escenario de los hechos y verificó que en la puerta de la panadería había sido violentada la cerradura. El escritorio que guardaba la suma sustraída no presentaba huellas de violencia.

El Juzgado Quinto de Instrucción Criminal por auto de 21 de febrero de 1975 decretó la detención preventiva de Helio Rada Peña.

El Juzgado Penal del Circuito de Ciénaga, al que correspondió el conocimiento del negocio, calificó el sumario con llamamiento a juicio para Rada Peña.

Tramitada la causa en legal forma, el Juzgado de primera instancia impuso al procesado la pena principal de cuarenta meses de presidio, que, apelada por el defensor, fue confirmada por el Tribunal Superior de Santa Marta y es objeto del recurso extraordinario de casación.

Este se admitió por auto de cuatro de junio último y, dentro del término legal, el doctor Arturo Sema Casis, con personería reconocida, presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos de ley en providencia de veintisiete de agosto último.

La demanda

Con fundamento en la primera de las causales de casación un cargo formula el censor a la sentencia recurrida. Se hace consistir en aplicación indebida de la Ley sustancial (Arts. 397 del Código Penal y 7º de la Ley 21 de 1973) proveniente de equivocada apreciación probatoria.

El error de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar la inspección judicial verificada en la panadería "San Mar-

tín", lo llevó a dar por demostrado el elemento violencia, tipificador del robo, sin estarlo. Esta diligencia puso de presente que el escritorio contentivo de la suma ilícitamente sustraída no presentaba signos de violencia, sino la puerta de acceso al establecimiento. Como el procesado era empleado de confianza, tenía fácil entrada al inmueble y no necesitaba ejercer violencia sobre las cosas.

El delito investigado es hurto y no robo. Solicita casar la sentencia para que la Corte, en sede de instancia, dicte el fallo que deba reemplazarla.

Concepto del Ministerio Público

Resulta pertinente transcribir la respuesta del Procurador Segundo Delegado en lo Penal al cargo formulado por el demandante:

"El cargo formulado bajo el ámbito de la causal primera de casación no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

"Primera. La demanda, que más parece un alegato de instancia, se limitó a plantear una tacha a la sentencia de segundo grado sin demostrar el error de derecho en que incurrió el fallador en la estimación o apreciación de la prueba. Es decir, de los argumentos expuestos por los jueces en las instancias para dar por establecido el elemento violencia en la consumación del ilícito, opuso el actor un razonamiento directo, sin análisis probatorio, para tratar de demostrar la equivocación en la valoración de la inspección judicial.

"Además, el recurrente no señaló siquiera las normas que regulan el valor probatorio que la ley asigna a los distintos medios de convicción, en este caso, las referentes a la inspección judicial (violación medio), para luego demostrar el quebranto de la Ley Penal Sustantiva (violación fin), orden lógico que 'no se puede alterar, eludir o desdeñar'.

"Estas protuberantes fallas de técnica en la formulación del recurso impiden un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

"Segunda. El propósito del demandante como fácilmente se advierte de sus intervenciones en las instancias, fue el de demostrar que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, motivo este expresamente contemplado por la ley como causal de nulidad (artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), toda vez que los hechos probados en el proceso fueron calificados como robo sin estar demostrado el elemento violencia, planteamientos completamente extraños al radio de acción de la causal invocada.

"Debió el recurrente atacar la providencia enjuiciatoria por la causal cuarta de casación demostrando haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción para que se invalidara la actuación a partir del auto calificatorio del sumario".

Consideraciones de la Corte

Con vista en las razones aducidas por el actor y en el concepto del Ministerio Público, la Corte reitera, una vez más, su doctrina de 15 de diciembre de 1970 (casación de Héctor Uriel Rincón Molina) y observa que la causal cuarta de casación procede con perfecta autonomía cuando la sentencia ha sido dictada en juicio viciado de nulidad y para su relevancia no requiere requisitos diversos a los necesarios para su demostración. El haberse incurrido en el auto de proceder en uno cualquiera de los eventos a que se contrae el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, es nulidad per se de las que taxativamente define como tales el mismo precepto.

Si se considera impropio que el recurrente involucre en un mismo cargo a la sentencia motivos de diferentes causales y reiteradamente se ha sostenido por la Corte que cada una de ellas obedece a una motivación peculiar, tiene su propia estructura y proyección, no se ve por qué motivo, en este caso concreto y únicamente porque resulta imposible soslayar la evaluación de los hechos, debe exigirse al recurrente acudir a motivos ajenos a los que sustentan la causal cuarta, derivándolos de la primera, cuya invocación inocua, si no han de tener culminación en ella, la privan de sus propios alcances y efectos en la impugnación.

El problema planteado cobra mayor significación si se medita en que la Corte ha venido sosteniendo que no es posible aducir los motivos de la causal primera, inciso segundo, en los juicios con intervención

de jurado, arguyendo la tesis de que el juri es soberano para apreciar los hechos sobre los cuales se pronuncia en conciencia, y la sentencia debe dictarse en consonancia con el veredicto. Esto es evidente cuando el pronunciamiento del jurado se da en un proceso legítimo, no viciado de nulidades.

El veredicto es la respuesta del jure al cuestionario que el juez somete a su consideración. El cuestionario debe reflejar con exactitud los hechos calificados por el juzgador en el auto de proceder. Este puede eventualmente contener, en sí mismo, error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o el nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido y determinar, en consecuencia, el veredicto injusto o simplemente equivocado. Cuando uno de estos supuestos menoscaba el auto de proceder y no es advertido por el juez, en su caso, ni por el jurado de conciencia, en el suyo, y tampoco por el Tribunal de instancia, trasciende a la sentencia viciándola de nulidad cuestionable en el recurso de casación. No porque esté de por medio la actuación del jurado de conciencia que pronunció el veredicto, la nulidad es intocable. Ni el error palmitante cometido por el juzgador en un evento de tal naturaleza adquiere por ello el mérito de la cosa juzgada.

Dictada la sentencia por el Tribunal, surge para el sindicado, su defensor, el Ministerio Público y la parte civil el derecho de recurrir en casación, si el máximo de la sanción imponible, privativa de la libertad, es o excede de cinco años. Y el recurso de casación carece de limitaciones que no se hallen implícitas o expresadas en las disposiciones que tratan sobre la materia. Procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales, haya o no intervenido el jurado, pues el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, no establece distinciones.

Corresponde a la Corte, en el recurso de casación, una vez admitida la demanda, decidir sobre la prosperidad de la misma. Estudiar los cargos a la sentencia, separadamente. En igual forma debe proponerlos el impugnador. El rigorismo del recurso obliga a la par al impugnante y al sentenciador.

Está dicho ya que la causal cuarta, bien miradas las cosas, no es subalterna de la primera. Lo contrario equivaldría a que la Corte creara una causal híbrida de la primera y la cuarta no estatuida por el legislador.

Si el demandante pretende demostrar que se incurrió en error en la denominación jurídica de los hechos imputados a su patrocinado como consecuencia de haber exagerado el sentenciador los alcances de un determinado medio probatorio con violación consecuente de las normas procedimentales que señalan su justo valor, así ha debido demostrarlo, directamente, dentro del ámbito de la causal cuarta:

a) Con la prueba evidente de que la errada denominación jurídica de la infracción —de suyo causal de nulidad— obedeció a que se tuvo como demostrado un hecho con prueba inexistente: o

b) Que se procedió a calificar los hechos con desconocimiento de una prueba ostensible en el sumario; o

c) Que una prueba a la que correspondía un determinado valor legal, el sentenciador le otorgó otro diferente, con exageración o menoscabo de sus verdaderos alcances, lo cual lo condujo a incurrir en la pretensa nulidad.

Si, por ejemplo, el sentenciador tiene como demostrada la violencia en el apoderamiento de un bien mueble ajeno, con prueba inexistente, comete ciertamente un error de hecho, pero, al tiempo, yerra en la denominación jurídica de la infracción, incurriendo por este modo en la causal quinta de nulidad taxativamente señalada en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, censurable, en casación, por la causal cuarta.

Es más. Cuando la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder implica nulidad —tal sería el caso de exceso en el veredicto por exceso en los cuestionarios— debe igualmente invocarse la causal cuarta, con absoluta independencia de la segunda, ya que las nulidades dentro del régimen de casación obedecen a normas y procedimientos específicos y sus motivos no pueden discutirse al amparo de ninguna otra causal, pues aún los errores de hecho y de derecho solamente puedan alegarse con propiedad dentro del ámbito de la cau-

sal primera de casación, en su inciso segundo, cuando por su naturaleza no son constitutivos de nulidad.

La consecuencia de lo dicho en los párrafos anteriores no es otra sino que la nulidad debe ser alegada siempre como tal y demostrada en idéntica forma, cualesquiera sean las causas que la originan. Porque de tenerse en dicha condición los motivos del numeral 1º, inciso 2º de la causal primera del recurso extraordinario, en las hipótesis del recurrente, la prosperidad del cargo, así invocado, convertiría a la Corte en Tribunal de instancia para los efectos de reemplazar con la suya la sentencia censurada, consecuencia imposible si se trata de nulidad, pues en este caso, la norma procesal pertinente ordena al Juez, en sede de casación, instituir el procedimiento desde el momento misma en que se produjo el acto procesalmente nulo. Lo que demuestra palmariamente que la causal cuarta de casación es independiente y abierta a los diferentes medios de prueba, pero exigente, como las demás, en su técnica y demostración.

En el caso de autos, lo advierte el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el actor no señala las normas procedimentales aplicadas por el sentenciador con violación de los precisos alcances probatorios señalados por el legislador a la diligencia de inspección judicial, ni su incidencia sobre los apartes conclusivos del fallo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Las anteriores razones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHE el recurso extraordinario de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Fabio Calderón Botero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

M A R I H U A N A

Interpretación de la Ley 17 de 1973 y del Decreto Nº 1188 de 1974

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre tres de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 64.

Vistos

Recurrida en casación se encuentra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de enero último, por medio de la cual confirmó la del Juzgado Veinticinco Penal de este Circuito Judicial, que impuso a VICTOR JULIO TRIANA, JOSE IGNACIO ALEGRE CHAPARRO y PASCUAL N. o HERNANDEZ, la pena principal de tres años de presidio como responsables de tráfico de estupefacientes.

Hechos y actuación procesal

El primero de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro fueron capturados VICTOR JULIO TRIANA y JOSE IGNACIO ALEGRE CHAPARRO en el retén de Oriente de esta ciudad, cuando transportaban en un automotor cinco (5) bultos de marihuana.

Con base en las diligencias preliminares practicadas por Policía Judicial, el Juzgado 39 de Instrucción Criminal declaró abierta la investigación, recibió indagatoria a los sindicados y dictó en su contra auto detentivo.

Por razón de competencia el negocio fue enviado a los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá. Correspondió al Veinticinco.

Este despacho ordenó la práctica de varias diligencias, comisionando al 39 de Instrucción Criminal.

La etapa sumarial culminó con llamamiento a juicio para los procesados ALEGRE CHAPARRO y TRIANA, como presuntos responsables de infracción a la Ley 17 de 1973 (tráfico de estupefacientes).

Apelado el auto de proceder, el Tribunal Superior de Bogotá le impartió confirmación.

Tramitada la causa en legal forma, se dictaron las sentencias de primera y segunda instancia referidas, que son objeto de este recurso extraordinario.

Este se admitió por auto de ocho de abril último y dentro del término legal el doctor HERMAN GANS ABELLO formuló demanda que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley mediante providencia de diez de junio pasado.

La demanda

Con fundamento en la cuarta causal de casación un solo cargo se formula a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

Se hace consistir en violación del artículo 26 de la Constitución Política, porque el sentenciador desconoció el principio según el cual no puede juzgarse con base en ley posterior al hecho que se imputa.

Como el Decreto 1188 de 1974 entró en vigencia el 8 de julio de ese año, y los hechos imputados al recurrente tuvieron ocurrencia el primero de septiembre, debió aplicarse el citado estatuto y no la Ley 17 de 1973, de acuerdo con la cual fue condenado Víctor Julio Triana.

Argumenta así el recurrente:

"...es lógico concluir que se aplicó una ley no preexistente al acto origen de la condena, violándose, en consecuencia, una de las normas que establece el artículo 26 de la Constitución Nacional para que haya debido proceso, produciéndose, obvio ello es, una nulidad supralegal que vicia el proceso y hace írrita la sentencia definitiva".

Concepto del Ministerio Público

Con transcripción de las normas pertinentes de la Ley 17 de 1973 y del Decreto 1188 de 1974, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace notar que el artículo 2º de aquella, citado por la sentencia acusada, y el 38 de éste, reclamado en su aplicación por la censura, contienen previsiones de idéntica naturaleza, lo mismo en la descripción de las conductas ilícitas, que en el señalamiento de sanciones.

Indica el Procurador cómo el Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974) fue dictado con base en facultades extraordinarias conferidas por el legislador al ejecutivo, con la expresa condición de reproducir en él, como en efecto se hizo, algunas normas contenidas en la Ley 17 de 1973, entre ellos, el artículo 2º que fue recogido por el 38 del Decreto y en el que se describen las conductas consideradas ilícitas respecto de estupefacientes y se señalan las correspondientes penas para sus infractores.

El yerro del sentenciador no configura nulidad de índole supralegal, pues no se vulneró el derecho de defensa, ya que idéntico resultado jurídico comporta aplicar la norma contenida en el artículo 2º de la Ley 17 de 1973,que el 38 del Decreto 1188 de 1974. Además, no hubo propiamente tránsito de legislación, por cuanto aquella fue reproducida por éste, con facultades otorgadas por la propia Ley 17.

Solicita desestimar el cargo.

Consideraciones de la Corte

Como lo anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal, todo el problema ofrecido a la consideración de la Sala por el recurrente se contrae a un error de cita.

El sentenciador de segunda instancia, cuando confirmó el proveído condenatorio de primer grado, citó el artículo 2º de la Ley 17 de 1973, equivocadamente, y no el 38 del Decreto 1188 de 1974, que era el pertinente.

El hecho atribuido al procesado ocurrió en vigencia del Decreto que omitió citar el sentenciador. Pero las prescripciones del artículo 2º de la Ley 17 de 1973 y las del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, son literalmente las mismas.

Consecuencialmente, si el actor no discute el hecho delictuoso por el que fue condenado Víctor Julio Triana, transporte de un cargamento de marihuana, sino el que se le hubiese condenado con base en norma inexistente, el cargo formulado a la sentencia carece de seriedad. Las prescripciones del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 infringido por su patrocinado le fueron aplicadas correctamente, pues ellas contienen la versión exacta del artículo 2º de la Ley 17 de 1973, inadvertidamente citadas por el sentenciador. Por lo cual la censura no está llamada a prosperar.

Suficientes son las consideraciones anteriores para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia recurrida de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Fabio Calderón Botero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO

La cuantía es apenas un factor para determinar la pena en los términos del Artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, pero no es elemento del delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre cuatro de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta Nº 64, diciembre 2/76.

Vistas

En providencia del 4 de octubre del año en curso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva *sobreseyó* definitivamente en favor de ENRIQUE BELTRAN PADILLA, ex-Juez 2º Penal del Circuito de Pitalito, a quien se acusó de haber cometido el delito de peculado cuando ejercía dichas funciones.

La decisión que precede se consulta ahora con esta Sala de la Corte, la cual en anterior oportunidad, al sobreseer temporalmente por segunda vez en favor del ex-Juez Beltrán Padilla, hizo el siguiente resumen de los antecedentes:

Hechos

En el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pitalito cuyo titular lo era el universitario Enrique Beltrán Padilla, cursaba un proceso penal contra Jorge Mosquera por violación del Decreto 1135 de 1970 y, dentro de él se decomisó el Jeep Willys, modelo 1964, de placas Nº IIL-2647, que le había sido vendido por Carlos Julio Vargas a Mosquera y cuyo precio este cubrió con cheques que no fueron pagados. El cargo contra el Juez Beltrán consiste en que hizo uso de tal vehículo para asuntos de índole personal, habiendo sufrido el automotor desperfectos a consecuencia de lo último.

Actuación procesal

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva abrió esta investigación el 19 de junio de 1974, y, perfeccionada en lo posible, se declaró cerrada el 22 de noviembre siguiente, calificándose el mérito del sumario el 4 de diciembre de dicho año con un sobreseimiento temporal. Se ordenó, en consecuencia, la reapertura de la investigación por seis meses, período en el cual se recaudaron algunas de las pruebas ordenadas por el Tribunal y cerrada nuevamente el 5 de junio de 1975, se calificó el mérito del sumario el 25 de noviembre de ese mismo año con el sobreseimiento de carácter definitivo que es objeto de consulta.

Considera la Sala

Como se anotó, el cargo concreto contra el funcionario acusado consiste en que éste hizo uso indebido del automotor que en razón de la investigación antes indicada se encontraba en las dependencias de Circulación y Tránsito a su disposición. Se estableció en el proceso que en algunas ocasiones el Juez sacó del lugar de su parqueadero el jeep. El Juez acepta el hecho, pero alega en su justificación que no fue para asun-

tos de índole personal, sino porque tal movimiento se hizo necesario en orden a fines investigativos. Se enfrentan, pues, dos versiones: la primera, según la cual los hechos denunciados serían constitutivos del delito de peculado y, la segunda, de acuerdo con la cual no se estaría frente a ilícito penal de ninguna clase.

Conforme a solicitud del colaborador fiscal la Sala ordenó practicar las pruebas que echara de menos por qué ninguna de las dos presentaciones de los hechos 'está plenamente acreditada en el proceso ya que, de una parte no se ha desvirtuado de manera absoluta el valor de algunas de las pruebas de cargo y, de otra, las afirmaciones justificativas que de su conducta hace el Juez acusado, no se encuentren plenamente demostradas'.

Reabierta la investigación se allegaron las siguientes pruebas:

1. Testimonio de Luis Enrique Castro quien dice constarle porque así se lo dijo, un celador de los patios donde estaba el carro, que éste era sacado por el Juez Beltrán pero no recuerda con qué fin. Que oyó a su cuñado y a otras personas del uso indebido del vehículo pero que personalmente no recuerda haber visto a dicho juez utilizar el carro.

2. El guardián Jaime Humberto Caballero expresa que por no saber manejar el doctor Beltrán Padilla, él condujo el jeep desde el juzgado hasta los patios de Circulación y Tránsito. Que nunca vio al juez usar en forma personal el vehículo.

3. Al practicar inspección judicial al proceso sobre el decomiso del carro quedó establecido "que el vehículo se decomisó el 16 de enero de 1974 y como el dieciocho se produjo un arreglo entre Mosquera y Vargas, aquél recuperó la libertad y éste pidió la devolución del automotor. El funcionario aplazó la decisión y el veintiuno del mismo mes el interesado reiteró la solicitud, a la cual se accedió el treinta del mes citado (fl. 50)".

Analizadas las pruebas que preceden, esta Sala hace suyas las conclusiones a que llegó el Procurador Segundo Delegado en lo penal cuando solicita la confirmación del auto consultado, porque las ha encontrado conforme a la ley, así:

"En definitiva, en opinión de este Despacho aparece probado que el Juez Beltrán Padilla usó el vehículo decomisado en el proceso antes mencionado. El funcionario explicó que lo había utilizado para diligencias judiciales. De su parte los denunciantes informaron que el jeep fue retirado en horas de la noche de los patios de la circulación de Pitalito por el Juez Beltrán.

"Sinembargo, considera este Ministerio Público que no puede perderse de vista que el peculado es un delito de 'daño' y más concretamente de perjuicio económico sea en la modalidad de apropiación o sea en la del uso indebido de caudales o bienes confiados al funcionario en razón de sus funciones. Con esta afirmación no se quiere significar que la cuantía sea elemento del delito, ya que es apenas un factor para determinar la pena en los términos del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951.

"En este proceso no se determinó si hubo perjuicio económico a consecuencia del uso del automotor objeto de la negociación entre Carlos Julio Vargas y Jorge Mosquera. El acusado sostuvo que lo movilizó del Juzgado a los patios de la circulación y en esta ocasión lo condujo un guardián, ya que el doctor Beltrán no sabía manejar vehículos. Para las diligencias judiciales se asesoró de su colega el Juez Alfonso Aragón.

"De otra parte se insinuó en el proceso que al ser retirado definitivamente el jeep por Carlos Julio Vargas el 30 de enero de 1974, la batería no servía pero de todas maneras se dejó expresa constancia que el automotor se recibió a 'entera satisfacción'.

"Los términos del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 en cuanto se refieren a la modalidad del uso indebido no son muy claros. Así, al tratar de la pena se dice: '... incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor' (subrayamos).

"En la segunda parte de la disposición citada se precisa un poco más el concepto pues consagra la reducción de la sanción si el "responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso resarciendo todo perjuicio" (subrayamos).

"El perjuicio como elemento del delito y como factor de la pena no proviene del valor de la cosa sino de la apreciación del uso

menoscabo económico por la conducta misma del uso. No es el precio del bien mueble porque se incurriría en graves injusticias. Así, por ejemplo, en relación con automotores, la cuantía del ilícito no es su valor comercial sino la estimación del daño como consecuencia del uso indebido.

"En síntesis, en este proceso no se probó uno de los elementos de la infracción: el perjuicio. Más claramente: se ignora si por la utilización indebida del vehículo por parte del Juez Beltrán se ocasionó un daño al automotor y, en esta eventualidad, se desconoce el valor de ese menoscabo para los fines de la sanción.

"En conclusión, por inexistencia de uno de los elementos de la infracción, debe sobreseerse definitivamente al funcionario acusado".

Sin lugar a más consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva en la que sobreseyó definitivamente en favor de Enrique Beltrán Padilla, ex-Juez Segundo Penal del Circuito de Pitalito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Fabio Calderón Botero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Su estudio lo hace la Corte a pesar de su incompleta y precaria presentación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre nueve (9) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero).

Aprobado: Acta Nº 65.

Vistos

Cumplido el trámite de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Sala Penal), proferida el 5 de febrero del año en curso y que confirmó la del Juzgado Primero Penal del Circuito de Roldanillo del 20 de noviembre del año pasado, mediante la cual condenó a Jorge Abel Alméciga Hortúa, como infractor del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, a la pena de tres años de presidio, a multa de cinco mil pesos y a las accesorias correspondientes.

Los hechos

El juzgador de segunda instancia los sintetizó en la siguiente forma:

"...El dragoneante Vargas Montoya Luis Gonzalo y el agente Masso Masso José Genner el día 22 de diciembre de 1974, a eso de las 6 y 30 p. m. en el Hotel Tolima, en la calle sexta, en la casa distinguida con el Nº 8-18, en el Municipio de El Dovio, decomisaron unas bolsas que contenían cannabis sativa (marihuana), las cuales se encontraban debajo de una cama, en donde habían sido colocadas por Jorge Abel Alméciga Hortúa..."

Actuación procesal

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Roldanillo (Valle), llamó a responder en juicio criminal ordinario a Jorge Abel Alméciga Hortúa como responsable del delito "Contra la Salubridad Pública", que sanciona y define el Decreto 1188 de 1974 conforme a hechos ocurridos el 22 de diciembre de 1974, en el perímetro urbano del Municipio de El Dovio. Tramitada la causa, dictó sentencia condenatoria contra el procesado por el reato aludido.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga conoció del ameritado fallo por virtud del recurso de apelación interpuesto por el defensor de oficio del acusado y, en desacuerdo con su colaborador fiscal, lo confirmó en todas sus partes.

Contra dicho pronunciamiento el señor Fiscal Segundo de aquella corporación interpuso recurso de casación. Concedido por el Tribunal y luego admitido por la Corte, lo sustentó en debida forma. El Procurador Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar la correspondiente demanda.

La demanda de casación

Dos son los cargos que el Ministerio Público formula en su demanda:

1. Violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea de la prueba (inciso 2º, numeral 1º, Art. 580 del Código de Procedimiento Penal).

2. Proferimiento de sentencia en juicio viciado de nulidad (numeral 4º, Art. 580 del Código de Procedimiento Penal).

Cargo al amparo de la causal primera

a) En cuanto a la prueba pericial. Sostiene el recurrente que "...aparece nítido que el acusado Almeciga Hortúa se le imputó la conducta relacionada con el simple porte de marihuana, es decir, se le dedujo el específico cargo de llevar consigo la sustancia que resultó clasificada como marihuana al mero examen microscópico y análisis físico-químico.

"Así, pues, ha debido determinarse como lo ordena la disposición vigente, la respectiva dosis personal, 'teniendo en cuenta la calidad y cuantía de la sustancia y la historia y situación clínica del sindicado'...". Y luego agrega:

"...En tales condiciones, como en el presente asunto no se determinó la dosis personal en la forma dispuesta en las normas entonces vigentes, se incurrió en error de derecho, hubo quebrantamiento indirecto de la norma sustancial, pues no se apreció adecuadamente la prueba pertinente acerca de la peritación médico-legal..."

Al respecto señala que "...se violó entonces el memorado artículo 38, inciso 2º del Decreto 1188 de 1974, e igualmente el artículo 39 del mismo estatuto nacional de estupefacientes, como también el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 278 de la misma obra procesal";

b) En cuanto a la confesión. Precisa el impugnante que "el Tribunal meritó equivocadamente la prueba que tuvo en consideración para estimar plenamente acreditado el porte de marihuana por Jorge Abel Almeciga Hortúa...", ya que no le otorgó "el valor legal a la confesión no desvirtuada del sindicado, pues este afirmó, sin que se hubiere siquiera contradicho tal manifestación, haberse encontrado el lichigo durante su recorrido por la vía pública hacia el lugar donde debía tomar el vehículo para trasladarse a El Dovio la fecha de autos.

"Así, pues, se quebrantó el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, pues lo confesado por el procesado era menester aceptarlo tanto en lo favorable como en lo desfavorable, pero sin oponerle respecto a esta última circunstancia las conjeturas señaladas en el fallo impugnado, pues en la misma forma en que según dicha sentencia el acusado pudo haber obtenido o recibido el narcótico en algún lugar diferente al indicado por él, también lo pudo haber hallado en las condiciones descritas en su declaración indagatoria, ya que, se repite, sobre este particular no existe contradicción probatoria atendible".

Finalmente concluye: "En las condiciones descritas, hubo quebrantamiento de las normas ya enunciadas y aparece evidente el error de derecho en la apreciación de la prueba..."

Cargo al amparo de la causal cuarta

"...la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, siendo procedente entonces impugnar el fallo en razón de la causal señalada en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que de conformidad con el examen practicado al acusado Almeciga Hortúa por la oficina de medicina legal de Roldanillo, según el reconocimiento número 133 (fl. 46, cuaderno original), éste padecía enfermedad, encuadrada en el diagnóstico de 'Vejiga Neurógena', de tratamiento siquiátrico, el cual no se realizó para determinar científicamente si el nombrado acusado debía ser sometido al examen de peritos médicos en siquiatría, como lo enseña el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de aplicarle las medidas señaladas en el artículo 29 del Código Penal, si fuere el caso.

"Como quiera que en el proceso no se realizó ninguna diligencia tendiente a ese fin, el juicio quedó viciado de nulidad...".

Se considera

Por razones de orden técnico, aplicación del principio de prioridad, la Corte estudiará primeramente el segundo cargo, pues, en el evento de prosperar, tendría que invalidar el proceso.

La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad

El recurrente hace consistir la nulidad en el hecho de que habiéndose comprobado, por diagnóstico médico-legal, que el procesado requería tratamiento siquiátrico, por-

que padería "Vejiga Neurrógena", no se le practicaron los exámenes pertinentes ordenados por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, a fin de aplicar, si fuere el caso, las medidas señaladas en el artículo 29 del Código Penal.

Aunque el censor no precisa si la nulidad que invoca es legal o de rango constitucional, no señala su fundamento normativo ni determina el sentido de la violación, resulta evidente que se refiere a una nulidad supralegal, concretamente el conculcamiento del debido proceso y, por ende, del derecho de defensa, garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta Fundamental.

Esta adecuación técnica del cargo, que oficiosamente efectúa la Corte, obedece a su reiterado criterio sobre la causal cuarta de casación, según el cual las nulidades han sido instituidas en defensa de la ley y de los sujetos procesales, para garantizar la observancia de aquella y los derechos de éstos, finalidades primordiales basadas en el interés público de que se respete y conserve el orden jurídico, mediante la aplicación estricta del debido procedimiento. Esto significa que por sobre las deficiencias que se advierten en el planteamiento de una nulidad, prevalecen razones superiores que no sólo obligan a su estudio y decisión con prelación a cualquiera otra censura, sino también a pesar de su incompleta y precaria formulación.

En el presente caso, se omitió someter al procesado a un experticio de carácter siquiátrico que hubiera podido determinar que se trataba de un inimputable, evento en el que la sentencia condenatoria implicaría sanciones de naturaleza diferente a las que le fueron impuestas, ya que, por ministerio de la ley, se le aplicarían medidas de seguridad.

Existe una duda razonable en cuanto a la calidad del agente del delito investigado porque se le condenó a la pena de presidio bajo la creencia de que era imputable, a fuerza de ignorar el alcance del dictamen médico-legal que, al establecer la presencia de la enfermedad denominada "Vejiga Neurógena", detectó un trastorno funcional de índole somático derivado de una perturbación mental cuya entidad, extensión e incidencia, era necesario conocer plenamente para poder sancionar con acierto al procesado.

Este vacío no podía llenarse arbitrariamente, esto es, porque sí, por la sola razón de la injusticia, ya que los legistas habían evidenciado en el imputado la existencia de un trastorno síquico que debía ser dilucidado en sus precisos alcances y exactas dimensiones para la recta imposición de la sanción. Comportamiento caprichoso del sentenciador que, por decir lo menos, violó formas propias del juzgamiento y atropelló el derecho de defensa del acusado.

En estas condiciones, el cargo propuesto, con fundamento en la causal cuarta de casación, debe prosperar, porque, como queda demostrado, entraña la existencia indiscutible de una nulidad de rango constitucional. Si tal es la conclusión a que se llega, resulta obvio que la Corte queda excusada de analizar las restantes impugnaciones aducidas por el recurrente en la demanda. En tal virtud, se invalidará el proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive en adelante, para que se proceda de conformidad.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 5 de febrero de 1976 a que expresamente se refiere la parte motiva y, en consecuencia, DECRETA la nulidad del proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive en adelante, para que el Juzgado de conocimiento proceda de conformidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Fabio Calderón Botero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. SUS ELEMENTOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal — Bogotá, D. E., diciembre nueve (9) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero).

Aprobado: Acta Nº 65.

Vistos

Corresponde a la Corte emitir concepto sobre el cambio de radicación de los procesos de homicidio por la muerte de José de Jesús Arango Alvarez y Antonio Arango Alvarez, de cuya autoría se sindica a la señora Teresa Ramírez de Arango, y que cursan en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Cali.

Así lo solicita el Ministerio de Justicia por intermedio de su Oficina Jurídica, de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

El cambio de radicación

El doctor Luis Carlos Pérez demanda el cambio de radicación de los procesos mencionados "...dadas las condiciones en que se cometieron los delitos, los intereses comprometidos y la continuada, extensa y profunda publicidad que por la radio y la prensa han tenido los hechos, no hay ambiente adecuado para juzgar a la sindicada ni a su presunto copartícipe, y esto se acentúa si se tiene en cuenta que en el asunto deben intervenir los jueces de conciencia, a quienes alcanza la hostilidad comúnmente desatada y que proviene, no del conocimiento de los sucesos, sino de la forma como se han presentado ante la opinión pública. Las garantías básicas de la defensa, así como la normal actividad de los jueces se perturbarían fundamentalmente si los procesos continuaran en el Distrito Judicial de Cali, y no por culpa de los funcionarios sino por la continua incitación de la prensa hablada y escrita".

Pruebas aportadas

Para demostrar los fundamentos de la petición se acompañaron las siguientes pruebas:

1. Certificación judicial

El Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Cali certifica que en ese despacho cursan los aludidos procesos penales que "aun se encuentran en estado de sumario" y que en ellos se ha dictado auto de detención contra la señora Teresa Ramírez de Arango.

2. Recortes de prensa

a) Del diario "Occidente" que al dar la noticia sobre los hechos dice: "...Oficialmente se anunció a OCCIDENTE que Teresa mandó a matar a su marido, lo mismo que Marney Zamorano y que al sentirse descubierta, decretó la muerte de su amante Jairo Salazar, autor de la muerte de su marido y de Alfonso Arango, temerosa al ser descubierta por ellos ante los eventos anteriores..." (Edición del 19 de marzo de 1976).

Al dar cuenta del auto de detención contra María Teresa R. de Arango "...la mujer que mandó a matar al esposo y a su amante...", agrega: "...Sentenció la muerte de su cónyuge para apoderarse de la herencia y luego ordenó la eliminación del concubino al descubrir que conocía sus

funestos objetivos..." (Edición del 23 de marzo de 1976).

Posteriormente, informa que la acusada Teresa R. de Arango "...hasta el momento aparece como una verdadera mensajera de la muerte debido a los graves cargos en su contra que la colocan como la única persona interesada en hacer desaparecer, tanto a su esposo como a los hermanos y pasar a ser la dueña de la cuantiosa fortuna de los madereros..." (Edición del 26 de junio de 1976);

b) Del diario "El País" que al relatar los sucesos anota que Teresa R. de Arango "...esposa de José de Jesús, ha estado vinculada al proceso meses después del asesinato de su compañero y al conocerse que tenía relaciones extramatrimoniales con un empleado de confianza de la pareja, pero solamente tres años más tarde y al allegarse otras importantes pruebas en su contra se ordenó su detención..." (Edición del 23 de marzo de 1976).

Luego, días después se afirma la autoría de la señora Teresa R. de Arango cuando titula la información, así: "La esposa sindicada de ser autora intelectual" (Edición del 26 de junio de 1976).

3. Testimonios

a) Moisés Castillo Rojas, de profesión negociante, sostiene que por las informaciones de prensa y por los radioperiódicos se enteró de los hechos; que en el círculo de sus amigos ha oído decir que los asesinatos son conexos y que la única responsable de ellos es la señora Teresa Ramírez de Arango. "...son versiones insistentes que parten de las noticias de prensa, muy destacadas en las páginas de los periódicos, lo cual significa que han logrado formar, quizás sin proponérselo expresamente, pero sí con inequívoca eficacia, un ambiente de culpabilidad del que es muy difícil redimir a la señora Ramírez de Arango..."

b) Jesús María Sanguino Sánchez, asesor jurídico y profesor universitario, afirma que la prensa ha creado un ambiente adverso a la señora Teresa Ramírez de Arango, pues en todos los medios sociales, universitarios y en los corrillos callejeros se habla del asunto y se la señala como la autora intelectual de los crímenes. Finalmente reafirma que todo ello se debe a "...las informaciones de prensa todas tendientes a buscar una responsabilidad contra la señora Teresa de Arango".

c) Félix Eduardo López Quiñones, técnico electricista, asevera que por las noticias de prensa volvió a saber de los asesinatos y que conversando con gente conocida y amiga, se dice que la única responsable es la señora Teresa Ramírez de Arango, comentarios que han logrado "formar un ambiente adverso, es decir, de culpabilidad" contra ella;

d) Diego Ramírez Muñoz, abogado, asegura que "...a raíz de todas estas publicaciones y por comentarios que se tejen entre el grueso público, se afirma que existe una extraña conexidad entre todos esos hechos sangrientos y además se afirma de que la única responsable de los mismos hechos es la señora Teresa Ramírez de Arango".

e) Andrés Avelino Pérez, empleado, manifiesta que las informaciones de prensa han logrado formar un criterio de responsabilidad contra Teresa Ramírez de Arango, que en los círculos que frecuenta así se piensa y como quiera "...que esa opinión es generalizada en verdad creo que es muy difícil que dicha opinión cambie hasta llegar a tenerse un concepto diferente e imparcial tanto por la gente como por la que le corresponde juzgarlos".

Consideraciones de la Corte

El artículo 44 del Código de Procedimiento Penal establece una excepción a la competencia territorial de los jueces. Esa excepción sólo puede prosperar cuando en concepto de la Corte existan razones objetivas de conveniencia para la recta administración de justicia. Al respecto ha sido criterio constante de la Sala que el cambio de radicación de los procesos penales es improcedente cuando las circunstancias que se aducen indican que se pone en grave peligro el interés público de que la justicia sea dispensada con la debida ponderación, con la rectitud y eficacia que reclama todo juzgamiento; o bien, parece se pone en serios aprietos el interés privado del procesado a la garantía de una defensa justa. Circunstancias que se deben inferir, sin duda alguna, del ambiente que rodea el caso particular, porque la situación de orden social, pa-

lítico, religioso, etc. afectaría el medio judicial hasta donde podrían llegar perturbaciones, interferencias o presiones extrañas, con aptitud para enervar el ejercicio sereno de la función juzgadora.

Se sabe por los recortes de prensa y por las afirmaciones de los testigos, que los medios de comunicación hablados y escritos de la ciudad de Cali, informaron sobre los procesos que allí se adelantan en el Juzgado Segundo Superior, en averiguación de los homicidios de José de Jesús Arango Alvarez y de Antonio Arango Alvarez, y señalaron, como autora intelectual, a la señora Teresa Ramírez de Arango: al mismo tiempo se barrunta que aquéllo ha producido comentarios en diferentes capas sociales, pues así lo expresan el técnico electricista, el negociante, el profesor universitario y el abogado en ejercicio.

Estas pruebas no ponen de resalto la existencia de una situación general, de inexcusable parcialidad, capaz de afectar, por varios cauces, el normal desarrollo de una recta administración de justicia, porque la prensa, como sucede en todo el mundo, se limitó a dar la noticia de aquellas muertes y a referir las novedades judiciales al respecto, con el sensacionalismo que le es propio; porque Cali es una ciudad populosa en donde se diluye, por decir lo menos, el interés por estos casos de sangre de ordinaria ocurrencia; y, por último, porque no emerge el más leve indicio de que el funcionario de instrucción o el del conocimiento se encuentren influenciados por los medios de comunicación, o sometidos a presiones indebidas.

Como no se ha demostrado que el ambiente de Santiago de Cali resulte impropio para el juzgamiento de la señora Teresa Ramírez de Arango, la Corte Suprema, de Justicia, Sala de Casación Penal, CONCEPTUA DESFAVORABLEMENTE, por ahora, al cambio de radicación impetrado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

MARIHUANA

Alcances del Decreto 701 de 1976, frente al Decreto 1188 de 1974

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre nueve de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 65 continuación.

Vistas

Decide la Corte el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el Fiscal Primero, contra la sentencia de veinte de abril del presente año, proferida por el Tribunal Superior Militar, confirmatoria de la de primer grado, dictada por el Comandante de la Quinta Brigada, Juez de Primera Instancia con sede en la ciudad de Bucaramanga, el veinticinco de julio del año próximo pasado, que impuso a SALVADOR MERCADO JULIO la pena principal de tres años de presidio y multa de cinco mil pesos como infractor de las normas del Decreto 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes).

Hechos y actuación procesal

Agentes del F-2 de la Policía Nacional realizaron un allanamiento en la casa del procesado Salvador Mercado Julio, y allí encontraron "una botella de vidrio con un poco de semilla de marihuana". Posteriormente, y al ser capturado, le fueron halladas en su poder cuatro papeletas también con marihuana.

La investigación la inició el Juzgado Cuarto Municipal, y, luego, en obedecimiento de lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1250 de 1975, la pasó al conocimiento de las autoridades militares en donde se profirió la sentencia objeto del recurso.

La demanda de casación

Afirma el demandante que la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar es "violatoria de la Ley sustancial, ya que se profirió en un juicio viciado de nulidad", por cuanto que al confirmarse la de primera instancia, el ad quem "usurpó jurisdicción e incurrió en la causal de nulidad legal por violación de los artículos 441 (numeral 1º) del Código de Justicia Penal Militar, 2º (literal n) del Decreto Legislativo 1250 de 1975, 38 (inciso 2º) del Decreto Ley 1188 de 1974 y 39 del mismo Decreto".

La nulidad alegada consistiría esencialmente en que la competencia de la Justicia Castrense para el conocimiento de las infracciones al Decreto 1188 se determinó, pero con la expresa excepción de que no se tratara de hipótesis de una dosis personal. En el caso de autos, el Instituto de Medicina Legal de Bucaramanga dictaminó que la sustancia encontrada en casa del procesado, así como la que se halló dentro de la botella, era marihuana y su peso fue de 118 gramos de la encontrada en la botella y 3 gramos en las cuatro papeletas (fl. 8). Del mismo modo, se dice en el referido dictamen, que "puede aceptarse como dosis personal de marihuana de 0.5 a 1.0 gramos, aunque no se ha establecido exactamente qué cantidad corresponde a una (1) dosis personal, ya que esto depende de la calidad y cuantía de la planta y del estado anímico de la persona que la consuma" (fl. id.) concepto que recoge sustancialmente la previsión del artículo 39 del Decreto 1188 citado.

Dice el recurrente, que como no existía un criterio científico cierto para determinar la dosis personal, fue por lo que se dictó el Decreto Reglamentario 701 de 1976, en el que se fijó como dosis personal de marihuana la cantidad que no exceda de 28 gramos. Que si bien en el caso presente se ha establecido que en poder del procesado se encontró una cantidad superior a la prevista para la dosis personal, debe considerarse, sin embargo, para afirmar la incompetencia de la Justicia Militar, que en cuanto a la semilla encontrada en poder del sindicado, no se probó que éste "se hubiere propuesto efectuar cultivo de la hierba y de haber sido ese su propósito, su conducta estaría ubicada dentro de la descripción que trae el Decreto 1188 en su artículo 37. Debiendo considerarse, además, que las semillas de marihuana, como "es de conocimiento público... se emplean en solución de alcohol para aliviar el reumatismo y los problemas circulatorios, sin que a nadie se le haya ocurrido considerarla como sustancia alucinógena, ni tampoco en libro alguno".

Concepto del Procurador

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se aparta de los planteamientos del demandante y solicita a la Corte deseche el recurso interpuesto. Dice el Delegado que no hubo violación del Decreto 1188 en cuanto a la determinación de la dosis personal, tal como lo sostiene el recurrente, por cuanto quedó plenamente demostrado que en poder del sindicado se encontraron 119 gramos de marihuana que exceden en mucho de la dosis personal. Que sólo cuando se decomisan pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, que pudieran generar la duda razonable de que se trate de dosis personal, es necesario realizar los dictámenes del caso. "Pero es innecesario por corresponder a la categoría de los hechos notorios, cuando la cantidad es tal que, como en el caso examinado, se aproxima a un cuarto de libra".

En cuanto al tema relativo al valor curativo de las semillas de marihuana, dice el Procurador que "ha de considerarse que la semilla es precisamente la materia prima que produce la marihuana y que como semilla que es, según estudios realizados en diferentes oportunidades por el Instituto de Medicina Legal, puede ser utilizada, también, como alucinógeno extractándole su jugo que puede ser rociado en el tabaco para su inhalación".

De otra parte, el hecho de haberse encontrado en poder del procesado unas papeletas para el consumo inmediato, es indicio de que las semillas no estaban destinadas a cosa distinta que a su uso también, y que, así mismo, debe descartarse la afirmación del uso medicinal de la semilla, por la simple razón de que fue encontrada en su estado natural y no mezclada con alcohol.

Se considera

Toda la cuestión, como se ha visto se hace recaer sobre el tema de la dosis personal. Evidentemente el Decreto 1188 de 1974 no determinó en forma precisa la cantidad de droga o sustancia que constituye la dosis personal. Solamente se fijó esa cantidad, y hasta 28 gramos, en el caso de la marihuana, en el Decreto 701 de 1976.

Sobre el particular el Tribunal exactamente, al rebatir la tesis del Fiscal dijo en relación a este aspecto que "ante la dificultad científica y práctica para establecerla (la dosis personal), el Instituto de Medicina Legal, basado en la tolerancia máxima, dosis letal y valores estadísticos de consumo ha establecido tal cantidad en 200 miligramos. La cantidad superior a la dosis individual promedio, se considera como "sobredosis".

Es inquestionable, entonces, que frente a los dos estatutos penales el Decreto 1188 de 1974 que no fijó de manera expresa la cantidad de droga que se puede considerar como dosis personal para los efectos penales, y menos en relación con el 701 de 1976 que sí la determinó, puede considerarse la cantidad que se halló en poder del procesado como dosis personal para afirmar que la competencia para el conocimiento de su conducta correspondía a la justicia ordinaria y no a la castrense.

Las opiniones del recurrente en cuanto a los poderes curativos de la semilla de marihuana, lamentablemente no los ha considerado la ley como hipótesis discriminantes del ilícito tráfico y uso de estupefacien-

ses, y por lo mismo, ellas no pueden tener más valor que el de simples opiniones.

No existiendo nulidad de ningún orden por cuanto claramente el caso encaja dentro de las previsiones del Decreto Legislativo que ubicó la competencia en la Justicia Militar, la sentencia se produjo dentro del ámbito pleno de la competencia, y por ello el motivo de invalidación no prospera.

Son suficientes estas consideraciones para que la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHE el recurso de casación interpuesta contra la sentencia de que se hizo mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO. — CONTRADICTORIO. — INEXISTENTE. — CONTRAEVIDENTE E INSUFICIENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre diez de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 64.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado ORLANDO ALFONSO CRIOLLO RODRIGUEZ, contra la sentencia de veintitrés de enero último, proferida por el Tribunal Superior de Cali, que confirmó la del Juzgado Superior de Buenaventura, por medio de la cual se le condenó a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio, como responsable de homicidio.

Hechos y actuación procesal

Han sido relatados así en las instancias: "Al amanecer del treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y tres, al primero de enero de este año (1974) la gente recibía regocijada el nuevo año en medio de bebidas embriagantes. Entre ellos los protagonistas de este drama, pero además el señor FABIO MARTINEZ, quien según su dicho, corroborado por otros medios probatorios, tumbó un paraguas al señor ORLANDO CRIOLLO, motivo suficiente para que éste se enojara y tuviera intercambio de palabras y de golpes con aquél. Separados de este primer incidente el señor Fabio Martínez se entró al granero "Brisas del Mar" hasta donde volvió ORLANDO ALFONSO CRIOLLO RODRIGUEZ y armado de un revólver lo disparó contra un grupo de personas cayendo mortalmente herido OMAR GUSTAVO CUELLAR. Valga la pena anotar que en el primer incidente el homicida ya había esgrimido el arma y había disparado contra Fabio, sólo que estaba sin proyectil, es decir, que en esta segunda ocasión conseguidos aquéllos satisfizo sus deseos homicidas, con lo cual hemos de aceptar el animus necandi que albergaba ya en su espíritu y que llevó a efecto, sólo que se equivocó de persona".

Al Juzgado Tercero Municipal de Buenaventura correspondió declarar abierta la investigación y en su desarrollo oyó en indagatoria al sindicado y recibió variada prueba testimonial.

Continuó el perfeccionamiento del sumario el Juzgado 12 de Instrucción Criminal, que lo envió al Superior de Buenaventura, despacho que ordenó nuevas pruebas.

Allegadas estas al sumario, se declaró cerrada la investigación por auto de 18 de octubre de 1974.

En providencia de 20 de noviembre de ese mismo año se llamó a responder en juicio criminal, por el trámite en que intervino el jurado de conciencia, a ORLANDO ALFONSO CRIOLLO RODRIGUEZ.

Cumplidos los trámites propios de la causa, se dictaron las providencias de que se ha hecho mérito, objeto de este recurso extraordinario.

Por auto de primero de abril último fue declarado admisible el recurso de casación y dentro del término legal, el doctor Tarcisio Roldán Palacio, con personería reconocida, presentó demanda que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley el veinticuatro de junio último.

La demanda

Con apoyo en las causales cuarta y segunda de casación, tres cargos formula el recurrente a la sentencia del Tribunal Superior de Cali.

Causal cuarta

Cargo primero

En estos términos lo enuncia el censor:

"Acuso la sentencia recurrida con fundamento en la cuarta de las causales de casación establecidas por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, de violación directa, por aplicación indebida, de los artículos 362, 37 numeral 7º, 38 y 39 del Código Penal, pues, conforme habrá de comprobarlo, el proceso que la sustenta se encuentra viciado de nulidad de rango constitucional debida a que la calificación del hecho imputado al procesado olvidó reconocer en su favor la excusa de la provocación, circunstancia conocida en autos que especifica el homicidio, o, en otros términos, por exceso en la acusación".

En desarrollo del cargo, el recurrente transcribe apartes de varias declaraciones rendidas en el proceso, con el fin de demostrar que el procesado actuó en las circunstancias previstas en el artículo 28 del Código Penal, que no se reconocieron en el enjuiciatorio.

Este olvido genera nulidad de naturaleza constitucional, porque como una de las formas propias del juicio, el numeral 3º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal manda incluir, dentro del auto de proceder, las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho.

Cargo segundo

El cuestionario sometido a consideración del jurí es incompleto, pues en él no se preguntó al jurado popular sobre la intención de matar, indispensable para su correcta redacción.

Transcribe y cita variada jurisprudencia de esta Sala en apoyo de su afirmación, así como el texto completo del cuestionario formulado al tribunal popular que juzgó a Orlando Alfonso Criollo Rodríguez.

Lo anterior conlleva nulidad de índole constitucional, por omisión de una de las formas propias del juicio.

Causal segunda

Cargo único

La sentencia recurrida está en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Divide el censor en dos partes la respuesta del jurado y afirma que ella contiene dos proposiciones. La primera, en que se declara la responsabilidad del procesado: SI ES RESPONSABLE. La segunda, especifica el grado de esa responsabilidad: PROVOCADO POR UNA AGRESION.

Esta última parte del veredicto debe interpretarse como el reconocimiento que el jurado hizo de la circunstancia prevista en el artículo 28 del Código Penal.

Y como ésta no se reconoció en la sentencia acusada, ella no guarda armonía con la veredicción, por lo que debe ser casada para ordenar nuevo sorteo de jurados.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estudia exclusivamente el segundo cargo formulado al amparo de la cuarta causal del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues considera que "presenta contextura racional innegable", por lo cual solicita de la Sala invalidar la sentencia a partir del auto que señala fecha y hora para el sorteo de jurado.

La armonía que deben guardar el auto de proceder, el veredicto y la sentencia resulta desquiciada si en el cuestionario no se pregunta al jurado por el elemento síquico del delito, como aconteció en el caso que se estudia. Lo anterior apareja nulidad de rango constitucional que sólo puede ser subsanada con su declaratoria, para que se reponga el procedimiento por ella afectado.

Alegato de la parte civil

El doctor Oscar D. Gámez Murillo, representante de la parte civil, se opone a la demanda de casación, básicamente, con tres argumentos:

1. No existió verdadera provocación, porque entre el primer incidente y la muerte de Omar Gustavo Cuéllar medio un espacio considerable de tiempo, que no permite predicar estado de ira en el sindicado.

2. "El artículo 533 del Código de Procedimiento Penal que el propio recurrente invoca para fundamentar su pretensión, nada dice al respecto. Y en el supuesto de dar recibo a esta inquietud, si acaso, se originaría la nulidad de lo actuado a partir de aquel momento. O, como lo pide el demandante, en el numeral 6º (fl. 24), a partir de la diligencia de sorteo de jurado".

3. Reitera su primer argumento, en el sentido de que no existió "agresión ni provocación en el segundo incidente", que culminó con la muerte violenta de Omar Gustavo Cuéllar.

Consideraciones

En el caso que se examina el veredicto fue dictado de acuerdo con el cuestionario, es cierto, pero éste fue redactado defectuosamente y no se preguntó en él por la responsabilidad del acusado.

Con efecto. El cuestionario reza:

"El acusado ORLANDO ALFONSO CRIOLLO RODRIGUEZ, natural del 'Divino' (Nariño), vecino del municipio de Buenaventura, hijo natural de Alfonso Criollo y Teresa Rodriguez, de 31 años de edad, casado con la señora María Luisa Gutiérrez, de profesión obrero (Trabajador de Puertos de Colombia, como Operador de Elevador), identificado con cédula de ciudadanía número 6.153.935 de Buenaventura, es responsable SI o NO, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte al ciudadano OMAR GUSTAVO CUELLAR, por heridas causadas con arma de fuego, así: en la región lateral del cuello, con orificio de entrada por el lado derecho y la salida por el lado izquierdo, con desgarros en la arteria carótida derecha, fractura conminuta de la 3ª vértebra cervical y sección de la vena yugular izquierda, que causaron la muerte por shock hemorrágico debido a la sección de la arteria carótida derecha y la vena yugular izquierda, hechos que tuvieron ocurrencia en esta ciudad en las horas de la madrugada (2 y 30 minutos) del día primero de enero de 1974, dentro del perímetro urbano de este puerto, exactamente en el barrio 'La Independencia' de esta ciudad".?

"Buenaventura (V.) septiembre 30 de 1975".

El recurrente ha planteado el cargo al amparo de la causal cuarta de casación, pues considera que la ineptitud del cuestionario comporta agravio a las formas propias del juicio.

La doctrina tradicional de la Corte ha sostenido que la ausencia del cuestionario, su deficiente redacción, causa, a la postre, la inexistencia del veredicto. Pues tal es la decisión del Iure, clara en sí misma, cuando se pronuncia sobre un cuestionario insuficiente.

También la inexistencia del veredicto ha sido parificada con el veredicto contradictorio. Y ciertamente la oposición contradictoria en los términos del veredicto, no reconciliable en ellos, aparejа inexistencia, cuyo remedio se logra en casación dentro del ámbito de la causal tercera de este recurso extraordinario.

Esto dicho, débese puntualizar, no obstante, que inexistencia y contradicción del veredicto no son conceptos sinónimos. La contradicción en los términos del veredicto equivale a su inexistencia, y ésta, cuando la censura prospera, se subsana casando la sentencia para que el juez de la causa convoque nuevo jurado. En esta hipótesis el veredicto se ha pronunciado sobre un cuestionario redactado con sujeción al auto de proceder, en forma clara, cuyo contenido comprende cabalmente todos y cada uno de los cargos formulados al procesado. Sino que, el pronunciamiento del jurado, es contradictorio, porque afirme y niegue al tiempo los hechos entrañados en el cuestionario, o ambiguo o confuso, por modo que se dificulte su cabal entendimiento.

Otro es el caso sometido al examen de la Sala. El veredicto es claro en sus términos. Afirma simplemente los hechos sometidos a la contestación del jurado. Pero la pregunta es insuficiente. Se inquiere en ella por la autoria de los hechos, y se calla sobre lo fundamental, o sea, respecto de la responsabilidad. Es decir que, sustancialmente, el cuestionario no existe y la veredicción ha recaído sobre su presunta presencia en el proceso.

Y como el cuestionario, en los juicios que se ventilan por los trámites en que el concurso de jurados es obligatorio, es factor insustituible para la correcta formación del proceso, y su ausencia o defectuosa redacción, vicia prematuramente todos los actos subsiguientes, el veredicto y la sentencia que con base en él se dicten, resultan igualmente violados y, sumados, entrañan, no cabe duda, violación de las formas propias del juicio.

La inexistencia del veredicto resulta aquí no por falta de claridad en sus expresiones, ni por contradicción insuperable de las mismas, sino de una omisión judicial de carácter inexcusable, insalvable por medio distinto de la nulidad invocada por el recurrente, que debe ser declarada para que se subsane el procedimiento.

Las precisiones del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal comportan la obligación para el juez de redactar el cuestionario que somete a la veredicción del jurado con fidelidad al auto de proceder, de forma que su contenido determine el hecho o hechos materia de la causa, o sea que la imputación exprese la plenitud de los elementos compositivos de la misma y la especificación de las circunstancias que la constituyen, pero sin darle denominación jurídica.

Y como el Juez de la causa formuló un cuestionario insuficiente y preguntó en él por la autoría del hecho, con omisión evidente de sus caracteres subjetivos, la remisión que para demostrarlos, hizo el auto de proceder, no convalida su ineficacia en orden a la obtención de un veredicto en el que la respuesta del jurado, clara en sí misma, contenga en sus términos la absolución de todos y cada uno de los extremos de un cuestionario bien confeccionado en el que se pregunte por la modalidad de los hechos, su autoría y responsabilidad.

El fallo que se dicte con base en veredicto pronunciado sobre cuestionario al que falte alguno de los requisitos que prescribe el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, llenando el Juez sus vacíos con remisión al auto de proceder, sería decisión en derecho, que al dejar de lado la precisa respuesta del jurado, viola ostensiblemente el artículo 26 de la Carta y entraña violación de las formas propias del juicio.

La Sala hace propicia esta oportunidad para recoger anteriores jurisprudencias suyas en las que aceptó como ajustadas a derecho decisiones de los Tribunales que debieron merecerle los mismos reparos que ahora formula a la sentencia recurrida. El cargo prospera.

Se hace necesario así la convocatoria de nuevo jurado que absuelva un cuestionario correctamente elaborado.

Como la nulidad invocada prospera, la Corte se abstiene de estudiar los cargos restantes formulados por el actor a la sentencia recurrida.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia del origen y fecha anotados y DECLARAR NULO el proceso, a partir, inclusive del auto por medio del cual se ordenó sortear jurados de conciencia, para que se proceda de conformidad con las motivaciones de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero, Lisandro Martínez Zúñiga, Conjuez.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ROBO AGRAVADO. ROBO SIMPLE. HURTO

Cuando el hecho se comete con escalamiento de muros o con llaves sustraídas o falsas, o ganzúas o cualquier otro instrumento similar. Por sí solos estos supuestos no tipifican el delito de robo. Pero agregados a él, por mandato expreso del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, son circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente que agravan el delito, y consecuencialmente la pena.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta Nº 63 de Nov. 25/76.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia de esa Corporación de fecha 26 de noviembre de 1974, por medio de la cual condenó a JOSE ARTURO MARIN a la pena principal de veinticuatro meses de prisión como autor del delito de robo.

Hechos y actuación procesal

El 29 de mayo de 1966 fue sustraída la camioneta Chevrolet, — modelo 1956, color azul gris perla de placas V 11460, motor 02625 T56ZD, de propiedad del doctor Modesto Ibarra Merlano, mientras se encontraba estacionada en la calle 14 entre carreras 6ª y 7ª de la ciudad de Cali. Cuando el propietario del vehículo regresó a él, fue informado por el señor José María Serrano que vio a dos personas abrir el automotor con ganzúa o instrumento similar, y ponerlo en marcha.

El Juez Séptimo Penal del Circuito de Cali, a quien correspondió el conocimiento del negocio, dictó auto de proceder contra JOSE ARTURO MARIN por el delito de robo agravado, de acuerdo con la circunstancia prevista en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal.

El Tribunal Superior de ese Distrito Judicial confirmó la calificación el 7 de noviembre de 1973.

Tramitado el juicio, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali impuso al procesado la pena principal de cuarenta meses de prisión, de conformidad con el auto de enjuiciamiento.

En el trámite propio de segunda instancia, el Fiscal Primero del Tribunal solicitó declaratoria de nulidad por errónea calificación del sumario. La Corporación negó esta solicitud e impartió confirmación a la sentencia de primera instancia, modificándola en cuanto a la pena impuesta, que rebajó a veinticuatro meses de prisión.

El recurso se admitió por auto de primero de marzo de 1975 y dentro del término correspondiente, el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de Ley el 19 de mayo de ese mismo año.

El proyecto presentado por el doctor Alvaro Luna Gómez, a quien inicialmente correspondió este negocio, no fue aceptado por la Sala y el proceso pasó a la Mesa del

Magistrado Julio Salgado Vásquez. Su proyecto fue también votado negativamente en Sala, por lo que ahora corresponde decidir el recurso.

La demanda

Con apoyo en la causal cuarta de casación, el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali formula un solo cargo a la sentencia acusada.

Lo hace consistir en equivocada calificación jurídica de los hechos (numeral 5º artículo 210 del Código de Procedimiento Penal) por cuanto el delito investigado es hurto y no robo, ya que no se empleó violencia en la ilícita sustracción de la camioneta, objeto material del delito.

Fundamenta su apreciación en sentencia de esta Sala, conforme a la cual, el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o instrumento similar, es simple agravante de robo, que requiere para su estructuración, necesariamente, el empleo de violencia sobre las personas o las cosas.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se abstuvo de ampliar la demanda, porque no comparte los razonamientos jurídicos expuestos por el recurrente.

Consideraciones

Las razones que sirvieron a la Sala para proferir el fallo de 8 de marzo de 1974, cobran ahora pleno valor, por lo que se reproducen a continuación.

Lo que el recurrente pone en cuestión es, entonces, la validez jurídica que frente al caso de autos se pretende al amparo de la interpretación que del artículo 404 ha venido haciendo esta Sala de la Corte en diversos fallos anteriores.

Dicho en otras palabras, la censura no acepta que el artículo mencionado contenga entre sus numerales categorías específicas de robo agravado que no necesitan para su configuración de la violencia real, sino que en sus casos concretos, el legislador la finge o presume. Dichas hipótesis serían la primera de su numeral 1º, la del numeral 2º, y las del numeral 3º en los apartes que rezan "con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar".

. . . . . .

El legislador colombiano, a diferencia de otros extranjeros, pero en coincidencia con algunos de ellos, no hizo del robo circunstancia agravante del delito de hurto, ni de éste un tipo básico fundamental cuya ampliación específica sería el delito de robo, sino dos categorías autónomas, que reglo en capítulos separados, aunque dentro del mismo título del Código Penal.

Una y otra categoría de ilícitos exhiben circunstancias peculiares de agravación, y otras de naturaleza genérica y de aplicación a los dos.

Es evidente, como lo sostiene la doctrina tradicional de la Corte y lo comparte el salvamento de voto, que algunas de las circunstancias de agravación prescritas en el artículo 404 podrían ser comunes al delito de hurto, tales como la primera, en cuanto con él se compadece, o sea "si se cometiere en despoblado". O la del numeral segundo "si los autores, siendo más de tres estuvieren organizados en cuadrilla permanente". Y dos de las circunstancias previstas en su numeral tercero "con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar".

Pero las equivocaciones del legislador, sus incongruencias, no pueden ni deben serle corregidas por los jueces, cuya tarea, en sus más altos niveles, persigue la unificación de la jurisprudencia, al favor de la más rigurosa y estricta interpretación de la ley, pero sin rebasar sus alcances y sin disminuirlos, pues en ello consiste la más reiterada forma de su violación.

Las presunciones y las ficciones legales son de uso discreto por el legislador, y de carácter excepcional. Por lo mismo deberán prescribirse en forma expresa, concreta, específica, de modo que no den lugar a equívocos. Y los jueces han de interpretarlas por idéntico modo, restrictivamente, como corresponde a su índole peculiar. Esto es importante, muy especialmente en el Derecho Penal, materia que exige los más finos criterios de precisión, lo mismo en el legislador que en el intérprete, con miras a garantizar la libertad humana que no ha de verse restringida sino en los casos singulares, claramente puntualizados en el estatuto represor.

La pena de robo —dice el artículo 404— será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

1. Si se cometiere en despoblado o con armas. Es decir, si el robo se llevare a efecto dentro de esas precisas circunstancias. La una hace referencia al lugar, o sea "en despoblado", y la otra al medio empleado para ejecutar la violencia: "o con armas".

2. Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente.

Este apartado, por referirse a la organización en sí de los sujetos activos del delito que deben ser más de tres y estar organizados en cuadrilla permanente, por sí solo, sin la sustracción de cosa mueble ajena acompañada de violencia, sería irrelevante jurídicamente si no fuese porque, en ello, ser más de tres, organizados en forma permanente y con el propósito de cometer delitos, consiste la asociación para delinquir.

3. "Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar".

Tres hipótesis contempla este numeral 3º La primera, o sea cometer el delito con perforación o fractura de pared, techo o pavimento, puerta o ventana, por la violencia que entraña, configura el robo, que se agrava por el hecho de practicarse aquella en lugar habitado o en sus dependencias. La comisión se hace extensiva en las hipótesis restantes al robo con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, que son modos específicos de su ejecución. De las tres hipótesis, solamente una, la primera —"...perforación o fractura de pared, techo o pavimento..."— lleva implícita la forma violenta de la sustracción que se agrava en el supuesto allí contemplado y la ejecución en lugar habitado o en sus dependencias.

Aquí la violencia es condición expresa de la ejecución del hecho, y la presencia de lugar habitado, circunstancia inexcusable de agravación.

Lo propio ocurre cuando el hecho se comete con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar. Por sí solos estos supuestos no tipifican el delito de robo. Pero agregados a él, por mandato expreso del artículo 404 del Código Penal, son circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente, que agravan el delito, y consecuencialmente la pena.

Como el numeral 4º hace referencia directa a la violencia ejercitada sobre las personas, de modo específico, excusa el comentario de la Corte, ya que aquí la forma de ejecución de la violencia se traduce en agravante.

Cuando el precepto se analiza en su conjunto, en forma articulada, aparece claro que la intención del legislador fue la de establecer en él circunstancias agravantes del robo que el artículo 402, inmediatamente anterior, define como el apoderamiento de cosa mueble ajena, por medio de violencia a las personas o a las cosas, o de amenazas, o abusando de la debilidad de la víctima (artículo 8º, Ley 21 de 1973).

El artículo habla de dos formas de violencia. Violencia física común a las personas y a las cosas. Violencia moral, privativa de las personas.

Aquí sí el legislador estableció una presunción inequívoca, cuando dijo —"o abusando de la debilidad de la víctima", sin especificarla— por manera que el simple abuso de su debilidad física o mental es equiparable, para los efectos de la tipificación del robo, a la violencia.

Ninguna otra ficción distinta de la establecida en el acápite del artículo 402 contiene el capítulo del Código Penal correspondiente al delito de robo. Y las que como tales se han querido entrever en el artículo 404, como figuras autónomas de ese delito, en confusa mezcla con circunstancias agravantes del mismo, no lo son, y, por el contrario, cada una de ellas exige como condición de su posibilidad, la preexistencia del robo al que accede como circunstancia agravante específica, todas traducen una forma adverbial de tiempo, modo o lugar, de ejecución de la violencia como elemento típico del robo, —en despoblado, o con armas, con fractura de techo, pavimento, de lugares habitados, etc.— o la presupone como antecedente o consecuente al escalamiento de muros, o al uso de lla-

ves falsas o a la constitución de tres o más personas en cuadrilla permanente para delinquir y del caso en que la violencia imposibilita a las víctimas, con ataduras o mordazas.

Es evidente que en legislaciones foráneas el escalamiento de muros y el uso de llaves falsas o sustraídas, de ganzúas u otro elemento cualquiera, apto para abrir cerraduras o vencer seguridades, sin violencia, seguido de la sustracción de cosa mueble ajena, es constitutivo de robo agravado, porque así lo ha querido su legislador, consagrando en forma expresa esta figura de excepción.

No es este el caso colombiano. Como ya se dijo, nuestro legislador en el Título XVI capítulo I y II del Código Penal, instituyó el hurto y el robo como figuras autónomas y estableció agravantes comunes a los dos en los artículos 398, 399 y 403 del Código Penal, específicas del robo las de su artículo 404.

Y si la doctrina de la Corte tiene admitido que el escalamiento califica el robo sin necesidad de que éste sea en lugar habitado o de sus dependencias, pues no implica siempre violencia, asimilado como ha sido a ella por una ficción legislativa, al igual que el uso de las llaves legítimas sustraídas por el agente, o de llaves copiadas, o el uso de ganzúas y artefactos de parecida índole, luego de meditar una vez más sobre el problema ha llegado a la conclusión que se precisa en los párrafos antecedentes, que compaginan mejor con el contexto del artículo 404 y sirve, no cabe duda, para informar con su espíritu el sentido de cada uno de sus numerales, correlacionándolos armónicamente y haciendo que su naturaleza y circunstancias agravantes conserven su unidad dentro de sus modalidades diferentes.

De aplicación universal son los principios de hermenéutica jurídica que aconsejan interpretar las leyes prohibitivas sin buscarles razones de analogía para extenderlas en su aplicación a casos no expresamente comprendidos en ellas. Esta clase de normas reviste carácter excepcional y aún en materias civiles deben interpretarse restrictivamente, pero siempre y con mayor estrictez en materia penal. Con razón ha dicho la Corte que las excepciones no deben contraerse hasta el extremo de sustraer de su imperio casos que en ellas quedan expresamente comprendidos. Ni cobrar magnitud más allá de sus límites al extremo de transgredir su naturaleza para convertirse en reglas. Los dos extremos configuran errores manifiestos. Mas si lo desfavorable u odioso de una disposición no ha de tomarse en cuenta para ampliar o restringir su significado, cuando ella admite dos interpretaciones parificables, vale decir, igualmente lógicas, la odiosa y desfavorable debe ceder paso franco a la más benigna en que consiste el principio de favorabilidad.

Por este modo, la Corte recoge la doctrina anterior de que se hace mérito en esta providencia y concluye que los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 404 del Código Penal contienen previsiones de naturaleza circunstanciada y agravante, específicas del delito de robo, que el mismo estatuto define en su artículo 402 como apoderamiento de cosa mueble ajena por medio de violencia a las personas o a las cosas o abusando de la debilidad de un menor. O haciendo uso de la violencia o de la amenaza inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad. Vale decir que dichas circunstancias son de carácter accesorio, en su totalidad, pero como tales modifican la responsabilidad del agente y agravan la pena del delito de robo, cuyo tipo básico, especificado por la violencia, acentúan notoriamente.

El cargo prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida del origen y fecha anotados y DECLARA NULO el proceso, a partir del auto de proceder, inclusive, para que se proceda a calificar nuevamente el mérito del sumario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, (Aclaración de Voto); *Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero, Rafael Poveda Alfonso* (Conjuez).

J. Evencio Posada V., Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Para mí, en este caso, la conducta del sentenciado se circunscribe a la comisión de un delito de robo simple. No hay lugar a tener en cuenta el artículo 404 del Código Penal, porque entiendo, y así lo expliqué en la correspondiente sesión y en salvamento precedente, que para que esta figura tome cuerpo es necesario que se trate de lugar habitado. No interesa únicamente el medio de penetración, pues la norma se dirige a reforzar la protección debida al lugar que toma una persona como propio para vivir o permanecer. Por lo demás y a los fines de la aclaración de voto que sustento, valga repetir lo que en pasada ocasión afirmé sobre igual punto (agosto/76).

No entiendo la exclusión que se hace de medios tan calificados y eficaces como el escalamiento de muros, la aplicación de llaves sustraídas, falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar, entre los cuales la ciencia moderna ha elaborado insospechados recursos, para dejar de cumplir con el elemento violencia de la figura básica del artículo 402 del Código Penal. Cuando la ley fija esa asimilación o equivalencia, no está de espaldas a una realidad ni recortando el ámbito de su aplicación, esto es, que solo sirva a los fines del artículo 404 y no a los requerimientos del artículo 402. El concepto de violencia, para el legislador, aparece nítido al contemplar estas modalidades y señalarlas en el mismo aparte en donde menciona la "perforación o fractura". Si se refiere expresamente a esos medios, lo hace para apoyar una intensificación de pena como la que implica el robo agravado del artículo 404. Pero no quiere decir que, la gravedad que destacan esos medios, sólo puedan referirse a esta específica figura. Esto traduciría inexplicable contrasentido, pues lo más, en este aspecto de violencia, no sirve para lo menos. Si la aplicación de los citados medios de penetración o vencimiento de seguridades, en lugar habitado, tipifica el delito de robo agravado, no se ve por qué los mismos no cumplen, por sí, la función estructurante del delito de robo simple o básico.

A más de esta general apreciación, que se reiterará más adelante, valgan estas breves anotaciones:

1. El artículo 402 es amplio en el concepto de fuerza y por su redacción bien se comprende la intención de no dejar por fuera actividades que sobrepasan la simple habilidad o destreza en el apoderamiento o despojo, propia al hurto. En otras palabras, cuando la sustracción (término adecuado para denotar la ausencia de fuerza real o supuesta) se realiza sin que se tenga que vencer una oposición, resistencia o resguardo de significativa entidad (muros, cerraduras, etc.), es acertado hablar de hurto, pero si aparece esta violencia presunta, lo adecuado es constituir la conducta en robo.

Nótese cómo esta disposición alude a violencia a las personas, a las cosas, a amenazas, al abuso de la debilidad de la víctima, destacándose así lo amplio de la noción.

2. Luego el artículo 404 especifica algunos de esos medios, para apoyar una represión más severa, en razón de la finalidad perseguida con ellos y la notoria eficacia que representan para vencer una oposición.

3. Cuando el legislador marca esta tendencia, esto es, distinguir algunos medios como constitutivos de violencia, no puede entenderse que solo opera para estas hipótesis, por fuera de las cuales ya no integran un concepto de violencia a las personas o a las cosas. El asunto demanda esta extensión y efectos. Obsérvese, por vía de ejemplo cómo el artículo 25, aparte 2º, presume la legítima defensa, cualquiera sea el daño que se cause al agresor, cuando se produce el escalamiento.

Por qué, entonces, una noción que siempre aparece en la ley como correlativa de violencia, sólo puede entenderse como tal cuando se la menciona de modo singular, para sustentar una intensificación de pena? Qué motivo impide que tenga eficacia para estructurar similar infracción (robo simple) aunque sancionada de modo más benigno? Por qué sirve para el robo agravado pero resulta inocuo en el robo básico? El legislador, repito, no ha querido restringir la aplicación de estas modalidades de la violencia; tampoco desnaturalizar su verdadero valor cuando expresamente las considera para verificar un aumento de sanción por atacarse así un lugar habitado. A las claras resulta que el escalamiento, la utilización de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o instrumentos similares, constituyen una violencia que, al no dirigirse a ese lugar preferencialmente tutelado tiene igual valor en el robo simple (automóviles, cofres, locales, etc.).

4. Surge como verdadero contrasentido que el legislador entienda esta conducta como violencia, para hechos y pena de mayor gravedad, pero niegue la apreciación, aunque la situación tenga íntima afinidad, para fenómenos de menor entidad. No hay razón válida para que el concepto de violencia, en estos casos, no opere de modo más generalizado y acorde.

5. Poco práctica y muy artificial es la tesis de sectorizar la violencia para señalar que algunas de sus modalidades encuadren en el 402 y otras en el 404 y que estas últimas exijan la aparición y concurso de las primeras. Equivaldría esto a exigir del delincuente una programación de su actividad en la cual señalara la violencia propia el 402 y la conjugable para el 404.

No se comprende muy bien esta distinción de porciones de violencia y menos cuando el 404 contempla el fenómeno de la efracción. Cómo pensar que el legislador, al reunir todo bajo la noción común de la violencia, quiso separar y luego reintegrar porque a ello equivale que primero se tenga que ejercer una fuerza propia al artículo 402 y luego otra exclusiva para el artículo 404? Lo que sería matiz lejanamente perceptible en la violencia presunta, sería imposibilidad en el caso de la perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana, igualmente mencionados en el artículo 404.

La tendencia más simple pero también más justa y técnica, es la que trata de reducir el hurto y robo al siguiente esquema: a) hurto, ajeno por completo a todo concepto de violencia, real o presunta, y que solo incorpora en su realización aspecto de destreza que no tengan que vencer adecuados resguardos o protecciones; b) hurto calificado, que implica efectos de violencia, real o presunta, que afectan a las cosas; y, c) hurto agravado, que comprende la violencia, real o presunta, a las personas. A esto se suele agregar, como elemento dosificador de pena, lo relacionado con la cuantía del ilícito.

Creo que las normas actuales pueden interpretarse más racionalmente. Ya se comenta que no es lo mismo el lugar habitado que el no destinado a morada, para computar una violencia presunta. Solo resta dar el paso de acordar para el concepto de violencia un alcance más conveniente. Los medios de fuerza, hoy en día, no producen siempre físicos rastros o huellas objetivas. La ciencia, aplicada a la empresa criminal, perfecciona medios de acción de notable contenido violento que no generan esas materiales consecuencias y mutaciones. La interpretación armónica está del lado de las explicaciones apuntadas, esto es, la que deja el hurto para los casos en que no intervenga un factor de violencia, sea éste real o presunto.

Con el debido comedimiento.

Diciembre de 1976.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

ACLARACION DE VOTO

Sala de Casación Penal.

Aprobado: Acta Nº

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Bogotá,

Vistos

El Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala Penal de Decisión el 26 de noviembre de 1974, por medio de la cual condenó a JOSE ARTURO MARIN a la pena principal de veinticuatro meses de prisión como autor de un delito de robo.

Antecedentes

1. El 29 de mayo de 1966 desapareció una camioneta de propiedad del doctor Modesto Ibarra Merlano, que había dejado aparcada frente al Secretariado Bilingüe, entre las avenidas sexta y séptima de la ciudad de Cali. Los ladrones abrieron la camioneta mediante el uso de llaves falsas, de alguna ganzúa u otro instrumento similar, pusieron a funcionar el motor y la movilizaron de dicho lugar. Posteriormente fue encontrado dicho vehículo pero ya desvalijado, por cuanto fueron retirados varios de sus accesorios, herramientas y partes del mismo.

2. El Juzgado Séptimo Penal Municipal, de plena jurisdicción a la sazón, por auto de 3 de noviembre de 1966, calificó el mérito del sumario con auto de enjuiciamiento contra José Arturo Marín, como autor del delito de robo de la camioneta, calificación proveniente del empleo de llaves falsas por parte de los ladrones, que facilitó la sustracción del vehículo.

3. Una Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali le impartió confirmación al auto de proceder mencionado, por providencia del 7 de noviembre de 1973.

4. Tramitado el juicio, el Juez Séptimo Penal del Circuito de Cali dictó sentencia contra José Arturo Marín, a quien condenó a la pena principal de cuarenta meses de prisión, lo mismo que a las sanciones accesorias de ley.

5. En desarrollo de la consulta ordenada por el fallador, el Fiscal Primero del Tribunal solicitó que se anulara lo actuado por haber sido calificado erróneamente como robo un ilícito de hurto, pues el empleo de llaves falsas no puede entenderse como violencia sobre las cosas. Pero el Tribunal no acogió el criterio de su colaborador fiscal, y le impartió confirmación a la sentencia condenatoria, aun cuando modificándola en cuanto a la pena privativa de la libertad impuesta, la cual rebajó a veinticuatro meses de prisión.

Demanda de casación

El Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. Invocó la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal "por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad", la cual hace consistir en que el delito imputado a José Arturo Marín es un hurto, porque no se empleó violencia contra la camioneta sustraída, y no un robo, debido a que el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar son simples agravantes del delito de robo, que siempre exige, como elemento estructurador, violencia física sobre las personas o cosas, o violencia moral sobre las

personas, o abuso de la debilidad de un menor. Y ninguno de esos medios fueron empleados para consumar el delito contra la propiedad del doctor Modesto Ibarra Merlano, que tuvo como objeto material una camioneta.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal no comparte los fundamentos de la demanda de casación, por cuya razón se abstuvo "de ampliar la demanda mencionada, de conformidad con la facultad otorgada por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Corte

El Capítulo II del Título 16 del Libro II del Código Penal contiene cuatro textos, cuya finalidad es la que se esboza a continuación:

El artículo 402 (sustituido por el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, y éste por el 8º de la Ley 21 de 1973) describe la figura básica del delito de robo.

El artículo 403 que legisla sobre las circunstancias de agravación y atenuación de la figura básica del robo.

El artículo 404 describe una figura especial, pero autónoma, del delito de robo.

Y el artículo 405 legisla de manera especial sobre la tentativa de robo.

El esquema anterior significa que el artículo 404 no se limita a describir especiales circunstancias de agravación de la figura básica, sino que enumera los casos en que se integra la figura especial del robo, cuya penalidad fluctúa entre los cinco y los catorce años de presidio, conforme lo establecido por el artículo 9º de la Ley 21 de 1973.

La penalidad de la figura especial del robo, según el artículo 404, es de mayor entidad que los casos de agravación contemplados por el artículo 403, debido a que se trata de situaciones de mayor significación.

En efecto, el numeral 1º se refiere al lugar despoblado. Aun cuando no se haya hecho violencia sobre las cosas o las personas, el robo se tipifica si el ilícito se comete en lugar despoblado porque la víctima, estando lejos de las autoridades y de los demás coasociados, está en situación de desprotección. De parejo modo, si el ladrón está armado, y tal circunstancia llega a conocimiento de la víctima, también se está en presencia de un robo, aun cuando no se haga uso del arma en contra del sujeto pasivo del ilícito. Basta la posibilidad de ese uso para que la víctima se sienta colocada en un plano de intimidación.

La coparticipación de varios delincuentes en la consumación del atentado contra la propiedad, siempre que estuvieren organizados en cuadrilla permanente, aun cuando ni las personas ni las cosas hayan sido objeto de violencia física, constituye violencia suficiente para predicar la existencia de la figura especial del robo, precisamente porque las defensas que el titular del derecho violado haya establecido estarían en trance de mayor peligro de ser vulneradas (numeral 2º).

En cambio el numeral 3º tiene la finalidad de proteger la morada de las personas y sus dependencias inmediatas, cuyo texto reza:

3º "Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar".

Por medio de sentencia de 7 de marzo de 1946, publicada en el Tomo LX de la Gaceta Judicial, la Corte fijó ese alcance:

"Según el texto del ordinal 3º del artículo 404, el delito se agrava cuando se comete en un lugar habitado, mediante violencia ejercida sobre las defensas o resistencias destinadas a proteger la propiedad de las cosas, violencia que puede efectuarse con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puertas o ventanas, o también con el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar. La frase 'instrumento similar' empleada por el legislador, puede comprender cualquier objeto que se utilice para ejercer sobre la cerradura un efecto mecánico semejante o análogo al que realiza la llave".

Lo anterior quiere decir que el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, para co-

meter el ilícito contra la propiedad, constituye el delito especial de robo que describe el artículo 404 cuando esos instrumentos han servido para penetrar en una morada o lugar habitado, o en sus inmediatas dependencias. Por tal razón, cuando el ladrón abre un cofre con llaves sustraídas o falsas, no comete un robo sino un simple hurto, siempre que no haya ejecutado la infracción con violencia sobre las personas o cosas. Cada caso particular debe ser analizado, para saber si hubo violencia o simple habilidad para el apoderamiento o sustracción de la cosa mueble ajena. En todo caso, como queda dicho, el empleo de las llaves sustraídas o falsas, ganzúas u otro instrumento similar, solamente convierten el hurto en robo cuando se han utilizado para entrar a un lugar habitado o a sus dependencias inmediatas.

El empleo de llaves falsas o ganzúas para abrir la camioneta de propiedad del doctor Modesto Ibarra Merlano, para sustraerla, es circunstancia indiferente en cuanto a la calificación del delito, porque no es lugar habitado, sino simple medio de transporte.

Por último, el numeral 4º del artículo 404 incluye varias manifestaciones de violencia, tales como maniatar o amordazar a las personas, o ponerlas en imposibilidad de obrar para defender la propiedad atacada por el agresor.

De lo dicho se desprende la conclusión de que el artículo que se viene examinando no recurre a ficciones sustitutivas de la violencia, sino que describe modalidades de ésta un tanto distintas a la noción de agresión física sobre personas y cosas. Por ejemplo, invadir un lugar habitado, contra la voluntad de quien vive en él, tal como lo hace el ladrón, constituye en primer lugar un delito contra la inviolabilidad del domicilio, y de contera, grave peligro contra la vida y la integridad personal. Y esto es violencia.

El Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali tiene razón en que el proceso es nulo como consecuencia de errónea calificación del delito, pero por razón jurídica diversa de la que le sirvió de base para impugnar la sentencia. Según el Fiscal, la nulidad radica en que la camioneta no fue violentada, que de haberlo sido, la circunstancia de que fue manipulada su cerradura con una llave falsa, o extraviada, con ganzúa u otro instrumento similar, habría convertido en robo el ilícito. Conforme el planteamiento hecho en esta providencia, la Corte llega a la conclusión de que el uso de llaves falsas, cuando tiene por finalidad penetrar a un lugar habitado o a sus dependencias inmediatas, para sustraer cosa mueble ajena, es elemento estructurador del delito especial de robo que describe el artículo 404, numeral 3º, del Código Penal. En cambio, el uso de tales instrumentos sobre edificios no destinados a morada de las personas, o de sus dependencias inmediatas, no encarna el delito especial de robo. Naturalmente, que si esas llaves falsas se emplean para abrir cofres, cajas o cualquier otro artefacto o mueble destinado a guardar cosas, la sustracción de éstas no sería un robo, sino un hurto.

Como es causal de nulidad de los procesos "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción" (numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), la sentencia impugnada será casada y declarada la nulidad a partir del acto procesal en que se incurrió en ella.

En mérito de las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

CASAR la sentencia de fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en Sala Penal de Decisión, por la cual condenó a José Arturo Marín a la pena principal de veinticuatro meses de prisión y a las accesorias de ley, como autor del delito de robo de una camioneta de propiedad del doctor Modesto Ibarra Merlano, y ANULAR el proceso a partir del auto de proceder, inclusive, para que se proceda a calificar el mé-

rito del sumario de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cóplese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, con salvamento de voto; *Luis Enrique Romero Soto,* con salvamento de voto; *José María Velasco Guerrero, Guillermo Moncayo,* Conjuez. *Fabio Calderón Botero,* con salvamento de voto.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el mayor respeto por los Honorables Magistrados que aceptaron la ponencia, convertida ahora en sentencia de la Sala, nos permitimos apartarnos de la tesis que constituye el fundamento de la decisión y que consiste en aseverar que cuando se usan llaves sustraídas o falsas debe preceder el empleo de la fuerza para que la conducta constituya delito de robo agravado ya que si no ha antecedido violencia, se está frente a un hurto.

A nuestro entender cuando se usan llaves sustraídas o falsas, lo mismo que cuando se penetra en un lugar cualquiera mediante escalamiento ya se está en presencia, por voluntad de la ley (artículo 404 Código Penal), de una forma de violencia, no material o moral, sino presunta por cuanto esas modalidades comisivas de la conducta punible han sido asimiladas a la fuerza por obra del legislador.

Este fenómeno no es extraño a nuestro derecho penal porque en varias partes el legislador ha presumido la fuerza, como ocurre con la violencia carnal de que trata el inciso segundo del artículo 316 ibídem, llamada, con razón, "ope legis" o aun en el mismo capítulo del robo con la modalidad consistente en abusar de la debilidad de un menor.

No estiman los suscritos que la simple redacción de la parte inicial del mencionado artículo 404 del Código Penal implique una referencia al artículo 402 del mismo ordenamiento en forma que presuponga, necesariamente, que debe preceder la conducta descrita en este último para que se den las agravantes que consagra el primero porque si así fuera lo menos que podría decirse es que la norma primeramente mencionada es redundante pues vuelve a exigir, en algunas de las modalidades que contempla, el empleo de la fuerza.

Se trata, en verdad, de modos comportamentales que el legislador sanciona más severamente por razones de política criminal.

Irureta Goyena, comentando una disposición del anterior Código Penal del Uruguay, semejante a la nuestra, dijo:

"La defensa privada resulta impotente contra los delincuentes que no se detienen ante la acción restrictiva de una cerradura. La protección social debe ser tanto más enérgica y asidua, cuanto mayores son los obstáculos de origen privado que ha salvado el malhechor para cometer su delito".

Y por su parte Quintano Ripollés, refiriéndose al Código Penal Español que también consagra la modalidad en estudio como agravante del robo (Art. 504) expresó:

"...la verdad es que la equivalencia, a todas luces artificiosa, del uso de las llaves falsas y la fuerza, data del Código Penal Francés, redactado en una época de plenitud de los postulados burgueses, preocupados primordialmente por la salvaguarda de la propiedad a toda costa y tendente a reforzar, por medio de la Ley penal, las insuficiencias de la técnica cerrajera. Pues, con arreglo a los más elementales criterios de lógica jurídica, y aún de semántica vulgar, es incuestionable que el uso de llaves falsas no constituye fuerza en las cosas y la ampliación que respecto a dicho medio se impone por la ley, integra una ficción, aun más visible que la ya consignada en torno al escalamiento" (Tratado, tomo II pág. 537).

Ni creen los suscritos que las anteriores consideraciones sean exclusivamente aplicables a legislaciones foráneas y no a las nuestras pues fuera de la raíz común que todas ellas tienen en el Código Penal Francés, el paso de éste a la legislación española y de ésta a muchas de las Hispanoame-

ricanas ha sido reconocido de antigua data.

Es así como el mismo Quintano Ripollés, en su obra "La influencia del Derecho Penal Español en las Legislaciones Hispanoamericanas" sostiene:

"Como suele suceder, aún en los cuerpos legales americanos más orgullosos de su modernidad, la Parte especial del colombiano es la más fiel a las tradiciones hispánicas, al ser menos apta para el despliegue de los lujos verbalistas del positivismo y requerir un tecnicismo más preciso y de inmediata aplicación práctica".

Y agrega más adelante:

"Los delitos contra la propiedad, del título XVI, especialmente los de hurto, robo y estafa, se constituyen al modo de España con alguna mayor sobriedad de tipos y menor relevancia de los cuantitativo, con lo cual el legislador colombiano ha logrado un incuestionable acierto" (págs. 135 y 136).

Sobra cualquier otro comentario sobre la procedencia de las citas de autores españoles respecto al tema dilucidado.

Finalmente, en lo que se refiere a la aplicación, al caso de autos, del principio "in dubio pro reo" los suscritos consideran, con el mismo respeto, que tampoco viene al caso.

El derecho penal moderno ha restringido el campo de aplicación de ese principio a las dudas que surjan en materia probatoria exclusivamente sin permitir que se utilice en referencia a las normas de derecho.

Y es que no puede concebirse que haya dos normas exactamente aplicables al mismo caso, que lo regulen de la misma manera, y una de las cuales le dé un tratamiento más favorable al autor del hecho.

Si existen dos normas que parezcan aplicables a la misma situación, el derecho de reglas para que solo una de ellas sea la que se aplique. Es esto lo que sucede en el llamado "conflicto de leyes" o "concurso aparente de leyes" para resolver el cual se echa mano de principios como el de la especialidad, la "lex consumens", la subsidiariedad etc.

Sobre el "in dubio pro reo" es pertinente citar a Manzini:

"Adviértase además, dice el notable tratadista italiano, que el pretendido principio exegético "in dubio pro reo" si es falso en cuanto al derecho penal, lo es más aun por lo que hace al derecho procesal penal. En efecto, en la duda, nada autoriza a inclinar la ley en favor del imputado: ni la razón, ni el derecho. Lo que es siempre en sí absolutamente obligatorio, es la determinación objetiva de la voluntad de la norma a interpretar resulta esta voluntad favorable o desfavorable a los intereses particulares del imputado. Por otra parte, es imposible que respecto de una determinada norma haya dos interpretaciones contrarias de idéntico valor lógico. El mencionado principio no se refiere a la interpretación de la ley, sino a la valoración de la prueba y a la decisión del Juez en el debate, el cual en la duda, tiene siempre la obligación moral de atenerse a la conclusión menos desfavorable a la libertad del imputado" (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, págs. 153 y 154).

Luis Enrique Romero Soto, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez.

BIBLIOTECA

RESOLUCIONES DE LOS JUECES PARA SANCIONAR A LAS PERSONAS QUE LES DESOBEDEZCAN O FALTEN AL DEBIDO RESPETO

Artículos 309 y 310 del Código de Régimen Político y Municipal y 39, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 66 de 14 de diciembre de 1976.

Vistos

El apoderado de la parte civil dentro del proceso penal que se ha venido adelantando contra el ex-Juez Promiscuo Municipal de San Pelayo (Córdoba), abogado RAMON ANTONIO QUINTERO PADILLA, por los delitos de prevaricato y detención arbitraria, interpuso apelación contra el auto de sobreseimiento definitivo mediante el cual fue calificado el sumario.

Cumplida la tramitación del recurso, se procede a decidirlo.

Antecedentes

1. El 23 de agosto de 1974, el Juzgado Promiscuo de San Pelayo (Córdoba), a cargo del abogado Ramón A. Quintero Padilla, inició sumario contra Antonio María Negrette por invasión arbitraria de una finca rural denominada 'La Caimanera', situada en el Corregimiento de Las Guamas, jurisdicción de San Pelayo, según la denuncia de Carmen Alicia Negrette Negrette, sobrina del acusado.

2. El procesado fue capturado el 4 de septiembre de 1974, por orden expedida por el juez, según consta en el oficio 285 dirigido al Director de la Cárcel del Municipio de San Pelayo. La captura se extendió hasta el día 6 de los citados mes y año, fecha en que el juez dispuso la libertad del acusado, conforme se comprueba con la copia del oficio 288.

3. El 5 se llevó a cabo la diligencia de indagatoria de Antonio Negrette, en la cual fue asistido por el abogado Aníbal Castro Rodríguez, cuya intervención explica el doctor Roberto Castro Osorio, en el memorial de denuncia: "Los familiares del señor Negrette solicitaron telefónicamente mis servicios profesionales a Barranquilla, el día mismo en que fue capturado por orden del juez de San Pelayo para oírlo en indagatoria. Mientras llegaba a ponerme al frente de la defensa del señor Negrette, y por insinuación mía, lo atendió en la indagatoria el doctor Aníbal Castro Rodríguez, mi sobrino carnal" (fl. 1 del sumario).

4. Cuando todavía estaba capturado, Antonio Negrette le confirió poder al abogado Roberto Castro Osorio, para que lo asesorara en el sumario.

5. Dos versiones suministra la investigación sobre lo ocurrido en el juzgado, cuando el apoderado presentó el memorial contentivo del poder:

a) El denunciante doctor Castro Osorio afirma que el Secretario "se negó a admitir tal poder, alegando que debía solicitar del doctor Castro Rodríguez, la sustitución del mismo. Como insistiera ante este funcionario para que se me aceptara como

apoderado de Negrette, o se me devolviera el poder a mí conferido, con la constancia secretarial de su no admisión, y ante la negativa de éste, en el sentido de no admitirme como mandatario judicial de Negrette y no hacerme constar en el poder la causa por la cual no se me aceptaba tampoco, con tono enérgico manifesté a dicho secretario, que su actitud era violatoria de la norma y arbitraria" (fls. 1 y 2);

b) El Secretario rindió la siguiente información:

"San Pelayo, septiembre 9 de 1974. Señor Juez Promiscuo Municipal. —E. S. D.— Con todo respeto me dirijo a usted para informarle en mi calidad de Secretario de este Despacho lo sucedido el día 7 del presente mes y año, a eso de las nueve y cuarto de la mañana se presentó al despacho el doctor Roberto Castro Osorio, y me preguntó si usted o yo le habían resuelto el poder que presentó el día anterior, le contesté que lo había pasado al Despacho y no me había ordenado usted dictara la providencia aceptándolo, seguidamente el doctor Castro Osorio arremetió de palabras contra mi persona, diciéndome que yo era el 'CHACHÓ', que era un arbitrario, que hacía lo que diera la gana, y me repitió esas palabras por varias veces, y yo le contestaba que yo no era el juez, que lo esperara a usted y que le resolviera eso, por lo que yo sólo soy el Secretario de este Despacho, entonces me decía de nuevo métame mándeme a meter que se lo repito de nuevo que usted es un arbitrario, yo soy abogado de los buenos y no más que todos los abogados, yo le contesté que yo no era abogado que se lo dijera a usted que es abogado. Se encontraba presente el sindicado Antonio Negrette Martínez, Emiromel Garrido, Director de la Cárcel Municipal después salí a la Alcaldía y le solicité al señor Alcalde Municipal que me hiciera el favor y presenciara el comportamiento del doctor Castro Osorio, y delante del señor Alcalde Municipal me repitió lo mismo y que hiciera lo que me diera la gana, que si quería me lo daba por escrito, yo le dije que me lo diera por escrito pero no lo hizo, todo esto fue en presencia de los testigos antes dichos, y hago constar que no fui capaz de contestarle mal, ni una palabra, sí le dije que bajara la voz que no se encontraba en su casa o en una galera, que estaba en un despacho y por lo tanto que supiera comportarse mejor. De esta manera dejo ante usted como jefe de este Despacho rendido el presente informe del comportamiento descortés del doctor Roberto Castro Osorio, para con mi persona y Secretario de este Juzgado. Para su conocimiento. — Atentamente. — Remigio Gómez Jiménez (fdo.) Secretario".

6. Emiromel Garrido Durango, Director de la Cárcel Municipal, rindió declaración el 10 de septiembre, para decir:

"Oí unas voces insultando al Secretario del Juzgado y entonces me aproximé a la oficina del juzgado para ver lo que pasaba y encontré al doctor Roberto Castro Osorio insultando al Secretario con palabras malas".

Cuando se le preguntó por las palabras proferidas por el doctor Castro, el declarante manifestó:

"Que el Secretario hacía lo que a él le daba la gana, que era un hombre irresponsable, que era un arbitrario y que él era el 'chacho'".

Esta declaración fue recepcionada por el Secretario Remigio Gómez Jiménez, no obstante ser la contraparte del doctor Castro.

7. El Alcalde José Vicente Villalba depuso en los siguientes términos:

"Estando en mi Despacho en las horas de la mañana se presentó el señor Secretario del Juzgado quien me solicitó viniera a presenciar los insultos que contra él profería un abogado quien se encontraba en el Despacho del Juzgado, exigiéndole que le tramitara un poder para poder actuar como apoderado del señor Antonio Negrette. El señor Secretario se negó a cumplir esta petición, alegando que no estaba su jefe inmediato en ese momento, quien era quien debía ordenar la tramitación. El doctor Castro Osorio, trató al Secretario de arbitrario inclusive diciéndole que tenía noticias de que ese siempre era su proceder, es decir la arbitrariedad. Al tratar de llamarlo al orden indicándole que como abogado no podía desconocer el hecho de que un subalterno no puede tomar ciertas atribuciones sin las órdenes de su jefe, el señor abogado alegaba que sí podía hacerlo y no lo hacía por ser una persona arbitraria. Yo me retiré una vez constado lo anterior".

También actuó como Secretario en la recepción de esta declaración, el mismo Remigio Gómez Jiménez.

8. Mediante memorial fechado el 5 de septiembre de 1974, pero presentado a las 10 y 15 a. m. del día 25 de dicho mes, el doctor Castro Osorio recusó al Juez doctor Ramón A. Quintero Padilla.

El texto del escrito reza:

"Como mandatario judicial del señor Antonio María Negrette, a quien se sigue ante su juzgado un proceso penal por el supuesto delito de DESPOJO, modificado a última hora por su Juzgado, concurro en el presente día a recusarlo a usted, a fin de que se declare impedido para seguir conociendo del sumario y lo envíe al Juez que corresponda.

"Invoco como causal para esta recusación, existir entre usted y el suscrito apoderado, una manifiesta enemistad, que no le permite tener la suficiente serenidad ni la suficiente ponderación para administrar justicia a mi cliente. Esta enemistad grave, la contempla el artículo 77 en su ordinal 5º del Código de Procedimiento Penal.

"El pasado viernes en las últimas horas de la tarde y cuando me encontraba en la Secretaría de su Despacho estudiando el expediente, usted en estado de manifiesta ebriedad, agredió al suscrito en forma vulgar, injuriándolo con las palabras más soeces y bajas, tratándolo de 'viejo imbécil' y otras expresiones similares. Inclusive usted llegó a amenazarlo con agredirlo físicamente.

"Esta reacción suya, fue producto de mi actuación anterior, en que manifesté a su Secretario, que la no aceptación del poder cuando fuí a representar al señor Negrette, era un acto arbitrario.

"Así los hechos, y como en el expediente encuentro manifiesta violación de la ley; comisión de actos constitutivos de delito y absoluta parcialidad de su parte para con mi defendido, me he dirigido a la Procuraduría denunciando todos estos hechos y pidiendo una severa investigación no sólo disciplinaria sino penal sobre su conducta.

"En estas condiciones usted no puede seguir conociendo del negocio por manifiesta enemistad con el suscrito apoderado y por ello lo recuso.

"Sírvase darle a esta recusación la tramitación que le señala el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal".

9. Al respaldo del memorial antes copiado, el Secretario del Juzgado dejó la siguiente constancia: "Recibido hoy 25 de septiembre a las 10,15 a. m. de 1974".

10. El mismo día en que el Juez fue recusado por el doctor Roberto Castro Osorio por existir enemistad grave en ellos, el recusado profirió la siguiente providencia:

"RESOLUCION NUMERO 007. — 25 de septiembre de 1974. — Por la cual se impone una sanción de arresto. — EL JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL DE SAN PELAYO, haciendo uso de sus facultades legales, y en particular de las que le confieren los artículos 39 del Código de Procedimiento Civil y 310 del Código de Régimen Político y Municipal, y CONSIDERANDO: 1º Que mediante denuncia presentada por la señorita Carmen Alicia Negrette Negrette, contra el señor Antonio María Negrette Martínez, por el delito de despojo, el día 21 del mes de agosto del presente año, fue iniciada dicha investigación, mediante auto de fecha de 23 de agosto del mismo año. — 2º Que el sindicado Antonio María Negrette Martínez, buscó los servicios profesionales del doctor Roberto Castro Osorio, para que lo representara en dicho proceso. — 3º El doctor Roberto Castro Osorio aceptó el poder conferido por el sindicado Antonio María Negrette Martínez, el día 6 de septiembre del año en curso, y fue posesionado el día 7 del mismo mes y año. — 4º Como el señor Secretario del Juzgado no le dio la posesión en forma inmediata, por no encontrarse el suscrito Juez en el momento, el doctor Castro Osorio arremetió con insultos y palabras ofensivas contra el secretario del Despacho. — 5º Se encuentran dos declaraciones de altas personalidades o funcionarios de este Municipio, quienes presenciaron los hechos ocurridos ese día, como lo son el señor Alcalde del Distrito y el señor Director de la Cárcel Municipal de este lugar. — 6º Que el doctor Castro Osorio siempre en su ejercicio profesional ha querido imponerse sobre las autoridades en forma violenta y desconcertante, pues posee una psicología antigua, que no encaja la actual, motivo por el cual cree que los funcionarios jóvenes estamos dispuestos a

rendirle pleitesía. — 7º Que se encuentra probado el irrespeto producido por el doctor Castro Osorio, contra el Secretario del Juzgado, mediante las declaraciones del señor Alcalde Municipal y Director de la Cárcel. — 8º Que los artículos 39, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil y 310 del Código de Régimen Político y Municipal, facultan a los Jueces de sancionar con arresto inconmutable hasta por cinco días. RESUELVE: Sancionar con arresto de setenta y dos (72) horas inconmutable al doctor Roberto Castro Osorio, los cuales cumplirá en la Cárcel Municipal de este lugar. Ejecutoriada esta Resolución se enviará copia al señor Comandante de la Policía para que la haga cumplir en forma inmediata. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. — El Juez (fdo.) Ramón A. Quintero Padilla. El Secretario (fdo.) Remigio Gómez".

11. En la diligencia de inspección judicial practicada por el Juez Segundo de Instrucción Criminal en el proceso contra Antonio María Negrette Martínez consta: "se comprobó que a folio 60 del cuaderno original del informativo, obra providencia del Juzgado Promiscuo Municipal de San Pelayo, de fecha septiembre 23 de 1974, mediante el cual el Juez Promiscuo Municipal, doctor Ramón Quintero Padilla, expresó que se encuentra impedido para conocer de dicho proceso, por lo expuesto por el memorialista, doctor Roberto Castro Osorio, apoderado del procesado (fl. 40). O sea, que el Juez se separó del conocimiento del proceso por ser enemigo grave del doctor Roberto Castro Osorio.

12. No obstante haber aceptado que concurría la causal 5ª de impedimento descrita por el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal (enemistad grave entre el Juez y el apoderado de la parte civil), el Juez Ramón A. Quintero Padilla continuó conociendo del trámite de la notificación y ejecución de la Resolución Nº 7 de 25 de septiembre de 1974, por medio de la cual sancionó al doctor Roberto Castro Osorio a 72 horas de arresto inconmutable, como se demuestra con el despacho comisorio número 1, que suscribió el 3 de octubre siguiente para que el Juez Penal Municipal de Cereté le notificara al sancionado la Resolución supradicha. Ese documento tiene el siguiente tenor:

"DESPACHO COMISORIO NUMERO 001 EL JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL DE SAN PELAYO. Al señor JUEZ PENAL MUNICIPAL DE CERETE, HACE SABER: Que en este Despacho se inició un juicio penal contra el señor Antonio María Negrette Martínez, por el delito de despojo, y que en virtud de tal denuncia, el sindicado solicitó los servicios profesionales del doctor Roberto Castro Osorio como su apoderado para que lo representara en dicho proceso. Que el doctor Roberto Castro Osorio en forma violenta y con palabras insultativas arremetió contra el Secretario del Despacho, faltándole así al respeto. Que contra el doctor Roberto Castro Osorio se ha dictado la siguiente Resolución que en su parte pertinente dice: ...'Resolución Número 007 de 25 de septiembre de 1974... RESUELVE: ...Sancionar con arresto de setenta y dos (72) horas inconmutables al doctor Roberto Castro Osorio, los cuales cumplirá en la Cárcel Municipal de este lugar... NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. — El Juez (fdo.) Ramón A. Quintero Padilla. El Secretario (fdo.) Remigio Gómez Jiménez. — Para que usted se sirva diligenciarlo y devolverlo a la mayor brevedad posible, ya que no ha sido posible de notificar personalmente al sancionado, se libra el presente despacho en San Pelayo, a los tres (3) días del mes de octubre de mil novecientos setenta y cuatro. — El Juez (fdo.) Ramón A. Quintero Padilla. — El Secretario (fdo.) Remigio Gómez Jiménez".

13. La diligencia de notificación se frustró porque el notificado dejó la siguiente constancia:

"SECRETARIA. — Cereté, octubre 10 de 1974. — Dejo constancia que el doctor Roberto Castro Osorio, al requerírsele para que se notificara de la Resolución y en cumplimiento a la comisión, se negó a hacerlo, alegando que para notificarse necesitaba conocer el texto completo de la Resolución para poder interponer recurso de reposición contra la misma. — Testigo el señor Juan Duarte. — Testigo (Fdo.) ilegible. — El secretario (Fdo.) ilegible. Hay un sello".

14. El Secretario del incidente con el abogado Castro Osorio, hizo la siguiente manifestación:

"SECRETARIA DEL JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE SAN PELAYO. — Se-

ñor Juez: Informo a Ud. con la presente Resolución, proferida por este Despacho que fue recibida el día 14 de octubre del presente año, proveniente del Juzgado Penal Municipal de Cereté y que el doctor Roberto Castro Osorio se negó a notificarse, pero lo hizo por medio de testigo. Esta Resolución se encuentra debidamente ejecutoriada. A su Despacho para que provea. — San Pelayo, 30 de noviembre de 1974. — El secretario (Fdo.) Remigio Gómez Jiménez".

A continuación se lee la providencia suscrita por el juez, cuya enemistad grave con el abogado Castro Osorio había hecho tránsito a su separación del conocimiento del proceso, en la cual se refleja el criterio torcido del ex-juez:

"JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL. — San Pelayo, tres de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro. — Visto el anterior informe de Secretaría y en vista de que la presente Resolución se encuentra debidamente ejecutoriada y el doctor Roberto Castro Osorio se negó notificarse de dicha Resolución, se ordena que tan pronto pise jurisdicción de este Municipio, se libre la correspondiente orden de captura y cumpla la sanción que le fue impuesta. — Cúmplase: — El Juez, (Fdo.) Ramón A. Quintero Padilla. — El Secretario, (Fdo.) Remigio Gómez Jiménez".

15. No obstante que el inciso 4º del numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil manda que "ejecutoriada la Resolución, se remitirá copia de ella al correspondiente funcionario del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente", el juez impedido, por haber aceptado que existía enemistad grave con el abogado Castro Osorio, produjo dos oficios en los cuales no se inserta copia de la Resolución sancionatoria:

"Oficio Nº 060. — Señor. — Comandante de la Policía Nacional. — La Ciudad. — Muy atentamente me permito solicitarle a Ud. se digne ordenar a quien corresponda capturar al doctor Roberto Castro Osorio, quien se encuentra en esta ciudad y ponerlo a disposición de este Despacho en la Cárcel Municipal de este lugar, para que así cumpla una sanción de arresto de setenta y dos (72) horas inconmutables por irrespeto a la autoridad. — Atentamente. — Ramón A. Quintero Padilla (Fdo.) Juez Promiscuo Municipal. — Es fiel y exacta copia de su original, expedida hoy en San Pelayo, a los once días de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975). — El Secretario (Fdo.) Remigio Gómez".

"Oficio Nº 062. — San Pelayo, 1º de abril de 1975. — Señor. — Director de la Cárcel Municipal. — La Ciudad. — Atentamente me permito solicitar a Ud. se digne mantener en ese establecimiento carcelario al doctor Roberto Castro Osorio, por el término de setenta y dos (72) horas de arresto como sanción impuesta de conformidad con la Resolución Nº 007 de 25 de septiembre del año de 1974 emanada de este Despacho. — Sírvase anotar la hora de entrada y una vez cumplida la citada sanción, puede otorgarle la correspondiente libertad. — Atentamente (Fdo.) Ramón A. Quintero Padilla, Juez Promiscuo Municipal. — Es fiel y exacta copia tomada de su original, la que expido y firmo en San Pelayo; a los veintinueve (29) días del mes de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975). — (Fdo.) Remigio Gómez, Secretario".

16. Consta a folios 61 y 62 del cuaderno principal, que el doctor Roberto Castro Osorio fue capturado el primero de abril de 1975 a las 9 y media de la mañana, habiendo ingresado a la cárcel media hora después. Aun cuando no hay constancia de su libertad, los autos informan que el abogado permaneció detenido durante nueve horas, por haber comprobado estar recién operado de la vesícula biliar y ser diabético, según dictamen del médico Miguel Moreno Ramos (fl. 84).

En efecto fue proferido el siguiente auto:

"JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE SAN PELAYO. — Abril primero de mil novecientos setenta y cinco. — Visto el anterior informe de Secretaría y una vez observado el dictamen del médico-perito, el Juzgado lo acoge y en consecuencia se ordena el traslado del doctor Roberto Castro Osorio al Hospital de Cereté ya que se ha demostrado que padece de una grave enfermedad y hallarse recientemente operado. En tal virtud ordénese la correspondiente orden de traslado. — CUMPLASE. — El Juez (Fdo.) Ramón A. Quintero Padilla. — El Secretario, (Fdo.) Remigio Gómez Jiménez".

Como consecuencia de tal ordenamiento, el juez acusado produjo esta comunicación:

"Oficio Nº 65. — San Pelayo, 1º de abril de 1975. — Señor. — Director Hospital Regional. — Cereté. — Atentamente me permito enviar a ese establecimiento asistencial al doctor Roberto Castro Osorio, quien por encontrarse enfermo debe cumplir una sanción de 72 horas de arresto, la cual le fue impuesta mediante Resolución Nº 007 de septiembre 25 del año pasado. — Así mismo solicito a Ud. la estadía de dicho señor en el establecimiento. — Atentamente. — (Fdo.) Ramón A. Quintero Padilla. — Juez Promiscuo Municipal".

17. El ex-juez Quintero Padilla explicó, en su indagatoria, la captura de su enemigo el abogado Roberto Castro Osorio:

"Una vez ejecutoriada la Resolución Nº 007 emanada del Juzgado Promiscuo Municipal de San Pelayo el Despacho dictó un auto en virtud del cual ordenaba la captura del doctor Roberto Castro Osorio tan pronto pisara jurisdicción del Municipio de San Pelayo, fue así que transcurridos varios meses si mal no recuerdo día después de la fiesta que celebran en Cotorra se presentó a eso de las ocho y diez a la Alcaldía de San Pelayo el doctor Roberto Castro Osorio en compañía de un hijo del señor Antonio María Negrette Martínez, creo que debe ser el Veterinario, pues no le sé el nombre. Yo me encontraba hablando con el señor Recaudador de Impuestos Nacionales de San Pelayo, señor Cornelio Hadda Alvarez. Cuando los señores Roberto Castro Osorio y su compañero señor Negrette se introdujeron al Despacho de la Alcaldía, mi persona salió de inmediato para el Despacho del Juzgado e hizo un oficio dirigido al señor Comandante de la Policía acantonada en San Pelayo para que me detuviera al señor Roberto Castro Osorio y pagara la sanción de setenta y dos (72) horas de arresto inconmutables, la cual ya le había ordenado en la susodicha Resolución. El doctor Roberto Castro Osorio fue conducido a la Cárcel Municipal por ahí como a las nueve y cuarenta y cinco de la mañana. El señor Negrette, compañero del doctor Roberto Castro Osorio se dirigió de inmediato a la Procuraduría Regional del Distrito Judicial en Montería para que se apersonara de las según ellos irregularidades del Juez Promiscuo Municipal de San Pelayo, más tarde se presentó el doctor Vinisio Bolaño Mercado, abogado adscrito a la Procuraduría revisó la Resolución y en ese momento no me hicieron cargos. El doctor Roberto Castro Osorio encontrándose detenido en la Cárcel Municipal de San Pelayo elevó un memorial al Juzgado alegando de que se encontraba recién operado y que padecía de diabetes, el Juzgado accedió a tal solicitud y nombró como médico perito al doctor Moreno quien rindió su diagnóstico médico. Se le dio posesión al médico perito y de inmediato se ordenó que el doctor Roberto Castro Osorio fuese trasladado y recluido en el Hospital Regional San Diego de Cereté para que cumpliera la sanción. Pero es el caso de que el doctor Roberto Castro Osorio no fue internado en dicho establecimiento asistencial según certificación expedida por el director de dicho establecimiento, motivo por el cual no cumplió a cabalidad la sanción impuesta, y en tal virtud consideró que es un PROFUGO DE LA JUSTICIA".

18. El director del Hospital dio al investigador explicación distinta sobre este asunto:

"El director del Hospital Regional San Diego de Cereté, de acuerdo a oficio Nº 090 de ese Despacho a su digno cargo, — CERTIFICA: — Que el doctor Roberto Castro Osorio se presentó a este Centro Asistencial y no fue internado por carecer de orden médica que lo acreditara como enfermo. El doctor Castro Osorio no ha vuelto en solicitud de nuestros servicios. — De Ud. Atte. — Hospital Regional San Diego (Fdo.) ilegible. — En letra, Alvaro Lengua Puche. Médico - Director".

19. En el proceso hay prueba de que el procesado ejercía el cargo de Juez Promiscuo Municipal de San Pelayo (Córdoba) para la época en que ocurrieron los hechos que han sido materia de la investigación.

20. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería calificó el sumario con un auto de sobreseimiento definitivo en favor del ex-juez acusado.

21. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha conceptuado en el sentido de considerar ajustado a derecho el auto calificatorio apelado, por cuya razón pide que se le imparta confirmación.

Consideraciones de la Corte

Tanto el Código de Régimen Político y Municipal (Arts. 308 y 310) como el Código de Procedimiento Penal (Art. 39 numeral 2º) confieren a los jueces la facultad de sancionar a las personas que "les desobedezcan o falten al debido respeto", según el primero, o "a quienes le falten el debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas", conforme al segundo.

El poder disciplinario se le atribuye al juez para que lo ejerza cuando es víctima de un irrespeto en los momentos en que está ejerciendo sus funciones, o cuando por razón de dicho ejercicio, se le irrespeta, como cuando es ofendido verbalmente o de hecho, por haber tomado alguna determinación durante la tramitación de un proceso. Pero cuando es uno de sus subalternos el irrespetado, el Juez no tendría atribución para imponer las sanciones contempladas por los artículos 309 del Código de Régimen Político y Municipal y 39, numeral 2º, del Código de Procedimiento Civil, a no ser que la falta se haya consumado en su presencia, y que pudiera interpretarse como irrespeto al mismo juez.

El irrespeto a un subalterno judicial, por parte de un abogado, puede constituir un delito o una contravención, además de falta disciplinaria, pues el artículo 61 del Decreto 196 de 1971 dispone que las sanciones disciplinarias se aplicarán "sin perjuicio de las acciones y sanciones civiles y penales a que hubiere lugar".

Según la información del Secretario para el Juez, que se transcribió como hecho 5 de esta providencia, el incidente entre el abogado Roberto Castro Osorio y el dicho Secretario ocurrió cuando el Juez no se encontraba en el Juzgado. De lo cual se deduce que no lo presenció, y por lo tanto no podría entenderse que el presunto irrespeto al Secretario también lo fue para el Juez. Además, ese irrespeto no se llevó a cabo cuando el juez ejercía sus funciones, ya que estaba ausente del juzgado. Ni tampoco fue la consecuencia del ejercicio pasado de tales funciones, porque el incidente sucedió porque el Secretario no quería aceptar el poder que se le había conferido al abogado Castro Osorio, según la versión de éste, o porque el abogado pretendía que el Secretario dictara el auto por medio del cual debía tenérsele como apoderado y le diera la posesión del caso, conforme al dicho del Secretario.

De lo expuesto emana la consecuencia, ante el alegado irrespeto por el Secretario del juzgado de que lo hizo víctima el abogado Roberto Castro Osorio, de que el poder disciplinario del juez no tenía cabida. En efecto, los caminos a seguir no podían ser otros que los siguientes:

a) Si el irrespeto constituía un delito contra la integridad moral del Secretario (calumnia o injuria), el ofendido hubiera podido incoar querella contra el abogado (Art. 347 del C. Penal);

b) Como el irrespeto pudo constituir una contravención, en caso de que no fuera uno de los delitos de calumnia o injuria, el competente para sancionar al abogado lo era el Alcalde de San Pelayo, como autoridad policiva;

c) En su denuncia afirma el abogado Castro Osorio:

"Si se me fuera a sancionar por esta supuesta falta, debería aplicárseme el artículo 50 del Decreto 196 de 1971 y sancionárseme con la sanción disciplinaria allí contenida, y siguiendo el procedimiento allí contemplado (Arts. 69 y 70)";

Como la querella por delitos contra la integridad moral caduca en seis meses (Art. 324 del C. de P. P.), y la acción penal originada en contravenciones prescribe en un año (Art. 115 del C. P.), apenas estaría vigente la acción penal por la posible falta disciplinaria.

Tesis del Tribunal de Instancia

El sobreseimiento definitivo, en favor del ex-juez acusado, lo funda el Tribunal en la interpretación extensiva que hace sobre el vocablo "juez", que emplea el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. Afirma que el sustantivo juez no sólo significa la persona de quien desempeña las funciones de tal, sino la de todos los empleados de un juzgado, en forma que el irrespeto a un portero, escribiente o secretario, lo es para la entidad, vale decir, del juez.

La realidad es que la norma procesal citada le otorga al juez poder discrecional para sancionar "a quienes le falten el debi-

do respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas". Se trata de la descripción típica de conducta a la cual va ligada una sanción. Si no es el juez el sujeto pasivo del irrespeto, se estaría en presencia de un caso de atipicidad, por cuya razón jurídica el juez carecería de competencia para fulminar una sanción que solamente está autorizado cuando dicho funcionario es el sujeto pasivo de la agresión. Siguiendo las voces del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, que define el cuerpo del delito, al faltar elemento objetivo de tanta trascendencia como lo es la acción ofensiva en contra del específico sujeto pasivo a quien se refiere el numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, es forzoso concluir que no hay cuerpo del delito de la falta.

El sobreseimiento definitivo también lo abroquela el Tribunal en otro argumento que no es posible compartir.

El ex-juez dijo en su indagatoria:

"En tal virtud se le tramitó el apoderamiento otorgado al doctor Castro Osorio y fue así como quedó en libertad el señor Antonio María Negrette Martínez, en vista de todo esto y estando (en el) despacho del señor juez, éste de manera muy cordial y respetuosa le llamó la atención al distinguido jurista y éste (se) sublevó nuevamente contra el juez, fue así como mandé buscar la Policía para que me lo detuvieran por irrespeto, cuando la Policía llegó, el señor Castro Osorio se rebajó un poco y yo le he dicho de que por ese día podía irse pero que más tarde vendría la sanción" (fl. 73).

El Tribunal adereza un argumento con elementos extraños al orden jurídico estatuido, al decir:

"Ello quiere significar en sana lógica deductiva que la falta requerida por la norma en cita para la justificación de la sanción, la cometió el profesional denunciante no sólo contra la persona del Secretario del Despacho, sino también contra el juez, motivo por el cual carece de relevancia probatoria su afirmación de que los agravios fueron dirigidos sólo contra el primero y aun cuando en la Resolución mencionada no se hubiesen consignado las faltas cometidas contra el jefe de la Oficina" (fl. 156).

Al argumento esgrimido por el abogado Roberto Castro Osorio sobre la incompetencia del ex-juez acusado para emitir la Resolución Nº 007 de 25 de septiembre de 1974, mediante la cual fue sancionado aquél con 72 horas de arresto inconmutable, por irrespetos al Secretario del juzgado, el Tribunal responde diciendo que aun cuando esa Resolución fue proferida con motivo de los irrespetos al Secretario, y aun cuando el juez no tuviera atribución para dictarla, esa Resolución tiene pleno contenido jurídico porque el juez también fue irrespetado por el abogado sancionado. Esto es, que la Resolución tiene una motivación secreta, que no figura en su texto. Tal vez esa sea la razón por la cual al abogado sancionado le fue notificada únicamente su parte resolutiva, como puede verse en el hecho 13 de esta providencia, con franca violación del artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto manda que al interesado se le dará conocimiento de la providencia mediante la diligencia de notificación. Toda providencia o Resolución contiene una parte considerativa y otra resolutiva. El conjunto de ambas es lo que integran las determinaciones interlocutorias. Como el despacho comisorio, que el ex-juez procesado dirigió al Juez Penal Municipal de Cereté, para que notificara al sancionado doctor Castro Osorio, no incluía la copia de la parte motiva de la resolución, sino únicamente la resolutiva, es por lo que hay que concluir que la notificación no se surtió en forma legal, sin que sea válido el argumento de que la síntesis de la motivación incluida en el despacho comisorio equivalga a la motivación.

El ocultamiento de la resolución sancionatoria se pone de manifiesto al no enviar copia de ella al funcionario de policía, para su cumplimiento, como lo dispone el inciso 4º del numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil. A folios 45 y 47 corren copias de los oficios cursados a las autoridades policivas y carcelarias, en los cuales apenas se hace mención de la resolución, pero no se inserta su texto, como puede leerse en el hecho 15 del presente proveído.

Las infracciones penales imputadas

Dos son las conductas que pueden imputarse al acusado:

Prevaricato

En su carácter de juez profirió una Resolución para sancionar a un abogado, no por irrespeto al propio juez, sino al secretario. El artículo 39, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil le atribuye poder disciplinario al juez para sancionar con pena de arresto inconmutable hasta por cinco días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. El ámbito de esta atribución queda circunscrito al estrecho límite de que la falta se cometa contra el juez, por ser una excepción al principio general de que el poder policivo solamente pueden ejercerlo los funcionarios investidos de tales atribuciones. Los jueces, por ser miembros de la Rama Jurisdiccional, tienen la misión de administrar justicia. Cuando por excepción se les confiere competencia en materias administrativas o policivas, la ley les atribuye, de manera taxativa, la función.

Resulta violatorio de la ley, pretender la extensión, por vía de interpretación, del claro texto del numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, como lo hace el Tribunal para encontrar justificación jurídica al abuso de una precisa atribución del poder policivo de los jueces para imponer penas correccionales.

Cuando el juez dicta una Resolución, como en el caso de autos, sin tener competencia, y a sabiendas de que se extralimita en el ejercicio de una excepcional función policiva, comete un delito de prevaricato. En efecto, si el citado numeral 2º del artículo 39 le da autorización al juez para fulminar la pena de arresto a quienes ejecuten la conducta descrita en dicha norma, desviar ese poder policivo hacia situaciones diferentes a la contemplada en tal precepto, constituye auténtico abuso.

El comportamiento del ex-juez es claro indicio de que, de propósito, violó la ley:

a) Sancionó a un abogado, no por irrespeto al juez, sino a su secretario, siendo así que el poder disciplinario se le concede únicamente para decretar arresto inconmutable contra quien le falte al debido respeto, pero no en cualquier momento, sino cuando está ejerciendo sus funciones de juez, o por razón de ellas;

b) Dictó la Resolución sancionatoria cuando ya había sido recusado, por grave enemistad con el abogado sancionado;

c) No obstante haber aceptado que era enemigo grave del profesional Castro Osorio, comisionó a un juez de Cereté para notificar la Resolución a su enemigo;

d) En el despacho comisorio no se insertó el texto íntegro de la Resolución, sino únicamente su parte resolutiva, lo cual implicaba que al abogado sancionado se le estaban ocultando los fundamentos de la pena impuesta, con lo cual se le negaba el derecho de interponer el recurso de reposición a que tenía derecho;

e) El ex-juez acusado consideró que equivalía a notificación, según los términos del artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, la petición hecha por el notificado al secretario del juez comisionado, de que se insertara en el despacho comisorio la totalidad de la Resolución sancionatoria para poder conocerla y reclamarla;

f) El ex-juez no envió al funcionario policivo de San Pelayo copia de la Resolución, una vez que la consideró ejecutoriada, en consonancia con lo establecido con el cuarto inciso del numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, sino que decidió mantenerla como documento oculto, para esgrimirlo contra el abogado Roberto Castro Osorio cuando éste "pise jurisdicción" del municipio donde desempeñaba sus funciones judiciales:

"Visto el anterior informe de Secretaría y en vista de que la presente Resolución se encuentra debidamente ejecutoriada y el doctor Roberto Castro Osorio se negó notificarse de dicha Resolución, se ordena que tan pronto pise jurisdicción de este Municipio, se libre la correspondiente orden de captura y cumpla la sanción que le fue impuesta";

g) Seis meses después de haber sido dictada la Resolución, el ex-juez se dio cuenta de que su enemigo, el abogado por él sancionado en condiciones tan irregulares, estaba en la Alcaldía de San Pelayo. Como se le presentó la esperada ocasión de vengarse de su declarado enemigo, con la celeridad digna de mejor causa procedió así:

"Mi persona salió de inmediato para el Despacho del juzgado e hizo un oficio diri-

gido al señor Comandante de la Policía acantonada en San Pelayo para que me detuviera al señor Roberto Castro Osorio y pagara la sanción de 72 horas de arresto inconmutable, la cual ya le había ordenado en la susodicha Resolución. El doctor Roberto Castro Osorio fue conducido a la Cárcel Municipal por ahí como a las 9 y 45 de la mañana" (fl. 73 vto.);

h) Cuando el profesional había permanecido 9 horas en la cárcel, el ex-juez su enemigo lo liberó, por enfermedad comprobada, y dispuso que permaneciera con calidad de detenido en el Hospital de Cereté, durante 72 horas más. Lo cual significa que el ex-juez elevó en 9 horas más la sanción que había impuesto por Resolución que él estimaba dizque ejecutoriada;

i) Sin entrar a analizar el contenido de las declaraciones del Alcalde y del Director de la Cárcel de San Pelayo que sirvieron de respaldo probatorio a la Resolución sancionatoria, habría que formularles el reparo de que tales pruebas las levantó el mismo secretario que protagonizó el incidente con el abogado Castro Osorio.

Los hechos indiciarios que se han relacionado constituyen conjunto de antecedentes suficientes para llegar a la conclusión de que el ex-juez acusado cometió un delito de prevaricato al dictar la Resolución número 7 de 25 de septiembre de 1974, porque no tenía competencia para proferirla, porque era enemigo grave del abogado a quien encarceló y porque la tramitación y ocultamiento de la Resolución, durante seis meses, ponen de manifiesto el ánimo de retaliación y no la recta administración de justicia.

En efecto, ese comportamiento es el descrito por el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 como infracción penal, porque el acusado, siendo Juez Promiscuo de San Pelayo (Córdoba), dictó una resolución contraria a la ley, no sólo a sabiendas de que lo era, sino guiado por el motivo innoble de la venganza.

Detención arbitraria

Al hacer ejecutar la Resolución 007 de 25 de septiembre de 1974, el ex-juez Quintero Padilla atentó contra otro bien jurídico, como lo es el de la libertad individual. Los elementos conformadores de este delito se encuentran plenamente establecidos:

a) El autor desempeñaba el cargo de juez;

b) Privó de su libertad al abogado Roberto Castro Osorio;

c) El juez abusó de sus funciones porque, no teniendo competencia para sancionar con arresto a quien irrespetó a su secretario, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, profirió una Resolución mediante la cual ordenó encarcelar a un abogado, porque lo había recusado por grave enemistad, y cuya causal prosperó, porque el recusado la aceptó (Art. 295 del C. P.).

Auto de proceder

Del estudio que se deja hecho fluye la consecuencia de que estando plenamente probado el cuerpo del delito de los ilícitos de prevaricato y detención arbitraria, cometidos por el procesado, se impone la revocatoria del proveído que calificó el mérito del sumario con un sobreseimiento definitivo, para sustituirlo con auto de proceder, conforme el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

Detención preventiva

Como los delitos de prevaricato y detención arbitraria están sancionados con prisión, y se reúnen los requisitos que para proferir auto de detención exige el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, según ha quedado ampliamente explicado, se tomará tal determinación.

Investigación disciplinaria

Tal como lo afirma el abogado Roberto Castro Osorio en la denuncia, su conducta con el Secretario del Juzgado Promiscuo de San Pelayo (Córdoba) podría constituir falta contra el respeto debido a la administración de justicia, por cuya razón el Tribunal ordenará la expedición de copia de las piezas procesales indispensables, para que resuelva si debe iniciar proceso disciplinario contra el mencionado profesional.

La decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º REVOCAR el auto apelado y, en su lugar, llamar a juicio al abogado Ramón Antonio Quintero Padilla, de 36 años para la época en que rindió indagatoria, como autor de los delitos de prevaricato y detención arbitraria, en concurso material, cometido cuando ejercía el cargo de Juez Promiscuo Municipal de San Pelayo, Departamento de Córdoba, que describe el Código Penal en su Libro Segundo, Título 3º, Capítulo 5º y Título Once, Capítulo 2º respectivamente.

2º Notificar esta providencia al encausado dando cumplimiento a las ordenaciones del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual se comisiona al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

3º Decretar la detención preventiva del abogado Ramón Antonio Quintero Padilla, para cuya efectividad se expedirán las órdenes de captura con destino al F-2 y al D.A.S. de Montería (Córdoba).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Mario Alario Di Filippo, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. Secretario.

PREVARICATO

Elemento objetivo. El emento subjetivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre catorce (14) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado: Acta Nº 67 de 14 diciembre/76.

Vistos

Por apelación, corresponde a la SALA revisar la providencia del once (11) de febrero de este año que emite el Tribunal Superior de Bogotá para enjuiciar, por los delitos de "Prevaricato" y "Concusión" al doctor Edilberto Borrego Jiménez, según hechos sucedidos cuando éste desempeñaba el cargo de Juez 36 Penal Municipal en esta misma ciudad. El defensor del encausado solicita se dicte para él un sobreseimiento definitivo o, subsidiariamente, uno temporal. El Ministerio Público, representado por el Procurador 1º Delegado en lo Penal, conceptúa que debe confirmarse en su totalidad la providencia en alzada. Se resuelve el punto de la siguiente manera.

De la minuciosa revisión de las piezas de convicción que conforman la sumaria, aparecen los hechos que se consignan en los siguientes Resultandos:

1. Como denunciante aparece aquí el doctor José Heladio Bolívar Rivera, "Abogado Coordinador de las Comisarías de Policía Judicial del Ministerio de Justicia", amigo personal de Enrique Cárdenas Acosta. Dicha denuncia está formulada ante el Comisario Nacional de Policía del Centro, Hernando Patiño Isaza. Nombra como denunciados al Juez Edilberto Borrego Jiménez, al secretario de éste Jairo Saavedra Quijano, al escribiente u oficial mayor Luis Gilberto González, y al particular, abogado Alfonso Tobón Londoño. A todos los coloca de acuerdo en la acusación de haber solicitado dinero para excarcelar a Cárdenas Acosta, y haberlo recibido. De los nombrados el único que tiene fuero de juzgamiento es el Juez y al Tribunal de Bogotá se enviaron copias de la actuación realizada a raíz de dicha denuncia.

2. Con base en las copias de que se da cuenta al final del párrafo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá abrió esta investigación el día veintidós (22) de enero de 1975 (fl. 129) y, entre otras cosas, ordenó la indagatoria del Juez 36 Penal Municipal involucrado en los hechos denunciados. Se comisionó al Juzgado 49 de Instrucción Criminal. El doctor Borrego Jiménez aparece indagado (folios 191 a 231) y en su indagatoria se dijo víctima de calumnias y trampas que atribuye al doctor Bolívar Rivera a quien dice denunció, y al Comisario Patiño Isaza a quien también denunció.

3. Se comprobó el carácter de Juez en el sindicado, así: a) Acuerdo Nº 25 del 20 de agosto de 1973 (fl. 357) mediante el cual se le nombra; b) Acuerdo Nº 29 del 30 de agosto de 1973 (fl. 358), mediante el cual se le confirma el nombramiento; y c) Acta de Posesión del 30 de agosto de 1973 (fl. 359). En la diligencia de Inspección Judicial que se realizó en el Juzgado 36 Penal Municipal, ya en desarrollo de esta investigación, aparece al frente del Juzgado. Allí mismo se comprueba que le correspondió conocer del proceso seguido a Enrique Vicente Cárdenas Acosta por denuncia de Odilio José Suárez. Además, el sindicado no ha negado estos hechos.

4. Mediante la unión de dos (2) diligencias de Inspección Judicial practicadas aquí se puede establecer que Odilio José Suárez formuló denuncia escrita en contra de Enrique Cárdenas Acosta ante el Juzgado 9º Penal Municipal de Bogotá el día 23 de septiembre de 1974. Al día siguiente se encontraba dicha denuncia en el Juzgado 36 Penal Municipal en donde aparece radicado el proceso correspondiente en el Libro Radicador Nº 16, al folio 43 y con el Número 6235. Se habla de posibles delitos de "Estafa" y "Abuso de confianza". La ratificación del denunciante se produjo el día 28 de noviembre y el 30 de noviembre se abrió la investigación. Existen dos telegramas de citación para el denunciado y, en vista de que no se tiene noticia alguna de él se le manda capturar el día 9 de diciembre. Por el día 27 se le captura y queda a disposición del Juzgado. El día 28 se le recibe ampliación de denuncia a Suárez. No aparece indagatoria del capturado. La denuncia puede resumirse así, contando la diligencia de ratificación y la de ampliación: Suárez afirmó haber comprado a Cárdenas una camioneta marca "Chevrolet", placas D-78-265, modelo 1954, en $ 34.000 que pagó en su totalidad. Sin embargo, Cárdenas en los dos años que van corridos no le ha entregado papeles de propiedad y, por tanto, "no ha cumplido con lo ya estipulado en el documento". Agrega que Cárdenas debe unos $ 6.480.00 al antiguo dueño del vehículo y que éste amenaza con secuestrar dicho aparato. Aporta el dato de que Cárdenas hizo un abono a dicha deuda por valor de $ 1.500.00. Sobre estos puntos gira la denuncia.

5. El Juez 36 Penal Municipal puso en libertad a Enrique Cárdenas Acosta mediante un auto que dice así:

"Una vez rendida la diligencia de indagatoria en este proceso el incriminado Enrique Vicente Cárdenas Acosta, se tiene que la imputación que le fuera formulada por el supuesto delito de estafa unida al acopio probatorio de que trata el proceso, los elementos exigidos por el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal no se reúnen y entonces se debe proceder como lo ordena el artículo 437 de la misma obra.

"Así las cosas, el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal de Bogotá, D. E., dispone:

"Primero: Líbrese boleta de libertad a favor del incriminado Enrique Vicente Cárdenas Acosta.

"Segundo: Siéntese diligencia compromisoria a fin de que el incriminado haga una primera presentación el día lunes treinta de los corrientes en la hora de las ocho de la mañana y luego lo hará cada tres días. Cúmplase".

Se repite que no hubo indagatoria del sindicado. Y se agrega que este auto fue confeccionado en el Juzgado 36 Penal Municipal de Bogotá antes de que el Secretario marchara con el expediente a la Cárcel en donde se encontraba Cárdenas Acosta. Ya se había recibido el dinero sobre el cual gira esta investigación y que el doctor José Heladio Bolívar dice prestó Baltazar Castillo para que le fuera entregado al juez que lo había exigido para poner en libertad al sindicado.

6. El denunciante, doctor José Heladio Bolívar, Baltazar Castillo que dice prestó el dinero que fue fotocopiado antes de ser entregado al Juez y al Secretario, y Dora Helena Rodríguez de Cárdenas, esposa del sindicado Cárdenas Acosta, afirman que el Juez Borrego Jiménez y su Secretario Saavedra Quijano, pidieron y obtuvieron la entrega de los dineros para conceder la libertad a Cárdenas Acosta. Formulan cargos también en contra del abogado Alfonso Tobón Londoño y a éste se refiere también Flor María Cárdenas que es hermana del sindicado, y el propio sindicado cuando dice que se entrevistó con él cuando ya estaba capturado pero que no le ha otorgado poder de representación. La suma que se dice exigida y que fue inicialmente fijada en cinco mil pesos ($ 5.000.00) se elevó luego a ocho mil pesos ($ 8.000.00).

7. José Heladio Bolívar solicitó la intervención en este caso del Comisario del Centro, Hernando Patiño Isaza, y en una tienda de la carrera 10ª, Nº 5-90, el Juez Borrego Jiménez fue capturado y llevado a la Comisaría Central, sitio éste en donde antes de que se le requisara como se había ordenado, entregó ($ 5.000.00) cinco mil pesos y unas fotocopias de los mismos que coincidieron con otras que el Comisario ya tenía en su poder. Jairo Saavedra Quijano, que es el Secretario, Edilberto González Díaz, que es el Oficial Mayor, y el abogado

Alfonso Tobón Londoño, venían capturados desde la Cárcel Modelo luego de liberar a Cárdenas Acosta. En poder del Secretario se encontraron dos mil novecientos pesos ($ 2.900.00) que coinciden con los fotocopiados. Las fotocopias fueron sacadas por Bolívar Rivera y por Castillo Domínguez en las dependencias del DAS.

8. En su indagatoria el doctor Borrego Jiménez se dice inocente, y víctima de toda una serie de calumnias, trampas y atropellos por parte de José Heladio Bolívar de un lado y Hernando Patiño Isaza de otro. Afirma haberles denunciado. Que estaba en posesión del dinero de que se habla en el resultado anterior, no lo niega. Dice sí que voluntariamente lo entregó en la Comisaría Central y que dijo lo tenía por cuenta de un proceso que marchaba en el juzgado a su cargo, y a manera de depósito por restitución en un caso de estafa. En cuanto a la posesión del dinero, al tenerlo consigo, afirmó que se lo había llevado por temor a las inseguridades de la oficina. Afirma que por haberse dejado conmover de quienes se dijeron familiares del capturado Cárdenas Acosta y porque le dijeron que un hijo de éste iba a contraer matrimonio esa misma tarde y si no se le excarcelaba no podría asistir a la ceremonia y a la fiesta, aceptó recibir ese dinero. Además los bancos estaban cerrados. De él partió, según su afirmación, la idea de fotocopiar dicho dinero y una persona que le vio contarlo y cotejarlo con las fotocopias fue Isidro Lugo Bolaños que trabaja en el Juzgado 37 Penal Municipal. Agrega que varios amigos suyos, concretamente, María Dolores Rodríguez v. de Jiménez, Jairo Blanco Rondón y Hermencia Jiménez de Blanco, se encontraban en su despacho cuando tal cosa ocurrió. Agrega que luego de este recibo del dinero ordenó a su secretario que se trasladara a la Cárcel y diera comienzo a la diligencia de indagatoria de Cárdenas mientras él, que tenía que cumplir una cita, llegaba. Además se confeccionó el auto de libertad y se expidió la boleta correspondiente. Todo lo firmó el indagado. Posteriormente y ya cuando fue capturado por el Comisario Patiño Isaza, requisado y encalabozado y trasladado a la Cárcel, se dio cuenta que uno de los que se hacían pasar por familiares de Cárdenas Acosta era en verdad el doctor José Heladio Bolívar. Palabras suyas en la indagatoria, son las siguientes: "Yo en vista de tanta insistencia, tantos ruegos, tantos lamentos, mirando también de que era fin de año, también mirando de que ese día se casaba el hijo del sindicado, mirando también de que era un delito de estafa y ya yo sabía que no había mérito para proferir auto de detención, pensé y les dije: los voy a ayudar... etc". (fl. 196). El subrayado es de la SALA.

9. Citados como amigos suyos y presentes al momento en que se habló del depósito de dinero aparecen María Dolores Rodríguez v. de Jiménez (fl. 275), Jairo Blanco Rondón (fl. 367) y Hermencia Jiménez de Blanco (fl. 369). Los tres declaran de conformidad con lo que en su indagatoria dice el sindicado. También lo hace así, al folio 279 Isidro Lugo Bolaños. E igual cosa sucede con los policiales Cristóbal Cotrino Monguí (fl. 286) y Manuel Rueda León (fl. 353). Estos dos policiales se encontraban en el juzgado, según el juez y ellos lo dicen, cooperando en labores de repartimiento de asuntos.

10. En relación con los hechos investigados, no con lo que sucedió después ni con los pormenores que rodearon la captura del Juez sindicado y de los demás sindicados, declararon para la investigación: Doña Elena Rodríguez de Cárdenas (fl. 390), Enrique Vicente Cárdenas Acosta (fl. 395), Flor María Cárdenas (fl. 400), el doctor Alfonso Tobón Londoño (fl. 163), el Comisario Hernando Patiño Isaza (fl. 321), Antonio José Ortiz (fl. 364) que es un oficinista de las Comisarías Nacionales de Policía Judicial, Baltazar Domínguez que fue quien prestó el dinero fotocopiado, Jairo Saavedra Quijano (fl. 254), Luis Gilberto González Díaz (fl. 154). Más los nombrados en el resultando anterior. Y agrega al Agente José Gildardo Marín Bermúdez (fl. 413) a quien el Comisario ordenó requisara al juez.

Las consideraciones de la Sala

1. En cuanto al cargo de "Prevaricato" que aparecen en el auto de calificación recurrido, la SALA considera que tal infracción no existe en la conducta seguida por el juez sindicado. En efecto se sabe, que ex-

carceló a Enrique Vicente Cárdenas Acosta sin escucharle en indagatoria y mediante la emisión de una providencia en la cual se afirma que se le recibió esa declaración sin juramento. En verdad, desde el momento en que recibió el "dinero (y es esta una conducta distinta constitutiva del delito de "concusión"), ya había decidido dejarle en libertad y él, más que nadie, sabía que no había base probatoria alguna para sustentar un auto de detención en su contra. Cuando envió a su Secretario a la Cárcel ya éste llevaba la providencia confeccionada en el Juzgado y la boleta de libertad. Se le había dicho que indagara primero al capturado, o que iniciara la diligencia que luego continuaría el propio juez. Pero no sucedió así por la intervención de otras personas y Cárdenas Acosta resultó liberado y con la obligación de presentarse periódicamente al Juzgado 36 Penal Municipal.

Es contraria a la ley la providencia que excarcela a un individuo contra el cual no existe base suficiente para mantenerle en prisión? Forzoso es concluir con una respuesta negativa para este interrogante. Y si esto es así, resulta claro que al emitir esa providencia el juez no prevaricó. Y no prevaricó porque basta leer la denuncia y su ratificación y conocer todo cuanto el denunciante Odilio José Suárez dijo en su ampliación, para llegar a la conclusión cierta de que en el fondo de todo este asunto se agita una cuestión de carácter meramente civil que no debió ser llevado ante las autoridades penales. Es más, si el juez se hubiera detenido un poco en el examen de los elementos que de las diligencias citadas se desprenden (menos la de ampliación que fue posterior), bien habría podido abstenerse de abrir investigación en este caso mediante la emisión de un "auto inhibitorio" (artículo 320 del Código de Procedimiento Penal). Pero abrió la investigación y, como el mismo lo dijo, cuando se decidió "a ayudar" a los familiares del capturado para que éste saliera de la cárcel y pudiera concurrir al matrimonio de su hijo, ya sabía que en el expediente no había mérito alguno para detenerle. En consecuencia, lo justo era ponerle en libertad.

Ya en otra ocasión, auto de 30 de septiembre de 1976 en proceso seguido a Hildebrando Morato Arango, esta SALA sostuvo, en un caso que tiene cierto parecido a éste aunque es distinta la acción allí cumplida, que en estas condiciones no existe el elemento objetivo propio del delito de prevaricato comisivo consistente en que se haya dictado un auto contrario a la ley y se trae una cita de Sebastián Soler, que a la letra, dice: "En el aspecto que ahora consideramos, sin embargo, es indispensable que la resolución efectivamente sea contraria a la ley, con lo cual queda excluido del prevaricato la resolución maliciosamente dictada en la convicción de que era contraria a la ley y que no lo sea en la realidad, es decir, que no prevarica el juez que se equivoca y 'comete una ilegalidad'. Un pronunciamiento de ese tipo podrá ser corrupto pero no prevaricante".

Bastante reducidos son los razonamientos que en orden a la deducción de este delito trae la providencia recurrida y, siguiendo el concepto del Ministerio Público, se dice allí que el juez acusado inventó un procedimiento. En esta segunda instancia es más claro el Procurador 1º Delegado en lo Penal cuando cita, en apoyo de lo que sostiene, la infracción en el caso de autos del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal que habla de la terminación de la indagatoria o del vencimiento del término señalado en el artículo 434 del mismo Código para proceder a decretar la libertad del capturado e indagado, o del simplemente capturado luego del vencimiento del para indagarle, o para dictarle auto de detención. Y elimina, por absurda, la disculpa que en su indagatoria trae el sindicado cuando afirma que la indagatoria si se iba a recibir. En verdad, basta leer la providencia de excarcelación para darse cuenta que el juez sí tenía en mente recibir esa indagatoria pues en el texto de la providencia que se ha considerado contraria a la ley, habla de que el sindicado fue efectivamente indagado. O, lo que es lo mismo, desde que confeccionó dicha providencia y envió al secretario con ella y con la boleta de libertad a la cárcel, lo hizo sobre la base de que se le recibiría esa indagatoria. Solamente los acontecimientos que después se precipitaron le impidieron cumplir sus propósitos. Lo importante es que

no se dejó en la cárcel a un individuo contra el cual no existía siquiera una acusación consistente pues solamente se trataba del incumplimiento de un contrato. Y, ya en este campo, las irregularidades procedimentales en que incurrió el juez, allí donde "cometió una ilegalidad", según la cita de Soler, no alcanzan a constituir un delito de prevaricato. No infringió, en consecuencia, el artículo 2º, inciso 1º, del Decreto 2525 de 1963 que sustituyó al artículo 168 del Código Penal. La providencia apelada será revocada en este punto.

Cosa distinta sucede con la deducción de un delito de "concusión" en la conducta del juez sindicado y, en este terreno, la SALA se encuentra de acuerdo con los conceptos del Ministerio Público, tanto en primera como en segunda instancia, y con las consideraciones de la Sala de Decisión que calificó el mérito de la sumaria. La infracción que se carga al doctor Borrego Jiménez es la prevista en el artículo 156 del Código Penal, que dice así: "El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquiera otra utilidad, incurrirá en prisión de uno a seis años". El juez sindicado obró en ejercicio de sus funciones, malamente, torcidamente, ilegalmente, cuando exigió dinero, para sí o para el denunciante que en este caso vendría a ser un tercero, por dejar en libertad al capturado Cárdenas Acosta. No se trata de una treta o de una trampa que le tendiera el doctor José Heladio Bolívar Rivera que aparece como denunciante en este caso. Bolívar Rivera obró sobre la base de todo cuanto le había dicho Dora Helena Rodríguez de Cárdenas acerca de la petición de llevar una suma de dinero al Juzgado 36 Penal Municipal para obtener la excarcelación de su marido. Bolívar Rivera y Castillo Domínguez se apersonaron en el Juzgado en compañía de dicha mujer y escucharon esa misma petición. Y el asunto se vuelve más turbio aún para el juez sindicado si se tiene en cuenta que ni podía oficiosamente exigir restituciones, ni podía hacerlo de ninguna manera si se daba cuenta que no había mérito alguno para detener al sindicado y su deber era excarcelarlo, como él mismo lo dice, "con o sin restitución", o con o sin depósito de dinero. El dinero lo recibió el doctor Borrego Jiménez. Luego se le encontró ese dinero en su poder y fuera de las instalaciones de la oficina a su cargo. Otra suma se encontró en poder de su Secretario o del abogado Tobón Londoño que aparece aquí como un intermediario o como uno de esos abogados que tienen conexiones con algunos juzgados. Que el mismo hubiera sugerido el sistema de fotocopiar los billetes, o que dicha idea partiera de Bolívar Rivera o de Castillo Domínguez, es cuestión que ni quita ni pone en este caso. Sobran, en consecuencia, todos esos testimonios que han venido al proceso para comprobar este extremo. Quería el Juez sindicado recibir ese dinero y lo recibió. Si no hubiera dicho a la mujer del preso que se necesitaba para darle libertad ésta no se habría preocupado por buscar ayudas en orden a liberar a su marido según las pretensiones del juez. En consecuencia, por este aspecto del asunto, ninguna objeción puede formularse a la providencia recurrida y, por tanto, será confirmada.

Por las consideraciones antecedentes, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL,

Resuelve:

1. REVOCAR la providencia apelada únicamente en cuanto deduce para el procesado doctor EDILBERTO BORREGO JIMENEZ, de condiciones civiles conocidas de autos, un delito de "Prevaricato", por los análisis, comprobaciones y razonamientos consignados en la parte motiva de esta providencia.

2. CONFIRMAR, en todo lo demás, la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

LESIONES PERSONALES

Su comprobación. Lesiones personales solas o sin pluralidad de sujetos pasivos y sin concurrencia de otro delito de más alta entidad, pues cuando el delito de "lesiones personales" concursa con uno de más gravedad, es el delito mayor el que asigna la competencia juzgadora.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre catorce (14) de mil novecientos setenta y seis (1976).

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Aprobado: Acta Nº 67 de 14 diciembre/76.

Vistos

El veintinueve (29) de enero de este año, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la sentencia de condena a un (1) año de prisión que, sobre la base de varios veredictos afirmativos de responsabilidad, impuso el Juzgado 4º Superior al procesado José Libardo González Romero. Contra esta decisión interpuso recurso extraordinario de casación el defensor del condenado y lo sustentó por medio de apoderado sustituto. Procede la SALA a resolver el asunto.

1. Los hechos que originaron el proceso

Por la noche del tres (3) de marzo de 1970, a eso de las siete y media, en la carretera que de Ibagué conduce a la población de Alvarado, en el Departamento del Tolima, en el sitio denominado "Leticia", el autobús que conducía José Libardo González y que estaba afiliado al "Rápido Tolima S. A.", chocó contra un camión con remolque de la empresa "Texas Petroleum Company" que su conductor, Leoncio Grueso Sinisterra, había estacionado en la margen derecha de la vía. Murieron los pasajeros Amanda Betancourt de Sánchez, Carlos Julio Arboleda Rodríguez y Francisco Javier Escobar Jaramillo. Quedaron varios heridos, veinte (20) o veintiuno (21) en total, según se afirma. De éstos sólo seis (6) aparecen con reconocimientos médicos en el expediente y de los restantes sólo se saben sus nombres y apellidos que se encuentran en distintas piezas iniciales del expediente.

2. La investigación y la actuación subsiguiente

Las diligencias preliminares de investigación se realizaron por la Alcaldía Municipal de Alvarado y el auto cabeza de proceso que la declaró legalmente abierta fue emitido por el Juzgado Promiscuo del mismo lugar. Los conductores González Romero y Grueso Sinisterra aparecen vinculados a la indagación de lo sucedido. Cerrada la etapa investigativa los dos fueron llamados a responder en juicio con intervención de Jurado por los delitos culposos concursantes de "Homicidio" y "Lesiones Personales" en Hernando Sánchez Durán. Esta calificación la impartió el Juzgado 4º Superior de Ibagué. El juez del conocimiento, fundamentándose en el hecho de que no se habían fijado consecuencias definitivas para las heridas sufridas por Alicia Ruiz, José Joaquín Morales, Carlos Alvarez, Ruperto Peña Morales y Belisario Devia, ordenó la expedición de copias del proceso y su envío a las autoridades de Policía, por competencia, fundamentándose en los resultados de los

exámenes provisionales existentes. Recurrida en apelación esta providencia, el Tribunal Superior de Ibagué revocó la determinación de expedir copias e incluyó en el enjuiciamiento a los heridos examinados que el juzgador de primera instancia había excluido. En lo demás, confirmó la calificación. González Romero y Grueso Sinisterra quedaron enjuiciados por un concurso de tres (3) homicidios y seis (6) lesiones personales culposos y así llegaron a la audiencia pública al final de la cual, se contestó afirmativamente para todos los cuestionarios que se propusieron en relación con el primero, y negativamente para los que se propusieron en relación con el segundo. González Romero fue condenado en primera instancia a un (1) año de prisión y se le concedió "condena condicional". Grueso Sinisterra fue absuelto. Esa sentencia fue confirmada por la que ahora es objeto del recurso, tal como en la parte inicial de esta providencia se dijo.

3. La demanda y la causal de casación que invoca.

Propone el demandante que se case la sentencia por haberse dictado "en un juicio viciado de nulidad" (num. 4º, Art. 580 del Código de Procedimiento Penal) y formula varios cargos que se resumen y transcriben así:

1. Cuando se produjo la calificación del proceso, el Tribunal Superior de Ibagué pretermitió una instancia "en relación con cinco delitos de lesiones personales, con lo cual se violaron los mínimos derechos que respaldan la nulidad del juicio en nuestra Constitución y en el Código de Procedimiento Penal". Esto porque el Juez Superior había deducido un solo delito de lesiones personales, aquél de que se dice fue víctima Hernando Sánchez Durán, y el Tribunal agregó aquéllos de que fueron víctimas Alicia Ruiz, José Joaquín Morales, Carlos Alvarez, Ruperto Peña, Morales y Belisario Devia. Por no haberse tratado el punto en la primera instancia, dice, no podía tratarse en la segunda y, en apoyo de su alegación cita una providencia de la Corte del 4 de octubre de 1973, y otra del Tribunal Superior de Bogotá del 4 de diciembre del mismo año. Por esto, concluye "se impidió el uso de los recursos contra el llamamiento a juicio por delitos que no habían sido objeto de calificación en la primera instancia", y ello genera nulidad constitucional y legal.

2. Se comprobó que muchas de las personas que resultaron lesionadas, catorce (14) en total, según cuentas que hace el demandante, no fueron reconocidas por los médicos. El recurrente dice que fueron ignoradas por los juzgadores y no se hizo referencia alguna a ellas en los autos de calificación. Deduce de allí que "también se incurrió en nulidad constitucional, ya que sobre esos hechos existió, se repite, imputación de cargos, y se dejó sin resolución alguna la situación de los sindicados", y agrega que su poderdante "tenía el sagrado derecho a que todos y cada uno de los cargos que se le formularon, recibieran no solamente investigación, sino calificación y fallo". No hubo entonces en el auto de proceder una concreción "clara y precisa" de cargos tal como lo exige la ley y lo ha dicho la jurisprudencia. Cita en su apoyo una providencia del 20 de junio de 1972, de la CORTE.

3. Utilizando la expresión "En este mismo orden de la nulidad constitucional", dice que es grave error del Tribunal de Ibagué el haber revisado parcialmente la sentencia (que era una sola) en cuanto a la condenación de González Romero y haberse abstenido en cuanto a la absolución de Grueso Sinisterra. Error porque la Ley 17 de 1975, en su artículo 3º, le da la potestad de revisar sin limitaciones la providencia apelada. De esta manera, dice, se dejó trunca la finalización del proceso, con lo cual se violó también el artículo 26 de la Constitución Nacional. Concluye así: "...de todas formas, no debemos olvidar que sí interesaba en grado sumo a mi poderdante que se pronunciara sobre toda la sentencia, porque el grado de responsabilidad que le correspondía estaba íntimamente ligado con el sagrado de responsabilidad del otro sindicado, como que habían sido llamados a juicio por culpa 'en concurrencia', y si bien es cierto que ese grado de responsabilidad para efectos de la pena principal no tiene mayor importancia, para los efectos de la condena al pago de daños y perjuicios sí la tiene (subrayado

en el original) y si se hubiera pronunciado el Tribunal, por ejemplo, declarando la contraevidencia del veredicto absolutorio pronunciado en favor del señor Leoncio Grueso, por razón de la existencia de la compensación de culpas en materia penal, la obligación netamente económica de pagar perjuicios, sería menor para González, pues posiblemente en ello le acompañaría con su cuota respectiva el señor Grueso en caso de condena". Se trata entonces de una nulidad de carácter supralegal lo que alega, según luego lo consigna en su escrito.

4. Finalmente, y en subsidio como expresamente lo dice, habla de nulidad legal por "incompetencia del juez" (Art. 210 del Código de Procedimiento Penal número 1º) ya que cuando el Tribunal Superior de Ibagué colocó en el auto de proceder cinco (5) delitos de lesiones personales "era incompetente, porque aun no se había surtido la primera instancia con relación a esos cinco delitos". Concluye así: "Lo anterior indica que, conforme a lo estatuído por el artículo 580, numeral 4º, es dable también acusar el fallo recurrido, por esta razón".

4. La contestación del Ministerio Público

En cuanto a la agregación de cinco (5) delitos de lesiones personales que el demandante dice no podía agregar el Tribunal por no haber sido deducidos en la primera instancia, dice el Procurador 3º Delegado en lo Penal que no puede prosperar el cargo porque, "como lo reconoce el señor Apoderado", apelado el auto de proceder podía el superior revisar dicha providencia sin limitación alguna. Además, el solo hecho de ordenar la expedición de copias con destino a otra autoridad para esos cinco (5) casos, constituye un pronunciamiento. Al referirse al último de los cargos planteados, aquél en donde se alega en subsidio una nulidad legal por incompetencia del juez, dice el Procurador 3º Delegado en lo Penal que para desechar ese último cargo bastan las razones presentadas al tratar del primero "pues se apoya en las mismas consideraciones, sin que por tanto, pueda prosperar".

En cuanto al hecho de "no comprender la calificación todas las lesiones causadas" dice que si existen esos otros lesionados no se afecta el proceso "pues su trámite y calificación no podía sujetarse a este factor, ante la imposibilidad de su examen, ya que tal requisito hubiera conducido a su paralización definitiva... etc". Tampoco encuentra el Ministerio Público ninguna imprecisión en los cargos formulados en el auto de proceder y, lo que es más, afirma que no puede "reconocerse al procesado interés jurídico para atacar la calificación por este aspecto, por no haberse demostrado posibles consecuencias, ya que de haberse establecido se agravaría el cargo en su contra y sería más difícil su situación... etc.". En cuanto a las lesiones no comprobadas, las catorce (14) a que alude el recurrente, el Ministerio Público dice "que pueden ser objeto del trámite pertinente, si llegaran a demostrarse".

Por lo que hace a la omisión del Tribunal de revisar la absolución de Grueso Sinisterra porque según se dijo no era consultable la providencia en dicha parte y en dicha parte no había sido apelada, dice el Ministerio Público que la interpretación sobre la consulta "puede resultar errada toda vez que en razón del concurso de delitos sería imponible una pena superior a cinco años en el caso referido". Pero, agrega, no se ve interés jurídico al procesado recurrente al proponer una nulidad que hace relación a persona diferente. Y, en cuanto a una posible condenación solidaria al pago de perjuicios, ello presupondría una posible declaración de contraevidencia del veredicto absolutorio que para Grueso Sinisterra emitió el Jurado. En consecuencia, solicita el Procurador 3º Delegado en lo Penal que se deseche el recurso.

5. Las consideraciones de la Sala

El primer cargo formulado a la sentencia, aquél que se fundamenta en una pretendida preterm isión de instancia, carece de consistencia y, por tanto, impide que el recurso prospere por este aspecto. En efecto, resulta cierto que el Juez 4º Superior de Ibagué equivocó el procedimiento al calificar los hechos investigados y rompió la indudable conexidad que entre ellos existe. Esto, porque en presencia de seis (6) casos comprobados de lesiones personales y

tres (3) casos de homicidio comprobados también, y también culposos, por el sólo hecho de establecer en cinco (5) de ellos la ausencia de reconocimientos médicos definitivos, decidió sacarlos del proceso y, con base en dictámenes provisionales, ordenar su traslado al conocimiento de las autoridades de Policía. Pero no es cierto que también errará el camino el Tribunal que revisó esa providencia por apelaciones de los defensores y de uno de los procesados; por el contrario, al enmendar el yerro e incluir esos cinco (5) casos en el enjuiciamiento, no solamente obró con plena potestad para hacerlo así, sino que puso más orden en la calificación de los hechos. No hubo, en consecuencia, pretermisión de instancia sino ejercicio correcto de competencia funcional.

En tratándose del delito de "lesiones personales", el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal dispone que se practiquen al lesionado los reconocimientos médicos "que fueren necesarios", entre otros puntos para "comprobar" los efectos que produzcan. Esos efectos permiten: a) fijar la competencia del juzgador (Arts. 36, 37 y 38 del Código de Procedimiento Penal con las modificaciones que introdujo el artículo 5º de la Ley 17 de 1975, y también los artículos 39 y 40 del Código de Procedimiento Penal en su caso); b) establecer si se da —con las limitaciones del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal, o sin ellas—, la hipótesis prevista en el artículo 378 del Código Penal; y d) ubicar la infracción en cualquiera de las disposiciones que van del artículo 372 al 381 del Capítulo II, Título XV, Libro 2º del Código Penal. Esto que se dice resulta exacto para casos de "lesiones personales" solas, con o sin pluralidad de sujetos pasivos y sin concurrencia de otro delito de más alta entidad, pues cuando el delito de "lesiones personales" concursa con uno de más gravedad, el de "homicidio" como sucede en este caso, es el delito mayor el que asigna la competencia juzgadora, rige el procedimiento a seguir y domina en la dosificación de la pena (Arts. 31 y 33 del Código Penal y 39 y 40 del Código de Procedimiento Penal). El delito de "lesiones personales" queda, en esta segunda hipótesis, subordinado procedimental y penalmente al delito principal, sin que por esto pierda su propia fisonomía. Basta entonces la comprobación de su existencia, con o sin reconocimientos médicos completos, porque en todo lo demás sigue tras el delito que determina los efectos del concurso, de la conexidad o de la acumulación si es que ésta se presenta. Siendo lo anterior así, resulta claro que en el caso de autos no se necesitaban dictámenes o reconocimientos definitivos para cinco (5) de los casos de "lesiones personales" comprobadas, pues debían marchar con tres (3) homicidios perfectamente comprobados. No tenía razón el juez de primera instancia para sacarlos del proceso y lanzarlos a una órbita de competencia distinta y, al colocarlos en el sitio que les correspondía, el Tribunal acertó. Cabe exigir dictámenes completos para efectos de una posible indemnización de perjuicios en razón de la mayor o menor gravedad de las consecuencias de las heridas sufridas, pero no son necesarios esos dictámenes para efectos de la calificación, del juicio y la sentencia.

Sostiene el recurrente que no podía obrar de esta manera el Tribunal y el Agente del Ministerio Público al contestar la demanda dice que es el propio demandante el que afirma que cuando una providencia es apelada, y el auto de calificación lo fue, el superior que debe revisarla tiene facultad para decidir sin limitación alguna. Debe apuntarse aquí que cuando el auto del Tribunal se produjo, el siete (7) de febrero de 1973, no regía, como resulta obvio, la Ley 17 de 1975 que es el estatuto al cual se refiere el recurrente para hacer la afirmación que el Ministerio Público vuelve en su contra. Sin embargo, este pequeño error cronológico no entorpece el razonamiento pues lo cierto es que apelada la providencia, los apelantes deben estarse a las contingencias del recurso. Podría pensarse incluso, que la apelación estaba encaminada a obtener la revocatoria de la decisión equivocada del juzgador de primera instancia en relación con las copias que ordenaba expedir para extraer del proceso cinco (5) casos de "lesiones personales" que debían adelantarse en unión del único que incluyó y de los tres (3) homicidios. Con esto bien podía pretenderse que no se formara un proceso distinto contentivo a su vez de un concurso de cinco (5) delitos culposos

de "lesiones personales". Pero si se arguye que lo que acaba de decirse no pasa de ser una simple hipótesis, resulta bien claro que el juzgador de primera instancia sí se pronunció sobre los cinco (5) casos de "lesiones personales" por el sólo hecho de decidir, equivocadamente como queda demostrado, que de ellos debían conocer las autoridades de Policía. La segunda instancia abierta por apelación estaba precisamente destinada a enmendar posibles errores del inferior jerárquico y podía perfectamente revocar esa determinación sin pretermitir la instancia. Y no viene al caso la cita de la providencia de la CORTE del cuatro (4) de octubre de 1973, porque en el caso de autos ya se encontraba establecido el concurso de tres (3) homicidios y una (1) lesión personal, y restaba solamente decidir si aquéllas que tenían prueba de su existencia en el proceso, aunque carecieran de dictámenes definitivos, debían quedar o no en el auto de calificación. Lo dicho entonces al principio: el recurso no puede prosperar por este aspecto.

Otra objeción que hace el recurrente a la sentencia impugnada y que considera constituye también nulidad supralegal y ausencia de precisión en la concreción de cargos, se refiere al hecho de haber incluido en la calificación solamente seis (6) casos de "lesiones personales", cuando en verdad existen constancias en el proceso, con enunciación de nombres y apellidos de los heridos, de que fueron veinte (20). Es decir, que quedaron catorce (14) por fuera del proceso y los procesados tenían derecho a que se incluyeran todos. No parece de recibo que se agite un recurso extraordinario de casación para obtener la nulidad de la actuación cumplida, el retroceso consiguiente del proceso, y una nueva calificación en la cual se coloquen nuevos cargos para los sindicados y, en especial, para aquél de quien la casación proviene pues de él proviene el mandato que permitió interponerla. Podría pensarse que quien así procede va en pos de una posible prescripción de la acción penal, si se tiene en cuenta que los hechos aquí investigados sucedieron en la noche del tres (3) de marzo de 1970, para el evento de que se anulara el auto de proceder y la prescripción quedara sin esa traba que la interrumpió casi al cabo de tres (3) años de sucedido el hecho y el cómputo correspondiente tuviera que hacerse con base en esta última fecha.

Es evidente que varios casos de lesiones en distintos pasajeros del autobús que fue a estrellarse contra el camión remolque estacionado a un lado de la vía, quedaron en la sombra por la imposibilidad de llevar al reconocimiento médico a los distintos lesionados cuyos nombres y apellidos sí aparecen en el expediente en distintas piezas atendibles. Esa omisión investigativa produjo el resultado de que sólo seis (6) casos fueran incluidos en el procesamiento y que los procesados se beneficiaran de la ineficacia o imposibilidad de la administración de justicia para encontrar y hacer examinar a los catorce (14) heridos restantes. La no inclusión en el auto de calificación de estos casos no engendra nulidad constitucional ni legal, ni disminuye a los procesados garantías de defensa. Por el contrario debe aceptarse que esa ineficacia o imposibilidad de que se habla les favoreció aunque nada hicieran por conseguir este favor. Que más tarde pudieran aparecer esos catorce (14) heridos y que se investigara todo cuanto con ellos se relaciona para armar así un nuevo proceso con multiplicidad de lesiones es punto que no se cuestiona por parte del recurrente sino que surge del concepto del Ministerio Público, allí donde se dice, en la página 12 de la contestación de la demanda: "Aparte de que pueden ser objeto del trámite pertinente, si llegaren a demostrarse". Al concepto del Procurador 3º Delegado en lo Penal debe oponerse el principio de la "cosa juzgada", pues concluido el proceso que se abrió en contra del procesado cuyo defensor recurre en casación, ya los catorce (14) casos restantes de lesiones en otros tantos pasajeros no podrían ser objeto del "trámite pertinente" porque las deficiencias del juzgamiento, aquéllas que le favorecen, no pueden cargarse en su contra. Dice el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal que: "El procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aunque a éste se le dé una denominación distinta" y

resulta incuestionable que ya el procesado fue juzgado y condenado por el hecho que produjo veinte (20) heridos, de los cuales solamente se reconoció a seis (6), y tres (3) muertos. No podría revisarse el proceso para meter en él los catorce (14) que se quedaron por fuera porque no hay procedimiento previsto para tal coyuntura. Además, bueno es apuntarlo, aun en el caso imposible de que pudieran ser "objeto del trámite pertinente" como lo dice el Procurador 3º Delegado en lo Penal, a ello se opondría la prescripción de la acción penal que hace buen tiempo se consumó para esas lesiones omitidas.

No puede decirse, en consecuencia, que hubo imprecisión o inexactitud en la concreción de cargos en el auto de proceder. Así lo considera también el Agente del Ministerio Público que conceptúa. Ello resalta de todo cuanto se ha dicho en los párrafos antecedentes y, por tanto, por este otro aspecto tampoco prospera el recurso.

Otro cargo se refiere a la revisión parcial de la sentencia de condena pues el Tribunal Superior de Ibagué se abstuvo de decidir sobre la absolución del procesado Grueso Sinisterra, por considerar que la sentencia no había sido apelada en este punto y, por otra parte, que no era consultable de acuerdo con lo que establece el numeral 1º de la Ley 17 de 1975, vigente ya para la época en que la sentencia se produjo. Hubo una apreciación errada en este punto porque los delitos concursantes de homicidio y lesiones personales permitían un cómputo que en definitiva hacia exceder de cinco (5) años la sanción privativa de la libertad señalada. Este error lo puntualiza el Procurador 3º Delegado en lo Penal. Resulta evidente, sin embargo, que la alegación de nulidad por este aspecto, no beneficia al procesado recurrente. Para modificar la determinación de absolver al procesado Grueso Sinisterra se necesitaría que pudiera pregonarse que el veredicto que le libró de responsabilidad fue contrario a la evidencia de los hechos, pues en tratándose de un juicio con Jurado no podía el juzgador de segunda instancia revocar esa determinación para convertirla en condena. Para esto, y en ello hay acuerdo con el recurrente, la apelación de la sentencia, que es una sola en verdad, concedía a quien debía revisarla plenitud de poderes en relación con ella (artículo 3º de la Ley 17 de 1975). Que de haber sido condenado habría variado la obligación de pagar perjuicios para González Romero porque el artículo 92 del Código Penal dispone para el juez la obligación de condenar "solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado", y Grueso Sinisterra habría quedado obligado también, no se discute, pero a pesar de que se considere equivocada la actuación del Tribunal Superior de Ibagué, lo cierto es que Grueso Sinisterra escuchó un veredicto que lo libró de responsabilidad, que fue absuelto por el juzgador de primrea instancia, y que así permanece. Lo demás es puramente hipotético y no afecta en nada la responsabilidad penal que se reconoció para el único condenado. Lo dicho, sin contar con que en materia de perjuicios fue condenado en forma genérica y no puede afirmarse que dicha condena hubiera sido menor para él por concurrir Grueso Sinisterra a la misma condena si hubiera sido condenado. Tampoco prospera, por este otro aspecto, el recurso.

Finalmente, el recurrente repite el primero de los cargos formulados a la sentencia, aquél que hace consistir en la inclusión de cinco (5) casos de lesiones personales por parte del Tribunal cuando el juzgador de instancia había deducido uno (1) nada más. En esta ocasión el mismo cargo lo formula no ya como productor de una nulidad constitucional, o supralegal sino ubicable en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, o lo que es lo mismo, por "incompetencia del juez". Todos los razonamientos que en su momento se hicieron para decir que el Tribunal de Ibagué había acertado cuando tal cosa hizo y que lo hizo con plena potestad y en ejercicio de competencia funcional indudable, se da por reproducido aquí para concluir que tampoco este último cargo prospera.

Por las consideraciones antecedentes, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, oído el concep-

to del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del veintinueve (29) de enero del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué.

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

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONEXIDAD DE DELITOS

Conexidad o conexión de los procedimientos. Existencia de este último fenómeno en nuestra legislación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: Acta Nº 66.

Vistos

Mediante sentencia de dos de diciembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia dictada por el Juzgado 20 Penal del Circuito de esta capital por la cual se impuso condena a los ciudadanos SANTIAGO JORDAN FLOREZ y YAMILE AMEZQUITA y revocó la absolución con que se había favorecido al sindicado Fabio Fiumana imponiéndole en su lugar pena de tres años de presidio como responsable de delito contra la salubridad pública.

Los condenados Santiago Jordán Flórez y Fabio Fiumana otorgaron poder a los abogados Marco A. Fonseca Truque y Sergio Delgado Calderón, respectivametnte, para que impugnaran la sentencia de condena mediante el recurso extraordinario de casación. El Tribunal Superior de Bogotá concedió, en la oportunidad legal los recursos interpuestos y, las demandas fueron presentadas en término y a ellas se les dio el trámite legal, siendo esta la oportunidad para que la Corte decida sobre las mismas.

Hechos y actuación procesal

El 15 de septiembre del año de 1974 el Jefe de la División de Policía Judicial dirigió un oficio al Juez 53 de Instrucción Criminal en el que le daba cuenta de que en el "Hotel las Terrazas" se hallaban hospedadas algunas personas dedicadas al tráfico de estupefacientes, y en consecuencia, le solicitaba "decretar en forma inmediata la diligencia de allanamiento y registro de las habitaciones anotadas en busca de estupefacientes..." (fl. 1).

Es imposible anotar que en el referido oficio se hacia mención a que en la habitación distinguida con el número 304 se hallaba hospedado un sujeto de nombre Santiago N., "el cual probablemente tiene en su poder dos kilos de cocaína" y que, así mismo, en las habitaciones distinguidas con los números 204- 303 y 304 también se podían encontrar personas dedicadas al tráfico de estupefacientes.

Con el auxilio de las autoridades de Policía Judicial el Juez 53 de Instrucción Criminal realizó la diligencia de allanamiento solicitada, con los siguientes resultados:

En la habitación 403 ocupada por el ciudadano John Hunter Ansben, de nacionalidad americana, fueron hallados 33 gramos de marihuana y los elementos necesarios para la elaboración de cigarrillos.

En la habitación número 304 ocupada por Fabio Fiumana, de nacionalidad italiana, y Diana Wookey de nacionalidad canadiense, fueron hallados "entre la pretina de dos pantalones", y en las hombreras de un saco, 274 gramos de cocaína; 62 gramos de marihuana; 5 frascos con residuos del alcaloide mencionado; 13 bolsas plásticas que contenían la cocaína, y un maletín pequeño de doble fondo.

Dentro de las instalaciones del hotel fue capturado el señor Santiago Jordán Flórez a quien se le decomisó un estuche metálico en el que se guardaba 1.5 gramos de cocaína. Igualmente fue capturada Yamile Amézquita a quien le fueron encontrados 3.5 gramos de marihuana.

El Instituto de Medicina Legal — División de Toxicología, dictaminó, en relación con las sustancias decomisadas al señor Fabio Fiumana, que se trataba de cocaína, con una concentración de 64.3% (fl. 69). En cuanto a la sustancia decomisada a Santiago Jordán se dijo que era también cocaína con el mismo grado de concentración (fl. 71). Igualmente positivo resultó el dictamen de Medicina Legal en cuanto a que se trataba de marihuana la yerba decomisada al ciudadano americano John Hunter (fl. 85), lo mismo que la yerba hallada en poder de Yamile Amézquita (fl. 86).

Igualmente, el Instituto de Medicina Legal conceptuó sobre el tema relativo a la dosis personal tanto para el uso de la cocaína como para el de la marihuana, según explicaciones contenidas en los folios 123 y 137.

Explicó el señor Fabio Fiumana en su indagatoria, que había llegado al país procedente del Canadá, y que un amigo suyo le había prestado los pantalones en donde fue hallada la cocaína, ignorando que en dicha prenda se hubiera guardado el alcaloide. Esta primitiva versión la desechó, para afirmar en una ampliación de su indagatoria, que la marihuana pertenecía a su amiga Diana Wookey. Más tarde, en una nueva ampliación de indagatoria, hizo un relato que se aparta sustancialmente de esta primitiva explicación de los hechos.

Por su parte, el señor Santiago Jordán explicó lo relativo al estuche metálico en el que le fue hallada la cocaína, que dicho estuche lo había recibido, para guardarlo, de manos de un amigo de nacionalidad americana, y que estando en una ocasión en cine, oyó a alguien comentar que el amigo que le había dejado a guardar varios objetos, inclusive el estuche metálico, se hallaba en el hotel las Terrazas, y que por ello se trasladó hasta ese lugar a hacer entrega de los referidos objetos, cuando fue capturado por las autoridades. Diez meses después hizo una ampliación de su indagatoria y entonces relató en forma detallada todo lo relativo al recibo de los elementos de manos de su amigo y la forma como quiso hacer entrega de los mismos en el mencionado hotel donde lo capturaron.

El Juzgado 53 de Instrucción Criminal dictó auto de detención contra los sindicados, y luego, el 20 Penal del Circuito los comprometió en juicio criminal bajo la sindicación de ser autores de violación de las normas contenidas en el Decreto 1188 de 1974, y luego dictó la sentencia de condena y absolución a que se hizo referencia, que al ser consultada con el Tribunal, sufrió las modificaciones anotadas.

II

Demanda a nombre de Fabio Fiumana

Con fundamento en la cuarta causal de casación de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se formula un cargo a la sentencia el que se sustenta también con base en el artículo 26 de la Constitución. Con apoyo en la causal primera, cuerpo segundo, de las causales de casación formula el censor un cargo "por violación indirecta de la Ley sustancial, debido a la apreciación errónea de la prueba de testigos, con lo cual se incurrió en error de hecho, como aparece manifiesto en los autos".

Causal cuarta

La censura, dice el recurrente, "radica en el hecho que se invocó en la instancia, con apoyo en el inciso primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que el Juez 20 Penal del Circuito de Bogotá pronunció su fallo de condena sin tener competencia para hacerlo".

En desarrollo del cargo, afirma el demandante que del contenido del oficio dirigido por el Jefe de Policía Judicial al Juez de Instrucción Criminal se deduce, que allí se hacía la denuncia de hechos distintos e independientes, y que en esas condiciones lo procedente era que el Instructor "ante los resultados positivos de la diligencia de allanamiento y registro... estaba en la obligación legal de capturar primero a los denunciados, para luego tomar conocimiento (de las otras situaciones evidenciadas)...

con el fin de que se adelantaran las investigaciones separadas unas de otras, de acuerdo con el mandato consagrado en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, el comportamiento del juez fue contrariado a ese mandato, ya que vinculó en una sola investigación hechos indepedientes, que no tenían ninguna relación de conexidad... De esta manera, se atribuyó competencia para conocer de hechos cuyo juzgamiento no le correspondía".

Todo lo anterior, afirma el censor, conduce irremediablemente a la demostración de la existencia de la nulidad consagrada en el numeral 1º del artículo 210 del Código Procesal Penal "nulidad absoluta que no puede ser allanada, la cual se comunica a todo el desarrollo procesal subsiguiente".

De igual modo, la nulidad alegada tendría sustento en el principio consagrado en el artículo 26 de la Carta "por haber sido violadas las garantías constitucionales del juzgamiento procesal", allí especificadas. Que se produjo violación de las formas procesales, por cuanto que, por una parte, se infringió el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal que consagra el principio de la unidad del proceso. Y, de otro lado, "ilógicamente, se separaron; en cambio, hechos materialmente conexos y se rompió con ello, la continencia de la causa..." por no haberse vinculado al proceso otros personajes que, según versión de los procesados eran los propictarios de las prendas en donde fue hallada la cocaína, etc.

Con fundamento en los planteamientos cuyos apartes más sobresalientes se han transcrito, el censor solicita a la Corte "decretar la nulidad de todo lo actuado... retrotrayendo la actuación hasta el auto... cabeza de proceso" que fue la providencia por medio de la cual se rompió ese principio de la unidad del proceso penal, al vincular a un mismo proceso investigativo hechos que no tenían entre sí ningún vínculo de conexidad..." Que, para el caso de que la Corte resuelva decretar la nulidad con base en la no vinculación de otros personajes al proceso, ella deberá cobijar toda la actuación "desde el auto de proceder".

Y, finalmente para la hipótesis de que este planteamiento no tenga acogida, y en cambio sí se acepte lo relativo a la incompetencia del Juez Penal del Circuito, "la nulidad deberá decretarse desde el auto... por medio del cual el Juzgado 20 Penal del Circuito, decidió avocar el conocimiento de hechos inconexos..."

Causal primera

Unico cargo

Se acusa el fallo que condenó a Fabio Fiumana de ser violatorio, en forma indirecta, de la Ley sustancial por cuanto que se incurrió en error de hecho, ya que "el Tribunal le dio a las pruebas de favor un significado que no tienen, por cuya causa violó indirectamente la Ley sustancial, al dar como establecidos hechos contrarios a los que consagran las pruebas del infolio. No fue un error en la valoración de los medios de prueba, sino un error en cuanto a la fuerza de convicción de las pruebas en relación a su contenido", con lo cual se violaron entre otros, los artículos 215, 216, 217, 218, 223, 228 y 236 del Código de Procedimiento Penal, así como el 1º del Código Penal y el 38 del Decreto 1188 de 1974 por apreciación errónea de la prueba testimonial. Dice el demandante, al explicar los alcances del cargo, que su patrocinado ha sostenido siempre que las prendas en donde le fue hallada la cocaína, no eran suyas sino de su amigo Peter Kim. Que, pese a esta reiterada postura, el Tribunal, en el fallo recurrido, le atribuye una versión diferente.

Así mismo, que cuando se realizó la diligencia de allanamiento, su patrocinado, señor Fiumana, no se encontraba en la habitación 403 del hotel "Las Terrazas", y que sólo la cocaína fue encontrada en las prendas que se hallaron en dicha habitación. Pese a esta constancia expresada en la diligencia de allanamiento, el Tribunal, en el fallo materia de censura, afirma que las prendas las llevaba puestas el señor Fiumana. De otra parte, con las declaraciones recibidas a varias personas, se demostró, según el censor, la versión de Fiumana de que las prendas en las que se ocultó la cocaína, no eran de su propiedad, sino de su amigo el señor Kim. Entonces, si el Tribunal hubiera interpretado correctamente las pruebas referenciadas "abría concluído en que FIUMANA no conservaba la droga, sino que ella se encontraba oculta en las prendas

de vestir de un tercero, conducta que no corresponde a ninguna de las modalidades contempladas en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. De esta manera, se ha venido a aplicar la norma a una conducta de hecho que no se adecúa a los elementos típicos de su normatividad, pues, el hecho de ocultar o de ayudar a ocultar los objetos o elementos con que se haya ejecutado el delito cae bajo el gobierno de la conducta que sanciona el artículo 200 del Código Penal, bajo la denominación de 'encubrimiento', figura separada y autónoma con relación al delito principal" (los subrayados son del memorialista).

Como último argumento, se afirma en la demanda, que siendo igual la situación de Diana Wookey o de Fabio Fiumana, resulta un contrasentido que el Tribunal hubiera absuelto a la primera por el delito de tráfico de estupefacientes, y en cambio ordenara investigación por un posible encubrimiento, mientras que al señor Fiumana se le dictó sentencia de condena. "En estas condiciones —concluye el demandante— resulta inevitable el reconocimiento de un error de hecho, que llevó al juzgador, en forma indirecta, a violar la Ley sustantiva, al haberla aplicado a un caso que no se subsume dentro de la norma sancionadora, o bien, tipificadora de la conducta imputada".

III

Demanda a nombre de Santiago Jordán Flórez

I. El representante del condenado Jordán Flórez afirma que la acusación de la sentencia dictada por el Tribunal de Bogotá, la acusa a) "por ser violatoria de la Ley sustancial por infracción directa del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, aplicación indebida del artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, con el cual se ha violado en forma directa o indirecta, el artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 1º del Código Penal y el 1º del Código de Procedimiento Penal".

Los fundamentos que sirven de apoyo a la censura se hacen consistir en que tanto el juez de instancia como el fallador ad quem "no dieron aplicación al artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, violando este precepto en forma directa, y el cual es sustancial para los derechos de defensa de mi representado".

La violación de la norma que se entiende sustantiva, consistió en haber acumulado en un solo proceso hechos independientes, con desconocimiento del principio de la unidad del proceso penal;

b) También "por aplicación indebida del artículo 168 del Código de Procedimiento Penal violaron el principio consagrado en el artículo 167, y naturalmente los derechos consagrados en los artículos 26 de la Constitución Nacional, y 1º del Código Penal y 1º del Código de Procedimiento Penal", por considerar que eran conexos los hechos atribuidos a la actividad de los sindicados;

c) Porque "la violación directa del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, por su no aplicación, conlleva igualmente la violación directa de los artículos 309, 318, 33, 334 y 381 del Código de Procedimiento Penal" que consagrarían el principio de la unidad de proceso.

II. a) Violación "de la Ley sustancial, al dejar de aplicar el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1º, y en cambio, o mejor, en armonía con la violación directa del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, y por errónea aplicación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, con lo cual se violó indirecta y directamente el artículo 26 de la Constitución Nacional, y 1º del Código Penal y 1º del Código de Procedimiento Penal". La censura consiste en haberse dictado sentencia de condena sin demostración previa del cuerpo del delito. De consiguiente, "la falta de prueba del cuerpo del delito, que determinó la incorrecta o indebida aplicación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal proviene de un error de hecho y de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos, y que consiste en que el juez por error de hecho, consideró que el dictamen pericial probaba el cuerpo del delito, sin detenerse a comparar las diversas (sic) pruebas... que minan la prueba pericial de incompleta".

III. Se acusa la sentencia de: a) haber sido dictada en juicio viciado de nulidad absoluta proveniente de la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, desarrollada en el artículo 210 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

La alegada nulidad se hace consistir en el juzgamiento, mediante proceso acumulado, de varios delitos que han debido juzgarse en procesos separados por no tener entre sí ningún vínculo de conexidad; b) nulidad proveniente del hecho de no haber sido vinculados a la investigación varias personas. "Esta nulidad se llama falta de citación de quien ha debido comparecer al proceso". Y estaría consagrada como tal, en el artículo 210 (numeral 3º) del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 26 de la Carta, y el 1º del Código Procesal Penal; c) Nulidad del proceso por no haber sido designado curador a Yamile Amézquita puesto que no "estaba capacitada para comparecer personalmente", situación que impidió que se le notificara, en legal forma, el auto de proceder; d) nulidad por cuanto la acumulación de los procesos indicaba que se estaba en presencia de una asociación para delinquir. "Esta nulidad se llama" haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción" (Art. 210 numeral 5º C. P. P.).

IV. Violación directa de la Ley sustancial de los artículos 39 y 38 del Decreto 1188 de 1974, del artículo 26 de la Constitución, 1º del Código Penal y 1º del Código de Procedimiento Penal, 266 y 215, del Código de Procedimiento Penal, infracción que radica "en que se dejaron de aplicar tales disposiciones de la Ley penal, habiendo debido aplicarse", por cuanto no se hizo examen al sindicado, para determinar la dosis personal, omisión que conduciría a la inexistencia de la prueba necesaria para dictar sentencia de condena.

V. Nulidad por error en la denominación jurídica del delito (Art. 210 N. 5º C. P. P.) por cuanto ha debido considerarse la situación de la llamada dosis personal.

Respuesta del Procurador

El Ministerio Público representado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal examina por separado las dos demandas, y solicita desecharlas, con fundamento en las siguientes consideraciones que se formulan a propósito de la presentada para Fabio Fiumana:

Primera: La pretendida nulidad por incompetencia de jurisdicción carecería de fundamento, por cuanto el artículo 48 del Decreto 1188 de 1974 asignó a los jueces penales y promiscuos del Circuito el conocimiento de este tipo de infracciones, criterio que vino a ratificar la Ley 17 de 1975 en su artículo 5º. La competencia se radicaría así mismo en estos jueces, por no tratarse de casos de dosis personal;

Segunda: En cuanto a la nulidad alegada y relativa a la tramitación por acumulada de las infracciones imputadas, dice el Procurador, que evidentemente "hubiera sido preferible adelantar investigaciones independientes en relación con cada uno de los acusados, como lo ordena el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal", sin embargo, el no haberlo hecho así, no integra la pretendida nulidad, entre otras razones, porque ella no se encuentra prevista entre las taxativas del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Tampoco se acepta la existencia de una nulidad de jerarquía constitucional por cuanto que, por una parte, no se ha demostrado que la unificación del procedimiento hubiera acarreado perjuicio a los inculpados; no hubo confusión de ellos en el auto de enjuiciamiento y tampoco en la sentencia. Cada uno de los acusados respondió por los hechos que les fueron atribuidos desde el primer momento procesal.

Tercera: Que, en cuanto al procesado Fabio Fiumana, pese a que se encontró en su poder una cantidad superior de cocaína, le fue impuesta sanción igual que a los otros sindicados en cuyo poder se halló una porción menos, lo cual, en opinión del Delegado, resulta injusto.

Cuarta: En relación con el cargo consistente en no haberse vinculado al proceso a otras personas, presumiblemente comprometidas en la comisión de la infracción a que se refiere la sentencia recurrida, dicha omisión no se halla consagrada en la ley como causal de nulidad, y, "en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal cualquiera autoridad judicial puede atender la solicitud del demandante en casación para iniciar la investigación en relación con esas personas", todo con arreglo a lo dispuesto también en el artículo 12 del Estatuto Procesal Penal. No habiéndose afectado en forma al-

guna el derecho de defensa, respecto a la nulidad constitucional, y no estando prevista en la ley como nulidad la unificación de los procedimientos, la nulidad pretendida no existe, y consiguientemente, el cargo resultaría infundado.

Cargo segundo

Error de hecho por errónea apreciación de la prueba testimonial. Largamente discurre el delegado en el examen del cargo, con transcripción de varios apartes del fallo recurrido y de las diversas versiones ofrecidas por el sindicado, para concluir que éste no puede prosperar, "porque el actor tan sólo se refirió a uno de los elementos de juicio en que se apoya el fallo ignorando los demás y porque la sentencia sí se ocupó de la versión de los testigos para descartarla, lo cual descarta el pretendido error de hecho".

Demanda en nombre de Santiago Jordán Flórez

Dice, el Delegado, que esta demanda ha debido ser rechazada por no ajustarse a la técnica propia del recurso de casación. En relación con ella formula los siguientes reparos:

Primero: Que en cuanto a la infracción directa de la Ley sustancial, las normas que según el actor se violaron, ninguna tiene el carácter de tal, sino apenas de normas procedimentales.

Segundo: La censura formulada con base en la falta de prueba del cuerpo del delito, no puede hacerse al mismo tiempo por error de hecho y de derecho, por la contradicción que implica su planteamiento, fuera de que se ignoran las normas reguladoras de la prueba, para el caso de que el error se califique de derecho.

Tercero: Ya el mismo delegado explicó, por cual razón no es aceptable la existencia de la nulidad por la unificación de los procesos. Y, para el caso de la pretendida nulidad constitucional, no se ha dicho por el recurrente, en qué forma se menoscabó el derecho de defensa de su patrocinado.

Cuarto: Respecto a la no vinculación al proceso de personas que se consideran comprometidas en la comisión del delito, se explicó también, que ello no impide su posterior examen con fundamento en lo dispuesto en los artículos 482 y 12 del Código de Procedimiento Penal.

Quinto: La irregularidad que anota el censor en cuanto a la situación de la procesada Yamile Amézquita, por no ser recurrente en casación, de su posible existencia no se deduce beneficio para los condenados. De otra parte, en el actual Código de Procedimiento Penal "desapareció el curador ad litem que se designaba a los menores juzgables por la jurisdicción ordinaria".

Sexto: La afirmación de la existencia de una asociación para delinquir por parte de los acusados sumada a la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, es hipótesis que agravaría ostensiblemente la situación de los mismos, y que por ello resulta incompatible con los fines del recurso de casación.

Séptima: Se afirma que la sentencia violó en forma directa los artículos 38 y 39 del Decreto 1188 de 1974 por cuanto no se sometió al procesado a examen para determinar si, en relación con éste se podía plantear la situación de "dosis personal". Tal como se propuso el cargo, expresa el Ministerio Público, se trataría de una forma de violación indirecta de la norma sustancial, caso en el cual deberá expresarse si se trata de error de hecho o de derecho.

Octava: Por último, una determinada situación jurídica no puede ser objeto de dos motivos diversos en casación. "El no señalamiento de 'dosis personal' no constituye nulidad del proceso y al mismo tiempo infracción directa de la norma sustancial. La invalidación supone un vicio procesal y el desconocimiento del derecho sustantivo constituye un error in iudicando, los dos con consecuencias muy diferentes".

Todo lo anterior da base el Procurador, como se anotó, para solicitar a la Corte no casar la sentencia que condenó a Fabio Fiumana y a Santiago Jordán Flórez.

Consideraciones de la Corte

El tema central que se plantea a través de las dos demandas de casación que se estudian es el relativo a la conexidad de los delitos y a la conexidad o conexión de los procedimientos, y en relación con este último fenómeno, se discute su existencia ya

en el caso de autos, como en la legislación vigente.

El artículo 167 del Código Procesal Penal consagra el llamado principio de la unidad del proceso según el cual, para la investigación y fallo de cada delito debe formarse un solo proceso, sin consideración al número de personas procesadas. Este principio no es, absoluto, como lo expresa el texto de la norma, ya que allí se habla de excepciones legales. Entonces, habrá que ver cuáles son las excepciones legales a que se refiere la ley. Una primera excepción se encuentra en el segundo inciso del artículo para los casos de delitos cometidos "en concurso recíproco o en acuerdo de varias personas" sea éste permanente o transitorio.

Otra excepción expresamente consagrada en la ley, es la relativa a la investigación y fallo de los llamados delitos conexos. (Art. 168 C. P. P.). Pero, ¿qué son los delitos conexos? ¿Cuándo, y con cuáles requisitos se presenta la hipótesis de la conexidad de delitos? La ley no lo ha dicho. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia la encargada de desarrollar el tema de la conexidad material o sustancial aplicando en su investigación y fallo la norma que ordena la unidad procesal, en el caso de los concursos, por ejemplo, así: Para la hipótesis del concurso ideal o formal (Art. 31 C. P.) la unidad delictiva se hace depender de la especial configuración jurídica del fenómeno que consiste en ejecutar varias infracciones "con un mismo hecho", en donde el factor unificador de las diversas infracciones se hace depender de la unidad de la conducta a la cual le da la ley un determinado valor en relación con la cuantía de la sanción imponible. De la misma manera, y en relación con la figura del delito continuado (Art. 32 C. P.) el factor unificador de las diversas infracciones y que caracteriza esta modalidad delictiva, a la cual la ley reconoce determinados efectos jurídicos, está representado por la unidad de designio criminal. Entonces, claramente se aprecia que en un caso —concurso ideal— el factor unificador sería de naturaleza objetiva, mientras que en el otro —delito continuado— aquello que tiene significado es el aspecto subjetivo, la unidad de designio.

Las otras formas de conexidad sustancial o material admitidas por doctrina y jurisprudencia son las que se refieren a las hipótesis de los numerales 3º y 4º del artículo 363 del Código Penal, cuando se afirma la existencia de una pluralidad de delitos, y se niega la presencia de una figura de delito complejo. Entonces, se distingue una conexidad finalística o teleológica (numeral 3º) y consecuencial o causal (numeral 4º) en donde el factor unificador se refiere al elemento subjetivo del delito medio.

Finalmente, se habla de una hipótesis de conexidad de delitos, en el caso del concurso real o material (Art. 33 C. P.) en donde el factor de unificación podría deducirse de la unidad de sujeto activo, ya que la disposición habla expresamente de pluralidad de infracciones con unidad de sujeto activo.

Es incuestionable que el factor común que coadyuva a la unificación material o sustancial puede referirse también a otros aspectos distintos de los estudiados. Así, por ejemplo, puede referirse a la pluralidad de personas (concurso eventual); a las circunstancias de lugar o de tiempo, como sería el caso de la figura definida en el artículo 141 del Código Penal en relación con los delitos ejecutados "por fuera de la refriega", es decir, por fuera de los presupuestos legales que integran la hipótesis delictiva que se califica como rebelión. Igual discurso puede hacerse en relación con el delito de asonada y frente al artículo 143 del Código Penal. En el delito de asociación para delinquir (Art. 208 C. P.) también se presentará una situación de conexidad sustancial o material cuando por fuera de la asociación se ejecuten delitos. Para el caso de la comisión de delitos en concurso recíproco, o sea cuando se producen daños entre unos y otros de los delincuentes, como sería el caso de una riña con resultados lesivos para los contendientes. También deberá plantearse el caso de la conexidad cuando por las modalidades del hecho (lugar, tiempo, instrumentos, etc.) se advierte que la prueba de un delito influye en la prueba del otro. Finalmente, en los casos de prejudicialidad en que la decisión de un delito es esencial para la decisión de otro, etc.

En todos estos casos, y en los demás en que la realidad de la vida rebasa en mucho la previsión de la ley, deberá afirmarse la existencia de una conexidad con la consi-

guiente derogación del principio de la unidad procesal; conexidad que será de grado más o menos intenso, según sea el número de factores y la importancia de los elementos que coinciden, —y que en muchos casos no implica derogación de las reglas relativas a la competencia territorial o por materia, sino que, de lo que se trata, es de adaptar a la situación real esas normas por cuanto se está frente a una actividad delictiva en la que entran en funcionamiento diversos elementos comunes frente a los cuales las reglas generales sobre competencia se presentan insuficientes y deben ser completadas, para dar nacimiento a una especie de competencia por conexidad—.

Son de diverso orden las razones que se pueden esgrimir en pro de la tesis de la unificación de los delitos, y como se verá inmediatamente, de la conexión de los procedimientos. En primer término, una razón de economía procesal en cuanto a que la unificación permite una unitaria adquisición y reconstrucción crítica de las pruebas para el pronunciamiento del fallo que facilita definitivamente la dosificación de la sanción in concreto, entre otras ventajas.

Todo lo hasta aquí dicho se recoge en este pensamiento de Constantino Lapicirella cuando escribe que, "la relación que intercede entre varias materias penales asume dos aspectos conceptualmente distintos según que el fenómeno, en su esencia idéntico, venga considerado desde el punto de vista del derecho sustancial o desde el punto de vista del derecho procesal.

Desde el punto de vista del derecho sustancial la relación da origen a la "conexidad de delitos", o "conexidad material", que se verifica cuando entre los elementos de las varias figuras delictivas concretas existen algunos comunes o interdependientes (identidad subjetiva, identidad objetiva, es decir identidad de evento, identidad o interdependencia de los motivos o de los fines, identidad o interdependencia de la prueba, etc.). Desde el punto de vista del derecho procesal la relación que media entre varias materias penales da lugar a la "conexidad procesal" o "conexidad de procedimientos", que hace oportuna su reunión a fin de que sean definidos en un único juicio, luego de una unitaria adquisición y valoración de las pruebas, no solamente por una exigencia de economía procesal, sino sobre todo por una exigencia funcional, al fin de asegurar la aplicación uniforme de la ley.

En el ámbito de la conexidad procesal general se distingue la "conexidad formal en sentido estricto", y la "conexidad material". Es de advertir que la conexidad de los procedimientos es siempre un hecho formal, y tan cierto es esto, que por algunos es denominada precisamente como "conexidad formal". Por "conexidad formal en sentido estricto" debe entenderse aquélla que se ha determinado no de la conexidad de los delitos, sino de un motivo algunas veces fortuito o de conveniencia, como por ejemplo, en el caso en que varias personas hayan sido denunciadas por delitos diversos con una única relación o con una denuncia única, o en el caso de que las decisiones de varios procesos dependan de la resolución de la misma cuestión de derecho. De ella deriva el efecto puramente práctico del desarrollo simultáneo de las relaciones procesales que concluirán en un pronunciamiento único; este efecto, sin embargo, se realiza solamente en la hipótesis y con la condición de que los procesos pertenezcan a la competencia del mismo juez, por lo que una parte de la doctrina considera que en estos casos no debe hablarse de conexidad, sino de afinidad procesal (Connessione Diritto Processuale penale, Enciclopedia del Diritto, Vol. IX, ps. 39 ss.).

Adecuar estos principios al caso materia de decisión resulta labor no muy difícil si se tienen en cuenta los siguientes factores, todos ellos con relevancia jurídica para construir una hipótesis de conexidad formal o procesal, así:

1. En el oficio dirigido por el Jefe de la División de Policía Judicial al Juez de Instrucción, claramente se determina el lugar único en donde presumiblemente, y de acuerdo con informaciones secretas, se hospedaban las personas que a la postre resultaron ser traficantes de estupefacientes;

2. Se tiene entonces, sin lugar a duda, una unidad de denuncia o una unidad de notitia criminis, en la que, además, se indicaban los lugares determinados en donde se hallarían los infractores de la ley;

3. La diligencia de allanamiento realizada por el Juez Instructor y a través de la

cual se comprobó materialmente la existencia de los estupefacientes, con las diversas modalidades en cuanto a su cuantía, modalidades de la conducta delictiva, presencia de los inculpados en el lugar, etc., debe constituir factor definitivo para sostener la tesis de la unidad procesal que se pretende discutir ahora;

4. De acuerdo con lo anterior, se pudo comprobar también, y mediante esa única diligencia de allanamiento, la plena identificación de los inculpados, su nacionalidad, sus antecedentes, e inclusive, las relaciones que existían entre algunos de los moradores del hotel "Las Terrazas";

5. Mediante esa diligencia, igualmente, se tomó declaración única, para todos los infractores de la ley, de los administradores del hotel que dieron al Instructor datos muy significativos para el éxito de la operación;

6. El decomiso de la droga se realizó igualmente por el Juez Instructor durante la diligencia de allanamiento, y luego fue sometida al examen de los legistas para establecer su naturaleza y descartar hipótesis relativas a la dosis personal.

De consiguiente, en presencia de todos estos factores de conexidad procesal y probatoria, hubiera resultado irregular, entonces sí que en obedecimiento a un principio que no es absoluto, como se demostró, el que se refiere a la unidad del proceso, se hubieran abierto cuatro o más investigaciones so pretexto de que a través de ellas se garantizarían los derechos de los inculpados.

Menos aceptable resulta la tesis del desconocimiento de los derechos reconocidos por la ley a los incriminados. Exactamente, y como lo anota el Procurador, en todos los momentos procesales de la investigación, fueron perfectamente identificados y determinadas las conductas de los procesados, sin que en ningún momento pueda hablarse seriamente de que existió confusión entre ellos, con consecuencias perjudiciales para sus intereses.

Tampoco puede hablarse de que se derogaron las normas relativas a la competencia tomando en cuenta los factores de territorialidad o de naturaleza del hecho, porque como se advirtió, el juez competente para conocer de este tipo de infracciones es el Juez del Circuito, y dentro del territorio de su jurisdicción se ejecutó el delito. De consiguiente, no es dable hablar de incompetencia como causal de nulidad, porque, además, para que pueda prosperar un cargo por incompetencia de jurisdicción, como lo ha reconocido la Corte, es preciso demostrar que un juez de la República decidió una controversia o conoció de un proceso atribuido expresamente a otro, y este precisamente no es el caso.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

El cargo se respalda en la causal primera de casación, por violación indirecta de la Ley sustancial, por error en la apreciación de la prueba testimonial, por omisión en su estimación.

El error de hecho manifiesto en los autos lo apoya el censor en la consideración de que en sentencia del Tribunal atribuyó al sindicado Fabio Fiumana una versión, con relevancia ostensible, que él no expresó en su indagatoria. Expresa el censor en este punto que "es un hecho establecido en el proceso que, en el momento del allanamiento al domicilio de Fiumana éste no se encontraba en la habitación 403 del hotel Las Terrazas, y que la cocaína fue encontrada entre la pretina de los pantalones y las hombreras de un saco que se encontraba dentro de la mencionada pieza... Sin embargo, pese a que este hecho lo afirman los propios funcionarios que intervinieron preliminarmente en su condición de Agentes de la Policía Judicial, en el fallo del Tribunal de Bogotá, materia de casación, se dice que esas ropas las "usaba" Fiumana, o sea, que las tenía encima. Dice al respecto, el Tribunal: "lo único cierto es que cuando se llevó a cabo la requisa la droga se encontraba en la ropa usada por Fiumana; de esto no existe la menor duda..."

Que de otra parte, el Tribunal omitió la apreciación de las pruebas —testimonios de varias personas— que afirmaron que las prendas en donde fue hallada la droga no eran de propiedad del sindicado Fiumana sino que le habían sido prestadas por un amigo canadiense. Con apoyo en esta situación dice el demandante, "es evidente que entre el contenido que se le atribuye en el fallo reclamado y el contenido de las pruebas aportadas al juicio existe una con-

tradicción inocultable. Se encuentra, pues, una disconformidad entre los hechos declarados en la sentencia y los realmente sucedidos, esto es, entre la verdad de facto que se afirma en el fallo y la verdad material recogida en los autos".

Como bien lo anota el Procurador, la demanda omite referirse a otros pasajes del fallo en los cuales el fallador sí quem hizo expresamente referencia a la situación de las ropas en que fue hallada la cocaína, como por ejemplo, cuando se afirma que "es un hecho indiscutible que el polvo blanco encontrado en los vestidos que se hallaban en la habitación en la que residía Fabio Fiumana y Diana Wookey era cocaína..." En esta afirmación, y como atinadamente lo afirma el Delegado, el Tribunal no hace otra cosa que recoger o referirse a una de las tres versiones ofrecidas por el sindicado en sus indagatorias, en una de las cuales afirmó que las ropas no eran de su propiedad, sino que le habían sido prestadas por su amigo Kim.

Sobre el punto central de la acusación al fallo, la Sala comparte el criterio que se consigna en el concepto fiscal de acuerdo con el cual "resulta incontrastable que en los vestidos usados por Fiumana las autoridades encontraron doscientos setenta gramos de cocaína, sustancia que no es originaria del Canadá, lo que obligó al inculpado a cambiar su versión de última hora para sostener que la ropa le fue entregada en Colombia. El cargo a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Fabio Fiumana por violación indirecta de normas de derecho sustancial no puede prosperar porque el actor sólo se refirió a uno de los elementos de juicio en que se apoya el fallo ignorando los demás y porque la sentencia, si se ocupó de la versión de los testigos para desecharla, lo cual descarta el pretendido error de hecho".

El cargo no prospera.

En cuanto a la demanda presentada a nombre del procesado Santiago Jordán Flórez considera la Corte que son más que suficientes las apreciaciones que se formulan en el concepto rendido por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal para desechar la demanda, lo cual hace inoficioso su posterior examen.

En mérito de las consideraciones que se dejan expresadas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso extraordinario a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAPACIDAD LEGAL DE LOS MENORES PARA COMPARECER EN JUICIO

No constituye nulidad la falta de nombramiento de curador ad litem.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez).

Aprobado: Acta Nº 66 de 14 de diciembre/76

Vistas

Con fecha 20 de febrero de 1975, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó el fallo de 2 de julio de 1974 del Juzgado Segundo Superior de la mencionada ciudad, mediante el cual fue condenado JEREMIAS GUERRERO BOHORQUEZ a la pena principal de diez años de presidio "como responsable del doble homicidio cometido en las personas de Manuel Rojas y Chiquinquirá Chía Tibaduiza". El Tribunal modificó la sentencia de primera instancia en el sentido de elevar a doce años de presidio la pena principal.

El procesado interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia y como se ha cumplido el trámite legal, se procede a fallarlo.

Antecedentes

1. El primero de julio de 1965, Jeremías Guerrero formuló denuncia penal en la Alcaldía Municipal de Tame (Intendencia de Arauca) por el robo de que fue víctima el 22 de junio anterior de un baúl en donde guardaba varios objetos de su propiedad. El delito ocurrió en la casa de Vicente Beltrán Martínez, situada en la vereda Cuperana.

2. La declarante Ismenia Portilla informó que vio a Manuel Rojas y a Chiquinquirá Chía salir de la casa de Vicente Beltrán: "Estos no nos vieron, pues iban corriendo y miraban hacia el camino del pueblo. El hombre, o sea Manuel Rojas, llevaba al hombro un baulito de color rojo" (fls. 212 y 213 del cuaderno principal).

3. Manuel Rojas confesó haber sido el autor del delito contra la propiedad de que fue víctima Jeremías Guerrero (fls. 214 a 217).

4. El 26 del citado mes de julio fueron encontrados los cadáveres de Manuel Rojas y Chiquinquirá Chía Tibaduiza en la casa que éstos habitaban en la vereda Sabaneta, jurisdicción del Municipio de Tame.

5. La autopsia informa que Manuel Rojas fue víctima de seis heridas hechas con machete, localizadas tres sobre el lado izquierdo del cuello, que produjeron su decapitación, y las otras tres en las dos manos y en el hombro izquierdo (fl. 5), Chiquinquirá Chía Tibaduiza perdió la vida como consecuencia de un tiro de escopeta de fisto, cuyos balines lesionaron la pleura y el pulmón derecho, y de dos machetazos, el uno sobre la nuca, que seccionó la médula espinal, y el otro sobre el hombro derecho, que destrozó el músculo trapecio (fl. 6).

6. Jeremías Guerrero Bohórquez confesó la autoría del doble homicidio en dos oportunidades (fls. 89 y 112), aun cuando sindicó también a su cónyuge, Etelmina Leguizamón (15 años de edad), de haber tomado parte en la comisión de los homicidios. Aun cuando posteriormente negó haber sido el autor de los ilícitos. La investigación relacionada con la menor Leguizamón la adelantó, por separado, el Juez de Menores.

7. El Juzgado Tercero Superior de Villavicencio, por providencia de 13 de julio de 1966, sobreseyó temporalmente en favor de Jeremías Guerrero Bohórquez y de las demás personas que fueron vinculadas a la investigación mediante indagatoria (fls. 276 a 284 del cuaderno principal) pero la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, por auto del 3 de agosto de 1970, revocó el sobreseimiento temporal en favor de Jeremías Guerrreo Bohórquez y en su lugar lo llamó a juicio "como coautor del delito de doble homicidio perpetrado en las personas de Manuel Rojas y Chiquinquirá Chía Tibaduiza" (fls. 288 a 300 del cuaderno de copias).

8. El 24 de junio de 1974 fue juzgado el procesado en audiencia pública con intervención del Jurado de Conciencia, cuya veredicción consistió en declararlo responsable de los homicidios de Manuel Rojas y Chiquinquirá.

9. El juez del conocimiento dictó sentencia de primera instancia el 2 de julio de 1974, mediante la cual fue condenado el procesado a la pena principal de diez años de presidio.

10. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó la sentencia del inferior por la suya de 20 de febrero de 1975, pero "con la modificación de que la pena principal que debe pagar el condenado Jeremías Bohórquez es la de doce (12) años de presidio, en vez de la de diez (10) impuesta por el **a quo**".

Demanda de casación

Fue impugnada la sentencia de segunda instancia por el apoderado del acusado, quien adujo dos causales:

Primera causal

Al amparo de ella se formulan dos cargos, que se exponen en el orden en que fueron expuestos en la demanda.

Primer cargo

"La sentencia violó en forma indirecta la Ley sustancial, artículo 37 del Estatuto Penal".

Para demostrar el cargo, expresa que la sentencia de primera instancia "es la justa y la legal" al dosificar la pena principal en diez años de presidio, debido "a la ausencia de circunstancias de menor peligrosidad y la presencia de las circunstancias de menor peligrosidad estatuidas por los numerales 1º, 11 y 12 del artículo 38 del Código Penal, las cuales se encuentran demostradas en autos". En cambio la sentencia acusada viola la Ley sustancial porque aumentó en dos años la pena principal "en razón de una circunstancia de mayor peligrosidad, la que no está demostrada dentro del proceso, debido a que no existe prueba valedera que informe los motivos determinantes que haya podido tener el autor de los hechos para su consumación", y sin embargo se parte del supuesto de que el acusado obró por motivos fútiles.

"De aquí se desprende, concluye la demanda, que se ha violado el cuerpo segundo de la causal primera por apreciación errónea de una pretendida prueba viciada de nulidad, incurriendo en violación indirecta de la Ley sustancial o sea el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal.

Segundo cargo

La confesión del procesado carece de validez jurídica, por cuya razón no es posible fundar sobre ella ni su responsabilidad ni la existencia de la pretendida circunstancia de mayor peligrosidad que le sirvió al Tribunal para elevar a doce años de presidio la pena privativa de libertad.

La demostración de este cargo se monta sobre la exigencia del artículo 104 del anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) de que "al procesado menor de veintiún años que carezca de representante legal se le nombrará un curador **ad litem** para que concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor" y "esto sin perjuicio del nombramiento de apoderado a que tiene derecho conforme a este artículo, el cual será designado por el respectivo representante del menor". En efecto, para la época de los hechos, el procesado tenía diez y nueve años y medio, y no se le nombró curador **ad litem**.

Remata su argumento la demanda diciendo que "se incurre por tanto en un error

de derecho o sea en una falsa apreciación del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 26 de la Constitución Nacional y el 37 del Código Penal debido a que se parte del requisito del acto procesal en forma, para darle validez y aplicabilidad correspondiente, lo cual sin embargo riñe con el claro demostrativo de los autos, o sea la inexistencia de la pieza probatoria, por ser nula".

Causal cuarta

La enuncia expresando que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad.

La funda en el cargo de que el procesado no tuvo garantías para su defensa, porque no se le nombró curador ad litem, según el artículo 104 del anterior Estatuto Procesal Penal, por ser menor de edad (diez y nueve años y medio) cuando rindió indagatoria, por cuyo motivo no podía asumir "la plenitud de su capacidad civil".

Sintetiza la demanda sus planteamientos así:

"Primera. Es nulo el proceso desde la indagatoria del 3 de agosto de 1965, folio 24 del expediente y en este sentido solicitamos se case la sentencia.

"Segunda. Subsidiariamente se violó el artículo 37 numeral 3º del Código Penal en concordancia con el 33 y el 362 de la misma obra al aumentar el ad quem la pena impuesta por el a quo y por lo tanto solicitamos se rebaje la sanción últimamente impuesta confirmando la de primera instancia".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de analizar a espacio las causales invocadas y los cargos en que se fundan, pide que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Se examinarán las causales de casación aducidas, comenzando por la de nulidad del proceso, por aconsejarlo así la técnica del recurso interpuesto.

Causal cuarta

En la demanda se transcriben dos jurisprudencias de esta Corporación, según las cuales, no designarle curador ad litem al procesado menor de veintiún años que carecía de representante legal (Art. 104 del anterior C. de P. P.), constituía nulidad insubsanable del proceso.

Pero, como lo recuerda la Procuraduría General de la Nación, ese enfoque fue recogido por la Corte, por excesivo, y porque dentro de los procesos penales no se está disponiendo de derechos privados, que requiera "la plena capacidad civil" de su titular.

El artículo 104 se resentía de un muy acusado espíritu jus privativista. Las investigaciones penales tienen la finalidad de reconstruir, a través de pruebas legalmente producidas, el hecho descrito por la ley como conducta sancionable, lo mismo que descubrir al autor y demás copartícipes, así como recaudar los elementos de información atinentes a establecer todos los extremos enumerados por el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

La presencia del curador ad litem "en todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor" (Art. 104 de la Ley 94 de 1938) era requisito que carecía de finalidad, porque si no actuaba simultáneamente con el carácter de defensor o apoderado (para lo cual se requiere ser abogado inscrito) su presencia era inútil, por cuanto que no tenía capacidad procesal para solicitar pruebas o intervenir en su producción, ni para presentar peticiones o alegatos, y ni siquiera para hablar en las diligencias judiciales. Era un convidado de piedra, como acertadamente lo apunta la Procuraduría. Por tal razón el artículo 388 del vigente Código de Procedimiento Penal, que reemplazó el artículo 104 de la Ley 94 de 1938, omitió la exigencia de que el representante legal del menor de dieciocho años, o su curador a falta de aquél, lo asista en el proceso.

La nulidad se habría generado si el menor hubiera carecido de defensa adecuada. En el caso de autos se tiene que el acusado no sólo ha estado asistido de apoderado durante el sumario, y de defensor en el juicio, sino que los abogados que desempeñaron

esas tareas se distinguieron por su indiscutible idoneidad y esmerada actividad.

En consecuencia, no se está en presencia de la alegada nulidad del proceso, por lo cual no prospera este cargo.

Causal primera

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal expresa:

"Se recuerda que la demanda invoca la violación indirecta del artículo 37 del Código Penal, por haber deducido en contra del acusado una circunstancia de mayor peligrosidad no demostrada en el informativo.

"La acusación no se ajusta estrictamente a la técnica propia de este recurso extraordinario, ya que el demandante ha debido precisar ante todo si la infracción de la norma de derecho sustancial ocurrió por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. En segundo lugar como se insinuó la violación indirecta, ha debido determinarse si ella ocurrió por error de derecho o por error de hecho manifiesto en los autos.

Agrega el colaborador fiscal que el motivo innoble "fluye de los hechos demostrados en el proceso", cual sería la venganza porque los occisos Manuel Rojas y Chiquinquirá Chía le robaron al acusado un baúl que contenía algunos objetos de su propiedad, y estima que "como no apareció en el informativo otro motivo de la delincuencia distinto al expuesto, asiste la razón al Tribunal Superior de Villavicencio al calificarlo de fútil o innoble porque, en verdad, la apropiación ilícita del baúl en manera alguna explica la reacción del acusado de ocasionar la muerte a las personas ya nombradas".

Por compartir el expuesto planteamiento jurídico, la Sala considera que tampoco prospera el cargo esgrimido contra la sentencia de segundo grado para explicar la alegada causal primera.

De lo cual se extrae la conclusión de que no será casada la sentencia impugnada.

El fallo

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

No casar la sentencia a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Julio Salgado Vásquez, Mario Alario Di Filippo, Jesús Bernal Pinzón, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INDICE

SALA DE CASACION PENAL

Páginas

NULIDAD. — *La Corte no puede, de su propio motivo, revisar los escritos en procura de las pruebas no señaladas por el recurrente y que tampoco se ofrecen a su consideración con caracteres ostensibles.* La Corte, por sentencia de 23 de enero de 1976, NO CASA la del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual se absolvió a José Antonio Pérez Rosales del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 5

CASACION: TECNICA DE LA DEMANDA. — *Causal 1ª, numerales 1º y 2º Objeto del recurso de casación.* — La Corte, por sentencia de 5 de febrero de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Pablo Emilio Rodríguez, contra la sentencia de 24 de febrero de 1975, del Tribunal Superior de Bogotá que condenó al procesado a la pena de 20 meses de prisión, como responsable del delito de estafa en el grado de tentativa. Magistrado ponente: Doctor Federico Estrada Vélez 8

VEREDICTO CONTRADICTORIO. — *Lo contradictorio, ha dicho la Corte, es lo que se niega a sí mismo.* — Por sentencia de 10 de febrero de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Luis Eduardo Uribe Londoño, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de febrero 4 de 1975 que condenó al procesado a la pena de 9 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 15

Páginas

PRUEBA TESTIMONIAL. — *Valor probatorio del testimonio del ofendido, del acusado y de los terceros. La declaración del imputado, cuando constituye confesión, está expresamente regulada por la ley en cuanto su valor (Art. 264 del C. de P. P.).* Por sentencia de 12 de febrero de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la dictada por el Tribunal Superior de Tunja el 15 de mayo de 1975 que condenó a Luis Antonio Pifieros a la pena de 32 meses de prisión como responsable del delito de violencia carnal. Magistrado ponente: Doctor Federico Estrada Vélez 16

EXCARCELACION. — *Debe entenderse cuando el sentenciado pide aplicación de la Ley 32 de 1971 sobre rebaja de penas por trabajos y estudio.* — La Corte por auto de fecha 19 de febrero de 1976, concede el beneficio de libertad provisional a Gustavo Currea Muñoz, sindicado del delito de hurto. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 23

FALTA DE FIRMA DEL SECRETARIO EN UNA DILIGENCIA. — *La falta de firma del secretario no es motivo de nulidad, por ser una simple "cuestión de constancia" empleando una expresión de Guasp.* La Corte, por sentencia de 26 de febrero de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 27 de junio de 1975, que condenó al recurrente Roque Hernández Moreno, a la pena de 15 años de presidio como responsable del delito de asesinato. Magis-

Páginas

trado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 25

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *Constatada la existencia de una nulidad —como la falta de firmas del Presidente del Consejo Verbal de Guerra o el Asesor Jurídico— corresponde a la Sala declararla en guarda de una de las garantías fundamentales que la Constitución establece en el artículo 26 cual es la del debido proceso cuyo objeto primordial es el de amparar el derecho de defensa gravemente lesionado cuando se omite la observancia de los actos procesales básicos como la debida formulación del pliego de cargos.* — Por sentencia de 20 de febrero de 1976, la Corte CASA la proferida por el Tribunal Superior Militar de 12 de julio de 1974 que condenó al recurrente Luis Eduardo Muñoz Vélez, a la pena principal de 12 años de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar DISPONE reponer el procedimiento a parte, inclusive, de la resolución por medio de la cual se convocó Consejo Verbal de Guerra, en adelante, Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 31

VEREDICTO. — Veredicto Inexistente: *No se sabe cuál ha sido la respuesta del jurado, pues por su incomprensión resulta imposible su interpretación global o fragmentaria, o aparece incompleta, vr. gr. "sí mató", etc.* — Veredicto Contradictorio: *Sus términos aisladamente, pueden entenderse, pero al unificarlos y al afrontar su significación conjunta, resultan inconciliables y excluyentes.* — Veredicto Contraevidente: *Valorable en su texto, contenido y alcance, no encuentra apoyo en lo que el juzgador está obligado a tomar como verdad procesal.* — La Corte, por sentencia de 26 de febrero de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 28 de febrero de 1975 proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta que absolvió a Pedro Pablo Soto Maldonado por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 44

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL. — *Violación directa.—Violación indirecta. Incisos 1º y 2º del artículo 580 del Código Penal. Sus diferencias.* — *No hay nulidad por la falta de firma del secretario en la diligencia de levantamiento del cadáver.* La Corte, por sentencia de 27 de febrero de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Rito Antonio Pabón Mantilla, contra el fallo del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha 13 de julio de 1975 que lo condenó a 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 54

CASACION, FINALIDADES. — *Son dos los objetivos que se persiguen en este debate: primero, unificar la jurisprudencia, proveyendo el cumplimiento del derecho en pugna; y segundo, poner punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido. Estos dos objetivos concurren y se funden en uno sólo, sin que puedan aislarse o excindirse, ni darle a uno mayor extensión que al otro, ya que donde se rompe la igualdad ante la ley, aunque únicamente se afecte el interés individual, se viola también el ordenamiento jurídico general y se pone en duda la correcta administración de justicia.* — La Corte, por sentencia de 27 de febrero de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Luis Restrepo Serna, contra la del Tribunal Superior de Medellín, de 27 de febrero de 1975 que lo condenó a la pena de 18 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo .. 59

PECULADO Y FALSEDAD. — *Participación de un tercero en los delitos. Bien puede presentarse que quien no tiene calidad de funcionario, su ayuda necesaria o no en el delito lo sitúa como cómplice.* — Mediante sentencia de 5 de marzo de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal de Cali, de 31 de agosto de 1974 que condenó al recurrente Juan Antonio Escobar Salamanca y a Luis Arnul Carvajal Urresta y Guillermo Salazar Escobar, a la pena principal de 6 años de presidio como res-

Páginas

ponsables de falsedad en documentos y peculado. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 67

AUTO CABEZA DE PROCESO. — *Sin haberse dictado auto cabeza de proceso, no se puede dictar la providencia que ordena la cesación de todo procedimiento.* — Por providencia de 4 de marzo de 1976, la Corte REVOCA el auto de 23 de diciembre del año próximo pasado por medio del cual el Tribunal Superior Militar declaró prescrita la acción penal y ordenó cesar todo procedimiento en favor de Antonio José Avellaneda Pulido y en su lugar ordena devolver el expediente al Tribunal de origen para que resuelva si debe proferir auto inhibitorio o uno cabeza de proceso. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 73

ERROR DE HECHO. — *Debe ser tan claro y grave que vicie de manera fundamental las conclusiones de la sentencia.* — La Corte, por sentencia de 5 de marzo de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Sacerdote Diógenes Bornacelly Guzmán, contra la sentencia de 24 de abril de 1975 del Tribunal de Barranquilla que lo condenó a la pena de 2 años de prisión como responsable de los delitos de rapto y corrupción de menores. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 76

REVISION. — *La Corte, en Sala Penal, ha sostenido que carece de competencia para decidir acerca del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra una sentencia de índole disciplinaria.* — Por providencia de fecha 8 de marzo de 1976, la Corte SE INHIBE de conocer del recurso extraordinario de revisión interpuesto por la doctora Irma Restrepo Tapias contra la sentencia de 24 de octubre de 1975 proferida por una Sala Disciplinaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que la sancionó con multa equivalente a 10 días de sueldo. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 80

PECULADO POR PARTE DE UN JUEZ. — *Facultad del Juez de ordenar el pago de una nómina.* — La Corte, por providencia de 3 de marzo de 1976 CONFIRMA el auto de 6 de noviembre de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que llamó a responder en juicio criminal al doctor Humberto Rodríguez Acevedo por falsedad en documentos públicos y lo adiciona en el sentido de llamarlo a juicio por el delito de peculado. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 82

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — *De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico se tiene, que en todas las situaciones en que se cometa un delito que haya infringido daño a otro, se está obligado a una indemnización, sin perjuicio de la sanción penal a que hubiere lugar. (Art. 2341 C. C.)* — *Perjudicialidad civil. Cuándo impide un pronunciamiento dentro del proceso.* — La Corte, por medio de providencia de 11 de marzo de 1976, REVOCA el auto de 14 de julio de 1975 del Tribunal Superior de Cartagena que se ABSTUVO de pronunciarse sobre la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y en su lugar DISPONE entre otras cosas, proseguir la investigación penal contra el doctor Mariano de J. Garrido como Juez 3º Civil del Circuito de Cartagena y así mismo se decreta la detención preventiva del sindicado. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 86

ERROR RELATIVO AL LUGAR EN QUE SE COMETIO LA INFRACCION. — *Oídas las voces de la Rectora de la Lengua Española, al decir lugar, es lo mismo que paraje, ciudad villa o aldea.* — La Corte, por sentencia de 11 de marzo de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Villavicencio de fecha 20 de junio de 1975 que condenó a Nicasio Olaya Penagos a la pena principal de 18 años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y homicidio frustrado agravado. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo . 95

DICTAMEN PERICIAL. — *El dictamen de los peritos deberá ser puesto en el conocimiento de las partes que intervienen en el proceso, a efecto de que hagan valer sus derechos, especialmente los del procesado, y no solamente los que puedan surgir de*

Páginas

la facultad de objeción por error grave, fuerza, dolo; conocho como lo expresa el Art. 487 del C. de J. P. M., sino para que en relación con esa prueba se pueda solicitar ampliación, aclaración, etc.; tal como lo dispone el Art. 486 ibidem. — La Corte, por sentencia de 22 de marzo de 1976, INVALIDA el fallo del Tribunal Superior Militar de 11 de abril de 1975, mediante el cual se condena a Alvaro Bedoya Guzmán a la pena de 9 años de presidio como responsable del delito de homicidio y en su lugar DECLARA la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de 3 de diciembre de 1973 inclusive y dispone enviar el expediente al Tribunal de origen para que se proceda con arreglo a lo dispuesto en esta providencia. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 98

FALTA DE FIRMAS DE ALGUNAS DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA AUDIENCIA PUBLICA. — *La omisión ostensible en el acta de la audiencia, de las firmas de dos personas de las varias que actuaron en ella, carece de relievancia jurídica, ya que ninguna de ellas era necesaria para dar fe sobre su contenido.* — Por sentencia de 22 de marzo de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 19 de octubre de 1974 del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Adolfo Sánchez Castañeda a la pena de 10 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales y a Victor Sánchez Romero a la pena de 10 años de presidio como responsable de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 102

CAUSAL DE CASACION. — *En los juicios en que interviene el jurado, no es pertinente la alegación de la causal de que se ocupa el inciso 2º, ordinal 1º del Art. 580 del C. de P. P. y que se refiere a la violación de la Ley Sustancial Penal "por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba".* — La Corte, por sentencia de 25 de marzo de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 11 de julio de 1975 del Tribunal Superior de Buga que condenó a Carlos Enrique Restrepo Osorio y Ospina Restrepo y a Mario Restrepo Ospina y Ospina Restrepo a la pena principal de 24 años de presidio cada uno, como responsables del delito de asesinato. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón .. 111

DEFENSA DEL PROCESADO. — *Por defensa eficaz no puede entenderse únicamente aquélla cuyos argumentos han sido acogidos por los falladores, sino también todo esfuerzo dialéctico encaminado a esa finalidad, aun cuando sea adversa la decisión de la justicia.* — Por sentencia de 30 de marzo, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Neiva de 8 de junio de 1975 que condenó al recurrente Aurelio Antonio Pineda Fonseca, a la pena de 32 meses de presidio como responsable del delito de falsedad en documentos. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 114

PECULADO. — FALSEDAD. — CONCUSION. — DEFINICION. — DELITOS CONTINUADOS Y CONCURSO. — La Corte, por auto de 19 de abril de 1976, llamó a responder en juicio criminal a Perfecto Francisco Caballero Villazón, por los delitos de peculado, concusión y falsedad en documentos públicos y DISPONE que el juicio se tramite por el procedimiento señalado en el Libro III, Título II del C. de P. P. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 124

EMBRIAGUEZ. — MEDIDAS DE SEGURIDAD. — *La embriaguez influye a), como circunstancia de menor peligrosidad cuando se hubiere producido en forma incidental y en circunstancias en que el agente no podía prever sus consecuencias delictuosas y b), como factor condicionante de la modalidad de la sanción, cuando hubiese determinado en el agente alguna de las condiciones señaladas en el Art. 29 del C. P., que son causales de inimputabilidad, pero no de inculpabilidad.* — La Corte, por sentencia de 19 de abril de 1976, NO CASA la de 8 de julio de 1975 del Tribunal Superior de Neiva que condenó al recurrente Luis Alberto Piedrahita Me-

Páginas

jía, a la pena principal de 93 meses de presidio, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 131

RECUSACION. — *El sólo hecho de haber presentado denuncia contra un Magistrado, no alcanza a ser prueba suficiente de que exista enemistad entre el Magistrado y el denunciante, ya que puede ocurrir, y esto sucede en la mayoría de los casos, que el Juez se ponga por encima de esos brotes de humana flaqueza y no deje que su ánimo sea perturbado por ellos.* Por auto de 1º de abril de 1976, la Corte DECLARA INFUNDADA la recusación propuesta por el abogado Hernando Noguera contra los Magistrados Miguel Tarazona y Víctor Leal Jara, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 134

ABUSO DE AUTORIDAD. — CONCURSO DE DELITOS. — *Lo esencial es que el funcionario se aproveche de los poderes públicos, violando los deberes que derivan de su calidad para realizar el hecho que causa daño al particular.* — La Corte, por auto de 2 de abril de 1976, MODIFICO el de 15 de diciembre de 1975 del Tribunal Superior de Manizales y en su lugar dispuso llamar a responder en juicio criminal a Javier Restrepo Abondano por los delitos de abuso de autoridad y abusos deshonestos en concurso. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 136

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA, POR DELITOS COMETIDOS EN ESTADO DE SITIO. — *El juzgamiento del personal adscrito a las fuerzas de policía, nace exclusivamente de lo dispuesto en el estatuto especial consignado en el Decreto - Ley 2347 de 1971 y no de las normas contenidas en el Código Militar por asimilación entre "militar" y "policía" (Art. 284 y 307). La Ley quiso hacer una distinción entre los dos cuerpos, no sólo en cuanto a estructura y composición sino principalmente en cuanto a sus funciones, que en mucho y radicales aspectos se apartan de las propias de los cuerpos armados que integran el Ejército de la República.* — La Corte, por providencia de fecha 2 de abril de 1976 DIRIME la colisión de competencia suscitada entre el Comandante de Policía de Bogotá, Juez de 1ª instancia, y el Comandante de la Brigada de Institutos Militares, también Juez de 1ª instancia para conocer del proceso contra el Agente de Policía Luis Armando Beltrán Martínez, en el sentido de declarar que el conocimiento corresponde al Comandante de la Brigada de Institutos Militares, Juez de 1ª instancia. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 141

CONFESION. — *A las versiones dadas por los sindicados ante los Directivos de la Policía Judicial, no puede otorgárseles el rango de confesión extrajudicial, puesto que esta clase de pruebas no existe en el proceso penal; en él, o se está frente a la confesión que siempre habrá de ser judicial o no se está frente a confesión de ninguna índole, sino ante otra clase de pruebas.* — La Corte, por sentencia de 8 de abril de 1976, CASA la de 27 de agosto de 1974 por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a José Emilio Castilla Vanegas y Gustavo Antonio Ocampo Pineda a la pena principal de 4 años de presidio, y en su lugar los absuelve. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 145

JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. AUTO DE PROCEDER, VEREDICTO. SENTENCIA. — *En los juicios con intervención del jurado, tienen que acoplarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia.* — Por sentencia de 8 de abril de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por Raúl Trillares Ortiz y José Antonio Caicedo Tique, contra la sentencia de 12 de septiembre de 1974 por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a los recurrentes a las penas principales de 15 y 18 años de presidio, respectivamente, como responsables del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 153

Páginas

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *Falta de examen psiquiátrico del sindicado.* — La Corte, por sentencia de 8 de abril de 1976, CASA la de 7 de febrero de 1975, por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a Efraín Rojas Anacona, a la pena principal de 8 años de presidio y en su lugar DECLARA NULO lo actuado a partir del auto de fecha 7 de junio, inclusive, que declaró cerrada la investigación. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 159

NULIDAD. — *No constituye nulidad alguna el que el Juez en derecho le pida al Jurado que aclare el veredicto, cuando ofrezca éste oscuridad, concurriendo los componentes de aquél a una nueva deliberación.* — La Corte, por sentencia de 8 de abril de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de junio de 1975 del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó a José María Humna López a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 165

TESTIMONIO DEL OFENDIDO. — *Su valor probatorio.* — *Crítica del testimonio. Antecedentes penales de los declarantes.* Por sentencia de 22 de abril de 1976, la Corte REVOCA la de 16 de diciembre de 1975, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, Sala de Decisión, que condenó al Doctor José Hoyos Parra, como responsable del delito de concusión, y en su lugar lo absuelve. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 168

NULIDAD DEL ART. 26 DE LA C. N. — *No basta que el actor en el recurso afirme que la prueba que solicitó en el sumario era de particular trascendencia y que su posterior recaudo en el juicio privó al procesado de sus derechos fundamentales. Está obligado a demostrar en tal hipótesis, las razones jurídicas que lo asisten para sustentar su afirmación.* — La Corte, por sentencia de 22 de abril de 1976, NO CASA la de 28 de abril de 1975 del Tribunal Superior de Montería que condenó al recurrente Abelardo de Jesús Salinas Alvarez, a la pena principal de 24 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 181

EXAMEN MEDICO PSIQUIATRICO. — *Esta prueba debe decretarla el funcionario cuando él observe alguna de las posibilidades contempladas en el Art. 29 del C. P.* — Por sentencia de 22 de abril de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Jesús Guillermo González Acosta contra la sentencia de 4 de diciembre de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a su defendido a la pena principal de 20 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 185

CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO. — *La declaratoria de contraevidencia del veredicto del jurado, no es del resorte del recurso de casación. Tal facultad fue otorgada al juzgador en derecho durante las instancias.* — La Corte, por sentencia de 22 de abril de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Tunja en favor del sindicado de homicidio José Hermelindo Aguirre Medina el 28 de abril de 1975. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 192

NULIDAD. — *Sólo puede alegarla la parte a quien perjudica, pero no un tercero.* — Por sentencia de 27 de abril de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de febrero de 1975 proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Luis Hernán Ruiz Muñoz y Norberto Moreno Conde a la pena principal de 75 meses y dos días de presidio por el delito de peculado. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 197

SENTENCIA EN LOS JUICIOS CON JURADO. — *La sentencia en los juicios con Jurado no se funda en las pruebas del proceso, sino en el veredicto del Jurado y su contraevidencia no está erigida en causal de casación.* — Por sentencia de 29 de abril

Páginas

de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 7 de abril de 1975 del Tribunal Superior de Pasto que condenó a Jesús Alberto Gualcal, a Raúl Pantoja y a Gilberto Medardo Hernández a la pena principal de 16 años de presidio como responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 205

CAMBIO DE RADICACION. — *Las causales de impedimento no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal.* — La Corte, por medio de providencia de 6 de mayo de 1976, rinde concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso adelantado en el Distrito Judicial de Tunja contra Santos Rodríguez Beltrán, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez. 209

CONCUSION. — *El delito de concusión no requiere un dolo de caracteres especiales, sino que basta para configurar el elemento subjetivo de esta infracción, la conciencia de estar obrando contra derecho por no conocerse norma expresa que autorice la actuación, ni existir disposición legal que la permita.* — La Corte, por sentencia de 6 de mayo de 1976 REVOCA la de 25 de febrero del año en curso del Tribunal Superior de Pasto que absolvió a Luis Restrepo Orozco, ex-Juez Promiscuo Municipal de Puerto Asís y en su lugar lo condena a la pena principal de un año de prisión como responsable del delito de concusión. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 211

CUESTIONARIOS A LOS JURADOS. — *Estos deben reflejar el contenido del auto de vocación a juicio, sin incluir causales de agravación no previstas en el auto.* La Corte, por sentencia de 7 de mayo de 1976, CASA la de 11 de septiembre de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Javier Darío Pineda Rivera a la pena principal de 17 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y robo, y en su lugar decreta la nulidad del juicio a partir de la diligencia de sorteo de jurados llevada a cabo el 1º de agosto de 1973, para que se elija nuevo jurado. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 216

FUERO DE LOS GOBERNADORES ECLESIASTICOS DE DIOCESIS, VICARIOS GENERALES, DIGNIDADES Y DEMAS MIEMBROS DE LOS CABILDOS ECLESIASTICOS EN VIRTUD DEL ORDINAL b) DEL ART. 1º DE LA LEY 16 DE 1969. Por auto de fecha 13 de mayo de 1976, la Corte DECRETA LA NULIDAD de todo lo actuado a partir del auto de fecha 10 de junio de 1970 que inició la investigación y DISPONE devolver el expediente al Tribunal Superior de Neiva, a fin de que decida si es el caso o no de iniciar sumario contra el Prefecto Apostólico Monseñor Marceliano E. Canyes Santacana, por un presunto delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 224

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *Consejo de Guerra Verbal. Falta de firma del Presidente, Asesor Jurídico y Secretario de los cuestionarios. La violación de las garantías del Art. 26 de la Constitución son insubsanables y deben ser declaradas de oficio.* — La Corte, por sentencia de 17 de mayo de 1976, CASA la sentencia de 12 de marzo de 1975 proferida por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a los recurrentes Reinero Rubiano Guerrero, Flower Gutiérrez y Nelson Ocampo, y en su lugar DECRETA LA NULIDAD de todo lo actuado a partir de la Resolución Nº 59 de noviembre 10 de 1973 sobre la convocatoria del Consejo Verbal de Guerra, quedando el proceso en estado de sumario. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 226

NULIDAD. — *Yerro en cuanto a la época en la que fue cometida la infracción. Debe ser de tal naturaleza que lleve oscuridad sobre el cargo que se le hace al acusado.* — Por sentencia de 19 de mayo de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía 2ª del

Páginas

Tribunal Superior de Buga contra la sentencia de 20 de marzo de 1975 del mismo Tribunal que condenó a Alicia Escobar de Bravo a la pena principal de 12 meses y 10 días de prisión como responsable de los delitos de estafa y falso testimonio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 234

PECULADO. — *Uso indebido. Artículo 151 del C. P. y Decreto 1858 de 1951. Definición.* — La Corte por sentencia de 20 de mayo de 1976 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva de 30 de julio de 1975 que condenó a Luis Ernesto Araújo Chavarro, a la pena de 24 meses de presidio como responsable del delito de peculado. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 239

RECUSACION. — *La causal cuarta de recusación del Art. 78 del C. de P. P. se refiere, en lo pertinente, al hecho de que el Juez o Magistrado haya "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".* — Por auto de 20 de mayo de 1976, la Corte DECLARA infundada la recusación que contra el Magistrado Doctor Enrique Caballero Mogollón, Magistrado del Tribunal de Montería propuesta por el sindicado Edilberto Kerguelén Argumedo, quien está sindicado de los delitos de falsedad y peculado. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 247

CASACION. TECNICA. — *Es gravísimo error aducir que se ha violado la ley simultáneamente por aplicación indebida o por interpretación errónea. O es lo uno o lo otro, pero no ambas cosas a la vez, porque la aplicación indebida ocurre cuando se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado, y la interpretación errónea, se presenta cuando se da a la Ley un alcance distinto del querido por ella.* — La Corte, por sentencia de 28 de mayo de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 4 de julio de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Miguel Gaviria Delgado y Víctor José Vasco Alvarez, a las penas principales de 62 y 96 meses de presidio respectivamente como responsables del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 249

NULIDAD PROCESAL. — *Para que una nulidad procesal pueda ser tenida en cuenta en sede de casación, se requiere que se demuestre por el impugnante la relación de causalidad que existe entre ella y el fallo condenatorio de tal manera que si esa nulidad no se hubiere presentado, el fallo habría sido absolutorio o la condena no habría tenido la gravedad de la sentencia acusada en casación.* — Por sentencia de 4 de junio de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por Cándido Roa Segura contra la de 28 de agosto de 1975 proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio que condenó al recurrente a la pena principal de 11 años de presidio, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez .. 258

ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION. — La Corte, por auto de fecha 4 de junio de 1976, llama a responder en juicio criminal al doctor Eduardo Alvarado Hurtado, en su condición de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto por el delito de "abuso de autoridad" que define y sanciona el Libro II, Título III, Capítulo VI del Código Penal. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 268

RAPTO VIOLENCIA CARNAL. — SECUESTRO. — *Definiciones.* — La Corte, por providencia de 7 de junio de 1976 DIRIME la colisión de competencias planteada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia y el Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali en el sentido de asignarle competencia al Juzgado Penal del Circuito de Manizales en cuanto al conocimiento del delito de violencia carnal adelantado contra Gustavo Peña. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 272

PREVARICATO. — *Conducta delictuosa prevista en el Art. 2º del Decreto 2525/63 que sustituyó el texto del Art. 168 del C. Penal.* — Mediante auto de 10 de junio de 1976, la Corte REVOCA el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Supe-

Páginas

rior de Cartagena en favor del ex-Juez Superior de Aduanas de la misma ciudad doctor Miguel Guerrero Hurtado, y en su lugar lo llama a responder en juicio por el delito de "prevaricato" que define y sanciona el C. P. en su Libro II, Título III. Capítulo V. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 275

REVISION. — *La revisión del proceso en base a hechos nuevos que desvirtúen la base fáctica de la sentencia ejecutoriada, se fundamenta en razones superiores de equidad.* — Por providencia de 16 de junio de 1976 ORDENA la revisión de la causa seguida contra Hernando Herrera y otro, únicamente en cuanto respecto a aquél y señala para efectuarla el Juzgado 1º Superior de Neiva. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 283

NULIDAD. — *Error en la denominación jurídica del delito. Numeral 5º del Art. 210 del C. de P. P.* — La Corte, por sentencia de 17 de junio de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 18 de julio de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó al recurrente Luis Octavio Hernández Franco a la pena principal de 6 años de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 289

NULIDAD POR FALTA DE FIRMA DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE GUERRA Y SU SECRETARIO EN LOS CUESTIONARIOS SOMETIDOS A LA CONSIDERACION DE LOS VOCALES. — *La Corte no puede eximirse de examinar las nulidades de índole constitucional, a la luz de otras consideraciones, pues no debe admitirse sea tan restringida su competencia que le impida reconocer las fallas procesales de fondo en que se haya incurrido y que vicien de manera sustancial, el proceso.* — La Corte, por sentencia de 18 de junio de 1976, CASA la de fecha 13 de diciembre de 1972 del Tribunal Superior Militar que condenó a Julio Calvache y otros a diferentes penas, y en su lugar ORDENA reponer el procedimiento a partir, inclusive, de la resolución por medio de la cual se convoca el Consejo de Guerra Verbal en adelante. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 296

FALSEDAD. — PECULADO. — *De acuerdo con el Art. 261 del C. de P. P., se entiende por documentos públicos o auténticos "Los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones".* — Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 313

CASACION. — CAUSAL 1ª. — La Corte, por sentencia de 1º de julio de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de marzo de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Luis Eduardo Berrío Manco a la pena principal de 13 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y homicidio tentado. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 333

NULIDADES. — *Su procedencia.* — Por sentencia de 5 de julio de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 8 de octubre de 1975 por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a Jairo Vanegas Cediel a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 340

NULIDAD. — *En casos muy concretos, tener como prueba un hecho legalmente inexistente puede constituir nulidad porque entraña ciertas inobservancias de las formas propias del juicio.* — La Corte, por sentencia de 12 de julio de 1976, NO CASA la dictada por el Tribunal Superior de Montería con fecha 8 de julio de 1975 que condenó a Agustín Flórez Yañez a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 346

NOTIFICACIONES. — *El acto de notificación es de carácter complejo cuando se dispone que se haga a varias personas en común o a una de ellas y a su apoderado. En estos casos tal acto se completa cuando se ha dado conocimiento a todas las partes que deben enterarse de su contenido.* — Por sentencia de 15 de julio de 1976,

Páginas

la Corte CASA la de 21 de agosto de 1975 del Tribunal Superior de Buga que condenó a Gerardo Osorio Galvis, a la pena principal de 10 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado, y en su lugar dispone que el proceso vaya al Tribunal de origen para que falle la apelación interpuesta por el procesado contra el auto de 28 de agosto de 1974. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 349

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA. — *Presentación de la demanda y fundamentación de las causales.* — La Corte, por sentencia de 15 de julio de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Luis Alberto Vidiamizar contra la sentencia de 12 de julio de 1975 por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó al procesado a la pena de 3 años de prisión como responsable del delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 354

EXAMEN - PSIQUIATRICO DEL SINDICADO. — *Su procedencia al tenor del Art. 411 del C. de P. P.* — Por sentencia de 15 de julio de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 14 de julio de 1975 del Tribunal Superior de Valledupar que condenó a Ives Bacca Soto a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 361

ARRESTO. — *Cómo se hace cuando esta pena se reduce a prisión.* — Por sentencia de 16 de julio de 1976, la Corte CASA parcialmente la sentencia de 24 de julio de 1975 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Víctor Olegario Pachón Pachón a 8 años y 9 meses de presidio por los delitos de homicidio y lesiones personales, y en su lugar lo condena a la pena principal de 8 años y 9 días de presidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 366

GRADUACION DE LA PENA. — *Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Complicidad necesaria y no necesaria. Participación en el delito. Sus modalidades.* — Mediante sentencia de 21 de julio de 1976 la Corte CASA parcialmente la de 30 de septiembre de 1975 del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Berbulfo Rodríguez Bernal y a Pablo Emilio Rodríguez Vega a las penas principales de 12 y 6 años de presidio como responsables del delito de homicidio, y en su lugar condena a Bertulfo Rodríguez a la pena de 11 años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 370

REINCIDENCIA. — *Requisitos para permitir la excepcional intensificación de pena.* — La Corte, por sentencia de 22 de julio de 1976 CASA parcialmente la de 4 de diciembre de 1975 del Tribunal Superior de Buga que condenó a Luis Alberto Guevara Sánchez a 4 años y 6 meses de presidio y 6 años de relegación a Colonia Agrícola y a Walter Lerolle Bayer a 5 años de presidio y en su lugar condenó a Luis Alberto Guevara Sánchez a la pena de 30 meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 377

NULIDAD CONSTITUCIONAL POR FALTA DE DEFENSA DEL PROCESADO. — *Sólo puede alegarse cuando la defensa ha sido inexistente pero no cuando fue limitada.* Por sentencia de 22 de julio de 1976, la Corte NO CASA la del 12 de febrero del año en curso del Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a Víctor Rubio a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 382

CONCUSION Y COHECHO. — *Sus diferencias. Definición.* — La Corte, por auto de 22 de julio de 1976, CONFIRMA el de 30 de marzo del mismo año, por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín sobreseyó al procesado Francisco Echeverri Betancur por segunda vez, por hechos que tuvieron ocurrencia cuando desempeñaba el cargo de Juez Civil Municipal de Cáceres. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 387

Páginas

CERTIFICADOS. — *Los expedidos por los Jueces de Instrucción sobre cumplimiento de comisiones dadas a otros funcionarios de instrucción, no son certificados.* — Por auto de 22 de julio de 1976, la Corte CONFIRMA el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Manizales en favor del doctor Guillermo Moreno Corchelo sindicado del delito de falsedad. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 391

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD APLICABLE A LOS DELITOS CULPOSOS. — La Corte, por sentencia de 23 de julio de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 29 de julio de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Lázaro de Jesús Ruiz Salazar a la pena de 4 años de prisión como responsable del delito de homicidio culposo. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 394

JURADOS DE CONCIENCIA. — *Notificación. Integración. No existe nulidad por la falta de notificación personal del auto que señala día y hora para la celebración del juicio a todos los jurados.* — La Corte, por sentencia de 3 de agosto de 1976, NO CASA la de 17 de octubre de 1975 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Luis Francisco Galeano Ortiz a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 401

PECULADO. MALVERSACION. — *Semejanzas y diferencias.* — Por auto de 3 de agosto de 1976, la Corte CONFIRMA en todas sus partes el de 23 de abril del mismo año, del Tribunal Superior de Armenia que sobreseyó definitiva y temporalmente a Hernando Arrubal Ceballos a quien se adelantaban procesos por hechos cometidos cuando desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Filandia. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 407

NULIDADES. IRREGULARIDADES. — *Auto cabeza de proceso, en los procesos en que es competente el Tribunal Superior por razón del fuero en cuanto al sujeto pasivo del delito.* — La Corte, por auto de 3 de agosto de 1976 CONFIRMA el del Tribunal Superior de Bogotá por medio del cual sobreseyó definitivamente al doctor José Joaquín Rodríguez Flórez de los cargos que se le imputaron en su carácter de Juez 20 Civil Municipal de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 412

DETENCION ARBITRARIA. — *El dolo del delito de detención arbitraria, es el conocimiento de la injusticia que se está cometiendo.* — La Corte, por auto de fecha 3 de agosto de 1976, CONFIRMA el de 19 de abril del mismo año del Tribunal Superior de Pasto que se abstuvo de abrir investigación contra el doctor Guillermo B. Solarte Bacca, por el supuesto delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 415

CAMBIO DE RADICACION. — *Causales. Su demostración debe ser completa.* — La Corte, por sentencia de 3 de agosto de 1976 EMITE CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación del proceso seguido contra Jorge Isaac Mora Espejo, Pedro Antonio Amóctegui y José Edilmer Quintana Tinoco por los delitos de homicidio y robo en el Juzgado 4º Superior de Armenia. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 418

ABUSO DE AUTORIDAD. — *Elementos.* — Por sentencia de 3 de agosto de 1976, la Corte CONFIRMA la del Tribunal Superior de Popayán de 17 de marzo de este año por medio de la cual condenó a Raúl Tobar Quintana a la pérdida del empleo y $ 100.00 de multa como responsable del delito de abuso de autoridad como Juez Promiscuo Municipal de Padilla. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 422

DETENCION ARBITRARIA. — *El dolo consiste en la intención positiva de privar de la libertad a una persona sabiendo que su acto "es contrario a derecho".* — Por auto de fecha 9 de agosto de 1976, la Corte CONFIRMA el del Juzgado Supe-

Páginas

rior de Bogotá que repuso el del 23 de enero de 1975 por medio del cual llamó a juicio a Carlos Humberto López Alvarez por el delito de detención arbitraria y no por abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 426

ABUSO DE CONFIANZA. — *Se perfecciona en el momento y en el lugar donde se cumple la acción ilegal del apoderamiento.* — La Corte, por providencia de 9 de agosto de 1976 DIRIME el conflicto de competencia surgido entre el Juzgado 6º Penal del Circuito de Barranquilla y el Juzgado 2º Promiscuo del Circuito de Fundación, dentro del proceso seguido contra Miguel Angel Campo Castillo por el delito de abuso de confianza en el sentido de que el conocimiento le corresponde al Juez 6º Penal del Circuito de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 430

CASACION. CAUSAL PRIMERA. — La Corte, por sentencia de 10 de agosto de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 7 de noviembre de 1975 que condenó a Damián Sánchez Calderón a la pena principal de 30 meses de prisión como responsable del delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 434

CONCUSION. — *Sus elementos. En ningún caso le es permitido al Jefe de una Oficina Pública dividir el sueldo de sus empleados subalternos y menos recortárselo.* Por sentencia de 11 de agosto de 1976, la Corte CONFIRMA la providencia de 17 de diciembre de 1975 del Tribunal Superior de Cartagena, que condenó a Betty Gómez de España por el delito de concusión pero adicionándola en el sentido de imponer como sanciones la pena principal de 14 meses de prisión y las accesorias de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un período igual a la de la pena principal, a suspensión de la patria potestad si la tuviere y la publicación especial de esta sentencia. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 438

NULIDAD POR FALTA DE FIRMAS DEL

Páginas

PRESIDENTE DE LOS CONSEJOS DE GUERRA. — *La Corte reitera la jurisprudencia.* — Por sentencia de 12 de agosto de 1976, la Corte CASA la de 12 de agosto de 1975 del Tribunal Superior Militar que condenó al Agente de la Policía Nacional Carlos Julio Rozo Sandoval a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio y en su lugar DECRETA la nulidad de todo lo actuado a partir inclusive de la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y ordena se reponga el procedimiento. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 445

ABUSO DE AUTORIDAD. —*Prevaricato. Diferencias.* — La Corte, por providencia de 17 de agosto de 1976, CONFIRMA la de 25 de febrero último por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá sobreseyó definitivamente en favor del doctor Jorge Enrique Alvarez Higuera, ex-Juez 13 Penal del Circuito de Bogotá, por el delito de prevaricato y lo llamó a juicio por abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 455

MEDIDAS DE SEGURIDAD. — *Las medidas de seguridad son de duración indeterminada.* — Por sentencia de 17 de agosto de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Ibagué de 1º de octubre de 1975 que condenó a César Julio Murillo Sánchez a la medida de seguridad de reclusión por un tiempo no inferior a un año en una Colonia Agrícola Penal como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez ... 460

PECULADO-CULPOSO. *La doctrina penal ha descartado esa forma de culpabilidad, cuando la actuación del agente obedece a la conducta dolosa de un tercero.* — La Corte, por providencia de 19 de agosto de 1976 RESUELVE SOBRESEER definitivamente al doctor Jorge Salazar Morán de los cargos que le fueron imputados como ex-Gobernador de Nariño. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo ... 464

CONEXIDAD. *Procesalmente considerada,*

Páginas

la conexidad no se refiere a los elementos constitutivos de cada uno de los delitos cuya existencia posible origina. — La Corte, por sentencia de 19 de agosto de 1976 NO CASA la de 27 de octubre de 1975, proferida por el Tribunal Superior de Pereira que condenó a Francisco Guillermo Castaño Velásquez a la pena principal de un año como responsable del delito de concusión. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 468

COLISION DE COMPETENCIAS. — *Quiénes juzgan a los Infantes de Marina.* — Por providencia de 19 de agosto de 1976, la Corte DIRIME la colisión de competencias creada entre el señor Comandante de la Fuerza Naval del Sur, Juez de primera instancia, y el Inspector General de la Armada, Juez de primera instancia, en cuanto al juzgamiento del soldado de Infantería de Marina Bernardo Palacios Rozo, en el sentido de declarar que el conocimiento de ese proceso corresponde al Comandante de la Fuerza Naval del Sur. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 472

COHECHO. — *Su definición y sus efectos.* La Corte, por auto de 19 de agosto de 1976 RESUELVE llamar a juicio criminal al doctor Julio Escallón Ordóñez para que responda del delito de cohecho de que trata el Código Penal en su Libro 2º, Título III, Capítulo III. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 475

DEFENSOR DE OFICIO DE UN MENOR DE EDAD. — *Lo puede hacer el Juez, a petición del menor, sin que implique nulidad constitucional, porque ninguna norma dispone que tal designación deba hacerse por parte del representante legal del menor acusado.* — La Corte, por sentencia de 19 de agosto de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Roberto Gasca (a) El Indio, Gildardo Marín Rivas (a) Cayayo y Henry Cárdenas Posada (a) Guillete, contra la sentencia de 3 de octubre de 1975 dictada por el Tribunal Superior de Cali, que los condenó como responsables de los delitos de homicidio y robo. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 492

Páginas

FALSEDAD. — *La falsificación de documentos exige el dolo, sin que haya la posibilidad de una falsificación por culpa.* — La Corte por sentencia de 19 de agosto de 1976 CASA la de 22 de noviembre de 1974 del Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a Luis Alejandro Bustos Soto, José Rafael García Figueredo y Jesús María Pedraza Moreno a la pena principal de 42 meses de presidio, a los dos primeros como coautores y cómplice necesario el tercero, del delito de falsedad y documentos públicos y en su lugar los absuelve. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 497

VIOLENCIA CARNAL Y HOMICIDIO. CONCURSO DE DELITOS. — *Si el culpable en el acto de ejecutar violencia carnal (consumación, tentativa), voluntariamente es causa de la muerte de la víctima, responde de violencia carnal y homicidio doloso agravado.* — Por sentencia de 23 de agosto de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 22 de septiembre de 1975 del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a José Antonio Montoya Díaz, a la pena principal de 8 años, 6 meses de presidio como responsable de los delitos de homicidio y violencia carnal. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón ... 510

BIGAMIA. — *Delito instantáneo aunque sus efectos sean permanentes. No se entrelaza con otros u otros para sostener que entre ellos existe un nexo que los hace inseparables.* — La Corte, por providencia de 27 de agosto de 1976 DIRIME la colisión presentada entre el Juez 1º Penal del Circuito de Buga y el 13 Penal del Circuito de Cali en el sentido de decidir que el conocimiento del proceso seguido por bigamia contra Antonio Mario Salcedo Herrera le corresponde al Juez 1º Penal del Circuito de Buga. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía . 531

CONFESION. — *Qué se entiende por tal.* — Por sentencia de 27 de agosto de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 31 de diciembre de 1975 del Tribunal Superior Militar que

Páginas

condenó a Humberto Rodríguez a la pena de 4 años de presidio como responsable de violación del Decreto 1188 de 1974 tráfico de estupefacientes. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 524

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. — *Puede haber alteración de un documento que constituye falsedad documental, aun cuando le falten determinados requisitos que la Ley Civil establece para darles plena validez dentro de los procesos civiles, si ese escrito es auténtico y tiene importancia para la vida jurídica.* — La Corte, por sentencia de 27 de agosto de 1976, NO CASA la de 9 de octubre del mismo año del Tribunal de Bogotá que condenó a Jesús Mario Grillo Vargas y a Isabel Molina García a la pena de 2 años de prisión como responsables de los delitos de falsedad en documentos. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 529

HOMICIDIO IMPERFECTO. — *Homicidio tentado y homicidio frustrado.* — Por sentencia de 27 de agosto de 1976 la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 10 de septiembre de 1975 del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó a José Amador Galeano a la pena principal de 6 años y 8 meses de presidio como responsable del delito de homicidio frustrado. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 535

PREVARICATO. — *El delito de prevaricato exige que la resolución, auto o sentencia sean contrarios a derecho y además que con la decisión se cause perjuicio a una persona o entidad.* — Por providencia de 27 de agosto de 1976 la Corte CONFIRMA la de 30 de mayo del año en curso del Tribunal Superior de Manizales que sobreseyó en forma definitiva al doctor Héctor Fabio Rodríguez de los cargos que le imputaron como Juez Civil Municipal de Pácora. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 542

NULIDAD DEL ART. 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — *Existen actos procesales de indispensable cumplimiento por cuanto constituyen las bases de la acción jurisdiccional ya que permiten asegurar el cumplimiento de los fines que persigue todo proceso.* — La Corte por sentencia de 2 de septiembre de 1976, NO CASA la de 1º de diciembre de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Pedro Pablo Osorio a la pena principal de 6 años de prisión como responsable del delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 548

AUTO DE PROCEDER. — *Su importancia. Sus requisitos sustanciales (Art. 481 del C. de P. P.) y formales (Art. 483 del C. de P. P.) Su repercusión en la sentencia. Nulidad. Criterio adoptado hoy sobre las nulidades en sede de casación. Cuándo las puede alegar la parte civil* — La Corte, por sentencia de 9 de septiembre de 1976 INVALIDA la de 17 de octubre de 1975 del Tribunal Superior de Montería que absolvió a Germán Augusto Durango, sindicado de peculado, y en su lugar dispone devolver el proceso al Juzgado 2º Penal del Circuito de Montería para que reponga el procedimiento a partir del auto de 27 de mayo de 1974 inclusive. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 555

CUERPO DEL DELITO. SU COMPROBACION. — *No hay errónea apreciación de la prueba del cuerpo del delito, cuando ésta, a pesar de los defectos formales, produce en asocio de otras pruebas del proceso, certeza sobre la existencia y naturaleza de la infracción punible.* — Por sentencia de 9 de septiembre de 1976 la Corte NO CASA la de 1 de noviembre de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a William Antonio Restrepo Siegert, a la pena de 5 años de presidio como responsable del delito "contra la salubridad pública". Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 568

REVISION. — *Causal 3ª del artículo 568. Cómo debe fundamentarse.* — Por sentencia de 9 de septiembre de 1976, la Corte NIEGA LA REVISION de la sentencia de 24 de septiembre de 1974 del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Tomás López Gualteros a la pena principal

Páginas

de 9 años como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 575

TESTIMONIO UNICO. — *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 la suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos.* — La Corte por sentencia de 9 de septiembre de 1976, CASA PARCIALMENTE la de 2 de septiembre de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a 28 meses de prisión a Félix Gil Aguirre como responsable del delito de falsedad en documentos, y en su lugar lo absuelve confirmando la sentencia en lo demás Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 580

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *No toda irregularidad es suficiente para conculcar el derecho de defensa.* — Por sentencia de 9 de septiembre de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 15 de noviembre de 1975 por medio de la cual el Tribunal Superior de Villavicencio condenó a Salomón González a la pena principal de 2 años de presidio como responsable del delito de falsedad en documento público. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 586

REVISION. — *Se halla establecida en nuestra legislación con el objeto de remediar el error de haber condenado a un inocente y no para cuando se ha incurrido en el de absolver a un culpable ni para el caso en que un individuo haya sido condenado a una sanción distinta de la que la ley señala para la conducta delictuosa que se le imputó en el proceso y por la cual fue condenado.* — La Corte, por sentencia de 13 de septiembre de 1976, DESECHA el recurso de REVISION interpuesto contra la sentencia de 3 de julio de 1973 del Juzgado 1º Penal del Circuito de Bogotá que condenó a José de la Espriella Osio a la pena principal de 1 año de prisión por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 591

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA. — *No basta que el agente del delito tenga calidad de miembro de la Policía y hubiere estado en servicio al tiempo de la realización de la conducta ilícita, para que quede sometido a la jurisdicción castrense, se requiere además, que tal ilícito se haya cometido con ocasión del servicio o por causas del mismo, o de funciones inherentes al cargo.* — Por sentencia de 13 de septiembre de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Montería que condenó a Elías Bedaides Campo, a la pena principal de 17 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 599

REFORMATIO IN PEIUS. — *De conformidad con el artículo 3º de la Ley 17 de 1975.* Mediante providencia de 16 de septiembre de 1976, la Corte DECLARA infundada la recusación propuesta por el doctor Otni Patiño Amézquita contra los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, en el proceso penal contra José Jesús Valencia por los delitos de homicidio, violencia carnal y robo. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 604

VEREDICTO. PRESCRIPCION. — *Cuándo empieza a contarse. La decisión del jurado no tiene aspecto retroactivo, pues sólo produce resultados para el futuro.* — INSUPERABLE COACCION. — *De acuerdo con el ordinal 1º del artículo 23 del Código Penal, para que la coacción exima de responsabilidad, se requiere que sea ajena e insuperable.* — La Corte, por sentencia de 16 de septiembre de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 23 de septiembre de 1975 del Tribunal Superior de Cali, que condenó a José Antonio Mariño T'que y Antonio Mario Benavides Cabrera a las penas de 10 y 8 años de prisión respectivamente, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 607

Páginas

CONCUSION. — *Sus elementos básicos.* — Mediante providencia de 18 de septiembre de 1976, la Corte CONFIRMA el auto de vocación a juicio contra los doctores Gustavo Ordóñez Vásquez y David Antonio Bonilla, ex-Jueces de Aduanas, por el delito de concusión, dictado por el Tribunal Superior de Cúcuta. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez . 615

ESTAFA. — *Por el sistema de rifas. Cuál es la cuantía de la estafa y cómo se regula.* Por sentencia de 16 de septiembre de 1976, la Corte NO CASA la de 25 de julio del año pasado del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Rafael Gómez del Valle y Orlando Linero Parra a la pena principal de 18 meses de prisión como responsables del delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 623

NULIDAD. — *Competencia del Juez por razón de la cuantía.* — La Corte, por sentencia de 23 de septiembre de 1976, CASA la de 14 del mes de junio del año en curso del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Jorge Ignacio Calle Guarín y Alberto Arenas Restrepo a la pena principal de 67 meses de prisión, y en su lugar DISPONE sea cerrada la investigación que debe proseguir de ahí en adelante el Juez Penal Municipal de Támesis (Antioquia) Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 630

INSTRUCCION DEL SUMARIO. — *Términos. El auto que ordena la ampliación no puede ser de "ampliación implícita", debe decretar las pruebas que falten. Pero al hacerlo no hay nulidad constitucional.* CIERRE DE LA INVESTIGACION. — *No se puede decretar la nulidad del auto de cierre de la investigación vencidos los términos, alegando que faltan pruebas por practicar.* — Mediante providencia de 23 de septiembre de 1976 la Corte REVOCA la de 4 de junio del mismo año del Tribunal Superior de Sincelejo que decretó la nulidad del auto sobre cierre de la investigación, y en su lugar ORDENA que el expediente vuelva a la primera instancia para que califique el mérito del sumario que se sigue contra Luis González Anaya. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 635

FALSEDAD. — *La del ordinal 2º del artículo 231 del Código Penal. En qué consiste.* — La Corte, por sentencia de 27 de septiembre de 1976 CONFIRMA la de 26 de febrero del mismo año por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali condenó al doctor Camilo Arias Echeverry, ex-Juez 13 de Instrucción Criminal de esa ciudad, a la pena de 3 años de presidio como responsable del delito de falsedad documental en el desempeño de su cargo. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 640

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. — *(Magistrados del Tribunal Disciplinario).* — La Corte, por providencia de 27 de septiembre de 1976, DISPONE REMITIR a la Cámara de Representantes, las diligencias que se adelantaron contra el doctor Leovigildo Bernal Andrade, por haber asumido conducta contraria a la Ley, de conformidad y para efectos del artículo 102 de la Constitución Nacional. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 657

NULIDADES. — *Las nulidades deben alegarse siempre dentro del marco de la cuarta causal de casación, así provengan de los motivos que se contienen en el inciso 2º del numeral 1º de la causal 1ª.* — La Corte, por sentencia de 29 de septiembre de 1976 NO CASA la del 1º de octubre de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Graciliano Castaño Hincapié a la pena principal de 20 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y robo agravado. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 679

MEDIDAS DE SEGURIDAD. — *El manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos reprimidos con "presidio", o cuyo estado los haga especialmente peligrosos. Pero no a los que padecen en el momento de ejecutar el delito "grave anomalía psíquica de carácter transitorio". Desde cuándo empiezan a cumplirse las medidas de seguridad.*

Páginas

Cuándo, el tiempo que ha permanecido el sentenciado en detención preventiva, puede descontarse del señalado por la medida de seguridad. — Por sentencia de 30 de septiembre de 1976, la Corte INVALIDA PARCIALMENTE la del Tribunal Superior de Neiva de 9 de febrero último que condenó a Augusto Antonio Giraldo López a la pena principal de reclusión en un manicomio criminal por un período mínimo de 4 años por el delito de homicidio y en su lugar lo condena a un año de reclusión en una Colonia Agrícola Especial que empezará a contarse a partir de la fecha en que se efectúe el traslado al citado establecimiento. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 683

TECNICA DE CASACION. — La Corte, por sentencia de 30 de septiembre de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 9 de diciembre de 1975 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a José Neftalí Sánchez Alvarez, a la pena principal de 50 meses y 20 días de prisión por el delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 694

ACTA DEL LEVANTAMIENTO DEL CADAVER REALIZADA POR UN FUNCIONARIO DE POLICIA. — *Su valor probatorio.* La Corte, por sentencia de 7 de octubre de 1976, NO CASA la de 30 de diciembre de 1975 del Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a José del Carmen Alvarez Rojón a la pena de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 699

FUNCIONARIOS PUBLICOS. — *Responsabilidad. Su juzgamiento. Magistrados del Tribunal Disciplinario.* — Por providencia de 14 de octubre de 1976, la Corte DISPONE REMITIR las diligencias seguidas contra los doctores Pedro Manuel Arcnas, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Julio Ortiz Márquez y Gustavo Orjuela Hidalgo, Miembros del Tribunal Disciplinario, a la Honorable Cámara de Representantes para efectos del artículo 102 de la Constitución Nacional. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía .. 702

Páginas

NULIDAD DEL ART. 26 DE LA C. N. — La Corte, por sentencia de 20 de octubre de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Diego Arango Arizabaleta contra la sentencia de febrero 6 del mismo año que lo condenó a la pena principal de 27 meses de prisión como responsable de los delitos de estafas. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 723

NULIDAD DEL ART. 26 DE LA C. N. — *Falta de defensa en el sumario y en el juicio. Cómo se debe presentar.* — La Corte, por sentencia de 20 de octubre de 1976, CASA la de 2 de marzo del año en curso proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Mercedes Quiñones Baquero a la pena principal de 3 años de presidio como responsable del delito a que se refiere el inciso 1º del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, y en su lugar dispone anular el proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación inclusive. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 729

NULIDADES DEL ARTICULO 26 DE LA C. N. *Técnica en su alegación.* — Por sentencia de 2 de noviembre de 1976 la Corte NO CASA la de 28 de febrero del mismo año del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Juan de la Cruz Correa García (a. el bizco) y a Luis Hernando Serna Zuluaga a la pena de siete años y seis meses de presidio y a Joaquín Guillermo Diossa a la de 10 años de presidio como coautores de los delitos de robo y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 734

ANOMALIA PSIQUICA. — *Art. 29 del C. P. Medidas de seguridad.* — Mediante sentencia de 4 de noviembre de 1976, la Corte INVALIDA el fallo de 29 de enero del mismo año del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó al procesado Alberto Medina Hernández a la pena de 80 meses de prisión por el delito de violencia carnal y en su lugar le impone la medida de seguridad de reclusión en un manicomio criminal por el término no menor de 2 años y hasta cuando cese el estado que lo hace peligroso a la sociedad. Ma-

Páginas

gistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 740

NULIDADES. — *Constitucionales y procesales o legales.* — La Corte, por sentencia de 4 de noviembre de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 28 de julio de 1975 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Rodrigo Olaya Fajardo a la pena principal de 32 años y 1 mes de presidio y 5 años de relegación a colonia agrícola, como autor de los delitos de homicidio perfecto e imperfecto, de lesiones personales y de robo, a José Eduardo Páramo, Francisco Montenegro y Nivardo Montenegro, como coautores, a la pena de 32 años y un mes de presidio, y a Pedro Emilio Medina Chávez a la pena de 27 años y un mes de presidio como coautor de los delitos de homicidio y otros. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 746

FACULTADES DEL JUEZ PENAL PARA DECIDIR CUESTIONES CIVILES. — *Todas las normas de derecho confieren al Juez Penal amplias facultades para decidir cuestiones civiles en el proceso, sobre todo en relación a bienes que deben ser entregados a sus legítimos tenedores, poseedores o propietarios.* — Por sentencia de 5 de noviembre de 1976, la Corte CASA PARCIALMENTE la de 29 de marzo último, por medio de la cual se condenó a Ernesto de Jesús Galvis Arboleda a la pena principal de 16 meses de prisión por el delito de estafa, y la orden de entregar 30 reses a Edinson Cruz, y en su lugar ordena que las reses sean entregadas a Elena Trujillo de Martínez y confírmándola en lo demás. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 756

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. — *Inciso 2º del Ordinal 1º del Art. 580 del C. de P. P.* La Corte, por sentencia de 15 de noviembre de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 14 de noviembre de 1975 del Tribunal Superior de Montería que absolvió a Sergio Quintero Lozada por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 762

Páginas

VISITAS A LOS PRESOS. — *Autonomía del funcionario para concederlas o negarlas. Artículo 205 del Decreto 1817 de 1964.* — La Corte, por providencia de 18 de noviembre de 1976, CONFIRMA en todas sus partes la de 9 de abril del mismo año del Tribunal Superior de Bogotá que se abstuvo de abrir proceso penal contra la doctora Amanda Restrepo de Márquez en su condición de Juez 86 de Instrucción Criminal de Zipaquirá, por los delitos que se imputaron de abuso de autoridad y extorsión. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 867

CASACION. — *La que se impugna por medio del recurso extraordinario de casación, no es la sentencia de primera instancia sino la de segunda ya que el recurso está consagrado es contra ésta.* — La Corte, por sentencia de 18 de noviembre de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Gerardo Rueda Vargas contra el fallo de 27 de noviembre de 1975 del Tribunal Superior de San Gil que lo condenó a la pena principal de 9 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 770

NULIDAD DEL ART. 26 DE LA C. N. — *El Art. 26 de la C. N. consagra un complejo de garantías individuales y sociales que ningún funcionario puede desconocer.* — La Corte por sentencia de 18 de noviembre de 1976 CASA la proferida por el Tribunal Superior Militar de 10 de septiembre 1974, mediante la cual condenó a los recurrentes Carlos Arturo Gutiérrez, Carlos Julio Cruz Tacha y José Niño Betancourt a la pena principal de 4 años de presidio como responsables del delito de homicidio y en su lugar DECLARA NULO lo actuado a partir de la providencia de 28 de febrero de 1973 inclusive, para que se reponga el procedimiento. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez ... 773

NULIDADES CONSTITUCIONALES. — *Estricto cumplimiento del artículo 392 del C. de P. P.* — Por sentencia de 18 de noviembre de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de

Páginas

3 de marzo del mismo año del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Jairo Antonio Gamboa Reyes o Clodomiro Vanegas Sandoval a la pena principal de 12 años y medio de presidio como responsables de los delitos de homicidio perfecto e imperfecto. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 779

CONTRABANDO IMPROPIO Y USO DE DOCUMENTOS PUBLICOS FALSOS. — La Corte por sentencia de 18 de noviembre de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de oficio de la doctora Gloria Rodríguez de García, contra la sentencia de 5 de abril del mismo año que la condenó a 29 meses de presidio como responsable de contrabando impropio y uso de documentos públicos falsos. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 786

CONFESION. — *Cuándo existe?* — La Corte, por sentencia de 18 de noviembre de 1976 NO CASA la de 20 de mayo del mismo año del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Calixto Ortiz Ramírez a la pena principal de 30 meses de presidio por infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 795

AUDIENCIA PUBLICA. — Pruebas llevadas a la audiencia. Autonomía del juez para aceptarlas o negarlas de acuerdo con el artículo 512 del C. de P. P. La Corte, por sentencia de 18 de noviembre de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Gonzalo Vásquez Espinosa contra la sentencia de 23 de febrero último del Tribunal Superior de Buga que lo condenó a 22 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio robo y estafa. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 799

PECULADO Y APROPIACION INDEBIDA. — *Semejanzas y diferencias.* — Por sentencia de 25 de noviembre de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 2 de abril del mismo año que condenó a Segundo Querubín Castillo Cortés a la pena principal de 34 meses de presidio, como responsable de los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 804

CAUSAL 4ª DE CASACION. — *Procede con perfecta autonomía cuando la sentencia ha sido dictada en juicio viciado de nulidad y para su relevancia no requiere requisitos diversos a los necesarios para su demostración.* — La Corte, por sentencia de 3 de diciembre de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 9 de marzo último del Tribunal Superior de Santa Marta que condenó a Helio Rada Peña a la pena principal de 40 meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 811

MARIHUANA. — *Interpretación de la Ley 17 de 1973 y del Decreto Nº 1188 de 1974.* Por sentencia de 3 de diciembre de 1976, la Corte NO CASA la de 23 de enero del mismo año del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Víctor Julio Triana, José Ignacio Alegre Chaparro y Pascual N. o Hernández a las penas de 3 años de presidio como responsables de tráfico de estupefacientes. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 815

PECULADO. — La cuantía es apenas un factor para determinar la pena en los términos del Art. 3º del Decreto 1858 de 1951, *pero no es elemento del delito.* — En providencia de 4 de diciembre de 1976, la Corte CONFIRMA la dictada con fecha 4 de octubre del mismo año que dispuso sobreseer definitivamente a Enrique Beltrán Padilla, ex-Juez 2º Penal del Circuito de Pitalito, a quien se acusó del delito de peculado. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 817

NULIDADES DEL ART. 26 — *Su estudio lo hace la Corte a pesar de su incompleta y precaria presentación.* Por sentencia de 9 de diciembre de 1976, la Corte CASA la del Tribunal Superior de Buga del 5 de febrero último que condenó a Jorge Abel

Páginas

Almécija. Hortúa a la pena principal de 3 años de presidio como infractor del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y en su lugar DECRETA la nulidad del proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero ... 820

CAMBIO DE RADICACION. SUS ELEMENTOS. — La Corte, por providencia de 9 de diciembre de 1976 CONCEPTUA DESFAVORABLEMENTE el cambio de radicación solicitado por la señora Teresa Ramírez de Arango, proceso por el delito de homicidio que cursa en el juzgado 2º Superior de Cali. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 823

MARIHUANA. — *Alcances del Decreto 701 de 1976, frente al Decreto 1188 de 1974.* — La Corte, por sentencia de 9 de diciembre de 1976 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero contra la sentencia de 20 de abril del mismo año dictada por el Tribunal Superior Militar que condenó a Salvador Mercado Julio a la pena principal de 3 años de presidio como infractor al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 826

VEREDICTO — CONTRADICTORIO — INEXISTENTE — CONTRAEVIDENTE E INSUFICIENTE. La Corte por sentencia de 10 de diciembre de 1976. CASA la de 23 de enero del mismo año del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual se condenó a Orlando Alfonso Criollo Rodríguez a la pena principal de 8 años y 4 meses de presidio, como responsable del delito de homicidio, y en su lugar DECLARA NULO el proceso a partir inclusive del auto por medio del cual se ordenó el sorteo de jurados de conciencia. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero .. 829

ROBO AGRAVADO. ROBO SIMPLE. HURTO. *Cuando el hecho se comete con escalamiento de muros o con llaves sustraídas o falsas, o ganzúas o cualquier otro instrumento similar. Por sí solos estos supuestos no tipifican el delito de robo. Pero agregado a él, por mandato expreso del artículo 404 del Código Penal, son circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente que agravan el delito, y consecuencialmente la pena.* — Por sentencia de 14 de diciembre de 1976, la Corte CASA la de 26 de noviembre de 1974 del Tribunal Superior de Cali que condenó a José Arturo Marín a la pena principal de 24 meses de prisión como responsable del delito de robo y en su lugar DECLARA nulo lo actuado a partir del auto de proceder inclusive. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 833

RESOLUCIONES DE LOS JUECES PARA SANCIONAR A LAS PERSONAS QUE "LES DESOBEDEZCAN O FALTEN AL DEBIDO RESPETO". — *Artículos 309 y 310 del Código de Régimen Político y Municipal y 39, numeral 2º del C. de P. C.* — Mediante providencia de 14 de diciembre de 1976 REVOCA el auto del Tribunal Superior de Montería que sobreseyó en forma definitiva al doctor Ramón Antonio Quintero Padilla, y en su lugar DISPONE llamarlo a juicio por los delitos de prevaricato y detención arbitraria en concurso. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 845

PREVARICATO. *Elemento objetivo. Elemento subjetivo.* — La Corte, por providencia de 14 de diciembre de 1976 CONFIRMA la de 11 de febrero del mismo año del Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual abrió causa criminal contra Edilberto Borrego Jiménez, por los delitos de prevaricato y concusión cuando desempeñaba el cargo de Juez 36 Penal Municipal de esta ciudad. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 856

LESIONES PERSONALES. — *Su comprobación. Lesiones personales solas o sin pluralidad de sujetos pasivos y sin concurrencia de otro delito de mas alta entidad, pues cuando el delito de "lesiones personales" concursan con uno de mas gravedad, es el delito mayor el que asigna la competencia juzgadora.* — La Corte por sentencia de 14 de diciembre de 1976, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 29 de enero del mismo año del Tribunal Superior de Ibagué que impuso al recurrente José Libardo González Romero la pena de 1 año de prisión por los delitos de homicidio y lesiones culposas. Ma-

Páginas

gistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 861

CONEXIDAD DE DELITOS. — *Conexidad o conexión de los procedimientos. Existencia de este último fenómeno en nuestra legislación.* — Por sentencia de 14 de diciembre de 1976, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 2 de diciembre de 1975 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Santiago Jordán Flórez y Yamile Amézquita y Fabio Fuimana a la pena principal de 3 años de prisión como responsables de "Delitos contra la salubridad pública". Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 868

Páginas

CAPACIDAD DE LOS MENORES PARA COMPARECER EN JUICIO. — *No constituye nulidad la falta de nombramiento de curador ad litem.* — La Corte, por sentencia de 14 de diciembre de 1976 NO CASA la de 20 de febrero de 1975 del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó al recurrente Jeremías Guerrero Bohórquez a la pena principal de 10 años de presidio como responsable del delito de doble homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 878

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia
TALLER DE ARTES GRAFICAS
Penitenciaria Central de Colombia "La Picota"
BOGOTA, D. E., MARZO DE 1981