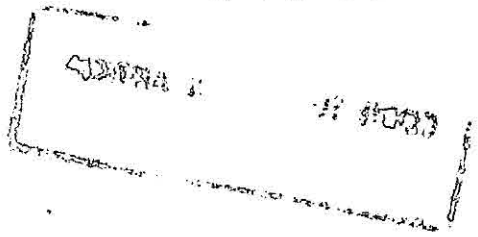
REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

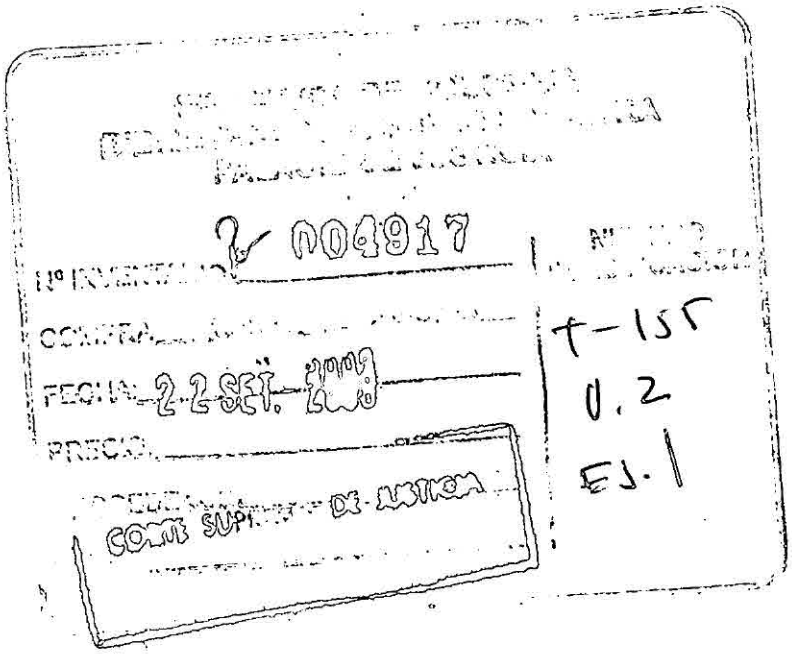
ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



TOMO CLV

SEGUNDA PARTE

SALA PENAL



Nº INVENTARIO 2 004917
COMPRA
FECHA 22 SET. 2009
PRECIO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
T-155
0.2
EJ. 1

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

SALA PLENA

Doctor *Luis Enrique Romero Soto*, Presidente
Doctor *Luis Sarmiento Buitrago*, Vicepresidente

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor *Luis Sarmiento Buitrago*, Presidente

MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de la Vega (hasta el 15 de agosto).
Luis Carlos Sáchica
Guillermo González Charry
Eustorgio Sarria (hasta el 31 de julio).
Euclides Londoño
Hernando Tapias Rocha

Doctor:

Luis F. Serrano A. Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor *Ricardo Uribe Holguín*, Presidente

MAGISTRADOS: Doctores:

Aurelio Camacho Rueda
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Humberto Murcia Ballén
Alberto Ospina Botero
Ricardo Uribe Holguín

Doctor:

Horacio Gaitán Tovar, Secretario

SALA DE CASACION PENAL

Doctor *Gustavo Gómez Velásquez,* Presidente

MAGISTRADOS: Doctores:

Jesús Bernal Pinzón
Fabio Calderón Botero
Gustavo Gómez Velásquez
Alvaro Luna Gómez
Luis Enrique Romero Soto
Julio Salgado Vásquez
Pedro Elías Serrano Abadía
José María Velasco Guerrero

Doctor:

José Evencio Posada, Secretario

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor *Juan Manuel Gutiérrez Lacouture,* Presidente

MAGISTRADOS: Doctores:

Jerónimo Argáez Castello
Alejandro Córdoba Medina
José Eduardo Gnecco Correa
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture
Juan Hernández Sáenz
Hernando Rojas Otálora

Doctor:

Vicente Mejía Osorio, Secretario

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORIAS

RELATORES: Doctores

Susana Montes de Echeverri, Sala Constitucional
(hasta el 14 de diciembre de 1977)
Miguel A. Roa Castelblanco, Sala Constitucional
Héctor Roa Gómez, Sala Civil
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal
Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral

TOMO CLV — Bogotá — Colombia — Segunda Parte 1977 — Número 2398 BIS

SALA DE CASACION PENAL

CONFESION. CONFESION CALIFICADA

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

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón.*

Aprobado: Acta Nº 5

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el doctor Pablo Salah Villamizar, defensor del sindicado DOMINGO HECTOR CUADRA ETCHAT, contra la sentencia proferida el 24 de mayo último por el Tribunal Superior de Barranquilla, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 5º Penal del Circuito de esa ciudad, mediante la cual se condenó al mencionado ciudadano de nacionalidad uruguaya a la pena de seis años de presidio y al pago de cincuenta mil pesos como responsable de un delito contra la salubridad pública (tráfico de estupefacientes).

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los que dieron origen al proceso, tuvieron ocurrencia en la ciudad de Barranquilla, cuando en la tarde del 29 de marzo del año de 1975, fue interceptado en el aeropuerto, un taxi en el que viajaba el mencionado ciudadano uruguayo Domingo Héctor Cuadra Etchat, y se disponía a tomar un avión que lo conduciría a la ciudad de New York. Al registrársele el equipaje, se

halló en su poder un maletín de cuero cerrado con las mayores seguridades en el que, además de algunos documentos, con apariencias de ser diplomáticos, se encontró en el fondo del maletín un paquete con 37 gramos de cocaína y 23 de marihuana.

El ciudadano uruguayo explicó a las autoridades de policía, que un amigo suyo, de nacionalidad americana, le había confiado el encargo de llevar ese paquete a New York, en donde se encontrarían, ignorando su contenido, por cuanto que, fue su amigo, el señor Robert Waltin Ira, en la misma habitación del hotel, y sin que él se percatara de su contenido, quien colocó el paquete que contenía la droga, dentro del maletín que se pretendió hacer pasar como "valija diplomática".

La investigación estuvo, en principio, a cargo del Juez 9º de Instrucción Criminal, y luego pasó por competencia, al Juzgado 5º Penal del Circuito, funcionario que dictó la sentencia de primera instancia que fue confirmada posteriormente por el Tribunal, con las modificaciones anotadas relativas a la rebaja de la sanción privativa de la libertad.

LA DEMANDA DE CASACION

Al amparo de la primera causal del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula dos cargos contra la sentencia así:

Cargo primero: La sentencia de segundo grado sería "violatoria de la ley sustancial por apreciación errónea de las pruebas que sustentan el fallo condenatorio, por haberse incurrido en error de derecho manifiesto, al concederle a las pruebas incricriminatorias un alcance de convicción, del cual carecen y no advertir de las exculpatorias la validez que estas contienen". Este primer cargo descansa sobre los siguientes presupuestos:

1. Que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 264 del Código Procesal Penal, la confesión libre y espontánea del procesado debe tomarse con valor de presunción de veracidad;

2. De acuerdo con lo anterior, el sindicado Domingo Héctor Cuadra habría admitido en su indagatoria que portaba estupefacientes "pero calificó la aceptación de este hecho desfavorable, manifestando ignorar la calidad de sustancias portadas, de la cual sólo vino a enterarse una vez producida su captura y consiguiente requisa, debiendo entenderse entonces, que el procesado "niega su responsabilidad penal ante la infracción que se le imputa";

3. Así las cosas, expresa el censor, al Tribunal ha debido dar crédito a la versión ofrecida por el sindicado y absolverlo, ya que de otra parte, las inferencias probatorias en que se basa la sentencia de condena no se refieren a una pluralidad de indicios sino a uno solo;

4. El demandante se ocupa luego de las explicaciones dadas por el sindicado ante las autoridades de policía y a la forma como estas interpretaron sus planteamientos, para concluir que el Tribunal otorgó valor probatorio pleno y único a la versión ofrecida por tales autoridades policivas, con desconocimiento de otros elementos de juicio que desvirtuaban tales planteamientos.

Todo lo anterior desemboca en la afirmación de que la sentencia incurrió en evidente error de derecho al estimar la prueba relativa a la confesión y por ende violó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal al dictarse sentencia de condena sin que se hubiera producido la prueba plena o completa de la infracción y de la responsabilidad del inculpado.

Cargo segundo: También, como se dijo, este cargo se plantea al amparo de la causal primera de casación, y por violación indirecta de normas de carácter sustancial concretamente la contenida en los artículos 38 y 44 del Decreto 1188 de 1974 "por cuanto se aplicó indebidamente el primero y se excluyó impropiamente el segundo, con lo cual incurrió el juzgador de segunda instancia en error de hecho al concederle a la prueba un alcance objetivo de demostración que no tiene".

El cargo se desarrolla sobre la base de que si se ha demostrado que el procesado Domingo Cuadra obró sin dolo, por cuanto ignoraba que el paquete que le había sido confiado por su amigo Waltin contenía droga, solo se le podría imputar una negli-

gencia atribuible entonces a título de culpa, y al no haberlo reconocido así el Tribunal habría incurrido en la referida violación de la ley sustancial.

Con fundamento en este cargo solicita el demandante, casar parcialmente el fallo y condenar a Domingo Cuadra E., conforme al artículo 44 del Decreto 1188 de 1974.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal en juicioso concepto, cuyos argumentos se tomarán en cuenta al hacer el análisis de los cargos, solicita a la Corte no casar la sentencia objeto de la censura.

SE CONSIDERA

Cargo primero: El cargo se funda sobre el hecho de que el juzgador de segunda instancia no dio la validez probatoria que la ley reconoce a la declaración del sindicado, y que el censor califica como confesión.

Si por confesión ha de entenderse "la voluntaria declaración, o admisión, que el imputado hace acerca de la comisión de un delito por parte suya", es decir, la admisión o el reconocimiento de su participación en un hecho ilícito, claramente se advierte que en el caso de autos, no se está en presencia de una confesión. En primer término se tiene, que al sindicado Cuadra Etchat jamás ha aceptado que tuviera conocimiento de que el paquete que le encomendó su amigo para llevar a New York, contenía cocaína. De suerte que si no aceptó su autoría o su participación en el hecho ilícito que se investigaba, de dónde puede surgir la confesión?

Pero es el mismo recurrente quien se encarga de restarle el valor de confesión a la declaración del sindicado cuando en el libelo escribe:

"El procesado Domingo Cuadra E. durante su indagatoria admitió portar los estupefacientes, de que tratan los autos, pero calificó de adaptación de este hecho desfavorable. *manifestando ignorar la calidad de las sustancias portadas,* de la cual sólo vino a enterarse una vez producida su captura y consiguiente requisa" (lo resaltado es de la Corte).

Entonces, *si las características propias de la confesión son las de ser espontánea, verosimil, determinada, precisa y explícita, la declaración del sindicado no reune estos requisitos que pudieran considerarse externos, tomando como substancial el factor de la admisión del hecho que lo perjudica.*

Sin embargo, el censor pretende que se está en presencia de una confesión calificada, *o sea aquella declaración de responsabilidad hecha por el sindicado en la que, pese a aceptar el hecho, le coloca restricciones de diverso orden (inexistencia del elemento subjetivo propio de la infracción, presencia de eximentes o diminuentes de la responsabilidad, modalidades en la ejecución del hecho que implican atenuación de la responsabilidad, etc). Es decir, que se presentará la hipótesis de confesión calificada o parcial, cuantas veces el imputado agregue restricciones que en alguna forma excluyan o atenúen al delito. Entonces, el problema que ha agitado la mente de los juristas a través de los tiempos es el establecer la forma de valorar la confesión calificada. Es decir, cómo debe resolverse el problema de la divisibilidad o indivisibilidad de la confesión.*

Se admite hoy, por doctrina y jurisprudencia, que en el proceso penal el juez no debe asumir una actitud pasiva frente a la confesión para acogerla pura y simplemente, sino que tiene el poder-deber de acertar si se trata de una confesión espontánea y verídica es decir, debe comprobar si ha sido violada la libertad psiquica del sindicado, y si este ha sido veráz al confesar los hechos delictuosos de que se le sindica. De tal suerte que si el juez penal tiene la obligación de comprobar si la confesión es verídica, de la misma manera tiene el deber de verificar la veracidad o no de las restricciones, tal y como lo manda el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 334 ibidem.

En síntesis, puede afirmarse, que la confesión es divisible pero no de una manera mecánica sino crítica en cuanto que el juez tiene la obligación de acertar tanto la verdad del delito confesado, como la verdad de las restricciones contenidas en la confe-

sión misma a través de todos los medios probatorios reconocidos por la ley.

La versión dada por el procesado y que se pretende considerar como una especie de confesión calificada, fue suficientemente desvirtuada mediante el análisis que se hizo en la sentencia de segundo grado, y que el Procurador resume, en admisible síntesis en el concepto rendido dentro del trámite del recurso de casación.

Primeramente, dice el Procurador, no es lógico, no es lo que normalmente ocurre, que una persona de la trayectoria diplomática del sindicado, "inocentemente" permita que alguien coloque objetos en su maleta, sin que advierta de qué clase de objetos se trata. De otra parte, insiste el Colaborador Fiscal, la versión calificada del procesado, se halla desvirtuada suficientemente por diversos elementos de prueba analizados por el Tribunal en el fallo recurrido.

Primeramente, en la valija "diplomática" se hallaron además, de las drogas, documentos o folletos de las Naciones Unidas, hecho que la lógica y el sentido común no pueden entender sino como una especie de "camuflaje" para ocultar el verdadero contenido de la valija. De otra parte, se demanda el Procurador: si el viaje del sindicado a Barranquilla era simplemente de negocios, por cuál razón tenía que llevar una valija diplomática? ¿Cuál la razón para haber colocado en la referida valija tantas seguridades, si solo se trataba de "proteger" unos folletos sin mayor importancia?

El Delegado, analiza la providencia y se refiere a otros aspectos que, enlazados lógicamente, llevan a la plena convicción de que el procesado sí tenía pleno conocimiento del contenido de la valija, por lo cual la valoración que el fallador de segundo grado dio a las explicaciones del procesado se ajustan ampliamente a los principios que inspiran la materia probatoria en la legislación colombiana, y por tanto no puede afirmarse la violación de normas sustanciales como lo requiere el recurrente.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo segundo: Se afirma en la demanda, y como consecuencia del planteamiento hecho en el primer cargo, que por cuanto se trataba de una confesión calificada, porque el sindicado aceptó la meterialidad del delito pero no el dolo característico del mismo, se habría incurrido en infracción culposa que por no ser aceptada por el fallador daría nacimiento a una hipótesis de violación indirecta, por error de hecho, al aplicarse indebidamente el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y no haberse tenido en cuenta el artículo 44 del estatuto nacional de estupefacientes. Es decir, que se trataría de un caso de ilicito culposo y no doloso, calificación que implica la existencia de un error de hecho.

Con plena razón el Procurador advierte que el planteamiento peca de ilógico, por cuando que, primeramente se trata de demostrar la inocencia del sindicado, y ahora se acepta, aun cuando en la modalidad culposa.

Pero, por sobretodo, y como lo expresa el Delegado, aquí también el cargo descansa sobre la base de que el procesado Domingo Cuadra confesó el hecho ilícito, cuando ya se demostró que su versión no puede tomarse como confesión, ni siquiera calificada, y aún en este evento, las restricciones puestas por el sindicado, fueron ampliamente rebatidas en el fallo de segundo grado.

Finalmente, dice el colaborador, al solicitar se deseche el cargo, "el actor no demuestre el error de hecho en que incurrió el Tribunal Superior de Barranquilla para condenar a Cuadra Etchat por un delito doloso cuando se trataba de una infracción culposa. La remisión que se hace en el libelo al primer cargo es inadmisible porque en este se trata de probar la inocencia del acusado. En definitiva, la misma situación fáctica no puede servir en un cargo para demostrar la inocencia y en otro la autoría del delito a título de culpa, y por lo mismo el motivo de acusación: error de hecho manifiesto en los autos".

En consecuencia, el cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de que ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDADES

Técnica en la presentación de la demanda

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 5 de feberro 11/77.

V I S T O S

Procede la CORTE a resolver el recurso de casación interpuesto por el propio procesado Flavio Pastor Arias Jiménez y sustentado mediante apoderado especial, contra la sentencia del 22 de abril de 1976, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá reformó la condena de primera instancia para imponer al sentenciado la pena total de 48 meses de presidio en lugar de los 36 que le habían sido inicialmente deducidos. Arias Jiménez había sido enjuiciado por un delito contra la salubridad pública, Decreto 1188 de 1974, y, concretamente, por llevar consigo cocaína y haberla ofrecido en venta.

Los hechos que dieron origen a la investigación se resumen así:

El 11 de marzo de 1975, varios miembros del Grupo de Estupefacientes de la Policía Nacional capturaron a Flavio Pastor Arias Jiménez y a Humberto Tarquino Garzón en un sitio denominado "Cream el Chaz", en la carrera 13 con la calle 57 de Bogotá. En un maletín que portaba el primero encontraron una sustancia blanca que pesó 210.4 gramos y que se dijo era cocaína. Arias Jiménez era, por aquel entonces, Especialista Técnico en Dactiloscopia al servicio de la Policía Judicial. Dijo que esa sustancia la llevaba consigo porque la había recibido del Comisario del barrio Restrepo, Roberto Alfonso Jiménez R., para el examen correspondiente.

La investigación se abrió mediante auto cabeza de proceso del 14 de marzo de 1975 en el Juzgado 48 de Instrucción Criminal. El 22 de marzo se decretó la detención preventiva de los indagados Arias Jiménez y Tarquino Garzón. El primero fue suspendido en el cargo que ocupaba. En desarrollo de la investigación se practicaron muchas pruebas testimoniales, inspecciones judiciales, etc., y se comprobó, técnicamente (Fl. 113) que la sustancia decomisada era cocaína. Correspondió conocer del proceso al Juzgado 1º Penal del Circuito de Bogotá que cerró la etapa investigativa y calificó el mérito de la sumaria el día 6 de agosto mediante llamamiento a juicio para Flavio Pastor Arias Jiménez y sobreseimiento temporal para Humberto Tarquino Garzón.

El 30 de diciembre del mismo año de 1975 se realizó la audiencia pública y el 22 de enero de 1976 se emitió la sentencia de condena para Arias Jiménez. Este fallo fue apelado y el Tribunal de Bogotá lo reformó para elevar la pena impuesta. El procesado interpuso recurso de casación y esa la razón de que el asunto haya venido a la SALA.

La demanda de casación y las causales que el recurrente invoca:

Son dos las causales de casación invocadas por el recurrente. La primera con base en la cuarta que prevé el artículo 580 del C. de P. P. por nulidad que encuentra en la actuación cumplida, y la segunda con base en la primera de la misma norma por violación de la ley.

En su orden, resume así la primera: "1º Impugno la sentencia dictada por el H.

Tribunal Superior de Bogotá, con fundamento en la censura dirigida contra la sentencia y que consiste en que al procesado se le llamó a juicio y posteriormente se le condenó, por un hecho no debidamente comprobado en el sumario al cual es le dio una inexacta calificación en derecho, y que consistió en que siendo el procesado un funcionario público tenía en su poder una sustancia que resultó ser cocaína y la tenía en su poder con permiso de autoridad competente como era el señor Comisario del Barrio Restrepo. Y en como funciones (sic) eran las de tener o transportar dicha sustancia, dentro del plazo estatuido por el artículo 290 del C. de P. P. su conducta no era constitutiva de infracción penal, por no existir el cuerpo del delito. "2º) Al calificarse como hecho delictuoso un acto propio de las funciones del procesado como era el de poseer o transportar las sustancias de que trata el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, se incurrió por inexacta calificación de tales sucesos, en evidente error relativo a la denominación jurídica de la infracción, censura que le formulo el fallo con fundamento en el ordinal 5º del artículo 210 del C. de P. P.

Para llegar a estas conclusiones critica el auto de proceder pues dice que no había "plena prueba" para dictarlo. Esto, porque en su sentir, no existió en el proceso testimonio que ofreciera serios motivos de credibilidad. En este campo contrapone a los testimonios del subteniente de la Policía Nacional, Páez Guerra y del agente, Alfredo Ruiz Robayo, los resultados de una inspección judicial al sitio en donde fue capturado Arias Jiménez y dice de ellos que no estaban en condiciones de oír lo que declaran haber oído y, además tienen interés "en hacer méritos ante sus superiores inmediatos y sacar adelante la investigación que les fue encomendada inicialmente", así tuvieran que sacrificar la libertad de seres inocentes. Ataca también la concreción del "cuerpo del delito" porque, según alega, Arias Jiménez podía portar esa cocaína por razón de las funciones que debía cumplir como "técnico en las investigaciones penales". En este punto, dice, la confesión del sindicado no debió ser dividida ya que está amparada por la presunción de verdad que le dá el artículo 264 del C. de P. P. Contrapone los testimonios del cabo de la Policía Judicial, Miguel A. Pérez, contraria a los intereses de su patriocinado, a la del cabo Gratiniano Galvis Pérez, también de la Policía Judicial, que considera favorable y concordante con lo que en su indagatoria dice Arias Jiménez. De aquí deduce que debió aplicarse el principio del *"in dubio pro reo"* de acuerdo con lo que dice el artículo 216 del C. de P. P. Agrega, en consecuencia, que el delito se configuraría si la cocaína hubiera sido encontrada en poder de Arias Jiménez fuera del término previsto en el artículo 290 del C. de P. P. Por tanto, el juzgador de primera instancia, le dio una inexacta calificación en derecho a unos hechos y circunstancias que no permitían la tipificación de delito alguno. Por esta razón, argumenta, se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional y trae en su apoyo la transcripción de varios fragmentos de jurisprudencias de la CORTE.

En un segundo capítulo invoca, como otro motivo para la casación que solicita, la causal primera del artículo 580 del C. de P. P. y dice, en este orden de cosas, que hubo evidente error de derecho en la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal Superior de Bogotá y, por tanto, se incurrió en violación indirecta de la ley que, en este caso, lo es el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. Vuelve en este punto a referirse a los testimonios de los policiales Víctor Manuel Páez Guerra y Alfredo Díaz Robayo, a los cuales dio plena credibilidad el Tribunal, para repetir que todo cuanto dicen se encuentra contradicho por las comprobaciones de la inspección judicial al sitio de los hechos sobre imposibilidad de oír lo que se dice de una mesa a otra, más o menos apartada, por el alto tono de la música. Por esta razón, agrega, no podía afirmarse que Arias Jiménez ofreciera en venta la cocaína que llevaba y menos si en la mesa ocupada por éste y por otro u otros se hablaba en voz baja. Al atribuirle valor de

prueba plena a esos testimonios se incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba y se quebrantó el artículo 217 del C. de P. P., amén de que, de paso, se desconoció también el artículo 216 de la misma obra sobre duda que debe resolverse a favor del procesado. Dentro de esta misma causal formula un segundo cargo que consiste en la que considera errónea apreciación de los hechos por parte del Tribunal, error éste que le llevó a aplicar indebidamente el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. Lo anterior porque el Tribunal no tuvo en cuenta que el procesado sí podía tener, lícitamente, cocaína consigo ya que era funcionario público y como tal disponía del término previsto en el artículo 290 del C. de P. P., ni tuvo en cuenta que una inspección judicial a la dependencia en donde funcionan las unidades móviles de la Policía Judicial, sitio éste en donde trabaja el procesado, permite establecer que allí se "carece de las más elementales seguridades para guardar sustancias delicadas como la cocaína" y esto explica que el funcionario pueda llevarse esas sustancias "para su casa" ya que tiene que responder por ellas. Tampoco tuvo en cuenta la declaración del cabo Galvis Pérez sobre el mismo tema y acerca de que no existe prohibición alguna para que el técnico "se lleve estos elementos hasta cuando deba rendir el informe respectivo al juez competente". Y, la declaración de José Ignacio Hurtado Castillo, que coincide con el resultado de la inspección judicial. Todo lo anterior no fue visto ni analizado por el Tribunal a pesar de que tenía "notable incidencia en la demostración de la inocencia del procesado". Se incurrió así en evidente error de hecho, "al ignorar pruebas que sí estaban en los autos, pero que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia recurrida". Nuevamente trae en su apoyo un fragmento de jurisprudencia y luego, dice que en forma subsidiaria, censura la sentencia "por evidente error de derecho en la apreciación de las pruebas obrantes en el proceso". Viene un tercer cargo que consiste en la aplicación indebida, por error de derecho, del artículo 36 del C. de P. P. Esto, en razón de que el Tribunal aumentó la pena que impuso el juzgador de primera instancia teniendo en cuenta que el funcionario acusado faltó gravemente a su deber al tomar para sí, con el objeto de negociarlo y lucrarce en forma indecorosa, el estupefaciente que le había sido entregado en custodia por sus superiores jerárquicos. Dice el recurrente que el procesado no estaba negociando el estupefaciente, que los testimonios de los policiales Páez Guerra y Ruiz Robayo quedaron anulados por la inspección judicial, que con ésta se encuentra de acuerdo el testimonio de José Ignacio Hurtado Castillo, y que, con base en todo eso "se tiene que no hubo tal negociación, motivo por el cual el fundamento que tuvo el H. Tribunal para hacer tal aumento, desaparece con los elementos probatorios anteriormente analizados" y, en consecuencia "se violó la ley sustancial en su artículo 36 del C. Penal por evidente error de derecho y en forma indirecta". Finaliza por solicitar la invalidación de la sentencia censurada y la aplicación de lo dispuesto en el artículo 583 del C. de P. P.

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público, representado esta vez por el Procurador 3º Delegado en lo Penal solicita negar las peticiones de la demanda. Luego del resumen de hechos de la actuación procesal y de la demanda y las causales de casación que aduce el recurrente, dice así el Procurador aludido en cuanto a la primera de las causales invocadas: "En el caso presente, la nulidad se apoya en la Constitución y en la ley, si bien debe aclararse que si se alega con base en esta última, es decir, se encuentra consagrado el motivo de nulidad por las disposiciones procesales, sobre hacer referencia a la primera, aunque las normas procesales sean desarrollo de los principios referidos; por manera que en vista de la formulación dicha, que resulta por tanto algo imprecisa, conviene hacer examen de una y otra situación". Empieza su examen por la alegación de que el auto de proceder se emitió sin disponer de la base probatoria que la ley exige como requisito indispensable para la adopción de tal medida y concluye por decir que dichos

argumentos "resultan extraños e impropios de la causal cuarta, pues corresponden claramente a la violación indirecta de la ley, referentes a la causal primera de casación y que por tanto son inadmisibles dentro de la cuarta". Afirma, en consecuencia, que el demandante no encamina su impugnación a la demostración de que se incurrió en quebranto de las garantías constitucionales sino en errores de apreciación probatoria por parte del juzgador, y que ello sería suficiente para rechazar sus razones. Lo anterior en cuanto a la nulidad constitucional que se agita. En cuanto a la errada calificación que el recurrente afirma, dice el Ministerio Público que el cargo resulta inadmisible también, porque no se refiere a la errónea calificación jurídica de la infracción sino a inexistencia de delito por conducta lícita del procesado. En estas circunstancias lo que se solicita es su absolución y para lograrla la acusación resulta incorrecta pues dicha petición corresponde a la causal primera, por violación indirecta de la ley. Y, en lógico razonamiento, agrega que si se busca la absolución, que sí puede adoptarse en relación con la causal 1ª, si se alega la nulidad con base en la causal cuarta lo procedente es la invalidez de lo actuado y la orden de reponer la actuación. A pesar de lo ya dicho, el Ministerio Público demora su atención en el examen de otros puntos, como son: el que se refiere a la crítica de los testimonios de los policiales declarantes y dice que no basta para desestimarlos pues no se ha demostrado que tuvieran interés en desfigurar la verdad para lograr el éxito investigativo y, en cuanto a que no estuvieran dichos declarantes en capacidad de escuchar lo que relatan, porque en sentir del recurrente la inspección judicial permite asegurarlo, "debe anotarse que los mencionados agentes no asistieron a la diligencia citada para haber hecho las observaciones pertinentes, como se requeriría; y tampoco sería suficiente el dicho de quien prestaba servicio como empleado del establecimiento; y el que se refiere a las funciones del sindicado, tema al cual se refiere así: "Respecto a las funciones del acusado como empleado, no le permitían —como aparece de la declaración de otro miembro de la Policía, su inmediato superior— mantener en su poder la sustancia dicha, con la situación equívoca de no haberla entregado, ni haber mencionado de tal retención en forma alguna; sin que por tanto resulten admisibles sus explicaciones, como lo consideraron los falladores, ni pueda deducirse de esto la inexistencia de infracción por entender legal su actuación; y debe insistirse en que en vista de lo expresado por su jefe directo, no podía el procesado conservar en su poder los elementos decomisados por el término señalado en el artículo 290 del C. de P. P. citado por el recurrente, dadas las instrucciones respectivas dirigidas a la preservación de los elementos o sustancias decomisadas".

En relación con la otra causal de casación invocada, la primera, por violación de la ley sustancial por error de apreciación probatoria, dice así el Ministerio Público: no pueden prosperar los cargos que se hacen a la sentencia impugnada porque si estos cargos versan sobre el hecho de que el Tribunal otorgó valor de prueba plena a los testimonios de los policiales y éstos resultan infirmados por los resultados de una inspección judicial, resulta claro que los declarantes no concurrieron a dicha inspección y de esta manera "no pudo verificarse su versión debidamente" y, si la imposibilidad de escuchar de una a otra mesa se debió al tono de la música, resulta claro que el funcionario que practicó la diligencia "se refirió a la música o sonido que se escuchaba en el momento de la diligencia y que según el dependiente o mesero del establecimiento era la misma": además, en el careo de Páez Guerra con Tarquino, el primero aludió a la música a muy bajo volumen, cosa que también sostiene Ruiz. Por otra parte, el Ministerio Público, en gracia de discusión afirma que aun admitiendo que se encontrara infirmado el testimonio de cada uno de los policías, el resto de la prueba recogida impediría la absolución. En cuanto a la pretendida "confesión" del sindicado dice que no es tal sino la simple versión de descargos que emite "ante un hecho debidamente comprobado" como es el de la posesión del estupefaciente. En lo tocante al segundo cargo que por esta misma

vía se formula a la providencia en cuestión, aquel que se refiere a la ausencia de examen de algunas comprobaciones dice que el cargo resulta impreciso pues a veces el recurrente habla de error de hecho y otras de error de derecho, aunque esta última presentación se haga en forma subsidiaria, y resulta que las dos cosas no pueden conciliarse pues el error de hecho radica en ignorar una prueba o suponer la existencia de una que en verdad no existe, al paso que el error de derecho se refiere a la apreciación de la prueba con desconocimiento de las normas que regulan su valor. Lo anterior sería suficiente para desestimar el cargo. Resulta, sin embargo, que las pruebas sí fueron apreciadas, sólo que no fueron acogidas para inclinar el asunto a favor del procesado. Y así, no se aceptó su calidad de empleado "para legitimar la posesión del estupefaciente dicho en las circunstancias irregulares referidas", tampoco hubo error en la estimación de la prueba pues en verdad el procesado retuvo la sustancia decomisada sin dar comunicación alguna a pesar de que dio informe y envió el resto de la misma; además, no estaba facultado para adoptar tal conducta porque el superior así lo dice y porque no se ve autorización alguna para proceder de esa manera, etc. Finalmente, en cuanto al tercero de los cargos, que hace consistir en la violación directa del artículo 36 del C. P. en relación con el aumento de la pena dice así el Ministerio Público: "Se advierte en primer término que se hace referencia a la violación directa de la ley sustancial, pero la sustentación del cargo se relaciona con la violación indirecta, pues desconoce o rechaza las pruebas que vienen a demostrar el hecho en el cual se apoya el aumento de la pena: en tal forma la presentación resulta improcedente, pues la violación directa supone aceptar los hechos considerados demostrados por el fallador, lo cual no ocurre en el presente caso". Lo dicho bastaría para desestimar este tercer cargo, pero, aun en el caso de que se admitiera como comprobada la situación que el recurrente plantea, habría en el caso "fundamento para el aumento, en vista de la especial gravedad del hecho por tratarse de uno de los empleados que deben intervenir en la represión de las conductas ilícitas mencionadas; y en cuanto a la situación probatoria, es repetición de lo expuesto anteriormente".

LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El primer cargo que se hace a la sentencia que es objeto de impugnación, consiste, como ya se consignó en el aparte correspondiente, en la afirmación de que se dictó en un proceso viciado de nulidad. Afirma el denunciante, y son sus propias palabras, que el proceso está "viciado de nulidad supralegal con arraigo en lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, concretamente por falta de observancia en la plenitud de las formas propias del proceso penal, previsión expresamente contenida en la normación constitucional en cita". Sucede, sin embargo, que en los análisis tendientes a la demostración del cargo y, especialmente, en el punto 2º del resumen que hace, ubica esa nulidad en la causal 5ª del artículo 210 del C. de P. P., esto es, por "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción". Resulta, además, que en esa misma calificación errónea que encuentra, fundamenta la alegación de nulidad constitucional, pues dice así: "Por las anteriores consideraciones, se tiene que el señor juez *a quo*, le dio una inexacta calificación en derecho a unos hechos y circunstancias no tipificadoras de delito alguno, con lo cual se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional en una de sus cuatro previsiones denominada "falta de obsevancia de las formas propias del juicio" ... etc....".

Hay que decirlo, y en ello coincide la SALA con el Ministerio Público, que la demanda es, por el aspecto anotado, redundante y, si bien se mira, antitécnica. Y lo es porque si el vicio que genera la nulidad se encuentra en alguna de las causales previstas en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, para nada se necesita invocar, sobre la base de los mismos hechos, una nulidad apoyada en el artículo 26 de la Constitución, así en esta última se encuentre la concreción de las garantías que constituyen el juzgamiento debido, y

así el primero, el Código, desarrolle los principios fundamentales que la segunda consagra. Falta, en consecuencia, seguridad y firmeza en la formulación de los cargos que toda impugnación debe tener. Empero, no por ese solo motivo puede desatenderse la demanda. Se trata, con la crítica aquí consignada, de precisar un punto no carente de importancia en el tema que se refiere a una exacta técnica en la presentación de una demanda de casación.

Sucede, además, que tampoco resulta adecuada la demanda en lo tocante a la causal escogida, si se tiene en cuenta que tampoco el recurrente alega una nulidad por errónea denominación jurídica de la infracción, pues no dice cuál debió ser la infracción verdadera que el procesado cometió, sino que endereza sus esfuerzos a demostrar, en primer término la absoluta inocencia del mismo y, en segundo, una apreciación equivocada de la prueba recogida que llevó al juzgador a dar por cierto el cuerpo del delito y los demás requisitos que permiten el enjuiciamiento (Art. 481 del C.de P. P.) y, naturalmente, la producción de una sentencia de condena (Art. 215 del C. de P. P.). Por el primer aspecto, el de reconocer la inocencia del procesado, se busca una absolución pero ésta no puede conseguirse con un decreto de nulidad ya que la comprobación de la existencia de ésta sólo permite retrotraer el procedimiento para que el vicio se subsane, o lo que es lo mismo, declarar "en que estado queda el proceso" y disponer "que se envíe al tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte" (Art. 583, Ord. 3º, del C. de P. P.). Por lo segundo, bien se ve que los errores de hecho o de derecho que se relacionan con las pruebas requeridas para el nacimiento de un determinado acto judicial se plantean por la vía de la causal primera de casación (Art. 580, Inc. 2º del C. de P. P.) y no por el camino de la causal cuarta que se refiere a las nulidades productoras de una sentencia ilegal.

No es necesario entonces analizar, punto por punto y en detalle, todo cuanto dice el demandante en este campo, tarea que por otra parte realiza con acierto el Ministerio Público, si se tiene en cuenta que, por cualquier parte que se la tome, la demanda es desafortunada en la escogencia de la causal propuesta, porque no concuerda con los hechos en que se fundamenta, ni con las disposiciones constitucionales y codicales que se dice fueron quebrantadas. Además, se verá enseguida cómo el demandante repite sus análisis, apreciaciones y argumentaciones al enunciar y explicar la segunda causal de casación que invoca. Se repite, en consecuencia, que la demanda es redundante en cuanto alega nulidad constitucional y nulidad legal sobre la base de unos mismos hechos y circunstancias, que si se hace a un lado la nulidad constitucional que no aparece por parte alguna y se concreta el examen a la nulidad legal, si ésta se fundamenta en una errónea calificación de la infracción, no dice el recurrente por parte alguna cuál debió ser la calificación exacta para el delito imputado al procesado y, finalmente, si a esa errónea calificación se desembocó por una mala apreciación de hechos a los cuales se les otorgó determinados valores probatorios que no tenían o se dejaron de lado circunstancias excluyentes de delito, no es la causal cuarta la indicada para romper la sentencia impugnada. Por todas estas razones el cargo se rechaza.

2. Como segundo motivo de casación invoca el demandante la causal primera del artículo 580 del C. de P. P. Concretamente, habla de "violación indirecta de la ley sustancial" que en este caso es el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. Se fundamenta, en consecuencia, en el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 580 ya citado. En este orden de cosas son dos los cargos que concreta. Por el primero habla de "evidente error de derecho en la apreciación de las pruebas", por el segundo de "evidente error de hecho" y al final, y en forma subsidiaria, de "evidente error de derecho en la apreciación de las pruebas obrantes en el proceso", de donde resulta que el error de derecho planteado como subsidiario se refiere a una posible no aceptación del error de hecho. Un tercer cargo se refiere también a la violación de la ley sustancial, pero esta vez en forma directa (inciso 1º del ordinal 1º del

artículo 580 del C. de P. P.) y referida también al artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 pero en lo atinente a la cantidad de pena impuesta al procesado. Punto por punto se examinan a continuación los tres cargos.

a) En el primer cargo alude el demandante a los testimonios de los policiales Víctor Manuel Páez Guerra y Alfredo Ruiz Robayo, teniente el primero, cabo el segundo. Dice de ellos que son mentirosos porque la inspección judicial practicada al sitio en donde se produjeron las capturas y el decomiso permite demostrar que no podían oír, desde la mesa que ocupaban, lo que se hablaba en voz baja en la mesa ocupada por el procesado y otro u otros, y que a pesar de ello el Tribunal que sentenció otorgó a sus testimonios valor de plena prueba. Y no se puede escuchar porque la música tiene un tomo "considerable". Antes, en el punto en donde alega nulidad constitucional y nulidad legal sobre la base de unos mismos hechos, había dicho de los dos policiales que sus testimonios eran sospechosos "en razón del interés profesional que les anima, interés que se traduce en hacer méritos profesionales ante sus superiores inmediatos y sacar adelante la investigación que les fue encomendada inicialmente, así tengan que sacrificar la libertad de seres inocentes". Sea lo primero decir que de la contraposición de los testimonios de los policiales con lo que surgió de la inspección judicial no puede concluirse que el primer medio de prueba sea mentiroso. En este punto son de recibo los contrargumentos que trae el Ministerio Público cuando dice que en la inspección judicial se hace alusión al tono de la música en el momento en que la diligencia se realizó, no en el momento en que se produjeron la captura y decomiso por parte de los policiales que intervinieron en este caso y, además, que los captores no fueron llevados a dicha diligencia para que hicieran las observaciones que a bien tuvieran, especialmente si se tiene en cuenta que Páez Guerra en su careo con el sindicado Tarquino dice que la música se escuchaba a muy bajo volumen, e igual cosa se ve en la declaración de Ruiz Robayo. Por otra parte, la declaración que emite José Ignacio Hurtado Castillo y que el demandante coloca como corroboradora de lo que se dedujo en la inspección judicial, se refiere a un tono "regular" en la música, no "escandaloso", aunque agregue como concepto suyo, que no es de recibo en un testigo, que es difícil oír de una parte a otra del local. El juzgado que practicó la diligencia de inspección judicial dice, el principio, que el tono de la música "impide" oír de una mesa a otra lo que se dice, pero esta imposibilidad se hace menor si se vé que en el mismo cuerpo de la diligencia se apunta que "realmente se dificulta oír conversaciones de una mesa a otra" y que esa dificultad se acentúa cuando de mesas más lejanas se trata. Difícil entonces, pero no imposible y, en consecuencia, no puede afirmarse que el resultado de la diligencia de inspección judicial echa por tierra en forma absoluta los testimonios de los policiales. Y en cuanto a que éstos tuvieran interés torcido en sacrificar inocentes a su afán por cosechar méritos profesionales ante sus superiores, ello no pasa de ser una afirmación gratuita del demandante que no tiene el más mínimo asidero probatorio.

Lo más importante en este caso es que los testigos Páez Guerra y Ruiz Robayo no constituyen la única prueba que se tuvo en cuenta para el enjuiciamiento del procesado y para su posterior condena. En estas circunstancias, aunque se hubiera incurrido en un error atinente al medio de prueba que de ellos surge, se toparía en el análisis con otra serie de comprobaciones distintas a la testimonial y suficientes por sí solas, o combinadas con aquélla, para fundamentar las providencias de enjuiciamiento y condena. No se les atribuyó valor de prueba plena como lo dice el demandante. Menos de prueba plena y única. Por tanto, no hay error de derecho en el juzgador. El cargo se desecha.

b) En el segundo cargo el demandante alega, indistintamente y sobre la misma base, errónea apreciación de los hechos y hechos que no fueron tenidos en cuenta. Resulta, sin embargo, que todos los hechos que anota como no tenidos en cuen-

ta aparecen relacionados en la sentencia. Por tanto, no se trata de situaciones que se pasaron por alto o que se ignoraron de mala manera. La calidad de empleado público en el sindicado se examina a todo lo largo y ancho de la providencia y sirve para deducirle una pena mayor, extremo al cual se opone el propio demandante al formular el tercer cargo por la segunda causal invocada. No se ignora la existencia de inspecciones judiciales sino que, al revelar el valor de los testimonios y las comprobaciones objetivas, como el decomiso de cocaína en poder del procesado, se llega a la convicción de que no se desvanecen los cargos que en su contra existen. Tampoco se dejan de lado las declaraciones de otros funcionarios de la Policía Judicial sino que se les otorga un valor distinto del que les dá el demandante al contraponerlas. No se vé error de hecho porque no se han ignorado las pruebas que existen en el proceso ni se ha supuesto alguna. En este punto, bueno es apuntar, como lo destaca el Ministerio Público, que tampoco es técnico aducir como argumento subsidiario de casación que si no se acepta la existencia de un error de hecho debe aceptarse la de un error de derecho. Este planteamiento lo hace el demandante al final del cargo segundo que se examina. Las diferencias entre las dos clases de errores han sido puntualizadas de tiempo atrás por la CORTE .En el presente caso no le es dado al demandante, así lo alegue en forma subsidiria, decir que el juzgador dejó de lado algunas pruebas y acto seguido decir que a esas mismas pruebas les otorgó un valor que la ley no les concede. Por lo primero se desemboca en un error de hecho y por lo segundo se deriva hacia un error de derecho, pero no las dos cosas a un mismo tiempo.

Aunque no haya necesidad de hacerlo, dada la imprecisión de la demanda en este punto, bueno es decir que tampoco se ha otorgado a la prueba recogida un valor que no le da la ley, porque sin desconocer ese valor probatorio se examinaron los testimonios de los policiales captores, se destacó su carácter de funcionarios públicos, se dijo de la ausencia de motivos para declarar en contra del procesado, se tuvo en cuenta y se le dio una valoración adecuada al hecho innegable de que el sindicado llevaba consigo cocaína al momento de su aprehensión y de que la había obtenido por razón de sus funciones pero no la tenía, al momento del decomiso, por razón de esas funciones sino con propósitos diversos al de obtener un examen como él dijo, también se examinó su versión de indagatoria, que no puede llamarse "confesión" como erróneamente la califica el demandante, y, del cotejo con el resto de la prueba se le negó toda credibilidad .Por lo dicho debe concluirse que no se ha restado valor alguno a dichas pruebas sino que de su examen y análisis, unas resultan atendibles y otras no, cosa que a veces se dice expresamente y otras se deduce por exclusión.

Hay, en todos estos puntos un argumento que el demandante repite para cada una de las causales alegadas y en cada uno de los cargos formulados: el de que el procesado estaba autorizado legalmente para llevar consigo la cocaína que le fue decomisada, en razón de las funciones que debía cumplir como empleado al servicio de la Policía Judicial. Este empleo es, en principio, el de "Especialista 4º Técnico en Dactiloscopia" pero se afirma que el procesado es "Técnico en Criminalística". Sea lo que fuere, lo cierto es que recibió tres (3) garrafas o garrafones que contenían algo que desde un principio se creyó era cocaína. El hallazgo de los garrafones se produjo cuando el Comisario del barrio Restrepo, doctor Roberto Alfonso Jiménez Méndez, efectuó el levantamiento de los cadáveres de Plinio Bayona y otro el día 7 de marzo de 1975. El procesado Flavio Pastor Arias fue enviado a dicho sitio por su superior el Cabo 1º Miguel Antonio Pérez Pérez y en compañía del planimetrista Reinaldo Amaya Roa y del agente Leonardo Vallejo Albornoz. Todos declaran de conformidad a sus distintas intervenciones en este asunto y todos se refieren a las 3 garrafas o garrafones con el líquido sospechoso. Esas garrafas quedaron en poder de Arias Jiménez. Dice él que de una de ellas que se quebró, echó en una bolsa de polietileno la sustancia pastosa que se regó, la llevó a su casa, la secó, la metió en una cartera y cuando se disponía a llevarla nueva-

mente a la Unidad Móvil o a Medicina Legal, fue capturado en compañía de Humberto Tarquino Chacón. Dice el demandante que podía perfectamente conservar consigo esa cocaína en razón de sus funciones de técnico en criminalística al servicio de la Policía Judicial ya que podía recoger elementos propios de una determinada investigación para remitirlos luego a los jueces penales, y mantenerlos en su poder hasta guardarlos en su casa "mientras recibía el dictamen de Medicina Legal sobre tales evidencias, para luego sí remitirlas al Juez de Instrucción que hubiera avocado el conocimiento del proceso". Trae en su apoyo el artículo 290 del C. de P. P., y afirma, con base en él, que Arias Jiménez disponía de un término de ocho (8) días para mantener consigo la cocaína encontrada en el sitio de los hechos.

No es cierto que el procesado Arias Jiménez pudiera tener consigo parte de la cocaína decomisada pues no era él el técnico indicado para dictaminar si se trataba o no de dicho estupefaciente. Como miembro de la Policía Judicial y por iniciativa propia podía: "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, transplantarlas o registrarlas gráfica o topográficamente o hacerlas conocer o examinar si fuere necesario" (Art. 289, Num. 2 del C. de P. P.), y esta labor solamente la cumplió en parte pues varios días después todavía tenía consigo una considerable parte del tóxico decomisado y, lo que es más, había secado y convertido en polvo lo que inicialmente era una sustancia pastosa. Es más en el caso de autos, el procesado, a pesar de ser individuo versado en su oficio, incumplió totalmente lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto 1188 de 1974. Por otra parte, el artículo 73 dispone que "Si la autoridad que realizara el decomiso no cuenta con el equipo técnico necesario para practicar la identificación pericial, enviará la sustancia decomisada a la unidad del Departamento Administrativo de Seguridad, de la Policía Nacional, de la Dirección General de Aduanas o del Instituto Seccional de Medicina Legal más cercano que disponga del equipo técnico adecuado". En consecuencia, de ninguna manera, ni aun con el pretexto de la inseguridad de las Unidades Móviles, podía el procesado llevarse a su casa el total o parte de lo decomisado. Y mucho menos entregar una parte y conservar otra por varios días y someterla a un proceso de secamiento para convertirla en polvo. Se rechaza, en consecuencia el segundo cargo.

c) En el tercer cargo, fundamentándose el demandante en el primer inicio del ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P., plantea la posibilidad de encontrar una violación directa de la ley sustancial porque, según alega, se interpretó mal el artículo 36 del Código Penal para aumentar al procesado en la segunda instancia la pena que se le dedujo en la primera. Para demostrar el cargo vuelve sobre el tema de los testimonios de los policiales Páez y Ruiz, la declaración del mesero Hurtado Castillo y la inspección judicial al establecimiento denominado "Cream El Chaz". Y resulta de todo esto que son precisamente esos los análisis y argumentos que le han servido para alegar, al agitar la causal cuarta y en otros puntos de la demanda, la inocencia total del procesado.

Bien se sabe que para sostener que hubo exceso en la deducción de la pena, se hace necesario reconocer que el procesado sí cometió la infracción y, por tanto, es merecedor de una distinta a la que se le impuso. Es decir, proceder de un modo distinto al utilizado en este caso. También en este punto asiste razón al Ministerio Público cuando al oponerse a las pretensiones de la demanda advierte que se hace relación a la violación directa de la ley sustancial pero, al sustentar el cargo, se procede como si se tratara de demostrar una violación indirecta por errores relativos a la prueba. Se recuerda aquí que sobre este tema dijo la CORTE en sentencia del 8 de mayo de 1970: "Cuando se alega violación directa de la ley se acoge explícita o implícitamente los supuestos de hecho de la sentencia y los criterios del fallador respcto de la prueba, lo que no

sucede cuando se propone la infracción indirecta, en la que se controvierten precisamente las premisas de hecho del fallo o se hace una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en la sentencia recurrida" (G. J. t. CXXXIV, 286). Por lo dicho, se rechaza también el tercer cargo.

Por lo anteriormente consignado, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público,

R E S U E L V E

terpuesto contra la sentencia del 22 de DESECHAR el recurso de casación inabril de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V. (Secretario).

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA, POR GRAVE ENFERMEDAD DEL SINDICADO

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

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero*

Aprobado Acta Nº 5

V I S T O S

Por medio de escrito de 28 de enero último, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal interpuso recurso de reposición del auto por el cual la Sala concedió a Hernando Cristancho Guevara la suspensión de la detención preventiva, a términos del artículo 452 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 673 *ibídem.*

Apoya el recurso en la argumentación que sigue:

"*Primera:* El condenado Cristancho Guevara, como lo afirma el médico-jefe de la cárcel de Bucaramanga, ha permanecido la mayor parte del tiempo de privación de la libertad en la clínica Bucaramanga. Por consiguiente su propia afirmación de estar sometido a '...presión sicológica carcelaria' no se acomoda a la realidad procesal".

"*Segunda:* A pesar de que todos los facultativos reconocen el grave estado de salud del señor Cristancho, ninguno se compromete en un juicio de "inminente peligro de muerte".

Y concluye:

Sinembargo que el médico Jefe de la Cárcel Nacional Modelo de Bucaramanga ni los médicos particulares del sindicado se aventuran en la calificación de "peligro inminente de muerte" para la situación de salud que aflige al procesado, como sería de rigor de conformidad con el tenor del artículo 673, la Corte concedió el beneficio de suspensión de la detención preventiva, ilegalmente.

Pero reconoce el Procurador que la totalidad de los médicos certifican que el señor Cristancho Guevara sufre un estado de grave enfermedad que hace indispensable someterlo a esmerada atención facultativa y completa tranquilidad que sólo le puede ser proporcionada en un centro asistencial especializado.

LA SALA CONSIDERA

El artículo 673 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral segundo, contempla dos situaciones diferentes;

a) La particular del sentenciado, o sea, que adolezca grave enfermedad;

b) La de sus ascendientes y descendientes en primer grado, y la de su cónyuge. En esta hipótesis, no podrá obtener el procesado o sentenciado el beneficio de la suspensión de la detención sino previa certificación de los médicos oficiales de que alguna de las personas mencionadas se encuentra en "inminente peligro de muerte".

En el primero de los casos el beneficiario debe atender a su personal estado "grave de salud".

En el segundo, su interés está referido a sus familiares inmediatos, en el grado de parentezco señalado por el legislador.

Como se ve, la gravedad de la enfermedad que prescribe el artículo 673 en relación con el 452 del estatuto procesal es diferente según se trate del estado aflictivo del acusado, o del que embargue a sus ascendientes o descendientes en primer grado, o a su cónyuge.

Evidenciado probatoriamente que el *señor Cristancho Guevara ès paciente de grave enfermedad fluye a ojos vistas claro la procedencia del beneficio que le otorgó la Sala, protestado por el recurrente.*

Sirven las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— absuelva desfavorablemente el recurso propuesto por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Cópiese y notifiquese.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V. (Secretario).

TESTIMONIO. VALOR PROBATORIO. FACULTAD DEL JUEZ PARA ESTIMAR LAS PRUEBAS

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos sententa y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 5

V I S T O S

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 9 de diciembre de 1975, revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado 18 Superior de esta ciudad (septiembre 4/75) en favor de PEDRO ALFONSO MEDINA TOVAR, RAFAEL HERNAN RODRIGUEZ ROJAS, EFRAIN MONSALVE SILVA y VICTOR JULIO CORTES BALLESTEROS, y en su defecto impuso a cada uno de estos procesados, treinta y dos meses de presidio, así como las accesorias pertinentes, por los delitos de uso de documentos públicos y estafa cometidos en perjuicio de la Hacienda Pública.

Los defensores de CORTES BALLESTEROS y MONSALVE SILVA, doctor Anselmo Chaves Narváez, y RODRIGUEZ ROJAS, doctor Jorge Rodríguez Rojas, interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación.

Esta agotada la tramitación que corresponde a esta impugnación y se procede a su definición.

HECHOS

La segunda instancia los relató así:

"...Aparece de autos que el doctor Guillermo Cote Conti, en su calidad de Inspector General de Seguridad del D.A.S., en uso de sus atribuciones legales y acompañado de los Secretos números 1113, 1064, 2423 y 2520, resolvieron practicar una requisa a la habitación del señor Pedro Alonso Medina Tovar y allí encontraron, dentro de una maleta de color marrón, 'sellos de uso exclusivo de la Recaudación de Hacienda Nacional, así como recibos para el cobro de los impuestos indirectos de los siguientes tributos: minas y marcas y patentes, publicaciones, acciones, seguro, vehículos, loterías, turismo, degüello, fondo de ciegos, depósitos de reclutamiento y otros...", material que pusieron a disposición del respectivo juez instructor.

"Se estableció entonces, que a través de documentación falsa, varios individuos venían recaudando el dinero correspondiente al impuesto de sacrificio de ganado. Fue así como se obtuvo la captura de los citados Pedro Alfonso Medina Tovar, Rafael Hernández Rodríguez Rojas, Efraín Monsalve Silva y Víctor Julio Cortés Ballesteros, quienes rindieron indagatoria y posteriormente fueron procesados por los ilícitos en referencia, determinación que confirmó el Tribunal en junio veinticinco del año *pasado,* aclarando que, a Medina Tovar se le abría pliego de cargos por atribuírsele la falsificación material' de los documentos tachados de falsos, en concurso con el de estafa; y, a Rodríguez Rojas, Monsalve Silva y Cortés Ballesteros, por uso de la documentación falsa en concurso con el de Estafa...".

ACTUACION PROCESAL

Como acaba de señalarse, la Inspección General de Seguridad del D. A. S., a cargo del doctor Guillermo Cote Conti, realizó

las averiguaciones previas, que fueron continuadas, mediante la correspodiente apertura de investigación penal, por el Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Bogotá.

Por dos ocasiones (febrero 20/71 y octubre 3/72) el Juzgado 18 Superior de Bogotá, formuló cargos a MEDINA TOVAR, RODRIGUEZ ROJAS, MONSALVE SILVA y CORTES BALLESTEROS. Y en otras tantas ocasiones el Tribunal (enero 18/72 y abril 10/73) declaró la nulidad del auto calificatorio. A la postre el Juzgado 18 Superior aceptó parcialmente en la formulación del auto de proceder (noviembre 30/73), decisión que el Tribunal mencionado confirmó, con enmiendas, en auto de junio 25 de 1974.

Tramitada la causa en forma ajustada a la ley, el fallador de la primera instancia terminó por absolver a los incriminados, sentencia que, como ya se dijo, revocó el Tribunal, sustituyéndola por el proveído que ahora es objeto del recurso de casación.

OPINION DE LA PROCURADURIA

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en concepto de meridiana claridad y exacto análisis, refuta las dos demandas presentadas a nombre de MONSALVE y CORTES, ya que en lo relacionado con RAFAEL HERNAN RODRIGUEZ ROJAS el recurso fue declarado desierto, demandas idénticas en su contenido y expresión y que apenas difieren en uno que otro vocablo. Ya se tendrá oportunidad de mencionar el mérito y sentido de las observaciones formuladas por el Ministerio Público.

LAS DEMANDAS

Ya se dijo que la actuación del recurrente es una, en cuanto a la selección de las causales de impugnación y la forma como estas se exponen. El censor escribió una sola demanda, la repitió en dos escritos y a cada uno de ellos le mudó de beneficiario: uno para MONSALVE SILVA y otro para CORTES BALLESTEROS. De ahí que lo que ahora se anota en cuanto a los motivos de casación, y a la respuesta que a éstos se da, debe entenderse con esta doble significación.

El recurrente plantea dos censuras.

1ª "Cuando la sentencia se haya dictado en juicio viciado de nulidad". Art. 580 apartado 4º del C. de P. P.

El proceso omitió la observancia plena de sus formas, violando así la garantía de la defensa. El artículo 26 de la Constitución Nacional funda este reproche. Concretando la observación indica que el Juez 18 de Instrucción Criminal y su Secretario, se confabularon para coaccionar a los testigos Luis A. y Sixto Guzmán Figueroa y Héctor J. Moreno imponiéndoles una interesada y ficticia versión de los hechos. Esto se advierte palmariamente al reparar en sus contradicciones. Para corroborar esta crítica el memorialista destaca estos puntos.

a. El Juez 18 de Instrucción Criminal, cuando ya no actuaba como tal, demostró con la constancia de Fl. 460 (Luis A. Guzmán le comunicó que el abogado Cipagauta Galvis le había insinuado involucrar al juez en una conducta coaccionadora para incriminar a MONSALVE SILVA) un extraño interés en el resultado de este proceso;

b. En forma ilegal y para intimidar, ese mismo juez 18 de Instrucción Criminal, exigió la presentación periódica de los testigos.

c. El adolescente Guzmán Figueroa fue puesto a disposición del D. A. S., y se le amenazó por el secretario y juez aludidos, con ser enviado al Juez de Menores.

d. Dicho menor fue oído en declaración estando presentes algunos de sus familiares y se le alertó sobre lo que se quería saber de los hechos;

e. Guzmán, a pesar de excluir al Juez de esta acción, posición muy lógica puesto que declaraba en presencia del dañoso funcionario, no deja de atribuir este papel a MONSALVE y RODRIGUEZ;

f. Guzmán recibió de Héctor Julio Moreno recomendaciones dirigidas a perder a MONSALVE, aspecto que el Tribunal

puso en duda a pesar de la bondad de la prueba existente a este respecto;

g. El acuerdo ideado para perder a Monsalve lo manifiestan Héctor Julio Moreno y Orlando Bueno; y los testimonios de Gustavo Lozano y Medardo Rey revelan la intensidad y eficacia del odio de Sixto Guzmán.

Estas apreciaciones llevan al recurrente a formular este final comentario: "... Una violación del derecho de defensa como la realizada en autos, está por encima de todas las previsiones, porque ante funcionarios de esta clase, estará en peligro de violación impune el derecho de defensa, porque con ataque artero conspiran en la sombra contra las garantías constitucionales y legales, y muy rara vez queda la huella como en el presente caso.

Se cometieron varios delitos, o sea se violaron disposiciones del C. P. Art. 231 (cuando el juez afirma que juramentó y no lo hizo en realidad), 171 por los abusos de autoridad cometidos, 191 por los falsos testimonios, 295 por la detención arbitraria.

Se violó el artículo 1 del C. de P. P. (antiguo). El Art. 240 del antiguo C. de P. P., vigente en el momento que prohibe al funcionario insinuar las respuestas. Se violó la Ley 74 de 1968 que aprobó los pactos internacionales acogidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, porque según el Art. 14 del Acto se consagra expresamente el derecho de que toda persona sea oída públicamente y con las debidas garantías por funcionarios capaces, autónomos e imparciales, etc. Con la Ley 7ª de 1968 ya hay una base legal para el derecho de defensa, que ha sido creación doctrinaria y jurisprudencial, con fundamento en el artículo 26 de la C. N...".

De ahí, entonces, que solicite a nombre de CORTES BALLESTEROS y MONSALVE SILVA: "...la invalidación de la sentencia mencionada y la declaración de la nulidad impetrada dando cumplimiento al numeral 3º del Art. 583 del C. de P. P. ...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La falta de técnica en el manejo de esta causal de casación es manifiesta. El recurrente olvida la conocida formulación que la Corte ha hecho del principio del debido proceso, particularmente en su aspecto de preservar y garantizar el ejercicio del derecho de defensa. El concepto del señor Procurador tiene oportunidad de destacar este extravío y fijar en su cabal encuadramiento la tesis confundida: "...resulta inaceptable la alegación de que viola la forma propia de un juicio al juez que interpreta mal una prueba, pues esta 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 para ello vulnere la forma prescrita para el acto procesal. Se trataría en este caso, de un error *'in iudicando'* distinto del error *'in procedendo'* que consistiría, como ya se dijo, en la violación de las normas prescritas para el adelantamiento del juicio...".

Una ligera consideración de las observaciones anotadas por el censor, indica que el debido proceso no fue afectado de modo alguno. Las interpretaciones que el memorialista compone sobre algunas actitudes del Juez 18 de Instrucción Criminal desborden la realidad y se exhiben como artificiosas y exageradas. Y otro tanto cabe decir en cuanto a la valoración que apunta sobre sus atribuciones y facultades. Muy lejos está el impugnador de lograr su objetivo, así se considere éste en el simple plano de sus aseveraciones y no en el de la eficacia del recurso, pues no convence en cuanto a su afán y propósito de demostrar que dicho instructor intimidó, coaccionó y anuló la libertad de los testigos tomados como de su cargo. No puede aceptarse como prueba de malsano interés el que un funcionario, alejado ya del proceso en que intervino, procure informar al juez que le ha sucedido de las noticias llegadas a su conocimiento y que tienen que ver con aspectos que se cuestionan en esa investigación. Aquí no solamente se da un comportamiento plausible sino obligatorio. Léase bien la índole de las manifestaciones consignadas en la atestación de Fl. 460 y se advertirá que

el Juez 18 de Instrucción Criminal tenía el deber de transmitir tan inquietantes datos, los mismos que Guzmán no pudo desmentir y dejó entrever como ciertos. Tampoco constituye abuso de función que desvirtúe la veracidad de un testimonio, el ordenar el juez la periódica presentación de un declarante, pues la eventualidad de una ampliación o un careo explican la necesidad o conveniencia de esta previsión. Un deponente no altera su versión porque tenga que frecuentrar un despacho judicial ni menos porque se le comente que su situación debe ser conocida por un funcionario especial. Si a eso se llega, la causa de este acontecer no radica en la índole de esa intervención sino de otros factores, ajenos por completo al querer del juez. De otro lado poco se concilia la supuesta tendencia de intimidar a un menor con la tolerancia a dejar que a éste le acompañarán sus familiares. Si algo revela este benigno comportamiento es la procuración de un ambiente de seguridad y protección para el menor, muy incompatible con afanes de indebida presión. También pierde todo valor el que al encabezar la declaración de Guzmán Figueroa no se hiciese alusión a pregunta alguna sobre los hechos y se insertase de inmediato su relato. La versión puede precederse de una inquisición oral o escrita sobre el asunto materia de la diligencia, sin que la actuación resulte alterada en su legalidad.

Por último, las contradicciones en que pueda incurrir un declarante no demuestran la imposición de un criterio del instructor ni menos la imposibilidad de precisar en tales variaciones el relato más atendible. Precisamente la crítica probatoria permite asumir deducciones que en apariencia no se insinúan y que sólo el análisis esforzado y técnico logran concretar. El a quo, *en su libertad de apreciación, otorgó valor a algunas testificaciones y descartó otras. Este razonado juicio no puede invalidarse ahora por afirmaciones inconfirmadas, por la selección de algunos apartes testificables o por la equivocada interpretación de no pocos preceptos legales que reglan las atribuciones de que dispone un instructor.*

Entonces, si el comportamiento del juez estuvo ceñido a derecho y fue la cabal aplicación de sus facultades, mal puede aceptarse ahora que él mismo atentó contra el debido proceso y comprometió el derecho de defensa. Ni lo uno ni lo otro. Las críticas del recurrente a lo máximo que llegarían sería a destacar secundarias irregularidades que en manera alguna socavan las bases del juicio, ni las garantías fundamentales del procesado o de la sociedad en el plenario. Estos accidentes procesales, que siempre aparecen en todo proceso, no deterioran la esencia de la instrucción y el juzgamiento. De ahí que no se traduzcan en un efecto invalidante.

La confusión del memorialista en cuanto dice relación al principio que el ha creído vulnerado, determina la improcedencia de su censura y la imposibilidad en que está la Corte de admitir sus planteamientos.

No prospera el cargo.

2ª: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial... 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 ese punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca manifiesto en autos". Art. 580 Ord. 1º Inc. 2º del C. de P. P.

Como normas sustanciales indirectamente quebrantadas se citan los artículos 32, 33, 233, 234 y 408 del C. P.

El censor concreta como testimonios erróneamente apreciados los de Luis Alfredo y Sixto Guzmán, Héctor Julio Moreno e indagatoria de Rafael Hernán Rodríguez; y como omitidos, los de Orlando Bueno, Medardo Rey y Gustavo Lozano.

Fundamentando esta afirmación comenta que el *a quo* no consideró la retractación del testigo Moreno ni creyó, contra la prueba de autos, en la conspiración fraguada por los hermanos Guzmán contra Efraín Monsalve Silva, ni se percató de las sugerencias hechas al menor Luis Alfredo Guzmán. Se aceptó lo perjudicial sin atender los aspectos favorables contenidos en tales pruebas. En definitiva se acordó un valor probatorio a lo que carecería de trasncendencia. Además, "...Por-

que la recepción de la prueba no puede calificarse de legal y porque ni sumada a otras pruebas que también están viciadas no constituiría plena prueba para condenar. Esta clase de prueba no produce certeza porque en boca del mentiroso lo cierto se hace dudoso dice el adagio popular. Al sugerirle el Juez lo que debía declarar violó el Art. 240 del C. de P. P., antiguo, vigente en el momento de la evacuación de la prueba. Darle al testimonio de Moreno así sea sumado a otros a los cuales me referiré, el valor probatorio que el Tribunal le da a folio 15 (cuaderno del Tribunal) en la sentencia es una apreciación errónea, producida por error de derecho ostensible y manifiesto, porque solo produce dudas, y debió aplicarse el Art. 216 que consagra el *indubio pro reo,* que al condenar fue violado...".

También alude a la falta de juramentación del testigo Luis Alfredo Guzmán, a la ausencia en el proceso de los bonos falsos, lo cual impide una apreciación rigurosa de su testimonio en la parte en que se dice haberlos recibido de Rodríguez y de Cortés por orden de Monsalve. Estos bonos debieron reconocerse para tal fin.

En relación a Sixto Guzmán Figueroa se produce la apreciación errónea pues "a él no le consta directamente nada del problema de los bonos", fuera de los problemas que el declarante recuerda existieron entre él y Monsalve.

En síntesis, la prueba testimonial origina insolucionables dudas, retractaciones, sugerencias, coacciones y un afán de perder a los procesados como consecuencia del ánimo vengativo que no pocos de los declarantes guardaban para con aquéllos. A esto se sumó el comportamiento ilegal del funcionario, quien quebrantó el ordenamiento procesal y olvidó las reglas de imparcialidad que gobiernan sus funciones.

Todo esto le lleva a solicitar que se case o invalide esta providencia y en su lugar se dicte sentencia absolutoria en favor de EFRAIN MONSALVE SILVA y VICTOR CORTES BALLESTEROS.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Este segundo cargo necesariamente tiene que correr la misma desafortunada suerte del primero, porque adolece de sus mismos graves vicios, nótese cómo la censura se hace depender de la viciosa actuación cumplida por el funcionario de instrucción, quien al decir del recurrente, permitió la producción de pruebas artificialmente creadas y ajenas por completo a las normas legales. Entonces, si como se ha visto en el análisis del primer cargo no es posible admitir la crítica que se hiciera de la actuación de ese funcionario, mal puede ahora admitirse que la prueba no podía estimarse en la forma en que se hizo por el juzgador. La legalidad reconocida en ese aspecto incide directamente en la estimación que ahora debe hacerse de este cargo.

Pero hay algo más. El recurrente acude a un sistema muy personal en el planteamiento de su impugnación. Olvida que este extraordinario recurso no puede constituirse en una tercera instancia que tolere el replanteamiento de la crítica probatoria. Esto es precisamente lo que el memorialista realiza. Trata de demostrar la equivocación del fallador, negarle mérito a su raciocinio y desechar sus conclusiones en cuanto evaluó la prueba como representativa de un pleno valor, suficiente para apoyar en ella un fallo condenatorio. Ahora el censor busca imponer su crítica testimonial y desestimar la del *a quo*. La interpretación subjetiva que el recurrente acuerda a los elementos de convicción aportados al proceso no puede considerarse de mejor condición y eficacia a la cumplida por el sentenciador, máxime cuando éste gozaba de amplia facultad para determinarse en el sentido en que lo hizo, explicando debidamente las razones que para ello tuvo. La casación no concede medios para invalidar un juicio de valor probatorio cuando la propia ley ha concedido arbitrio de interpretación. La afirmación de haber fundado al juzgador su decisión únicamente en los testimonios censurados, no corresponde a la realidad procesal, como tampoco el que aquél se desentendiera de las observaciones que ahora el recurrente, equivocando el siste-

ma de impugnación, invoca con un significado y naturaleza bien diferentes.

El *a quo* en momento alguno olvidó el fenómeno de la duda como apoyo del fallo absoluotrio. Se refirió a esta hipótesis en forma expresa y anotó la necesidad de un profundo análisis para deducir un juicio de responsabilidad. La prueba de cargo la cifró en parte en los testimonios de Luis Alberto y Sixto Guzmán Figueroa y Héctor Julio Moreno, no olvidando que éste se retractó de su inicial versión y predicó de los hermanos Guzmán un propósito retaliativo por haber sido despedido Luis Alberto, por orden de Monsalve, del matadero de "La Victoria".

Pues bien, el Tribunal se detuvo en la consideración de todos estos aspectos y pudo concluir que Rafael Rodríguez conocía a Medina Tovar (el actor principal de todo el ilícito) y a Víctor Cortés; que Cortés le propuso la colocación de esos papeles, que por el oficio que desempeñaba Rodríguez (comisionista en ganado) no podía ignorar su inautenticidad. De esto dedujo un indicio de actitud sospechosa". Pero además, mal podían los hermanos Guzmán instrumentalizar una venganza con la declaración rendida si la falsedad de los bonos" fue asunto conocido posteriormente, agregándose la importante circunstancia de haberse producido el retiro voluntario de Luis A. Guzmán del citado matadero y no por intervención de Monsalve.

De otro lado el fallador de la instancia estudia la versión de Héctor Julio Moreno en sus tres etapas (en el D. A. S. dijo ignorar los hechos; ante el instructor hizo un relato explícito y comprometedor y, por último, su retractación) para deducir que al presentar su versión incriminadora estaba reproduciendo percepciones reales y directas, pues no de otra manera se entiende la referencia suya a cifras gananciales. El sentenciador desatendió la retractación no por caprichosa y arbitraria actitud mental sino por obra de criterios lógicos, bien expuestos.

Constituye innegable evidencia sostener que la censura carece de entidad. Ni equivocó ni negó el *a quo* un determinado valor probatorio sino que ejerció la autonomía y libertad que sobre el punto le concede la ley. Tampoco dejó de considerar pruebas ni omitió el estudio de testimonios con influencias en la resolución. Los aspectos tratados por el recurrente aparecen debida y correctamente comentados por el *a quo*. Lo que ahora se persigue es hacer imperar la apreciación subjetiva e interesada del censor sobre la imparcial y objetiva visión del fallador. Esta resulta ser tesis inadmisible porque sería cuestionar e invadir una atribución de ley, adecuada y justamente aplicada. Fuera de que la valorización no resulta repugnante ni absurda que sí muy apegada a la realidad y al rigor técnico que dirigen estas atribuciones.

Finalmente debe citarse el siguiente aparte del Ministerio Público: "...Se impugna la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Bogotá por violación indirecta de los artículos 233, 234, 408, 410, 32 y 33 del Código Penal que, como es sabido, se refieren a los delitos de uso de documentos públicos falsos, estafa, concurso material y a la continuación como forma de ejecución de las infracciones penales.

"El libelo de casación omite el análisis de esas normas para demostrar su violación y también calla la forma en que ella pudo producirse, es decir, si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea...".

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida, ya indicada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen, e insertese en la *Gaceta Judicial*.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V., (Secretario).

BIENES DECOMISADOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 52 DEL DECRETO 1188 DE 1974

(Marihuana, cocaína, morfina, etc.). Entrega de dichos bienes

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado. Acta Nº 6 de 17 de febrero de 1977.

V I S T O S

La sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en contra de DAVID MERRIL MARTIN y CAROL SNAZA, fechada el 2 de agosto del año próximo pasado, por la comisión de una de las conductas delictivas definidas y sancionadas en el Decreto 1188 de 1974, ha sido recurrida en casación.

Tanto en el fallo de primera instancia (Juzgado 2º Penal de Circuito de Girardot Fls. 147 y ss., numeral 5º de la parte resolutiva) como en el de segunda (Fls. 106 y ss., numeral 7º de la parte resolutiva), se ordenó la confiscación de la aeronave N- 9045-Y, Piper Aircraft Corporatión, Model P. A. 31, Serial N-3166, MAAN 365432,y, la devolución del automóvil Renault 6, modelo 73, color azul, cuatro puertas, placas E. V. 7204, Plaqueta R-118 Nº S-092201-R-1181295501, medios utilizados por los sentenciados para el ilícito transporte de cocaina y marihuana.

Ahora el doctor Carlos Díaz del Castillo, apoderado de la firma Rentacol Ltda., propietaria única del subsodicho automotor, insiste en que se le cumpla el fallo en la parte que dispuso la devolución del referido automóvil, por ser su dueño totalmente extraño al tráfico de drogas, pues lo facilitó en alquiler suponiendo un uso correcto del mismo. Afirma, para interesar a la Corte en este pronunciamiento, que una petición en este sentido dirigida al Tribunal (Fl. 181) resultó fallida pues parece que oralmente se le dijo que sobre el vehículo pesaba "un depósito ... a favor del D.A.S. por orden presidencial". Agrega el memorialista que "en nuestra organización jurídica no es de recibo que los bienes de los ciudadanos pasen al servicio del Estado, ni aún provisionalmente, mientras se dilucida su futuro mediante una sentencia. Esta sentencia puede dictarse en tal sentido sólo para los casos de contrabando y para los de tráfico de estupefacientes. Pero mientras no la haya, no hay razón valedera para que un objeto particular pase al servicio del Estado".

Inicialmente la Corporación no se ocupó del primero de los escritos a ella dirigidos por el doctor Díaz del Castillo, a la espera de definir la procedencia del recurso y actuar en armonía con esta definición.

Conviene, ahora sí entrar en el estudio y resolución del mencionado pedimento.

A este efecto la Corte comenta brevemente lo siguiente:

1. Dispone el D. 1188 de 1974, artículo 52:

"Los muebles, equipos y demás cosas donde se almacene, conserve, fabrique o elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga o sustancia que produce dependencia física o síquica, al igual que los vehículos y demás medios

de transporte utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, serán decomisados y el Gobierno, por Resolución Ejecutiva, podrá destinarlos al servicio oficial de la entidad que hizo el decomiso o rematarlos. *Los beneficios obtenidos se aplicarán a la represión del tráfico de tales drogas o sustancias y a la asistencia de los fármaco-dependientes, bajo el control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.*

"Excepcionalmente podrá ordenarse la devolución de los vehículos y demás medios de transporte a terceras personas que acrediten que a pesar de la suma diligencia y cuidado por ellas puestos, no pudieron conocer el destino ilícito dado a sus bienes".

Esto indica, a las claras, que el Gobierno no se ha arrogado una facultad inexistente sino que ha ejercido una función que le otorga la ley y que hasta la fecha tiene imperio de aplicación. De modo que iniciada una investigación por delitos considerados en el susodicho Decreto, el Gobierno Nacional, mediante resolucion ejecutiva, está autorizado para entender que los vehículos en los cuales se ha transportado la droga o sustancia que produzca dependencia síquica o física, han sido dispuestos de modo voluntario para esta punible actividad y, en consecuencia, puede destinar tales medios de locomoción al servicio de la entidad que hizo el decomiso.

Pero esta decisión tiene durante la tramitación del proceso un efecto transitorio y debe corresponder a los resultados averiguatorios del mismo. En otras palabras, mientras el Juez Instructor o de Conocimiento no determine, en providencia ejecutable, que debe cesar ese decomiso y destinación, éstos se cumplen. Pero si se toma una determinación como la autorizada por el inciso segundo del artículo comentado, que exige una prueba muy calificada que demuestre que quienes tienen un derecho anterior sobre tales vehículos o medios de transporte, a pesar de "la suma, diligencia y cuidado *por ellas puestos, no pudieron conocer el destino ilícito dado a sus bienes", esa decisión invalida la resolución ejecutiva y tiene que obedecerse de inmediato y sin dilación. Otra cosa es que el fallo definitivo mantenga una vinculación de tales elementos a la actividad ilícita, caso en el cual la determinación administrativa gana permanencia, pues el fallo penal estará dando aplicación al artículo 727 del C. de P. P., que viene a complementarse con lo dispuesto en el citado D. 1188 de 1974.*

2. Ha ocurrido en el caso sub judice *que, inicialmente, se ordenó el decomiso y destino especial del referido vehículo automotor. Pero luego vino una sentencia de segundo grado, confirmatoria en este aspecto de la primera, que dio aplicación al inciso 2º del artículo 52, y ordenó su devolución. Como el fallo debe ser obedecido de inmediato en este aspecto pues nadie se ha alzado contra esta determinación, obliga ejecutar esa orden judicial que pone término a la resolución ejecutiva que afectó ese bien al servicio del D.A.S.*

3. Mas como el fallo de casación puede incidir en el destino final de tal vehículo, la empresa Rentacol Ltda., para garantizar los efectos posibles de esa decisión final, prestará caución prendaria o de seguros por valor de $ 30.000.00.

Una vez cumplido este requisito, se oficiará al D.A.S. para que de inmediato se entregue el vehículo a Rentacol Ltda., o a su apoderado el doctor Carlos Díaz del Castillo.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL—, accede al pedimiento formulado por el doctor Carlos Díaz del Castillo, en representación de la firma Rentacol Ltda. y de ahí que disponga que una vez prestada la caución fijada, se oficie al D.A.S. para la inmediata devolución del automóvil Renault 6, modelo 73, color azul, cuatro puertas, placa E. V. 7204, Plaqueta R-118 Nº S-092201-R-1181295501.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CAUSAL 4ª DE CASACION

Su procedencia. Su improcedencia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., febrero veinticuatro de mil novecientos sententa y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez.*

Aprobado: Acta Nº 8 Febrero 24/77.

V I S T O S

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia dictada el 16 de junio de 1976 por su Sala Penal, confirmó la del Juzgado Tercero Superior de la mencionada ciudad, de fecha 22 de marzo del citado año, por la cual condenó a JOSE IGNACIO CABRERA CEDEÑO, como autor del homicidio de la menor Rosalbina Silva Martínez, a la pena principal de quince años de presidio, a las accesorías de ley, y al pago de los perjuicios ocasionados con el delito.

El acusado interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. Habiéndose sustentado la impugnación con demanda que desde el punto de vista formal fue declarada ajustada a derecho, y estando cumplido el trámite pertinente, se entra a decidir.

A N T E C E D E N T E S

1. JOSE IGNACIO CABRERA CEDEÑO es un chofer de servicio público, que manejaba un campero dedicado a taxi, en la ciudad de Ibagué. Mantenía relaciones sexuales estables con RASALBINA SILVA MARTINEZ, desde cuando ésta tenía trece años de edad. Hacia la media noche del domingo 8 de junio de 1975, Cabrera llegó hasta la casa de habitación de la madre de su amante, para informar que llevaba en su vehículo el cadáver de Rosalbina, quien acababa de suicidarse.

2. Practicada la investigación, el Juzgado Tercero Superior de Ibagué la calificó con un auto de proceder en contra de JOSE IGNACIO CABRERA CEDEÑO como autor del homicidio de ROSALBINA SILVA MARTINEZ, de 16 años de edad. En esa providencia, fechada el 24 de octubre de 1975, se dejó constancia de el "hecho debe tenerse como agravado, porque al ultimar a la Silva Martínez, José Ignacio Cabrera se aprovechó de las condiciones de indefensión e inferioridad en que ésta se encontraba, o sea, que alevosamente ejecutó el acto criminal, y abusó de la inferioridad personal de la ofendida, que por ser mujer, de escasos diez y seis años de edad y algo alicorada para ese instante, no podía oponer resistencia alguna a su victimario, ni representaba peligro para éste, y así se dan las agravaciones contenidas en los numerales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal" (folio 143 del cuaderno principal).

3. El encausado no interpuso recurso de apelación contra el auto de enjuiciamiento, por cuyo motivo se sometió al juzgamiento ante el Jurado de Conciencia en los términos de dicha providencia.

El cuestionario fue redactado en los siguientes términos:

"El acusado JOSE IGNACIO CABRERA CEDEÑO, de anotaciones personales conocidas en autos, es responsable, SI o NO, de haber causado la muerte, con el propósito de matar, a ROSALBINA SILVA MARTINEZ, mediante un disparo de arma de fuego (revólver), al penetrar el

proyectil en la región retro-auricular derecha, que atravesó parte del encéfalo y salió produciendo fractura de la tabla ósea craneana, por la región parietal izquierda, causando la muerte a la víctima por destrucción de la masa encefálica, hechos sucedidos aprovechándose el acusado de las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima, en las primeras horas del día nueve de junio de mil novecientos sententa y cinco, en la zona urbana de Ibagué, comprensión de este Distrito Judicial". (folio 156 del cuaderno principal).

La respuesta unánime del Jurado fue la siguiente:

"Sí es responsable".

4. El Juzgado Tercero Superior de Ibagué tradujo el veredicto en la sentencia de 22 de marzo de 1976, por medio de la cual condenó al acusado a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorías de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, a la pérdida de la patria potestad y a la publicación especial de la sentencia, lo mismo que al pago de los perjuicios causados con la infracción.

5. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó esa providencia por sentencia del 16 de junio de 1976.

DEMANDA DE CASACION

Para sustentar el recurso extraordinario de casación, fue presentada la respectiva demanda, en la cual se invocaron los siguientes motivos de impugnación:

CAUSAL CUARTA

La sentencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Al amparo de esta causal formula dos cargos:

Primer cargo: "La sentencia del 16 de junio del presente año de 1976, proferida por el Honorable Tribunal Superior de Ibagué se dictó sobre un proceso viciado de nulidad de orden supralegal porque en el auto de proceder se consignaron unas causales de gravación del delito de homicidio que se investigaba, que no están probados dentro del sumario, en manera alguna sino que tales circunstancias de agravación que lo elevaron a la categoría de asesinato se expresaron en forma caprichosa por el Juez de la causa. Y como es lógico tales agravantes se consignaron en el cuestionario presentado a los jurados y acorde con la veridicción se profirió sentencia condenatoria por homicidio agravado" (folio 7 del cuaderno de la Corte).

Para demostrar el cargo sostiene que las causales de agravación del homicidio, como son la alevosía y el aprovechamiento de las condiciones de indefensión de la ofendida (artículo 363, numerales 5º y 6º, del Código Penal) no se encuentran probadas en los autos, con lo cual el auto de proceder violó los artículos 309, 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal: el primero, porque el sumario tiene, entre otras finalidades, la de reunir diligencias propias para comprobar las cir cunstancias de modo, tiempo y lugar en que se cometió el delito; el segundo, porque para llamar a juicio se requiere la plena prueba del cuerpo del delito, entre cuyos elementos se cuentan las circunstancias de agravación o atenuación; y el tercero, porque en su numeral tercero se dispone que la calificación del hecho se haga en forma genérica, pero con la determinación de las circunstancias conocidas que lo especifiquen. La violación radica en que no estando probadas las circunstancias de agravación que el auto de proceder incluyó en el pliego de cargos, se han violado las formas propias del juicio, en cuanto requieren que para encausar y condenar es indispensable que se hay recogido la prueba plena de las circunstancias de agravación.

En los siguientes párrafos sintetiza la demanda el cargo:

"Encontramos en el auto de proceder de la controversia o cuestionado, que el Juez del conocimiento dijo, al folio 143 que el delito porque se procesa a CABRERA CEDEÑO debe agravarse porque obró alevosamente y abusó de la inferioridad personal de la ofendida, por ser menor de diez y seis años y por estar alicorada

al igual que no opuso resistencia alguna. Al folio 139 había dicho: "porque disparó su arma de fuego repetidamente por cuatro veces hasta alcanzarla en la cabeza, cuando esta trataba de huir por la parte trasera del vehículo".

"Surge la pregunta lógica, en dónde se encuentra la prueba de tales afirmaciones? En qué argumento lógico se basó el Juez para deducir los agravantes antes mencionados?".

"Si se tomó el indicio como base de tales conclusiones, no hay un hecho indicador que pueda servir de fundamento para deducir en forma lógica que la occisa trató de huir por la parte trasera del carro y que no opuso resistencia y que la razón de estos hechos tienen por base la edad y el alicoramiento. La verdad es que no se pudo establecer, en forma clara cómo se produjo la muerte de ROSALBINA SILVA, en forma que pueda decirse, con prueba plena que es verdad que trató de huir, que no opuso resistencia y que mi poderdante actuó alevosamente".

"Como tales hechos no están probados, repetimos, no pueden hacer parte del auto enjuiciatorio porque se agrava la situación del procesado, en forma injusta, sin fundamento legal".

"Con tales hechos se han violado las formas legales del proceso penal en las cuales tiene interés la sociedad de que no se impute a uno de sus miembros hechos que no están establecidos en la forma que ordena el procedimiento penal y tiene interés el procesado de que no se le juzgue por hechos inexistentes porque el Estado no pudo probar en su contra". (Folios 10 y 11 cuaderno de la Corte).

Segundo cargo: El llamamiento a juicio se funda en indicios, los cuales fueron erróneamente evaluados, porque teniendo las caractertísticas de leves, se les consideró como graves, en unos casos, y en otros, sin que existiera hecho indicador, se tuvo como probados indicios que carecen en absoluto del respaldo probatorio.

Para demostrar el cargo, la demanda se refiere a la autopsia y al concepto de la Policía Judicial en cuanto a la existencia de tatuaje de pólvora, que estima contradictorios, porque los Médicos Legistas sostienen que sí se encontró en el cadáver tal circunstancia, en tanto que la Policía Judicial lo niega. También cuestiona la prueba del guantelete de parafina, que se puso en la mano derecha del acusado y de la occisa, con resultado negativo para ésta, y positivo para aquél, para sostener que "resulta que el hecho indicador está igualmente huérfano de prueba para que se tenga como plena". Por último, se refiere al peritazgo que se hizo en el vehículo en donde fue ultimada la menor Rosalbina Silva Martínez, para objetarlo en cuanto sostiene que los impactos localizados en la capota de la lona, o sea en el techo del campero, no sirven para extraer la conclusión de que los disparos fueron hechos en contra de la occisa, como se dice en el auto de proceder.

Concluye la demanda diciendo que "al estimar los indicios que sirvieron de fundamento al auto vocatorio a juicio, en forma contraria a lo mandado por las normas del procedimiento penal, se violó este y conculcaron las garantías individuales consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional". Indica como violado el artículo 235 del Código Procesal Penal, en cuanto dispone que "para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar plenamente probado", y los indicios de que se valió el Juzgado para dictar el llamamiento a juicio no se encuentran establecidos.

CAUSAL PRIMERA

Enuncia esta causal diciendo que la sentencia acusada viola la ley sustancial por infracción indirecta.

Con base en ella formula un cargo que se hace consistir en que la sentencia "se profirió en base de errónea interpretación de la prueba indiciaria que sirvió de fundamento al auto de proceder, puesto que, en lo que se refiere a la autoría del delito de homicidio, los indicios que llevaron al juzgador de segunda instancia para proferir condena contra el mismo, se interpretaron erróneamente, infiriéndose de un hecho indicador no probado en forma plena que mi poderdante fue el autor de tal homicidio".

Para demostrar este cargo, la demanda vuelve a referirse a la prueba del guantelete de parafina, a la pericia de la Policía Judicial y al dictamen de los Médicos Legistas sobre la presencia o ausencia de huellas de pólvora alrededor de la herida que sufrió la occisa.

También vuelve a comentar lo relacionado con las circunstancias de agravación del homicidio que fueron contabilizadas en el auto de proceder. Y llega a la conclusión de que no hay prueba que sirva para señalar a JOSE IGNACIO CABRERA CEDEÑO como el autor de la muerte de Rosalbina Silva Martínez.

Hace el resumen de este cargo en los siguientes términos:

"Impugno la sentencia acusada, con base en la causal primera de casación, por ser violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por error de derecho, al haber apreciado erróneamente la prueba iniciaria que sirvió de fundamento al auto vocatorio a juicio, y consecuencialmente a la sentencia impugnada por medio del veredicto del Jurado al haber dado a tales indicios el valor de plena prueba en su hecho indicador y haber inferido erróneamente, en tal forma, la autoría del homicidio en cabeza del condenado".

"Por tanto, la tal impugnación la hago por ser violatoria de los artículos 230, 231, 235, 215 del C. de P. P. y 11 del C. P.". (folio 17 del cuaderno de la Corte).

Como petición final expresa que debe invalidarse la sentencia acusada.

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de hacer un resumen de los antecedentes procesales y de la demanda de casación, emite el siguiente concepto:

"La protuberante falta de técnica que se advierte en la formulación del recurso impide que los cargos hechos a la sentencia acusada estén llamados a prosperar".

"En efecto; como ya tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Superior de Ibagué en el fallo recurrido, la disparidad de criterios o la equivocación del juzgador en la valoración de la prueba no es motivo de nulidad legal ni menos del orden constitucional".

"Si el juzgador se equivocó en la estimación de una prueba o dio por demostrado un hecho sin prueba que lo sustente, es deber del censor en casación acudir a la causal primera de casación y demostrar que por error de derecho o por error de hecho manifiesto en los autos se infringió la ley sustancial".

"Resulta pues inconducente acusar una sentencia al amparo de la causal cuarta de casación cuando se trata de pretendidas equivocaciones en la estimación de la prueba".

"Y para rechazar el cargo formulado a la sentencia de ser violatoria de la ley penal sustancial por error de derecho en la apreciación de la prueba, basta recordar que la Honorable Corte Suprema de Justicia, en una de sus más constantes y reiteradas doctrinas, ha sostenido la improcedencia de acudir a la causal primera de casación —violación indirecta— en juicios con intervención del jurado de conciencia, porque éste goza de autonomía en la apreciación de las pruebas. Admitir un nuevo examen probatorio conduciría a la declaratoria de contraevidencia del veredicto, decisión que no corresponde a la Corte Suprema ni es motivo de casación". (Folios 24 y 25 del cuaderno de la Corte).

Consecuencia de tal concepto es la petición de que se deseche el recurso de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Auncuando la argumentación de la Procuraduría es suficiente para que no prospere el recurso de casación interpuesto contra la sentencia acusada, no resulta ocioso hacer algunas acotaciones sobre el proceso en estudio.

La causal cuarta invocada en la demanda es a todas luces improcedente porque no se está alegando la errónea calificación del hecho, sino apenas la indebida aplicación de las normas relativas a las causales de agravación de la alevosía y del abuso de las condiciones de inferioridad

personal de la ofendida. En tratándose de error relativo a la denominación jurídica de la infracción en que se hubiera incurrido en el auto de proceder, se estaría en presencia de una nulidad legal, por cuanto como tal la describe el numeral 5º del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. Pero la demanda, en esta parte, no ataca dicha calificación, sino únicamente el hecho de haber tenido por probadas dos circunstancias de agravación del homicidio, en ausencia total de elementos de convicción. En el fondo lo que la demanda ataca es la indebida aplicación de los numerales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal, como conseceuncia del error en que incurrió la sentencia acusada, al tener como probadas tales circunstancias, siendo así que el proceso no recaudó ninguna prueba al respecto.

Pero ocurre que en los procesos en que interviene el Jurado de Conciencia, no resulta viable entrar a discutir el veredicto con fundamento en la errónea apreciación de pruebas relativas a las circunstancias de agravación o atenuación, porque como se adopta es en conciencia, no se puede exigir fundamentación probatoria del mismo. Si la errónea apreciación de pruebas no desemboca en un error relativo a la denominación genérica de la infracción, no hay lugar a decretar nulidades, debido a que el Jurado tiene amplitud para interpretar el proceso. Como ni el juez ni el Tribunal declararon la contraevidencia del veredicto, no se puede plantearle a la Corte tal eventualidad procesal, auncuando se le disfrace con la causal de nulidad del proceso por falta del cumplimiento de las formas propias del juicio.

La causal primera esgrimida contra la sentencia tiende a desconocer la responsabilidad penal del acusado, porque la demanda estima que no hay prueba para establecer su autoría. Semejante planteamiento contradice las alegaciones que se hicieron en relación con la causal cuarta,, debido a que partiendo de la base de que se aceptaba la autoría del homicidio, se discutía únicamente la prueba relativa a dos causales de agravación de dicha infracción. Por lo tanto, la Corte está en imposibilidad de desentrañar cuál es el pensamiento de la demanda: si acepta la autoría o si la desconoce. Por otra parte, como el Jurado de Conciencia declaró la responsabilidad del acusado en los términos en que se le preguntó, resulta a todas luces imposible pronunciar, en sede de casación, la contraevidencia de la veredicción, porque tal declaración sólo puede hacerse en las instancias.

Auncuando las razones expuestas fundamentaran la decisión que debe adoptar la Corte en relación con el recurso de impugnación propuesto por el acusado, no sobra hacer una breve incursión al acervo probatorio que sirvió para el juzgamiento.

La versión del acsuado de que Rosalbina Silva Martínez se suicidó está contradicha por varios elementos de información entre los cuales se cuenta la autopsia, según la cual el orificio de entrada que dejó el proyectil está localizado en la región retro-auricular derecha, lo que significa que el disparo que la eliminó se le hizo por la espalda. Se trata de un indicio grave que descarta el suicidio. Otra de las pruebas de incriminación es el testimonio del celador Luis Castellanos, quien afirma que el ocupante del vehículo lanzó a Rosalbina fuera de él, por lo cual ella cayó de espaldas sobre el pavimento; que la muchacha subió nuevamente al campero, en los momentos en que ya estaba prendido el motor; que al iniciar su marcha, oyó a la muchacha que decía, por tres veces, "papito no me mate".

La exposición que en su indagatoria hizo el acusado ha sido contradicha por varios testigos. En efecto, cuando después del incidente frente al Café Linares, el campero bajaba por el sector de Combeima, Rosalbina iba al lado del chofer; que los disparos se oyeron cuando el vehículo tenía varios minutos de estar estacionado, y no cuando se desplazaba por el sector antes mencionado; que, producidos los disparos, el vehículo retrocedió hasta el lugar donde no quedó a la vista de los testigos; que allí permaneció alrededor de 8 minutos, habiendo iniciado su marcha después con dirección a la casa de la madre de la occisa, a quien pretendió entregarle el cadáver, sin que las autorida-

des intervinieran. De la inspección judicial y peritazgo que se llevó a cabo en el vehículo, aunado a los hechos antes anotados, resulta sencillo sacar la conclusión de que el acusado hizo varios disparos contra Rosalbina, quien debió agarrar el brazo homicida, lo cual explica que se encontraron tres impactos en el techo del campero. Y el orificio de entrada en la parte trasera del oído derecho, sólo puede explicarse con la acción del acusado, quien, una vez dominada la menor Rosalbina, le hizo el disparo por detrás, como consecuencia de haber pasado su brazo por la espalda de la víctima. En la autopsia se afirma que el orificio tenía un anillo de contusión y quemaduras, y además huellas de pólvora a su alrededor, lo cual indica que el disparo fue hecho a muy corta distancia, tal vez a boca de jarro.

La prueba del guantelete de parafina resultó negativa para Rosalbina y positiva para el acusado.

Son suficientes los anteriores elementos de información, todos plenamente probados, para concluir que la menor Rosalbina Silva Martínez fue víctima de muerte violenta en las circunstancias consignadas en el auto de proceder.

Producido el veredicto, el acusado le solicitó al Juez que declarara su contraevidencia porque fue condenado por homicidio con agravantes "cuando la verdad es que solamente se me debió llamar a juicio por homicidio simple" (folio 157 del cuaderno principal). Tal manifestación echa por tierra las alegaciones de la demanda de casación en el sentido de que el acusado es inocente.

Por las razones expuestas, no se casará la sentencia acusada.

LA DECISION

En consecuencia, 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

No casar la sentencia acusada. Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V. (Secretario).

COCAINA

Dosis personal

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

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto*

Aprobado: Acta Nº 8

V I S T O S

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia que lleva fecha 20 de agosto de 1976 por medio de la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la de 20 de octubre de 1975, proferida por el Comando de la Brigada de Institutos Militares de esta ciudad en la que se impuso a ARRIETTA CECILIA YOUNG y a GEORGE ALEXANDER HARRISON la pena de 44 meses de presidio y multa de $ 20.000 a cada uno como responsable por el delito de violación del Art. 38 del Decreto 1188 de 1974, reformó dicha providencia en el sentido de imponer a la primera de las personas nombradas pena de 36 meses de presidio y multa de cinco mil ($ 5.000.00) pesos y absolver al segundo, ordenando al mismo tiempo que a éste se le devolvieran los documentos que se le habían decomisado y revocando la orden de expulsarlo del país.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el apoderado de la procesada Arrietta Cecilia Young recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala y el cual se tramitó conforme el rito legal que se encuentra en este momento agotado por lo que se procede a decidir lo que sea del caso.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El día 30 de agosto de 1975 a eso de las 4:30 P. M. se disponía Arrietta Cecilia Young y George Alexander Harrison a abordar un avión que los condujera a Los Angeles pero como se mostraran nerviosos, la policía judicial de "Eldorado "entró en sospechas y tras detenerlos, procedieron a requisarlos habiéndole encontrado a Arrietta, en una toalla higiénica que tenía puesta, tres bolsas de polietileno atadas con cintas de caucho que contenían un polvo blanco que, al ser analizado en el Laboratorio de Toxicología del Ministerio de Justicia, dio el siguiente resultado:

Bolsa Nº 1

Alcaloides	Positivo
Cocaína	Negativo
Xilocaína	Positivo

Bolsa Nº 2

Alcaloides	Positivo
Cocaína	Negativo
Xilocaína	Positivo

Bolsa No 3

Alcaloides	Positivo
Cocaína Clorhidrato	Positivo

Peso neto: 26,9 gramos (26 gramos 900 miligramos)

Concentración ... 90.7%

(Noventa con siete gramos de cocaína clorhidrato por cien gramos de muestra).

A George Alexander Harrison no se le encontró nada.

Interrogada sin juramento Arrietta Cecilia Young manifestó que en el momento en que se encontraba mostrando su pasaporte, una señora que estaba unos pasos atrás le pidió el favor de sostenerle un paquete que se encontraba dentro de una revista, y que cuando a la exponente la requisaron entendió que dijeron que el contenido de dicho paquete era cocaína. Al preguntársele por qué las tres bolsas de polietileno se le habían encontrado en una toalla higiénica que llevaba puesta, negó que tal cosa fuera cierta.

En cuanto a su compañero Harrison dijo que con él había venido al Congreso de Brujería que se celebraba por entonces en Bogotá y sobre el cual aquél quería filmar un documental pero que nada tenía que ver en relación a la cocaíná.

Esto mismo asevera Harrison en su declaración indagatoria si bien es de advertir que su vinculación al proceso obedeció a que, en un principio, la Young manifestó que su compañero la había convencido para que llevara la cocaína, aseveración de la cual ella se retractó posteriormente insistiendo en que el polvo en cuestión se lo había entregado, en un paquete, una señora a la que no volvió a ver.

En el curso de la investigación, se oyó bajo juramento a los detectives que tomaron parte en las diligencias previas y como se deja dicho, se hizo practicar un examen de laboratorio a las sustancias que le fueron decomisadas a la Young con el resultado que se consigna atrás.

Agotado el trámite investigativo se dictó, por el Comando de la Brigada de Institutos Militares la sentencia condenatoria a que se ha hecho referencia la cual fue apelada por la procesada Young y por su defensor.

Cuando se tramitaba la segunda instancia, se levantó el estado de sitio y el asunto pasó a la justicia ordinaria, correspondiéndole al Tribunal Superior de Bogotá la decisión del recurso lo que hizo por medio de la providencia que es ahora materia de casación.

En ella, al pronunciarse sobre la solicitud hecha por el apoderado de la recurrente en el sentido de decretar la nulidad de lo actuado por considerar el actor que la cantidad de estupefacientes portado por su defendida constituía una dosis personal, se expresó así el *ad quem:*

"El señor doctor Alberto Chajin L. defensor de los encausados en su memorial presentado para sustentar el recurso de apelación interpuesto, expresa que debe decretarse la nulidad de lo actuado y revocar todos y cada uno de los apartes de la sentencia condenatoria por carecer de competencia la Justicia Penal Militar dada la cantidad de estupefaciente hallado en poder de su patrocinada en razón de la dosis personal determinada en el artículo 4º del Decreto 701 de 1976. Planteamientos estos que no comparte la Corporación, por cuanto que la norma citada trata únicamente sobre dosis personal de *MARIHUANA HIERBA* o *MARIHUANA HACHIS* (subrayado nuestro) y en modo alguno de otra sustancia que produzca dependencia síquica cuando sea imposible su determinación por los medios clínicos".

Considera por otra parte, el Tribunal que están probadas tanto los elementos síquicos como los objetivos que componen el delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad descrita en el inciso primero del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

Asimismo estimó el *ad quem* que no había pruebas para condenar a George Alexander Harrison por lo cual lo absolvió.

DEMANDA DE CASACION

Sólo un cargo, basado en el aparte primero del numeral primero del artículo 580 del C. de P. Penal, contiene la demanda. Lo hace consistir en haber violado la sentencia "por infracción directa y aplicación indebida" (sic) la ley sustancial pues en vez de haber aplicado, según el actor, el inciso segundo del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, en relación con el artículo 39 del mismo, dio aplicación al inciso primero del artículo primeramente mencionado.

Alega el recurrente que dada la forma ingenua como Arrietta Cecilia Young llevaba la cocaína es preciso deducir que no se trataba de una traficante sino de una adicta y que, por lo tanto, la cantidad de estupefaciente que ella portaba sobre

su persona debe considerarse como dosis personal.

Agrega que no se llevó a cabo en el proceso la determinación de la dosis personal en la forma como lo previene el Art. 38 del Decreto mencionado, es decir, por medio de peritación médica y teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia así como también la historia y la situación clínica de la persona sindicada.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Solicita al Procurador Primero Delegado Penal que se rechace el cargo enderezado contra la sentencia porque, en su sentir, no tiene fundamento ya que la dosis de cocaína encontrada a la Young es demasiado alta para considerarse como personal pues si hubiera consumido esa cantidad de estupefaciente habría tenido efectos letales para ella.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cargo que se ha hecho a la sentencia recurrida carece, en forma absoluta, de fundamento.

En efecto, *la aseveración que la providencia acusada contiene de haberse violado por Arrietta Cecilia Young el inciso 1º del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 resulta incuestionable si se considera que la cantidad de clorhidrato de cocaína decomisado a la inculpada en ningún momento puede considerarse como una dosis persona debido a su elevado contenido tóxico.*

El artículo 6º del mencionado decreto define como dosis personal de fármaco o droga la cantidad del mismo que una persona ingiere por cualquier vía, de una sola vez.

Dada esa definición resulta evidente que no es posible ingerir de una sola vez, si resultados fatales, casi veintisiete gramos de cocaína pura.

Esto mismo hace inaceptable el argumento del actor en el sentido de que se violó la ley sustancial por no haberse decretado la pericia que contempla el Art. 39 del ordenamiento que se deja citado ya que basta el simple sentido común para concluir que, sea cualquiera el grado de adición de una persona, no le es posible tolerar una cantidad tan alta de cocaína pura.

Sobre este particular es bueno tener en cuenta el concepto de los científicos, uno de los cuales, muy calificado, el doctor José María Garavito Baraya, dice: "La dosis tóxica de clorhidrato de cocaína es del orden de los 0.20 gramos que para algunas personas puede ser mortal". (Aplicaciones de la Ciencia e Investigación Forense. Pág. 571).

Basta comparar esa dosis con la cantidad de clorhidrato de cocaína decomisada a la procesada Young para convencerse de que ésta es muy superior a la dosis personal y que ingerida aquella cantidad de una sola vez sería necesariamente mortal.

En consecuencia es necesario declarar que es infundado el cargo que se hace a la sentencia.

Contiene la demanda, además, la petición de que se devuelva a Arrietta Cecilia Young y a Geroge Alexander Harrison los pasaportes y los pasajes que les fueron decomisados y que obran actualmente en el proceso.

Como quiera que dichos documentos no proceden de la ejecución del delito ni sirvieron de instrumentos para la misma, ni en otra forma interesan a los fines del proceso, debe ordenarse su restitución, como ya lo hizo el *ad quem* en la sentencia que se revisa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

1º NO CASAR la sentencia recurrida.

2º ORDENAR que, una vez ejecutoriada la presente providencia se devuelvan a George Alexander Harrison y a Arrietta Cecilia Young los correspondientes pasajes y pasaportes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V. (Secretario).

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION Y A LA EPOCA EN QUE SE COMETIO EL DELITO

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

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 8, febrero 24/77

V I S T O S

Agotados los trámites de ley, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado DARIO DE JESUS GARCES MONTOYA, contra la sentencia proferida el 28 de febrero del año próximo pasado por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la de primera instancia del Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, que le impuso la pena principal de 18 meses de prisión y las accesorias correspondientes, por el delito de estafa.

HECHOS

Por el sentenciador fueron resumidos así: La sociedad ordinaria de minas 'Nelly Mar" tenía un bulldozer de su propiedad trabajando en el municipio de Itagüí al servicio del referido Distrito. Por algún desperfecto que experimentó en 1967, tuvo que ponerlo fuera de servicio. Pero para su debida custodia fue parqueado en el garaje "Versalles" de la misma ciudad, por parte del administrador de la sociedad José Jairo Arango Piedrahita, desde el 3 de octubre de 1967. El dueño del establecimiento lo recibió por medio de sus dependientes e incluso se estipuló remuneración por la custodia del vehículo. Pero no llegó a satisfacerse, ni hubo vigilancia por parte de la sociedad hasta el punto de que tres años después, en noviembre de 1970, compareció nuevamente Arango Piedrahita al taller con el fin de verificar el estado del aparato. Fue cuando el propietario del garaje, Edilberto Cardona Ramírez (a. "Mono Versalles"), le hizo saber que había sido retirado, previa exhibición de "copia auténtica de la diligencia de remate y recibo de Darío Garcés y demás (personas) que retiraron el bulldozer" (Fl. 10 vto.).— Había ocurrido que, ante la ausencia de cualquier responsable del vehículo, el propietario del garaje acudió a los "servicios" del abogado Darío Garcés Montoya, a la sazón sin título ni licencia para litigar, con el fin de "ver qué se hacía con ese aparato dado que su estancia en el local le causaba perjuicios al depositario y la remuneración no se cancelaba. Entonces se elaboró una letra de cambio ficticia, en virtud de la cual Darío Garcés se reconocía deudor de Ernesto Guerra, por la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), que ulteriormente resultó endosada al señor Francisco Mejía Restrepo, quien a su vez otorgó poder al doctor Rafael Arcila Hurtado para su cobro por la vía Judicial. Con el expresado recaudo ejecutivo demandó por la vía compulsiva al doctor Garcés Montoya previo el embargo y secuestro preventivo de un "bulldozer de color amarillo" (Fl. 71 f.). El Juzgado 1º Civil Municipal de Itagüí accedió en el acto a la demanda, previa la debida caución procediendo a librar mandamiento de pago y a decretar el secuestro del mueble, que la Inspección General de Policía cumplió el 19 de enero de 1970 (Fl. 73), en el pluricitado garaje

"Versalles". Al final del juicio se adjudicó al doctor Arcila Hurtado por el crédito que representaba, según acta de remate del 15 de octubre del mismo año (Fls. 84 a 87). El vehículo fue vendido poco después en la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) de los cuales ochocientos ($ 800.00) fueron entregados al dueño del garaje. Darío Garcés quedó con el remanente y las minas "Nelly Mar" completamente defraudadas. De ahí la denuncia y el proceso.

ACTUACION PROCESAL

Ante el Juzgado Penal del Circuito (reparto) de la ciudad de Itaguí el denunciante José Arango Trujillo da cuenta de los hechos anteriores, habiéndose dictado el auto cabeza de proceso (Fl. 13). En el diligenciamiento se oyeron las versiones de Alfonso Gil Gil (Fl. 30), José Nicanor Correa (Fl. 33), Eladio Montoya Hernádez (Fl. 34), Darío de Jesús Garcés Montoya, quien rinde diligencia de injurada (Fl. 35), Rogelio Acosta (Fl. 43), Edilberto Cardona y Darío Garcés Montoya diligencia de confrontación; perfeccionada la instructiva al Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, por providencia de 5 de marzo de 1973 (Fl. 153) llama a responder en juicio a Darío de Jesús Garcés Montoya, por los delitos de falso testimonio y estafa; el vocatorio a juicio fue recurrido mediante apelación y el Superior, por auto de 12 de junio de ese año (Fl. 218) confirma al interlocutorio proveniente del juez de primera instancia. A los folios 270 y siguiente aparece la sentencia por la cual se condenó al abogado Darío de Jesús Garcés Montoya a la pena de 18 meses de prisión y $ 30.00 pesos de multa como autor responsable de los delitos de estafa y falso testimonio. El Tribunal confirmó la sentencia anterior, en el sentido de condenar a Garcés Montoya a los 18 meses de prisión y a multa de $ 200.00 por el ilícito de estafa y la revocó en cuanto al de falso testimonio, para en su lugar, absolverlo por éste (Fls. 306 ss.).

Interpuesto oportunamente el recurso de casación esta Corporación lo admite conforme aparece a folio 20.

LA DEMANDA

El apoderado del sentenciado luego de la presentación de los hechos, formula dos cargos contra la providencia recurrida: El primero lo enuncia bajo la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y lo presenta bajo dos acápites; el segundo lo enmarca bajo la causal cuarta de la misma norma. Tales impugnaciones se estudiarán separadamente, empezando por la segunda propuesta por indicarlo así el orden lógico y, en su oportunidad, se harán las debidas referencias al concepto del Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

CARGO BAJO EL AMPARO DE LA CAUSAL CUARTA

Lo enuncia así:

La sentencia recurrida "se profirió sobre un proceso viciado de nulidad, no sólo por error relativo a la denominación jurídica de la infracción, que por razones de técnica expusimos en un capítulo aparte, sino además por error en cuanto a la época en que se cometió el presunto delito, conforme lo establece el Art. 210 numeral 5, del C. de P. P."

En orden a fundamentarlo expone: En el auto de proceder ningún señalamiento se hizo sobre la fecha o época en que se cometió el delito. Transcribe apartes de la providencia y luego, apelando a la manifestación de Jairo Arango, dice que en noviembre de 1969, cuando fue como Administrador de la sociedad "Minas Nelly Mar" a darse cuenta del estado del bulldozer, ya no lo encontró, lo cual está en contradicción con la fecha de la sentencia de remate que es de 9 de octubre de 1970. Entonces, resalta "el error relativo a la época en que se cometió el delito", por lo cual debe invalidarse el fallo recurrido, para decretar lo pertinente.

SE RESPONDE EL CARGO

Se invoca como causal de nulidad el haberse incurrido en error relativo a la época en que se cometió el delito.

Este cargo no está llamado a prosperar por carecer de consistencia. En efecto:

Si por época se entiende un período de tiempo de notable duración, no puede concebirse el que se haya presentado el error que con relación a ella pretende al demandante. La ley no exige que se precise, de manera perfectamente determinada la fecha cierta, el día exacto en que pudo cometerse el hecho, sino la época, es decir, aquel período más o menos largo en que pudo tener consumación. Lo contrario llevaría a consagrar la impunidad de todos los casos en que no se pueda, de manera matemática, determinar la fecha exacta. La ley no exige la precisión del día, se repite, sino de la época, tomando este término en el sentido ya indicado.

Y, en el caso sometido a estudio, esa época está perfectamente determinada, según se dejó relacionado en la presentación de los hechos. Además, no pueden olvidarse los siguientes datos: el bulldozer fue dejado en los Talleres y Garage "Versalles" el 3 de octubre de 1967; el embargo fue soliciado el 30 de octubre de 1969 y se decretó el día 24 de noviembre del mismo año (Fl. 12). Dice Jairo Arango Piedrahita que el 30 de noviembre siguiente, cuando fue a verificar en qué circunstancia se encontraba el aparato, ya no lo encontró. La sentencia de remate tiene fecha 15 de octubre de 1970 (Fl. 84). De manera necesaria, dentro de ese lapso, dentro de esa época, tuvo lugar la consumación del ilícito. De manera que la exigencia legal sobre el particular, se encuentra satisfecha, por lo cual este cargo propuesto, no puede prosperar.

CARGOS BAJO EL AMPARO DE LA CAUSAL PRIMERA

Los formula bajo la causal respectiva del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así:

La sentencia impugnada que condenó por estafa "viola en forma indirecta o mediata la ley sustancial tanto por apreciación errónea como por falta de apreciación de determinadas pruebas así como también por haberse proferido sobre un proceso viciado de nulidad al haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, impugnación esta última que se incluye bajo la causal primera y en capítulo separado, para dar cumplimiento a reiteradas doctrinas" de la Corte en ese sentido.

Primer cargo: Se relaciona con la violación indirecta o mediata de la ley sustancial "tanto por apreciación errónea como por falta de apreciación de determinadas pruebas".

A fin de sustentarlo luego de transcribir al artículo 408 del Código Penal y un aparte de la sentencia impugnada, expone: Es inconciliable que se tome el juramento prestado por el sindicado como maniobra engañosa para constituir la estafa y que, a continuación, se le exonere del cargo de falso testimonio. Con ello se violaron los artículos 215, 216 y 264 "sobre plenitud y estimación legal de las pruebas". Al proceso ejecutivo simulado se le dio el valor de plena prueba para demostrar la estafa, cuando en realidad ello no es delictuoso, sino una práctica corriente en el medio en donde ocurrió. No está establecido que la sociedad "Minas Nelly Mar" sea la propietaria del bulldozer, porque no se acreditó que ésta no estuviera disuelta para la época del delito. No existe identidad entre el bien reclamado y el rematado, pues no corresponde el señalado por la sociedad con el examinado por los peritos, con lo cual el juzgador "viene a darle a dichas probanzas un valor legal y procesal que no tienen, con lo que por errónea apreciación de las mismas, incurre en violación indirecta de la ley al dar aplicación al artículo 408 del C. Penal, sin que realmente se hubiera demostrado la existencia y el perjuicio patrimonial de un tercero, elemento condicionante como que más del delito de Estafa". Agrega: "A la confesión del procesado se le asignó un poder acriminatorio que no tiene y en cambio se le negó el exculpatorio que sí tiene, conforme al mandato contenido en el artículo 264 del C. de P. P.", puesto que él confesó que nada ilegítimo veía en su actuación, por desconocer quien era el legítimo propietario, creyendo que se trataba de un bien mostrenco.

Segundo cargo: Lo presenta así: La sentencia impugnada "viola de manera indirecta la ley sustancial, ya que ella se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, consistente ésta en que dentro del auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, vicio que no fue salvado oportunamente y que como consecuencia lógica debe conducir a la invalidación del fallo.

Lo fundamenta así:

"No habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial de tercero, ni la legítima propiedad de la presunta sociedad ofendida sobre el bulldozer, resultaba obvio que a la actividad desplegada por el procesado no se le podía calificar como estafa, ya que los elementos fácticios no se amoldaban a la normatividad sustantiva del Art. 408 del C. Penal". A lo sumo se estaría frente al delito de falso testimonio.

Entonces, cuando una sentencia se acudominio al denunciante sobre el bulldozer, "violó por errada interpretación de dichas pruebas los artículos 215, 216, 217 y 481 del C. de P. P., así como también el artículo 408 del C. Penal, al llamar a responder en juicio a Darío de Jesús Garcés Montoya por un delito diferente al que podría tipificar su conducta, con lo cual se incurrió en un error de derecho que no sólo vicia de nulidad el proceso, sino que conlleva a la invalidación del fallo".

SE RESPONDEN LOS CARGOS

Como acertadamente lo apunta el Ministerio Público, los cargos hechos "en el marco de la causal primera invocada adolecen sustancialmente de la técnica propia del recurso extraordinario de casación".

En efecto:

La causal invocada presenta dos apartes distintos, tanto en cuanto hace relación al motivo esgrimido, como en cuanto a su planteamiento y a su demostración. El censor concreta su cargo al segundo cuerpo de la causal propuesta, ya que tanto para el primero como para el segundo habla de violación en forma indirecta o mediata de la ley sustancial. Esta 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. ... 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 provatorio 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".

Entonces, cuando el Tribunal reconoció sa de haber violado de manera indirecta la norma sustancial, es necesario demostrar de modo que no deje lugar a la menor de las dudas, que no se hallan configurados procesalmente los hechos imputados al procesado. Ello implica su desconocimiento absoluto, su inexistencia procesal. Y, una vez establecida de manera incontestable esa inexistencia real en el proceso, sí puede darse por comprobado y demostrado la violación indirecta pretendida, por haberse incurrido por el sentenciador en error de derecho o en error de hecho, puesto de manifiesto en los autos.

Por eso el Ministerio Público conceptúa con toda razón: "El señor demandante, en el caso *sub examine*, deja huérfano el cargo por cuanto sólo denuncia violación indirecta de la ley penal sustancial, sin precisar cuál de las dos vertientes fue la recorrida por el *ad quem*, si aquélla que lleva el error de derecho, o la que conduce al hecho. No analiza, y menos demuestra, a excepción de la referencia que hace el mal trato valorativo con que se trató a la confesión del procesado cuáles normas objetivas fueron distorsionadas y en qué forma, al darse a la prueba valor diferente del que ellas reconocen, es decir, que si en la mente del censor estaba la concepción ideológica de haber incurrido el sen-

tenciador en un error de derecho, no lo demostró, como tampoco lo hizo si su creencia era la de darse el error de hecho. Esto, que es vicio grave en el manejo de los mecanismos de la casación, impide a la H. Corte estudiar a fondo la censura por no estar el cargo precisado con la claridad necesaria.

"Fuera de lo que se ha conceptuado como impedimento para estudiar el cargo, una más poderosa razón se presenta para su rechazo.

"Se ha dicho que cada una de las causales de Casación tienen su ámbito de proyección autónomo, como también que sus efectos son diferentes. De ahí que cuando se predica que hubo violación indirecta a la ley sustancial porque se calificó indebidamente la infracción cometida, se cae en un desatino de relieves impresionantes, en razón a que, como ya se ha dicho, si hay violación indirecta es porque se desconocen los hechos de imputación y, obviamente, se estaría ante la imposibilidad de calificarlos erradamente, porque sólo se califica lo que existe, mas no se puede hacerlo a lo inexistente.

"Cuando se plantea la nulidad de errada calificación jurídica de la infracción (numeral 5º Art. 210 C. de P. P.) es porque se acepta que el comportamiento del procesado se identifica con el modelo abstracto que describe un ordenamiento penal sustancial, mas al recogerse tal conducta en el auto de proceder se le da una denominación jurídica diferente como, a guisa de ejemplo, tratándose de lesiones personales, se califica el hecho como homicidio, o si de abuso de confianza se trata, se le imputa robo.

"Se ve, entonces, por qué no se puede cuestionar el error en la calificación de las infracciones a través de la parte segunda de la causal primera de Casación o violación indirecta.

"Asimismo se debe tener en cuenta que el error en la denominación jurídica de la infracción sólo puede ocurrir cuando se confecciona el auto de proceder, mientras que las violaciones directa e indirecta de la ley sustancial, únicamente pueden ser causadas a la ley con la sentencia recurrida. De ahí que la censura levantada sobre la primera causal tiene que rechazarse pues de lo contrario, como lo expresó la H. Corte en la sentencia citada en párrafos anteriores de este concepto "equivaldría a crearse una causal híbrida entre la primera y la cuarta, causal no creada por la ley". (Cuaderno de la Corte, Fls. 36 ss.).

Finalmente debe tenerse en cuenta que en materia probatoria la sentencia recurrida se fundamentó no solamente en las pruebas que trae a colación y analiza el censor, sino también sobre otras a las cuales para nada se refirió.

En consecuencia, estos cargos formulados con invocación de la causal primera de casación, tampoco prosperan.

Habiéndose llegado a las conclusiones indicadas para cada uno de los cargos propuestos, es imperativo dar aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION

Por 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 extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de febrero del año pasado, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en contra de Darío de Jesús Garcés Montoya.

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

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Luis Zafra (Conjuez).

J. Evencio Posada V. (Secretario).

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

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 8

V I S T O S

Contra la sentencia de 16 de junio de 1976, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, reformándola en el sentido de fijar en treinta (30) meses de prisión la pena que se impuso a GONZALO AFANADOR VACCA y a JAIME PINEDA ACERO por el delito de estafa, interpuso el defensor del segundo el recurso extraordinario de casación.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Resume el Tribunal los primeros de la manera como se transcribe a continuación por considerar este resumen como un fiel trasunto de lo que aparece en el proceso:

"Los ciudadanos Jaime Pineda Acero y Gonzalo Afanador Vacca, quienes por la misma época fueron trabajadores del Firts National City Bank, de la Avenida Jiménez Nº 8-89 de esta ciudad, el primero de ellos o sea Pineda Acero denunció a su compañero de labores ante el Juez Penal Municipal por el hecho de que habiéndole prestado unos cheques en blanco a Afanador Vacca para garantizar algunas deudas que tenía pendientes con otras personas, Afanador quien trabajaba en el departamento de cuentas corrientes debió cometer alguna irregularidad con ellos. Posteriormente el señor Alfonso Rodríguez R., en su condición de gerente auxiliar de esa entidad bancaria, presenta denuncia contra Afanador Vacca quien reducía los saldos reales de algunas de las cuentas corrientes sin razón lógica para ello y al solicitarle explicación manifestó que se había visto obligado a cambiar los saldos en algunos extractos para poder cuadrar el movimiento asentado. Que el Departamento de Auditoría practicó un examen y pudo establecer que tales diferencias correspondían a cheques girados por el ex-empleado Jaime Pineda Acero, ex-jefe de la Sección de Cartera, los cuales no eran contabilizados ni anotados en el extracto correspondiente a la cuenta de Pineda Acero, sino eran deducidos a sabiendas y con malicia de cuentas corrientes de terceros; luego hace una relación de los cheques girados por Pineda Acero, mediante el procedimiento doloso arriba expuesto...".

En el curso de la investigación en la que Pineda Acero aparece primero como denunciante y luego como sindicado, se le oyó en declaración injurada en la cual manifestó que, en verdad, entregaba a Afanador Vacca, por solicitud de éste, cheques en blanco que el último decía pensaba utilizar para respaldar unas deudas lo cual no era cierto porque según se dio cuenta con posterioridad a la salida de Afanador del Banco, los usaba para llenarlos e imputarlos a las cuentas de otros clientes.

Por su parte Afanador Vacca confesó que, en efecto, pedía a Pineda los cheques con el pretexto mencionado y los llenaba después con fin ilícito. Pero advierte que en esto último nada tenía que ver Pineda.

El conocimiento del asunto le correspondió al Juez Primero Penal del Circuito de Bogotá, quien luego de perfecciona-

da y cerrada la investigación, calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio tanto a Afanador Vacca como a Pineda Acero el primero en calidad de autor principal y al segundo como cómplice necesario del delito de estafa.

Se consideró que la cuantía de lo timado ascendía a $ 29.068.95 y que había existido entendimiento entre ambos sindicados. La época de los hechos se fijó entre enero a marzo de 1968.

Situada la causa, se profirió sentencia condenatoria que fue recurrida por el defensor de Pineda con el resultado que se anotó al comienzo de la presente.

En la providencia recurrida asevera el Tribunal que la responsabilidad de Pineda Acero aparece demostrada por los declaraciones de varios testigos quienes afirman que entregó cheques en blanco a Afanador quien, en diligencia de careo aceptó haber sido esto así, de donde concluye el *ad quem* que tal situación demuestra la responsabilidad de ambos en cuanto el primero o sea Pineda prestó los cheques a sabiendas de lo que pretendía hacer el otro.

Asimismo apoya el Tribunal su decisión en el hecho de haber admitido Pineda que algunos de los cheques se los había dado a Afanador para que éste le consiguiera dinero.

DEMANDA DE CASACION

Invoca, en forma genérica, la causal 1ª para decir que hubo violación directa de lo estatuido en el artículo 215 del C. de P. Penal por cuanto, en su concepto, se dictó sentencia condenatoria sin que estuvieran reunidos en el proceso los elementos que tal norma requiere para ello, esto es, no existiendo la plena prueba de la responsabilidad de su representado.

Para fundamentar su aseveración expresa que uno de los testigos mencionados en la sentencia como apoyo de la afirmación que el fallo hace de haber obrado Pineda de mala fe al prestar los cheques a Afanador, corrobora ese aserto ya que los demás se muestran reticentes sobre particular diciendo que no les constaba nada al respecto y lo más que llegaban a decir algunos es que el primero le prestaba cheques al segundo pero sin referirse para nada a la intención con que lo hiciera.

Agrega que el —Tribunal incurrió en error al estimar que cuando Pineda dijo que le había prestado los cheques a Afanador estaba haciendo una confesión pues el sentido de las intervenciones de aquél es claro el rechazar toda ingerencia en las maniobras de Afanador quien sí confesó el delito, excluyendo del mismo a Pineda.

Por este aspecto estima que el fallo es violatorio del artículo 264 del C. de P. Penal.

En ninguna parte de la demanda cita el actor las normas sustanciales que considera violadas, ni menos, la relación que haya entre los preceptos procesales que estima quebrantados y determinados artículos del Código Penal.

Termina haciendo una exposición sobre la personalidad de Pineda Acero para demostrar que, dada la prevalencia de sus instintos sociales que se pusieron de manifiesto no sólo cuando ayudó a Afanador sino también cuando, al descubrir las maniobras dolosas de éste, lo denunció, no puede pensarse que participara en ellas de las cuales solo el último es responsable.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Considera el Procurador Primero Delegado Penal quien lleva la voz del Ministerio Público en el presente recurso extraordinario de casación, que la demanda adolece de tan graves fallas técnicas que se hace necesario rechazar sus pretensiones.

Señala entre ellas la invocación simultánea de los dos apartes de la causal primera de casación, haciendo ver que, según reiterada doctrina de la Corte no se pueden invocar el mismo tiempo pues tal planteamiento sería contradictorio ya que mientras la alegación en el primer cuerpo de esa causal implica la aceptación total de los hechos, la que se hace en el marco del segundo significa que no se está de acuerdo con la versión que de ellos ha dado el Tribunal.

"Todos los principios disciplinantes del recurso extraordinario de casación, dice

la Procuraduría, fueron desconocidos en la demanda a estudio pues que en ella se hace acusación a la sentencia por violación directa, no en norma penal sustancial sino adjetiva, aunque pudiera tenerse la citada como de esta naturaleza, para luego desarrollar el cargo, no por los cauces normales de dicho quebranto a la ley, sino con apoyo en los que pertenecen a la transgresión indirecta de la misma, en censurable mixtura que obstruye e impide a la Honorable Corte cualquier estudio a fondo sobre el fallo impugnado. Es decir el cargo formulado por violación directa quedó huérfano, no se le dio correcta y técnica demostración lo que obliga a que se rechace la demanda como respetuosamente lo solicita la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal y a ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Acierta la Procuraduría en los fundamentos de su solicitud de que no se case la sentencia impugnada porque, en verdad, configura grave error de técnica que prácticamente hace nugatorio el recurso la invocación simultánea de los dos apartes de la causal primera ya que los fundamentos de cada uno de ellos son diferentes pues, como lo ha dicho esta Sala en una de sus más reiteradas doctrinas, mientras la infracción directa de la ley comporta la aceptación de los hechos, la indirecta implica su rechazo y no es posible conciliar ambas posiciones sin faltar en forma grave a la lógica.

A la observación anterior, sobre la cual resulta inecesario ahondar, cabe añadir que el actor no citó en parte alguna las normas sustanciales que considera violadas, limitándose a señalar las de carácter adjetivo que estima infringidas. En la mayor parte de los casos, el presente entre ellos, el quebranto de una disposición de procedimiento o de otro carácter contenida en el código de la materia, solo es un medio para la violación de una norma de carácter sustancial. En estos casos, como lo advierte el inciso 2º del numeral 1º del artículo 582 del C. de P. Penal se infringe de un modo directo la disposición sustancial. Pero es necesario señalar de qué modo el error de hecho o de derecho consistente en la falta de apreciación o en la apreciación errónea de una prueba incide sobre una disposición del código penal presentando así un desarrollo completo de la violación. De otra manera, esto es, cuando la demostración se limita al quebranto de las normas adjetivas, puede decirse que el cargo queda incompleto y que se hace necesario rechazarlo.

Pero aunque se hiciera caso omiso de la falta de técnica en que ha incurrido el demandante y se examinara la acusación enderezada contra ella que consiste sustancialmente, en que no existió pruebas para condenar a Jaime Pineda Acero tampoco habría lugar a casar la sentencia por cuanto existe un hecho innegable cual es el de que dicho procesado entregaba cheques en blanco a Afanador Vacca discutiéndose sólo si lo hay o no en forma dolosa.

Para llegar a una conclusión afirmativa el Tribunal se basó en declaraciones de cuyo conjunto la extrajo entre las cuales una afirmaba que sí lo había hecho a sabiendas del destino que se daba a tales papeles.

Esa conclusión en ninguna forma puede calificarse de error de derecho en la apreciación de los elementos de convicción pues no se quebrantó norma alguna de las que fijan el procedimiento de asunción de la prueba, ni existe en el código de la materia norma que fije el valor legal de las tomadas en cuenta para fundamentar la condena a saber el testimonio y la confesión.

Tampoco se puede hablar de error de hecho por cuanto no aparece como dislate que de ese complejo probatorio el juzgador hubiera podido deducir el dolo pues ya el solo hecho de entregar cheques en blanco sin indagar su posterior destino y aun derivando provecho económico de tal conducta, indica ánimo malicioso identificable con el dolo.

En síntesis, no se probó ni el error de hecho ni el de derecho en forma que permita considerar demostrada la violación indirecta.

Y sobre la directa ni siquiera se intentó demostración alguna por lo que se hace innecesario ocuparse de ella.

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

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero

J. Evencio Posada V., (Secretario).

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Sus funciones

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., febrero veinticinco de mil novecientos sententa y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 8.

V I S T O S

El magistrado FABIO CALDERON BOTERO, invoca "en forma directa la causal 4ª y por refracción la 7ª" del artículo 78 del C. de P. P., para abstenerse de intervenir en este proceso adelantado en contra del señor Alberto Samper Gómez. A este efecto comenta: "...Hice parte de la Sala de Decisión Penal del Tribuna Superior de Bogotá que confirmó el auto de detención contra el procesado recurrente, señor Alberto Samper Gómez. En dicha pieza procesal se fijaron los fundamentos básicos de la imputación delictiva que actualmente es materia del recurso de casación. Fueron tan sólidas las apreciaciones que a este respecto hizo la Sala en su oportunidad que se repitieron, palabras más palabras menos, no solo por los Agentes del Ministerio Público intervenientes sino por el Juez de Primera Instancia y por las nuevas Salas que confirmaron los autos de proceder y la sentencia.

Esta actuación que tuve en el proceso podría, muy fácilmente, prestarse a suspicacias semejantes o parecidas a las que ha tenido que soportar el doctor Hernando Baquero Borda, a quien la Corte no le aceptó el impedimento. Considero que mi caso personal es de más entidad que el del citado funcionario, porque lo fue en el ejercicio de administrar justicia, misión sobre la cual no puede recaer la más leve sospecha.

"...De otro lado, no cabe, duda que los criterios de la Sala de Decisión que confirmó el auto de detención contra el señor Samper Gómez, de la cual hice parte, pueden eventualmente afectar mi posición jurídica en este asunto. La sola posibilidad de esa incidencia, es razón suficiente para que se me separe del conocimiento de este proceso, porque, vuelvo y repito, cualquier sombra que perturbe la majestad de la justicia debe ser eliminada...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto a impedimentos y recusaciones la ley ha sido cuidadosamente previsiva al fijar las diversas hipótesis en las cuales no conviene a la administración de justicia que determinado magistrado o juez actué como tal. Esas causales buscan conservar el buen nombre de la rama jurisdiccional, garantizar la rectitud y acierto en las decisiones y evitar que se ignoren los sentimientos personales del fallador. El legislador, como bien lo anotara la Comisión Redactora del vigente Código de Procedimiento Penal ha "...procurado no extender demasiado las causales de impedimento, limitándolas a aquellas circunstancias que notoriamente lo constituyen..." reconociéndose sí que por "... fuera de esas causas pueden ocurrir circunstancias que justamente hagan presumir falta de imparcialidad en el juzgador, pero siendo preferible una enumeración taxativa a dejar abierto el campo a la arbitrariedad y a la malicia..." (G. J.,

tomo LXV, p. 363 1948-1949). La doctrina y la jurisprudencia aportan soluciones prácticas a los casos no contemplados específicamente por la ley o considerados de modo general, buscándose así que la realidad afirme sus fueros y se interprete adecuadamente la peculiar sicología de quienes participan en esta clase de procesos. Todo ello, se reitera, consigue mantener la independencia de criterio en el funcionario, hacer que las partes purgen todas sus aprehensiones y, de paso, evita que el juez o magistrado sea caprichosamente removido. No posibilita nuestro estatuto la creación de dudas en donde no las hay o el demérito de ejercicios judiciales rectamente aplicados, porque asumir criterio diferente sería menguar la eficacia y seriedad que presiden el dictado de justicia. Así se conjuren por sabiduría y prudencia las inquietudes de abogados que creen ver en toda actuación un asomo de paricialidad y los apremios éticos o jurídicos de jueces y magistrados que vacilan ante ciertas circunstancias, ciertamente molestas pero de fácil superación.

El impedimento manifestado se ha querido encuadrar principalmente en la citada causal 4ª del Art. 78 del C. de P. P., Esta excusación, a no dudarlo revela extrema delicadeza en el manejo de la función judicial pues se encamina a evitar suspicacias y a demostrar una inquebrantable imparcialidad. Pero estas calidades precisamente aseguran que la tramitación del recurso continuará orientándose bajo indeclinable regla de pulcritud moral y conceptual.

Pero el distinguido magistrado, por atender a tan sanos designios, ha pasado por alto el rigor que impera en estos casos y el tratamiento que al asunto le suele dar la doctrina inmodificada de la Corte.

En efecto, la opinión que se expresa mediante el ejercicio de una actividad judicial ordenada por la ley, y este es el caso, tiene su causal propia (7ª del Art. 78) que responde a soluciones peculiares. Cuando la ley contempla la opinión que se emite en una actuación judicial, exige, para admitirla como impedimento, que se haya dictado en providencia de cuya revisión se trate; y esa providencia, conforme a pacífica y reiterada jurisprudencia, tiene que caracterizarse como decisión de fondo, en la que el funcionario "sostenga tesis fundamentales y sustanciales del proceso, de tal suerte que la decisión implique para él una determinada orientación jurídica o judicial que lo comprometa en el turno en sus opiniones, juicios y conceptos, en forma tal que si por alguna circunstancia se convierte en fallador en ambas instancias, sea incapaz de modificar aquel criterio por estar íntimamente vinculado a él, y su imparcialidad puede sufrir mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar sin sujeción a un prejuicio o a un precepto".

"Pero no todas las providencias judiciales que un funcionario profiera dentro de un proceso lo colocan en esta situación de espíritu, ya que los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para fundamentar las decisiones judiciales son diferentes, según sea la naturaleza de ésta. El auto de proceder, por ejemplo, implica para el que lo dicta un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y de la responsabilidad, basado sobre el conjunto de los elementos probatorios, que coloca al funcionario en una determinada posición de ánimo con respecto al procesado, lo que no sucede cuando la providencia que se dicta es un auto de detención o una providencia de excarcelación, que son medidas de carácter preventivo, susceptibles de ser revocadas en el futuro a virtud de nuevas pruebas que lo llevan a rectificar sus decisiones anteriores" (G. J., t. LXVII, p. 331, 1950).

Esta es interpretación que la Corte ha expresado en múltiples resoluciones, v. gr. autos de 12 de septiembre 1947, LXIII, 801; 20 de noviembre 1947, LXIII, 838; 15 de junio 1948, LXIV, 857, 7 de junio de 1949, LXVI, 243; 31 de enero 1950, LXVII, 43; 15 de febrero 1950, LXVII 83; 2 de mayo 1950, LXVII, 270; 18 de agosto 1950, LXVII, 796; 22 de agosto 1950, LXVII, 797; 12 de septiembre 1950, LXVIII, 194; 19 de septiembre 1950, LXVIII, 223; 20 de octubre 1950, LXVIII, 832; 22 de enero 1952, LXXI, 182; 12 de febrero 1952, LXXI, 196;

22 de abril 1952, LXXI, 812; 23 de enero 1953, LXXIV, 163; 26 de octubre 1953, LXXVI, 700; 10 de abril 1954, LXXVII, 468; 18 de mayo 1955, LXXX, 515 (citas de Ortega Torres, en su Código Penal y de Procedimiento Penal edición de 1961).

Tiénese, entonces, que las manifestaciones consignadas en autos tan mudables y anticipados como los que decretan la detención preventiva, conceden o niegan la excarcelación, ordenan o levantan un embargo o secuestro, etc., son opiniones que deben tratarse conforme a la causal 7ª y no de acuerdo a la 4ª del artículo 78 del C. de P. P., y que el concepto así vertido no se constituye en decisión de fondo que tenga un carácter vinculante, inmodificable, absoluto, que anule o estorbe la revaloración de razones y probanzas. Las tesis sostenidas en tales autos no eliminan las instancias y menos pueden enervar un recurso extraordinario de casación, el cual obedece a requerimientos y técnica bien distintos.

Esta solución no cambia porque se diga que los argumentos expuestos en el auto de detención se acogieron integralmente en ulteriores providencias de fondo, proferidas por otros funcionarios, o que dicha providencia se limitó al punto jurídico que luego cuestiona la impugnación extraordinaria. A las claras se advierte que la actitud de esos otros jueces y magistrados se tradujo en una opinión estable, sólida y definitiva, pero para ellos, mas no para quien alega el impedimento, que no ha tenido oportunidad de expresar su criterio en una providencia verdaderamente vinculante. No se sabe a ciencia cierta qué habría podido decir el magistrado impedido en un auto de proceder o en una sentencia de segundo grado, al revisar sus primeras reflexiones, compararlas con una investigación totalmente perfeccionada y con las alegaciones introducidas en momento procesal más trascendente. Aquéllos pudieron sucumbir ante tesis reseñadas en providencia, tan aleatoria y mudable como el auto de detención, pero no se sabe si éste enfrentado a diferente oportunidad de análisis, hubiese perseverado o no en su opinión. Lo que interesa, en estos eventos, no es tanto la índole de los conceptos pronunciados como la naturaleza de la providencia que los contiene y el momento procesal en que ello sucede. La ley hace bien en seguir este criterio porque la razón de ser del impedimento radica en la solidez del preconcepto que logra impedir ulteriores raciocinios. Es difícil convencer a quien luego de un completo estudio, contando con todos los medios de análisis, asume una determinada conclusión. Pero no está en igual condición quien en providencia de precario y mutable efecto, consigna algunas opiniones. Lógicamente una resolución esencialmente variable y que surge cuando la investigación está apenas desarrollándose, no puede traducir un juicio exhaustivo de tanta magnitud que impermeabilice a sus autores para controvertir y admitir nuevas razones y probanzas. De otro lado, sería menos que imposible, de no acudirse a este seguro derrotero, calibrar todas las ideas expresadas en un auto de detención preventiva y seguir su evolución a lo largo de un proceso, para precisar su alcance y repercusiones en otras providencias, funcionarios y recursos, ignorándose si lo que a la postre, en compromiso intelectual de más jerarquía, hubiera pensado y dicho quien accidentalmente intervino en su proferimiento.

Conviene anotar algo más: la disminuida significación que la ley le confiere a autos como el de detención preventiva, cuando se trata de impedir la ulterior actuación del funcionario judicial, se acentúa en la hipótesis de su proferimiento por un organismo colegiado al cual no sirvió de ponente el magistrado que ahora expresa el comentado impedimento, máxime si ahora concurren en la definición del recurso de casación siete magistrados que para nada han intervenido en este proceso.

La doctrina, y por eso se menciona el punto, suele considerar de modo distinto el valor de un impedimento o recusación que afecta a un juzgador unitario o incide en uno de carácter colegiado.

No hay para que hacer referencia a la causal 4ª por las razones anotadas anteriormente.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, —SALA DE CASACION PENAL —, declara que no hay motivo para separar al magistrado FABIO CALDERON BOTERO del conocimiento del proceso contra el señor Alberto Samper Gómez, decisión que se toma como respuesta al impedimento por él manifestado.

Notifíquese.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

DICTAMEN PERICIAL

Su valor probatorio al tenor del artículo 278 del Código de Procedimiento Penal

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 8 de febrero 24 de 1977.

V I S T O S

El defensor del procesado Alvaro Puentes Angel, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia del 24 de noviembre de 1975, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la de primera instancia emitida el 3 de abril anterior por el Juzgado 2º Superior de Bogotá. El procesado fue condenado a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio y multa de cien pesos ($ 100.00) y, en forma genérica, al pago de los perjuicios, más la deducción e imposición de sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal. Puentes Angel había sido enjuiciado como autor de un delito de falsedad en documento privado, concretamente de un formulario del concurso del "5 y 6" de la empresa "Hipódromo de Techo S. A.".

Los hechos que dieron origen a la investigación y la subsiguiente actuación procedimental, se resumen así:

Alvaro Puentes Angel se presentó ante el doctor Rubén Casasbuenas Luque, director del concurso hípico del "5 y 6", con un formulario cuyo número de orden era el 596, de la serie XP-399190, sellado en la máquina número 25 con fecha del 6 de diciembre de 1970 y por un valor de $ 28.00. Según el triplicado que queda en manos del concursante, Puentes Angel habría acertado todos los nombres de los caballos que corrieron en las seis carreras programadas y, además, el marcador de la última. Le acompañaban los doctores Enrique Carvajalino Villalobos que había llamado antes por teléfono y acordado la cita, y Armando Páez, y los señores Miguel Mogollón Franco y Helio Gutiérrez.

Efectuados los cotejos de rigor en el original, el duplicado y el triplicado del formulario, se llegó a la conclusión de que era falso. El doctor Casasbuenas Luque formuló la denuncia y la investigación se abrió mediante auto cabeza de proceso del día 10 de diciembre de 1970 (F. 6) en el Juzgado 36 Penal Municipal. Ese mismo juzgado, luego de escuchar al sindicado en indagatoria y practicar algunas otras pruebas, emitió auto de detención con fecha del 16 del mismo mes y año (F. 25). La investigación siguió su curso normal y, en su desarrollo, se practicaron exámenes técnicos al documento dubitado y se recibieron algunas declaraciones como las de Pedro Pablo Osorio (F. 46), Julio César Ramírez Osorio (F. 77), Margarita Aguilera Bejarano (F. 84) y Fernando Ramírez Osorio (F. 86), personas estas que trabajan en la Droguería San Pedro en donde se encuentra la máquina selladora Nº 25.

El día 7 de febrero de 1972 (F. 192) fue cerrada la investigación. Se calificó la sumaria el 22 de mayo siguiente (F. 237) con enjuiciamiento para el sindicado por un delito de falsedad en documento privado y uso del mismo con el propósito de obtener el premio que ascendía a la suma de dos millones trescientos ocho mil ciento cincuenta pesos con veintisiete centavos ($ 2.308.150.27). El apoderado del

encausado, que había solicitado para él un sobreseimiento definitivo, apeló. En la segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el auto de proceder en providencia del 4 de octubre del mismo año. Vencido el término probatorio de la causa y realizada la audiencia pública de rigor, se emitió la sentencia de primera instancia relacionada al principio, y luego la de segunda que es ahora impugnada en casación.

La demanda y la causal de casación que invoca:

Invoca el demandante la causal 1ª de casación del artículo 580 del C. de P. P., por violación indirecta de la ley, mediante aplicación de la ley sustancial como fruto de error manifiesto en la apreciación de las pruebas y por falta de estimación de otras. En este orden de cosas son cuatro (4) los cargos que formula en contra de la sentencia impugnada.

Se relacionan a continuación:

En el primer cargo, dice: "La pericia grafológica solamente plantea una hipótesis de responsabilidad, no una conclusión de tal responsabilidad". Afirma que el dictamen pericial fue tenido como prueba concluyente a pesar de que la grafología "no es una ciencia exacta", a diferencia de la dactiloscopia cita el artículo 278 del C. de P. P. para reforzar cuanto afirma y concluye que se está en presencia de un error de derecho manifiesto en la estimación de la prueba, error este que llevó al juzgador a dar por demostrada la responsabilidad del encausado con desconocimiento del artículo 215 del C. de P. P., para desembocar así en violación de la ley sustancial.

En el segundo cargo, dice: "...la prueba testimonial que exonera de responsabilidad al acusado, no fue tomada en cuenta...". Esta prueba testimonial surge, según el demandante, de las declaraciones de Julio César Ramírez, Margarita Aguilera Bejarano y Fernando Osorio Aguilera. Afirma que dichos testimonios dejan sin efecto la prueba grafológica pues demuestran que sellado el formulario el sindicado no podía hacer enmiendas en el original o en el duplicado que quedan en manos de los empresarios. Por esto, las enmiendas de que se trata fueron hechas por persona distinta del procesado y, concretamente, por persona que tiene que ser de la empresa que maneja los originales y segundas copias. Se incurrió, en consecuencia, en error manifiesto al prescindir de estas declaraciones y ello condujo a dar valor al dictamen pericial como único elemento de juicio. Una vez más, concluye, se condenó sin que se reunieran en el proceso los requisitos que para la adopción de tal medida exige el artículo 215 del C. de P. P., con violación indirecta del artículo 240 del C. P.

En el tercer cargo reafirma el demandante que "la prueba testimonial deja sin fuerza probatoria alguna la pericia grafológica", repite sus razonamientos sobre el alcance que tiene la prueba pericial, sobre la imposibilidad física en que estaba el procesado de alterar original y duplicado del formulario, sobre atribución de esas falsificaciones a persona distinta pues de otra manera se iría contra la lógica, etc., para concluir que "también incurre en yerro manifiesto el Tribunal, en la sentencia recurrida, en la consideración de imposibilidad de alteración de los formularios falsificados, por empleados de la empresa, la cual bien pudo buscar, en esa forma, no pagar el premio obtenido por mi mandante".

En un cuarto cargo agrega que es una suposición apenas la de que su patrocinado alteró los formularios en su original y duplicado y dice que esa suposición del juzgador de segunda instancia, al dar alcance de prueba a una mera suposición, le llevó a incurrir en error de hecho y, de contera, "a aplicar indebidamente la ley sustantiva penal".

Termina por solicitar la absolución del procesado luego de resumir así sus alegaciones: "Las tachas antes señaladas constituyen demostración suficiente de que la sentencia está apoyada en yerro manifiesto del Juzgador de segunda instancia en la apreciación de la pericia grafológica, a la que dio el alcance de plena prueba de la responsabiiidad, siendo así que no lo tiene, tanto menos cuanto que la prueba testimonial aducida, la imposibilidad física del sindicado de cumplir la

alteración averiguada, conducen a rechazar las conclusiones del grafólogo". "Y al no ser tomadas en cuenta las declaraciones ya citadas, que llevan a la imposibilidad física en que quedó el procesado de cumplir la falsedad que se le artibuye, también se incurrió en error manifiesto".

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

En cuanto al primero de los cargos que se dejan relacionados, considera el Procurador 3º Delegado en lo Penal que es cierto que el dictamen pericial no configura por sí solo plena prueba sino que debe ser examinado por el juez para acogerlo o rechazarlo y, en el caso de autos, "no existe fundamento alguno para sostener que el fallador prescindió de observar esta norma (la del artículo 278 del C. de P. P.), porque la providencia explica suficientemente los fundamentos para acoger las conclusiones de los peritos, contrarias al procesado en cuanto permiten concluir su autoría en la alteración y formas empleadas para ésta; y no es la de menor importancia, la de que el resultado y beneficio del fraude y adulteración cumplidos, venía a favorecer únicamente al procesado, quien se presentaba como poseedor del formulario, como lo expresa acertadamente la sentencia impugnada al decir que "...en tratándose de falsedad en documento privado deberá tenerse en cuenta el provecho que se derive de ella o que eventualmente pretenda deducirse de su comisión... etcétera". Se muestra también de acuerdo el Ministerio Público en que no puede atribuirse a la empresa la alteración del formulario. Dice también que el dictamen no fue objetado ni desvirtuado y que la ampliación que solicitó la defensa se cumplió y vino a ratificar lo anteriormente dicho. Además, el examen técnico no se concretó a la realización de una prueba grafológica sino que se amplió a aspectos diferentes del examen gráfico "como es el relacionado con una sola perforación en los originales y copias en poder de la empresa, lo cual supone e implica lógicamente que éstos no fueron separados para superponerlos y efectuar la alteración que el mismo atribuye a la sociedad dicha o a dependientes suyos". El dictamen no fue apreciado aisladamente "sino en relación con los indicios resultantes de otras pruebas procesales o situaciones establecidas en autos", y se estimó debida y razonadamente.

Por lo que hace a las declaraciones de los selladores, que el recurrente dice derrumban la prueba grafológica, conceptúa el Ministerio Público que dichas personas solamente declaran sobre el procedimiento que se observa en cada caso en la labor de sellar los formularios del concurso, pero tal cosa no quiere decir que "tengan un valor absoluto" y no pueda concluirse que no se producen errores o inadvertencias. Agrega que no hubo omisión en la apreciación de la prueba testimonial, lo cual, de ser cierto, constituiría error de hecho. Concluye por solicitar que se deseche el recurso de casación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Por lo primero de los cargos formulados a la sentencia se desemboca en la posibilidad de encontrar un error de derecho en la apreciación de una prueba que determinó la producción de la sentencia de condena que se impugna. Concretamente, en el error de haber otorgado a la prueba pericial un valor distinto del que la ley le otorga. Sostiene el recurrente que hubo una falsa noción por parte del juzgador en la valorización del dictamen de peritos pues le dio valor concluyente a lo que es, apenas, una posibilidad. Lo desconocido es, según sus razonamientos, el artículo 278 del C. de P. P. que dice: "El dictamen del perito no es por sí plena prueba. Debe ser apreciado por el juez o el funcionario instructor, quienes, al acogerlo o desecharlo, total o parcialmente, han de expresar clara y precisamente las razones en que fundan su decisión". El problema se reduce entonces a la averiguación de si en verdad el juzgador tuvo el dictamen como prueba única y completa de responsabilidad para el procesado o, por el contrario, si examinó con juicio el dictamen recogido y, al combinarlo con otras piezas de convicción optó por condenar,*

Basta examinar la sentencia impugnada para darse cuenta que el juzgador examinó con seriedad y amplitud los dictámenes periciales que obran de autos. Existe un primer dictamen al folio 171, dentro de la sumaria, y una ampliación del mismo al folio 190, y hay un segundo dictamen ya dentro de la etapa de la causa, al folio 361. Preciso es decir, de acuerdo con el Ministerio Público, que esos dictámenes no se refieren solamente a la cuestión grafológica sobre la cual funda su alegación el recurrente, sino a otros aspectos técnicos del asunto "como es el relacionado con una sola perforación en los originales y copias en poder de la empresa, lo cual supone e implica lógicamente que éstos no fueron separados para superponerlos y efectuar la alteración que él mismo (el recurrente, aclara la SALA) atribuye a la sociedad dicha o a dependientes suyo". Y, debe observarse, que esos dictámenes no fueron objetados como se prevé en el artículo 277 del C. de P. P., y solamente se pidió una ampliación que se cumplió, con base en lo que dispone el artículo 276 del mismo código. Y, si bien se miran las cosas, la defensa no ha discutido la exactitud del dictamen sino el valor probatorio que debe otorgársele y la ausencia de contraposición con la prueba testimonial que, según afirma, lo anula. En este punto habla de error de derecho productor de una violación indirecta de la ley para producir una sentencia injusta.

No faltaron, ni el juzgador de primera ni el de segunda instancia, a las reglas que sobre examen del dictamen del perito trae el artículo 278. Sólo que del estudio que de él se hizo se concluyó por darle un alto valor probatorio que bien le podía ser concedido dadas su exactitud y precición. Pero, lo que es más, se combinó la prueba pericial aludida con una serie de indicios que surgen de otras coprobaciones del proceso. Una de ellas, la posesión por parte del procesado del triplicado del formulario y su intento por lograr que se le pagara el premio del concurso sobre la base de que coincidía con los resultados consignados en el original y en el duplicado que, a no dudarlo, fueron objeto de adulteraciones manifiestas. No se trata entonces de dar valor a una simple prueba grafológica sino a una prueba técnica que abarca otros distintos aspectos del puramente escritural, como ya se dijo. Y tampoco se trata de que al conjunto de la prueba se le haya asignado un valor que la ley no le da.

Por lo dicho, entonces, el cargo no prospera.

2. En un segundo cargo dice el recurrente que la prueba testimonial que exonera de responsabilidad al procesado, no fue tenida en cuenta. Esa prueba testimonial proviene de las declaraciones de Julio César Ramírez Osorio, a quien nombra como dueño de la droguería San Pedro cuando en verdad es sobrino del dueño, Pedro Pablo Osorio, a quien no nombra a pesar de que también declara como una de las personas que accionan la máquina selladora número 25; de Margarita Aguilera Bejarano que es una empleada, y de Fernando Osorio Aguilera que es hijo del dueño. Estas cuatro declaraciones no fueron ignoradas por el juzgador pues basta revisar la sentencia impugnada para ver que allí se citan y se resumen sus dichos. En el auto de proceder de primera instancia es todavía más clara la referencia a dichos testimonios pues se lee lo siguiente: "En este informativo penal se han recaudado pruebas de carácter testimonial y técnico, cuya contribución es altamente beneficiosa; empero, es de anotar que la última, o sea la prueba técnica, es de tal entidad que, nos veremos precisados, a darle un sitial de preferencia y preponderancia; esto no quiere decir que se desatienda o desestime aquélla" (Fl. 243) Este auto de proceder fue base para la sentencia de primera instancia y ésta, ya se sabe, resultó confirmada por la que ahora es objeto de la impugnación. El recurrente alega que esos testimonios no fueron tenidos en cuenta y que al proceder así se generó error de hecho, de tal magnitud que influyó en la producción de la sentencia de condena pues se tuvo como prueba plena el dictamen pericial que, contrapuesto a la prueba testimonial resultaba anulado por ésta. Bien se ve que no existe el pretendido error pues la prue-

ba testimonial no fue ignorada. Esta comprobación bastaría para rechazar el cargo.

Sucede, sin embargo, que la prueba sobre la cual se apoya el recurrente y que tiene la virtud, según él, de destruir la prueba técnica, no incide en la comprobación de la inocencia del procesado pues las cuatro personas que declaran, tres de las cuales nombra el demandante, hablan de sus labores como selladores de formularios del concurso del "5 y 6", del horario que observan, de si venden o no allí mismo formularios o aceptan los que se compran en otras partes, etcétera. Y, en cuanto a la revisión de dichos formularios, antes de sellarlos, para buscar posibles errores, se pronuncian sobre labores que son puramente rutinarias y mécanicas, como son aquéllas que se refieren a las borraduras, tachaduras, enmendaduras, repisados, etcétera, y a la posible falta de concordancia entre el número de caballos escogidos y el valor que debe darse a cada uno en el formulario. Además, bien se ve que todos hablan de que en el curso de la semana se sellan 800, 900 y hasta 1.000 formularios y, en estas condiciones, manifiestan la imposibilidad en que encuentran de reconocer uno determinado. Cuando se les enseña el formulario dubitado en su original y en su duplicado, ven que lleva el sello de la máquina que ellos accionan, la número 25, y, ante la evidencia de las adulteraciones que dichos documentos presentan, dicen que no habrían sellado un formulario que se les presentara en esas condiciones. No quiere decir eso que afirmen que el procesado es inocente, o que sus declaraciones sirvan para acabar con la prueba técnica. Y es que nadie ha sostenido que las adulteraciones del original y del duplicado se hubieran hecho antes de sellar el formulario. Por eso se habla en las providencias de primera y segunda instancias de otra u otras personas que ayudaron al procesado en la consumación del delito. Lo que resulta innegable es que el triplicado que permaneció en manos del procesado y que éste presentó como premiado, coincide con las adulteracinoes que son evidentes en original y duplicado que van a parar a la empresa luego de cumplidas las labores de su sello.

Y en cuanto al triplicado mismo, muy clara es la declaración de Pedro P. Osorio, el verdadero dueño de la droguería en donde se encuentra la máquina selladora y al cual no nombra en su demanda el recurrente, cuando se refiere a la posibilidad de que el papel carbónico que existe en los formularios no sea presionado suficientemente y no queden marcados los caballos y sus valores en dinero en dicho triplicado. Dice así: "...se le dice al cliente que si sabe qué caballos tiene en el formulario que lo deje así o que saque una copia en un programa, porque se han presentado casos de que el triplicado que se le entrega al cliente no quedan bien marcados los caballos escritos, eso es lo que puede suceder" (la copia es textual de folio 46 v.). Agrega Osorio que en muchas ocasiones se han aprovechado esos triplicados no impresos para colocar en ellos, luego de finalizadas las carreras y conocidos sus resultados, los nombres de los caballos ganadores con miras a consumar una estafa. Esto fue, precisamente, lo que hizo el procesado en el caso de autos, con la diferencia de que en los otros casos no se adulteran el original y el duplicado, y en éste sí. De lo dicho se desprende que la prueba testimonial, que se refiere a cuestiones de carácter general, no favorece al procesado ni tiene la virtud de anular la prueba pericial. No puede aceptarse, en conseceuncia, este segundo cargo.

3. El tercer cargo es, si bien se mira igual al segundo que se deja examinado. Dice el recurrente, y son sus propias palabras, que "la prueba testimonial deja sin fuerza probatoria alguna la pericia grafológica", y, al fundamentar esta afirmación mezcla algunos de los razonamientos que le sirvieron para fundamentar el primer cargo con los que utiliza para la fundamentación del segundo. Vuelve sobre aquello de la imposibilidad física en que dice se encontraba el procesado para alterar el original y duplicado del formulario pues ambos permanecían en poder de la empresa y afirma entonces que las adulteraciones que uno y otro presentan deben haber sido realizadas por personas vinculadas a dicha empresa la cual "bien pudo buscar en esa forma, no pagar el

premio obtenido" por su mandante. Sobre este último aspecto del problema ya los juzgadores en las dos instancias se pronunciaron a espacio y redundante sería volver sobre el tema. Considera la SALA que no es necesario repetir también los análisis y razonamientos que se han hecho al referirse a los cargos primero y segundo de la demanda pues la reiteración combinada de los mismos en este tercero es evidente.

4. En un cuarto cargo, cuya relación con los tres que le anteceden es resaltante, dice el recurrente que es apenas una hipótesis la de que el procesado alteró los formularios en el original y en el duplicado. Y una vez más viene la misma alegación acerca de la imposibilidad física de hacerlo. Y también a la prueba testimonial de quienes "le sellaron el formulario", como si éstos al declarar dijeran algo favorable al procesado. Y una vez más aparece la atribución de las adulteraciones del original y del duplicado a personal de la empresa. Afirma que se está en presencia de un error de hecho pues se le da alcance de prueba a una mera suposición. Bien clara se ve la la repetición de los mismos argumentos y de los mismos fundamentos que sirven al demandante para formularlos al enunciar y sostener los primeros tres cargos. El hecho de que el procesado no tuviera acceso a los documentos que la empresa guarda, original y duplicado, no le resta responsabilidad si se tiene en cuenta que esos dos documentos aparecen falseados y el tercero, el triplicado, aquél que él conserva en sus manos y que presenta al cobro, coincide, salvo las tachaduras y enmendaduras y borrones, con las falsedades de los primeros. Esto lo único que comprueba es la participación en el hecho de más de una persona como lo han dicho y repetido en las dos instancias. Tampoco puede prosperar este tercer cargo y, por tanto, no puede casarse la sentencia.

Por las consideraciones que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia del 24 de noviembre de 1975, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgalo Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD

No toda irregularidad genera nulidad. La intervención verbal de los defensores en los procesos en que no interviene el jurado de conciencia, no constituye nulidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 8 de febrero 25 de 1977

V I S T O S

En sentencia de 13 de mayo de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, se impusieron sesenta y tres (63) meses de presidio a DARIO ANTONIO LONDOÑO MESA, NELSON SANCHEZ TRUJILLO y CARLOS ARTURO VELEZ FIGUEROA, y otros, por el delito de "robo" perpetrado en perjuicio de la empresa textil "Fabricato" (Fs. 357 y ss).

Estos procesados interpusieron oportunamente el recurso de casación y por intermedio del doctor Herman Galán Castellanos formularon la correspondiente demanda, la cual se declaró formalmente ajustada a las exigencias del artículo 576 del C. de P. P.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, y ya se tendrá oportunidad de precisar mejor sus opiniones, demerita las causales invocadas por el memoralista y estima que no hay motivo válido para casar la sentencia impugnada.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El *a quo* anota:

"...el día 13 de enero de 1975, aproximadamente a las ocho y media de la mañana el vehículo automotor, tipo jaula, distinguido con las placas TM-0396, afiliado a la empresa de Transportes Rafael Salazar y conducido por el señor Miguel Roldán Vélez, se dirigió con destino a la ciudad de Bogotá por la carretera de las Palmas de esta ciudad. De improviso un automóvil le obstruyó la vía y de este último descendieron varios sujetos en número no precisado quienes armados con revólveres hicieron apear al conductor y a su acompañante John Jairo Sánchez Areiza a los que condujeron a un rastrojo en donde fueron vigilados hasta aproximadamente las nueve de la noche hora en que los abandonaron, no sin antes haberlos maniatado. El vehículo automotor primeramente citado, en el cual se transportaban telas de la empresa Fabricato fue conducido por los asaltantes hacia esta ciudad y abandonado posteriormente cerca al Jardín Botánico. La mercancía fue descargada de este vehículo y al día siguiente, con destino a la ciudad de Bogotá fue embarcada en el automotor que conducía Luis Eusebio Duque Castaño, el cual fue retenido por agentes de SIPEC".

Este relato lo complementa el Ministerio Público en la siguiente forma, indicando de paso el desarrollo del proceso:

"... Recibida la denuncia formulada por Miguel Roldán Vélez, el conductor del vehículo en el cual se transportaba la mercancía, abrió la investigación el Juzgado 13 de Instrucción del Distrito y habiéndose logrado la recuperación por la Policía de la mayor parte de la mercancía

sustraída; se recibió indagatoria a Luis Eusebio Duque Castaño, conductor del vehículo que fue contratado para transportar las mercancías y a Juan Bautista Correa, quienes no fueron reconocidos por el denunciante; adelantadas otras diligencias, se logró la captura de Darío Londoño y Nelson Sánchez Trujillo, quienes fueron reconocidos como integrantes del grupo de asaltantes por parte del conductor Roldán y su ayudante y se le dictó auto de detención, como también contra Carlos Arturo Vélez, -por habérsele encontrado telas de las sustraídas- y también posteriormente reconocido como uno de los autores del hecho y contra Alfonso Vásquez, por resultar en su contra cargos concretos; cerrada la investigación por hallarse perfeccionada, se llamó a responder en juicio a Alfonso Vásquez López -declarado reo ausente y juzgado en contumacia- a Darío Antonio Londoño Mesa, Carlos Arturo Vélez Figueroa y Nelson Sánchez Trujillo, por el delito de robo agravado y se sobreseyó definitivamente en favor de José Eusebio Duque Castaño y Juan Bautista Correa Acevedo, decisión esta última que consultada ante el Tribunal, se modificó para sobreseer temporalmente; cumplido el término probatorio y la audiencia, se dictó la sentencia de primera instancia; y el Tribunal al resolver la apelación interpuesta por los procesados detenidos, la confirmó mediante el fallo objeto del recurso de casación...".

LA DEMANDA

En favor de los tres sentenciados recurrentes, el censor invoca dos causales; el fallo es violatorio de la ley sustancial, por apreciación errónea de las pruebas originada por un error incuestionablemente manifiesto (Art. 580 C. de P. P.); y, como formulación subsidiaria, el juicio aparece viciado de nulidad constitucional (Art. 26 de la Carta).

PRIMERA CAUSAL

Inicia la impugnación destacando cómo los jueces del conocimiento dejaron sin sanción a personas que atraían mayores elementos probatorios de cargo que los finalmente condenados, entre éstos, de modo especial, sus poderdantes. De ahí que señale a Conrado Molina Rincón como "...presente cuando su amigo y conocido Alfonso Vásquez, también condenado, como reo ausente, con otros individuos descargaron el camión-jaula, objeto del robo, habiéndolos vistos plenamente, inclusive armados de revólveres". Este personaje omitió todo enteramiento a las autoridades, aludió identificar a esos sujetos y llegó a decir que prefería "podrirse en la cárcel antes de señalar a quienes guardaron y sacaron la mercancía robada"; se ocultó durante 15 días; "mantuvo la puerta del patio en donde ocultaron las telas, cerrada, cuando es lo habitual que permanezca abierta y que de su taller hubo llamadas telefónicas a sus empleados para que el martes 14 no acudieran a trabajar, día en que precisamente una parte del cargamento fue sacado en un vehículo a lugares que no fueron reconocidos". Y se refiera a *Luis Eusebio Duque Castaño,* contratado por "desconocidos" para trasladar la mercancía, sin recibir anticipo alguno, lo cual no fue óbice para que realizara gestiones en el INTRA y llegara a reparar su vehículo. Finalmente, *Juan Bautista Correa* fue la persona que entró en tratos con el citado Duque Castaño.

Estas aseveraciones, ciertamente, no influyen para nada en la definición del recurso propuesto ya que la prueba de incriminación que se advierte en contra de los impugnadores no se demerita porque existan otros implicados que, inexplicablemente, escaparon a una merecida pena. La posibilidad de este suceso no excluye la conducta de los otros y tanto aquéllos como éstos pueden advertirse, en el enfoque del memorialista, como participantes en los hechos delictuosos a que se refiere este proceso.

Pero pasando al punto que interesa primordialmente, debe advertirse que el recurrente sintetiza la prueba tenida en cuenta para proferir el fallo de condenación;

Contra DARIO ANTONIO LONDOÑO MESA, el reconocimiento que de él hicieran Miguel Roldán y John Jairo Sánchez, conductor y ayudante del vehículo asaltado, y el encontrarse en su poder un corte de tela de los robados; contra CARLOS ARTURO VELEZ FIGUEROA, se omitió en la sentencia relacionar la identificación que de él hicieran los citados Sánchez Areiza y Roldán, pero en cambio se afirmó que se le "encontraron elementos aptos no sólo para perpetrar el delito (un uniforme de agente de tránsito, cinco pelucas, una extensión para teléfono, un destornillador, dos revólveres), y también parte de las telas robadas a Fabricato", aspecto este último que se toma por el *a quo* como "confesión"; y, por último, en contra de NELSON SANCHEZ TRUJILLO, se trajo a colación la falsa apreciación de que "en su poder fue encontrada parte de la mercancía aludida, y como única explicación fue la de limitarse a responder en forma vaga a las preguntas que le hacían, en veces que no sabía nada, y en otras, negarse con un rotundo 'no sé' como es costumbre en esta clase de individuos", y el reconocimiento, como participante en la acción, por parte de los testigos.

Pues bien, a estos elementos de convicción enfrenta al censor los siguientes reparos:

LONDOÑO MESA, no firmó el acta de reconocimiento; los testigos identificadores no suministraron, previamente, la filiación de la persona que podían señalar (Art. 407, Inc. 2º, C. de P. P.); la descripción que en un principio se suministro no se sabe si se acomoda o no a éste u otros procesados, dudándose de esta coincidencia pues el defensor de LONDOÑO MESA tuvo oportunidad de precisar en su alegato que éste no es moreno sino rubio, de ojos azules y piel blanca; y, en cuanto a la tela hallada en su poder, la explicación ofrecida al respecto (adquisición de manos de un vendedor ambulante) es admisible.

VELEZ FIGUEROA, no tenía en su poder los elementos aportados al proceso (pelucas, revólveres, etc.) que sí fueron encontrados en su habitación, la cual compartía con su concubina Sonia Velásquez quien dijo haber adquirido la cuestionada tela y recibido esos objetos de Ricardo Bedoya, dueño del almacén "Rivero". De otro lado, nunca se dijo que los asaltantes usaran pelucas, o disfraz de agente de tránsito, ni menos que se emplease un destornillador o una extensión telefónica. No hay pues relación entre estos elementos y los medios de ejecución del delito, debiéndose rechazar la afirmación del sentenciador de atribuir valor indiciario a estas cosas. Tampoco puede entenderse como confesión el haber admitido que la "tela" decomisada le fue mostrada en diligencia anterior a la indagatoria en donde admite este hecho, apreciado en forma errada en el fallo.

Por último, en cuanto a SANCHEZ TRUJILLO, el Tribunal inventa la prueba de habérsele decomisado parte de la mercancía robada. A él se le capturó por la coincidencia de estar con VELEZ FIGUEROA e imputársele unas lesiones personales al detective Velásquez Quirós, que intervino en la aprehensión de estos procesados. En cuanto al señalamiento en rueda de presos, es diligencia que adolece de los graves vicios resaltados en su crítica.

Estos aspectos le permiten sostener que a los diversos reconocimientos se les ha dado un alcance que no tienen. Constituye "una interpretación equivocada, falsa y de hecho, no de derecho. Con ello se viola indirectamente la ley sustancial, pues se tiene como *probado* un hecho que, por las razones expuestas, es dudoso, sospechoso de la falacia" ... "Se ha violado el Art. 215 del C. de P. P. por cuanto que se ha considerado plena prueba lo que ha sido prueba incompleta, incurriendo con ello el fallador de segunda instancia en una errónea apreciación probatoria, por *darle al hecho* que recoge la prueba el alcance objetivo que no tiene. El error es manifiesto y trascendente, por cuanto que recae sobre una prueba que para el *ad quem* es determinante de la sentencia condenatoria. Por esto mismo, también se han violado los Arts. 216 del C. de P. P. por haberse dejado de aplicar el principio del *"in dubio pro reo"* allí consagra-

do y 217 *ibídem*, por considerar plena prueba unos medios de convicción que no son suficientes para declarar la existencia de un hecho".

SEGUNDA CAUSAL

"Los procesados condenados no contaron con la debida y elemental defensa de su situación jurídica, que ellos mismos no podían afrontar por su ignorancia de las disciplinas jurídicos penales". Este aspecto lo demuestra el recurrente comentando la forma como actuaron los defensores en la audiencia, pues si bien es cierto que asistieron a la misma se limitaron, tardiamente, a pesentar un resumen escrito de sus alegaciones "y privaron a sus defendidos del derecho de contradecir pública, oralmente y en forma integral la imputación". Se destaca así la posición pasiva que tales abogados cumplieron, al punto que el defensor de LONDOÑO MESA, no obstante aludir a sus rasgos físicos ("rubio, ojos azules, tez blanca"), diferentes de los indicados por el testigo de cargo, no intentó reflexión alguna sobre este argumento en la mencionada audiencia.

No advierte el censor la existencia de una defensa real, efectiva, que traduzca una asistencia técnico-jurídica y de ahí su petición de casar la referida sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA Y OPINIONES DE LA PROCURADURIA

Conviene, como es de usanza, analizar primero la causal relacionada con la nulidad constitucional que se invoca por el censor.

1ª DE LA NULIDAD CONSTITUCIONAL

El debido proceso en su fundamental aspecto de la adecuada y eficiente defensa del sentenciado, es garantía procesal que la Corte estimula generosamente en su preservación y reconocimiento. La doctrina al respecto se ha venido elaborando lenta pero sólidamente al punto que hoy día existe una concepción muy precisa del tema, así como sus consecuencias. Pero el celo que la Corte muestra en el mantenimiento de esta tutela constitucional, no es motivo para que se trate de extender a situaciones que demandan otro tratamiento y no representan la jerarquía conceptual del invocado principio. No toda irregularidad en este campo, máxime cuando la existencia profesional debida al procesado no se afecta ni se compromete gravemente, tiene el correctivo que plantea el censor, las posibilidades de una mejor defensa no se vuelven como argumento de nulidad contra una defensa relativamente bien dirigida y que si se la encuadra con el momento del sumario o de la causa, puede tomarse como acertada. En esta hipótesis no se afecta en forma sustancial la comentada garantía pues es dable advertir que los abogados que atendieron a los sentenciados cumplieron con su deber y produjeron actuaciones suficientes para inclinar el juicio del fallador en favor de sus representados, o por lo menos le exigieron un mayor análisis probatorio, en razón de los argumentos de favor para ellos invocados. No puede tomarse como patrón crítico lo que pueda idearse, a posteriori, *como fallida defensa. Obsérvese cómo la omisión de recursos ordinarios o la ausencia de solicitud de pruebas, pueden considerarse, en su momento oportuno, como situación más benéfica para el procesado, pues con ello se procura la aceleración del sumario y la causa, la explotación de algunas dudas, o se trata de evitar el empeoramiento de una investigación. El cargo, en este punto, se concreta en que los defensores no intervinieron oralmente en la audiencia y demoraron buen tiempo, algunos de ellos, en cursar sus alegaciones.*

La argumentación resulta bien precaria y de espaldas totalmente a la orientación de la doctrina que domina el asunto. Esta no ha cesado de repetir que la actuación de viva voz es exigencia que confina su efecto a las audiencias con intervención del jurado, por que éste, al finalizar el debate, produce su veredicción y mal puede tener algún efecto defensivo la argumentación silenciada, que no antecede a la respuesta del jurado, ni equilibra las

reflexiones del Ministerio Público o de la Parte Civil en la misma escena y acudiendo al mismo medio verbal, el cual obviamente ofrece especiales medios de persuación. Pero el requerimiento no es idéntico para las audiencias que no tienen estas características. En éstas el Ministerio Público suele estar ausente y la intervención suya o de quien represente los intereses de los ofendidos se cumple regularmente por escrito. Por eso la muy diferente forma como el Código disciplina una y y otra actuación procesal. Entonces, en casos tales, la garantía del debido proceso y su aspecto de la debida defensa se satisface con la asistencia de los defensores, prontos a conjurar cualquier desafuero, y con la alegación escrita que necesariamente debe anteceder al fallo. No interesa tanto que esta actuación se produzca en la propia audiencia o continuación como sí que preceda a la sentencia y el juzgador tenga oportunidad de conocer los motivos propicios a una absolución o a tratamiento benigno en la imposición de una pena. La tardanza no incide en un motivo de nulidad que sí en la posibilidad de sanción disciplinaria para quien así entorpece la aplicación de una pronta justicia y lleva retardo a la definición del proceso, obstaculizando, de paso otros pronunciamientos.

Existió defensa y defensa adecuada y eficaz, apreciable tanto en la etapa del adelantamiento del sumario como en la actuación propia a la causa. El fallo no pudo ignorar las alegaciones introducidas en favor de los sentenciados y el juzgador tuvo que afrontar los argumentos que los defensores le presentaron para inclinar su ánimo en favor de una sentencia absolutoria.

El cargo no prospera.

2ª VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERRONEA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

Lo primero que tiene que afirmarse es que el impugnador no puede señalar en qué ha constituido el error de derecho que atribuye de modo general al juzgador de instancia porque, ciertamente, los medios probatorios tenidos en cuenta para proferir sentencia condenatoria, no les otorga la ley procedimental un determinado valor, lo que equivale a destacar que está ausente la demostración de la violación medio que conduzca a la violación fin, esto es, al desconocimiento integral o parcial de la ley sustancial. La argumentación busca imponer un peculiar modo de interpretar las probanzas, sin que la ley haya dispuesto un molde específico en este sentido, al punto de privar la estimación subjetiva del censor y no la objetiva visión valorativa del juez. Ya se sabe que en casación no es factible invalidar un fallo por existir una diferente interpretación del alcance de una prueba, tolerando la ley cierto arbitrio judicial, plausiblemente aplicado. Si la ley otorga estas atribuciones, no es dable rechazar su ejercicio, cuando se ha procedido razonadamente, con apego a las verdades demostradas por la investigación y con aporte lógico y atendible de razones. En estos casos hay que estar del lado de la decisión recurrida, que se presume justa y acertada y desechar por ineficaz y errada la alegación impugnadora.

El Juez *a quo* ha considerado suficientes para condenar estas pruebas: el reconocimiento de alguno de los autores del robo, por sus dos víctimas, la posesión de elementos provenientes del ilícito, el hallazgo de calificados medios para delinquir y la amistad advertible entre ellos. Estas probanzas tienen una definida naturaleza de indicios sin que la legislación les otorgue un cierto, definitivo y absoluto valor, desconocido o menoscabado por el juzgador. El reconocimiento hace parte de la prueba testimonial y conduce a una demostración indirecta que, conforme a sus propias características, es susceptible de mayor o menor convencimiento. La identificación de Londoño, Vélez y Sánchez; pudo ser más inobjetable si se hubiera cumplido con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 407 del C. de P. P., pero la omisión de este requisito no lo vuelve inexistente o desestimable. El que se haya actuado con obedecimiento o no a este precepto revierte únicamente en sus calidades intrínsecas que obran en el juicio del fallador. El juez le otorgó

mérito, al cual contribuyeron otros factores. Estaba en su pleno derecho hacerlo en este sentido y con este efecto, máxime cuando lo relativo a suministrar la filiación de los posibles autores o partícipes del delito, susceptibles del reconocimiento, se produjo en las iniciales versiones de Sánchez Areiza y Roldán. La ley no exige que tal determinación fisonómica se produzca o renueve en el acto de la identificación. Nótese que el artículo 407 no prevé siempre que la pretensión identificadora concomite con la efectividad del reconocimiento. Puede ocurrir este doble suceso ("...el reconocimiento deberá hacerse a la mayor *brevedad posible, aún dentro de la misma declaración testifical...")* pero las más de las veces la manifestación de poder realizar tal señalamiento no coincide con la real identificación, precisamente porque no se sabe a ciencia cierta a quién corresponda esa descripción o no haya sido posible una captura que la materialice. Entonces, lo que la ley reclama es una previa indicación de rasgos fisonómicos que ayuden a la aprehensión de los sindicados y pueda fijarse posteriormente la afinidad o distanciamiento de esa descripción con la morfología del reconocido. Aquí se suministró esa anticipada descripción y luego se produjo el reconocimiento. Nadie ha dicho, al menos en aseveración atendible, que las indicaciones hechas no coincidan, no guarden una parcial semejanza. Y si la prueba, a este respecto, no figura en autos debe prevalecer el valor positivo del reconocimiento.

También se censura que los sujetos reconocidos no firmaron la diligencia del reconocimiento. Sobre este punto se cita la siguiente doctrina: "...Es bien cierto que las actas respectivas no aparecen firmadas por los reconocidos, como también lo es que toda diligencia que se practique deberá ser firmada por el Juez o funcionario y su secretario y las personas que intervengan (Art. 149 del C. de P. P.).

"Mas no puede decirse que el que resulte reconocido como los demás que forman la conocida rueda de presos, 'intervienen' en tal diligencia. Ellos son elementos pasivos y los funcionarios y el reconocedor son quienes 'intervienen' activamente y el apoderado de los sindicados, -si lo hay-. Prácticamente se está recibiendo un testimonio, y las oportunidades para controvertirlo no escasean dentro del proceso, incluso durante la audiencia pública, como aquí ocurrió...". (conviene advertir que el artículo 149 que se cita en la extractada docrtina corresponde al artículo 159 de la actual codificación y que los artículos 370 y 371 guardan una esencial semejanza con los vigentes 407 y 408, sin que sus modificaciones alteren la procedencia de la jurisprudencia mencionada).

Cerrando lo relativo a las identificaciones, poco dice la crítica que procura su rechazo porque inicialmente uno de los testigos posibilitó el reconocimiento de dos personas y terminó por señalar tres. No se ha demostrado que no estuviera en posesión de recuerdos y guías suficientes para aumentar el número de los identificables, ni menos que la angustia de los primeros momentos, medio esperitual de la primera declaración, no recortara la intensidad de sus precisiones. A lo sumo el tercer reconocimiento podría censurarse pero no los otros, en los cuales coinciden Sánchez y Roldán. Pero algo más, el número total de reconocimientos cabía perfectamente en el número de asaltantes; si aquéllos fueron tres, éstos fueron seis u ocho, de donde aparece muy claro que el señalamiento no estaba por encima de la total posibilidad numérica de autores o partícipes.

Contra VELEZ FIGUEROA se menciona la posesión de objetos "aptos" para perpetrar el delito. Que la acción no fuera cumplida con estos medios (aunque nadie puede decir que la imposibilidad de otras identificaciones no obedeciera a su uso o que se hubiera utilizado en etapa anterior o posterior), no quiere decir que carezca de trascendencia. Su valor incriminatorio es innegable pues la posesión de tales elementos permite inferir la calificada preparación de graves delitos y no el simple ánimo de mejorar de figura o aparentar, con intención trivial o juguetona, la condición de agente de tránsito. Si la tenencia de cinco pelucas, un unifor-

me de éstos y dos revólveres no puede resolverse como demostrativa de una acción ilícita cuando el aspecto se une a otros factores incriminantes, la lógica carece de eficacia y aplicación. Por eso el juez de la primera instancia resulta acertado al considerar esta situación con reflejo fiel de un perverso ánimo de engañar a desprevenidos conductores y servir eficazmente a bien organizadas bandas terrestres.

Pero unido al reconocimiento (prueba testimonial de elevado valor puesto que la narración encuentra una personificación) está la posesión de pelucas, uniforme, armas de fuego y la tenencia de objetos robados (tela exclusiva), que por las características del atentado y la especialidad de los bienes arrebatados, no podían pasar tan rápidamente al mercado. Además, el interesado testimonio de la concubina de VELEZ FIGUEROA, lo destruyó la negativa de Ricardo Bedoya, citado para este fin.

Que el *a quo* haya equivocado el término "confesión" para extenderlo indebidamente a la aceptación que el sentenciado hiciera de la tela que le fuera encontrada, es aspecto que no menoscaba el valor indiciario que este punto destaca.

En cuanto a SANCHEZ TRUJILLO, la sentencia inexplicablemente conjuga como indicio de responsabilidad el que le fue decomisado un trozo de la tela que se transportaba en el vehículo asaltado. Aquí el juzgador imaginó un elemento probatorio y bien merece la crítica que el recurrente plantea para tan descuidada reflexión máxime tratándose de una decisión tan importante como un fallo condenatorio.

Pero esto no lleva a compartir la argumentación en forma integral. El recurrente insiste, para poder apartarse del mérito de la sentencia, en las deficiencias del reconocimiento. Ya se comentaron a espacio la índole y efecto de tales reparos y se concluyó en que la bondad de esas identificaciones mantiene su virtud. No hay entonces atendible motivo para descartar la que se refiere a SANCHEZ TRUJILLO, pero el recurrente olvida que la decisión atacada responde a otros varios elementos de incriminación. El concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, tiene ocasión de puntualizarlos y de advertir, indirectamente, la omisión del recurrente en referirse a todos ellos y aportar convincentes razones para dudar de su legalidad y eficacia. Sintéticamente se mencionan esas circunstancias: la forma como enfrentó el interrogatorio de los funcionarios, pues se negó a dar respuesta alguna, actitud interpretada no como una ausencia de conocimiento de lo sucedido que sí como manifestó afán de evitar revelaciones comprometedoras; y, la manera como se sucedió su captura, esto es, cuando acompañaba a LONDOÑO y VELEZ, y procuró mediante el empleo de su arma impedir la aprehensión del primero.

Hay bases suficientes para apoyar un fallo como el recurrido, especialmente porque los puntos considerados como de incriminación responden a una realidad probatoria y no permiten desechar la interpretación que el juzgador les acordara, paar acoger en cambio la que auspicia el impugnante.

La censura no hace mérito.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, -SALA DE CASACION PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo ya mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

AGRAVANTES

El previsto en el numeral 1º del artículo 43 del Decreto 1188 de 1974. "Valiéndose de la actividad de menores de 21 años"

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., Marzo tres de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 10.

VISTOS

Por sentencia de 1º de julio del año pasado, el Tribunal Superior de Medellín confirmó en todas sus partes la de 10 de mayo del mismo año proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad en la que se condenó a CARLOS ARTURO MENDEZ (a. El Mono Carlos) a la pena de sesenta y tres meses de presidio y a veinticinco mil ($ 25.000.00) pesos de multa como infractor de los Arts. 38 y 43 del Decreto 1188 de 1974. Asimismo se condenó a GLORIA EMILSE VARGAS QUINTERO a la pena de treinta y seis meses de presidio y multa de cinco mil ($ 5.000.00) pesos por el delito de referencia, así como también a las correspondientes sanciones de carácter accesorio todo ello por hecho ocurrido en la mencionada ciudad el 1º de abril de 1975.

Contra la providencia primeramente mencionada interpuso en tiempo oportuno el procesado Méndez recurso de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala que lo rituó conforme el ordenamiento legal.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

En la fecha últimamente mencionada, o sea el primero de abril de 1975, a eso de las ocho de la mañana, pasaban por la carrera 65 con la calle 28 de Medellín los agentes de Policía Judicial Nos. 136 y 086, Alvaro León Restrepo Posada y Jair Montes, respectivamente, cuando vieron el carro conducido por Carlos A. Méndez (a. El Mono Carlos) conocido por ellos como traficante de marihuana y extrañados por lo temprano de la hora y porque llevaba la tapa de la bodega abierta, se detuvieron a observar lo que hacía, dándose, por ello, cuenta de que de dicha bodega sacaban un costal y lo entregaba a un muchacho quien estaba con una mujer joven, los cuales, a la carrera, se entraron con el bulto a una casa a donde, momentos después, se acercaron los dos agentes y fueron recibidos por la muchacha en cuestión la que, al preguntársele por el bulto, negó en un principio haber recibido ninguno, pero como un menor habitante de la casa les dijera que el costal se encontraba en una de las habitaciones de la misma, no le quedó más remedio a la mujer que abrirla pues estaba la puerta con candado y dejar penetrar a los agentes quienes encontraron allí el bulto que habían visto descargar y además un maletín que contenía varias papeletas o "pacos" que después de examinados en el laboratorio resultaron ser de marihuana ("cannabis sativa").

Se le preguntó a la mujer, que resultó llamarse Gloria Emilse Vargas Quintero, por la procedencia del bulto y dijo que le había sido enviado por John Morales, hermano de su amante y con quien había convenido en ayudarle a expender la marihuana por lo cual le pagaría treinta pesos diarios.

También manifestó la Vargas, quien en su indagatoria dijo haber nacido el primero de diciembre de 1956, que el bulto había sido recibido por un menor apodada "Chapola" el que al decir de los agentes, salía de la casa en el momento en que ellos entraban y que no volvió por lo cual no fue capturado.

Al enviar el informe de los Agentes mencionados a los jueces penales de circuito, la Inspección de Permanencia Nº 4, Primer Turno, dejó la siguiente constancia (Fl. 4).

"Se remite un costal que contiene marihuana y un maletín con el mismo contenido, dentro del mismo costal. Su peso, incluyendo el empaque y el maletín es de diecinueve (19) libras..."

Después de iniciada la investigación se remitieron al Laboratorio Criminológico de "Decypol" en Medellín cuatro (4) paquetes con un peso total de 223 gramos y que contenían hierba para su examen toxicológico que resultó positivo para marihuana (cannabis sativa). (Fl. 13).

Interrogado sin juramento Gloria Emilse Vargas Quintero repitió lo que había dicho ante la Policía y que se deja resumido pero luego en una segunda intervención, se retractó y dijo que los agentes le habían prometido darle libertad si declaraba en la forma vista, pero no habían cumplido su promesa.

Se sometió entonces a dichos agentes a careos con la inculpada diligencias en las cuales ésta sostuvo lo que acaba de expresarse y aquéllos persistieron en sus versiones iniciales en el sentido de que habían encontrado en la casa cuya ubicación se ha dado y en un cuarto que tenía un candado en la puerta, un bulto de marihuana y un maletín que contenía "pacos" de la misma hierba. Asimismo afirmaron la presencia allí del menor "Chapola" así como también reiteraron la versión que Gloria Emilse les había dado de que la hierba le había sido enviada con el "mono" Carlos por John Morales, hermano de su amante.

No se pudo lograr la comparencia del citado Carlos Arturo Méndez (a. El Mono Carlos) durante la fase investigativa del proceso y sólo se le vino a capturar cuando éste se encontraba abierto a pruebas, durante el juicio.

Se le interrogó entonces sin juramento y dijo que cuando el día de autos se encontraba en la oficina de los taxis, se le acercó uno de sus compañeros a pedirle que llevara una ropa a donde una hermana suya quien lo esperaba en determinada dirección, y fue así como se dirigió a ese sitio, encontró a la muchacha y le entregó un bulto de ropa que venía ya atado y que transportaba en el portamaletas.

Insiste en que no conocía a esta mujer y en que ignoraba el contenido del bulto.

También se le someitó a careo con uno de los agentes, Restrepo, y en la confrontación ambos sostuvieron sus respectivas versiones.

Se llevó a cabo una diligencia de pesaje de la marihuana decomisada en la cual se dice (Fl. 29) que la hierba pesó ocho (8) kilos con doscientos (200) gramos, habiéndose encontrado una parte en paquetes de diversos tamaños y otra dentro de un costal.

En el careo entre la sindicada y el agente Jair Montes, éste afirmó (Fl. 43) que la marihuana que había dentro del maletín que estaba en la pieza ya mencionada, la juntaron con la del costal.

Cerrada la investigación, el juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín, al que correspondió el conocimiento del asunto, calificó el mérito del sumario en providencia de 17 de septiembre de 1975 por medio de la cual llamó a juicio a Gloria Emilse Vargas Quintero y a Carlos Arturo Méndez (a. El Mono Méndez) por infracción al Decreto 1188 de 1974 "por llevar consigo, almacenar, guardar, etc. 8 kilos y. 200 gramos de marihuana".

Rituado el juicio dentro del cual, como ya se dijo, fue oído en indagatoria Méndez, se verificó la audiencia pública y luego se pronunció la sentencia de primera instancia.

En ella se analizaron detenidamente los argumentos expuestos por los defensores, particularmente en lo que se refiere a las críticas enderezadas por éstos contra los dos agentes de la Policía Judicial ya mencionados.

En uno de los apartes de la ameritada providencia se expresa:

"En consecuencia de todo lo anterior el Despacho sostiene que con la sindicación de Gloria Emilse Vargas Quintero hacia Carlos A. Méndez, la confesión de ésta en su ilicitud y aunque no se le dé validez a la exposición que hizo en las dependencias del D.S.C. Fl. 2, por no tener fecha, en la diligencia de indagatoria rendida ante este despacho con todas las formalidades legales, convalida dicha diligencia; el testimonio de los agentes que merece credibilidad, por los motivos ya analizados, hay prueba suficiente que da certeza sobre la resonsabilidad de cada uno de los cosindicados en el delito por el cual se les llamó a responder en juicio criminal, razón por la cual se llenan los presupuestos probatorios exigidos por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 215, para proferir en fallo de carácter condenatorio".

Al entrar a dosificar la pena manifiesta el Juzgado que "se debe hacer un aumento en la forma ordenada por el artículo 43 *ibídem*, por haber utilizado menores de 21 años (Gloria Emilse y el menor apodado "Chapola"), el cual estima el Juzgado debe ser de 15 meses. Como la cantidad decomisada fue de 8 kilos 200 gramos y debidamente empaquetada para su distribución, entonces, conforme al numeral 3º del Art. 43, se debe hacer un aumento de un año más, o sea 12 meses, aumentos estos que suman un total de veintisiete meses de presidio que sumados al mínimo de treinta y seis totalizan como pena a descontar la de sesenta y tres meses de presidio".

. . . . . .

. . . . . .

"Respecto a la procesada Gloria Emilse Vargas Quintero se le debe imponer la pena mínima de tres años porque a su favor se presentan circunstancias de menor peligrosidad, como lo son su corta edad, sus buenos antecedentes además que se declaró confesa en el ilícito. En cuanto a la pena pecuniaría, se aplicará en su mínimo, más las accesorias correspondientes",

En la providencia objeto del recurso se vuelven a examinar, con detenimiento, el material probatorio para llegar a la misma conclusión del *a quo*, esto es, que son responsables ambos procesados por el delito que se les imputó en el auto de proceder y en las mismas condiciones anotadas en la sentencia.

DEMANDA DE CASACION

Tres cargos, todos dentro del segundo aparte de la causal primera de casación, aduce el demandante contra la sentencia recurrida.

Se les resumen a continuación en el mismo orden en que fueron presentados:

Primer cargo: Considera el actor que fueron violados, de modo indirecto, los artículos 38 y 43, numerales 1º y 2º del Decreto 1188 de 1974 así como también el 215 del C. de P. Penal por aplicación indebida como consecuencia de errores de hecho notorios en la apreciación de las pruebas.

Para sustentarlo hace un detenido análisis de las condiciones personales de los testigos Jair Montes Posada, Alvaro León Restrepo Posada y la procesada Gloria Emilse Vargas Quintero así como también de sus condiciones sociales, de los objetos del testimonio, las circunstancias que rodearon tanto la percepción de éstos como las declaraciones de los testigos y finalmente el contenido de éstas para llegar a la conclusión de que incurrieron, según el demandante, en múltiples inexactitudes y que hubo presión sobre la co-procesada para obligarla a declarar en determinado sentido por lo cual, todavía según su concepto el fundamento probatorio de la sentencia queda reducido a lo dicho por los dos agentes de policía cuyas aseveraciones critica y discute rematando su argumentación al decir que tales deposiciones no merecen ningún crédito y que hubo grave yerro por parte del sentenciador al tenerlas como dignas de fe.

Segundo cargo: Considera el demandante que también hubo violación indirecta de la ley sustancial cuando el Tribunal confirmó la sentencia del *a quo* en la par-

te donde se aumenta la pena al procesado Méndez por haberse valido de la actividad de dos menores.

Sobre el particular asevera que no se supo nunca quién era "Chapola", cuál su verdadero nombre y demás calidades por lo que concluye afirmando que esta persona no tiene existencia procesal.

Agrega que aun cuando estuviera ésta demostrada no se podía atribuir a Méndez haber utilizado a dicho menor pues las pruebas tenidas en cuenta por los Juzgadores de instancia no llevaban a esa conclusión.

Menciona específicamente el dicho de Gloria Emilse Vargas de donde, dice, se desprende que tanto a ella como a "Chapola" los utilizó John Morales, hermano del amante de aquélla.

Tercer cargo: Estima la demanda que, al igual que en los dos cargos anteriores, también en éste hubo violación indirecta de la ley sustancial por errónea apreciación de la prueba pues tanto el Juzgado como el Tribunal aumentaron la pena con base en la cantidad de marihuana decomisada estimando, equivocadamente a juicio del actor, que ésta era de ocho (8) kilos y doscientos (200) gramos, dando por sentado que dicha cantidad de estupefaciente se encontraba en el costal a que se refiere el proceso sin tomar en cuenta que en un maletín que ya estaba en la habitación donde se encontró dicho costal también había marihuana.

Señala que hubo yerro del Tribunal al apreciar la declaración del agente Jair Montes quien dijo que la marihuana que había en el maletín la juntaron con la del costal, circunstancia que no tuvo en cuenta el juzgador.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Solicita el Procurador Segundo Delegado Penal que se case parcialmente la sentencia recurrida por encontrar fundados los cargos segundo y tercero.

Estima, en cuanto a la censura mencionada en primer lugar, esto es, el cargo segundo, que el personaje llamado "Chapola" no fue identificado y que no está establecido que la intervención de éste fuera determinada por el procesado Méndez.

Asimismo considerà que la intervención de Gloria Emilse Vargas, mayor de diez y ocho pero menor de veintiún años, tampoco fue determinada por el acusado Méndez sino por John Morales, según lo explicó la muchacha.

Respecto al tercer cargo dice el Procurador 2º que Méndez sólo responde por la marihuana contenida en el costal y que se le ha cargado, sin embargo, la que estaba en el maletín cuyo contenido fue unido al del costal por los agentes Montes y Restrepo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se analizarán, a continuación, los cargos en el orden ya expuesto.

Primer cargo: La crítica que el demandante hace a las declaraciones de los agentes Montes y Restrepo así como a la de la coprocesada Gloria Emilse Vargas, difiere en sus fundamentos y conclusiones de la hecha tanto por el Juzgado como por el Tribunal.

Pero no se encuentra en la primera el señalamiento de los errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas sino que los planteamientos de la demanda se dirigen, más que al cuerpo de las declaraciones, a las condiciones personales y sociales de los testigos, las circunstancias de la aprehensión y deposición del objeto del testimonio y a una pretendida presión que dice se ejerció sobre la Vargas.

La Corte ha dicho en repetidas ocasiones que la fundamentación de esta causal debe hacerse, para que prospere el cargo, mostrando en forma incontrovertible el error que, al apreciar las pruebas o por dejar de apreciarlas, cometió el juzgador y, además, la incidencia decisiva de dicho error en las conclusiones de la sentencia.

Ninguno de los dos aspectos se hallan en la demanda la cual pretende sustituir con sus propios análisis y razonamientos los del juzgador pero sin lograr la demostración de que estos últimos son equivocados.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo: *El Tribunal agravó la pena de Carlos Méndez por considerar que "se valió de la actividad de menores en la ejecución de la infracción" (Fl. 305 Cdno. Nº 1).*

La censura de que se violó indirectamente la ley porque no se comprobó procesalmente la existencia del menor apodado "Chapola" ni se estableció que el procesado Méndez había determinado a la menor Gloria Emilse Vargas a obrar, propuesta por el actor y aceptada por la Procuraduría, no la comparte la Sala.

En efecto, aun cuando no se establecieron el nombre ni la edad precisa de la persona apodada "Chapola" no hay la menor duda sobre su existencia ni sobre su minoridad.

Bastan para establecer éstas las referencias que a él hacen tanto la Vargas como los agentes Montes y Restrepo.

La primera dice: "Un pelado apodado Chapola" (Fl. 9 vto.), "el pelado que me acompañaba" (id. id.), "el pelado Chapola" (id. id.). Al preguntársele qué edad tenía éste, responde "...tiene doce años, más o menos..." (Fl. 10).

El agente Montes lo designa como "un menor que se conoce con el nombre de chapolo (sic)" (Fl. 20), "...el menor salía en carrera con el bulto..." (Carlos) abrió la maleta del todo, extrajo un bulto y se puso en el hombro a un pelado que estaba ahí" (Fl. 41). "El pelado que entró con el bulto, salió de la residencia antes de nosotros entrar" (Fls. 41 vto.) "...ese pelado había salido, según nos manifestó ella (Gloria Emilse) a vender una parte (de la marihuana)" (id. id.)

En parecidos términos se pronuncia el agente Restrepo Posada al decir que "un pelado a quien apodan Chapolo y una muchacha" sacaban el costal del carro (Fl. 31), "un menor de edad a quien apodan Chapola" (Fl. 41), "el menor apodado Chapolo o Chapola (Fls. 45 vto.).

No hay, pues, ninguna duda sobre la existencia del menor ni sobre su minoridad.

En cuanto al empleo tanto de éste como de Gloria Emilse de quien se sabe a ciencia cierta que es menor de veintiún años y se conoce, por su dicho, la fecha de su nacimiento, no hay duda sobre que se trata de una menor de edad.

En cuanto a la otra cuestión que plantea el actor o sea la de que tanto "Chapola" como Gloria Emilse no fueron utilizados por Carlos Méndez sino por John Morales, hermano del amante de esta última, la Sala también se aparta de esas apreciaciones por cuanto no cabe duda de que el procesado Méndez entregó a ambos un costal que contenía marihuana.

Y a menos que se acepte la versión de dicho procesado de que creía que el contenido del bulto era ropa sucia, hay que convenir en que sabía que era marihuana y, por lo tanto, se daba perfecta cuenta de que estaba destinada al expendio y que las dos personas que recibían el estupefaciente lo sabían también y estaban comprometidos en el tráfico de la yerba.

Estas sencillas aseveraciones, indiscutibles a la luz de las probanzas aportadas al proceso, conducen a aceptar que la entrega del bulto a Gloria Emilse y a "Chapola" configura la agravante de que trata el numeral 1º del Art. 43 del Decreto 1188 de 1974 pues el procesado se valió de la actividad de menores de ventiún años.

Esta norma no exige que se determine a obrar a dichos menores, esto es, que se haga nacer en ellos el propósito de colaborar o que se impulse en forma especial su decisión de actuar delictuosamente sino que en alguna forma se aproveche su actividad para llevar adelante los fines del culpable, que es lo que ha ocurrido en el presente caso.

Tampoco prospera este cargo.

Tercer cargo: Es verdad que en la sentencia de primera instancia se cometió el error de afirmar que la cantidad de marihuana decomisada era de 8 kilos y 200 gramos (Fl. 259) sobre lo cual no hizo observación ninguna el Tribunal, o sea que aceptó que ese fuera el peso de la sustancia decomisada no siendo esto así por cuanto allí quedó incluida la yerba que estaba dentro del maletín que ya se encontraba en la habitación ameritada y cuya procedencia no puede atribuirse a Carlos Méndez,

Pero no es menos cierto que la agravante que contempla el numeral 3º del Art. 43 del Decreto 1188 de 1974 deja al criterio del Juez la deducción de la misma, sin fijarle límite mínimo de cantidad y siempre, claro está, que considere que ésta es suficiente para fundamentar la agravación de la pena.

En el presente proceso no hay duda de que esa base existe pues del carro de Méndez se bajó un "bulto" o un 'costal" denominaciones que indican algo de buen tamaño, lo que se confirma con el hecho de que el menor "Chapola" lo llevó al hombro y no en la mano o en otra forma.

Así, pues, el Juez y el Tribunal no anduvieron descaminados al deducir, por el concepto ameritado, un aumento de pena y, por lo tanto, tampoco prospera este 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 revisada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

ALCANCE DEL ARTICULO 18 DE LA LEY 20 DE 1975

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

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 9, Marzo 1º/77.

La petición formulada por el doctor ANIBAL MARTINEZ ZULETA, en su carácter de Contralor General de la República, solamente puede entenderse como el otorgamiento de un poder al abogado doctor RAUL OSPINA SALAZAR a efecto de que se constituya parte civil en este proceso. La Ley 20 de 1975, artículo 18, es bien clara en indicar que "podrá constituirse parte civil" debiéndose, por tanto, cumplir con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, artículo 125 y siguientes, en lo que tengan estas normas de compatibles con la citada disposición. En consecuencia:

Reconócese el Dr. RAUL OSPINA SALAZAR como apoderado del señor Contralor General de la República (Ley 20 de 1975, Art. 18) para los efectos de que con sujeción a la ley, presente la demanda de constitución de parte civil dentro de estas diligencias (C. de P. P., Art. 127) y pueda ejercer los respectivos derechos.

Notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, (Salvó voto); *Jesús Bernal Pinzón* (Salvo voto); *Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., (Secretario).

SALVAMENTO DE VOTO

Brevemente se consignan algunas de las razones que apoyan el disentimiento de la decisión tomada por la Sala y que fijan el contenido y alcance del artículo 18 de la Ley 20 de 1975.

1. Hay que convenir en la deficiente redacción de esta norma que no logró traducir acertadamente el propósito querido y redujo en forma considerable su eficacia, al punto que será necesario, para procurar su cabal desarrollo, introducirle modificaciones que aclaren y especifiquen su debido ámbito y proyección.

2. En efecto, cuando la ley se refiere a la intervención de los Contralores allí mencionados "por sí mismo", no se sabe si esta intervención se condiciona a que el funcionario tenga la calidad de abogado titulado o inscrito o si basta su sola calidad oficial. Y cuando la permite "por medio de sus Agentes", se duda si éstos se refieren a profesionales del derecho que reciban este mandato o comprende, más bien, toda la variada gama de su personal administrativo subalterno, sean o no abogados, que labore bajo su dependencia, cualquiera sea el cargo desempeñado en la respectiva Contraloría.

También tendrá que dilucidarse si él "podrá constituirse parte civil" debe entenderse como lo aprecia a mayoría de la Sala o en el sentido que insinuamos en la ponencia rechazada. La primera interpretación enclava esta intervención estatal en una institución procesal propia a ofendidos o perjudicados particulares que, por esta naturaleza, responde a dictados y parámetros bien distintos; la segunda pretendía armonizar los textos existentes con lo dispuesto por esta ley, al extremo de valorar este giro como el simple otorgamiento de todas las facultades concedidas a la parte civil en el proceso, librando esa especialísima gestión de los gravámenes y trabas que en ocasiones el procedimiento dispone para la intervención del particular ofendido.

No se ve muy claro la restricción, la ley dispone para esta privilegiada actuación al circunscribirla a los delitos de peculado, cuando otras infracciones (v. gr. delitos contra la propiedad -estafa-, la fe pública, la economía nacional, industria y comercio, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas) pueden afectar tanto o más el patrimonio de estas entidades e instituciones. Si lo que se persigue es la cuidadosa tutela de los bienes considerados como de la comunidad, al punto que pueden coexistir las funciones del Ministerio Público y la Contraloría, no debió menguarse esta posibilidad. Basta observar la complejidad de las acciones que vulneran el patrimonio de estas instituciones y su cuantía, para resolverse en apoyo de esta dualidad de atribuciones y extender al máximo la facilidad y alcance de esta calificada intervención.

No se advierte una plausible elaboración de la siguiente locución: "... por el delito de peculado que *afecte* los intereses de ...", puesto que no es imaginable la ocurrencia de "peculados" que no causen este daño, afección o deteriorio. Así lo que se posibilita es que se discuta la realidad y entidad de un perjuicio, aunque se acepte la existencia del delito, y en conseceuncia se entrabe la intervención del Contralor.

Lo lógico, conveniente y ajustado al espíritu de la comentada ley está en exigir únicamente una manifestación del Contralor, como se da en autos, en el sentido de querer intervenir en proceso relacionado con instituto o entidad sometido a su fiscalización. Así como es expedita la gestión del Ministerio Público, idéntica, en

cuanto a facilidades, debe ser la de la Contraloría en los casos contemplados en la Ley 20 de 1975.

Si se para mientes en estas glosas y en el contenido del artículo 312 del C. de P. P., se podrá indicar que la ley ha querido mantener la libre incorporación de la Contraloría a los procesos penales mencionados, ampliando sus atributos. Y esto no se logra con la interpretación que auspicia la decisión tomada por la Sala.

2. La citada ley no ordena que se cumpla con los requisitos exigidos al ofendido o perjudicado particular, para permitirle al Contralor esta participación. No debe perderse de vista que las exigencias de la demanda de constitución de parte civil señaladas en el artículo 127 del C. de P. P., que ahora la Sala impone a los Contralores, se explican para el particular pues casi todas buscan fijar su calidad de ofendido o perjudicado, lo cual legitima su acción. De ahí que se imponga el relato de los hechos en "virtud de los cuales se considere perjudicado", el señalamiento de los perjuicios morales y materiales y los fundamentos jurídicos de su pretensión, aspectos que, unificados, demuestran esa condición y le dejan acceder al proceso. Pero la Ley 20 de 1975 ha superado la cuestión ya que da por cumplidos estos requisitos al considerar solamente la índole administrativa del instituto, sus relaciones con la Contraloría y la naturaleza del delito cometido. Qué otra norma, fuera de citar esta ley, se tendrá que invocar para que auspicie la intervención de los Contralores? Esta disposición equivale, por sí, a todos los requisitos que se exigen a los particulares y que atienden a otros fines, necesidades y normas.

3. De imponerse el criterio restrictivo que busca parificar la gestión del ofendido o perjudicado particular con la que en ocasiones debe cumplir la Contraloría, puede resultar en la inefectividad de esta función, pues no faltarán los casos en que la precisión de intereses y perjuicios sea tema esquivo y controvertible. De otro lado esta asimilación integral podría obstaculizar el fin perseguido, por ejemplo, el embargo y secuestro de bienes tendría que caucionarse, aspecto que repugna con esta intervención mandada por la ley y que procura la defensa del patrimonio de instituciones o entidades estatales o contempladas así para estos específicos efectos. Como la cuantía de las apropiaciones y malos manejos suele ser exorbitante, así serán las fianzas que se pretenderá imponer para decretar una medida precautelativa de este tenor.

Ya se renovarán las discusiones sobre aspectos como el mérito de las informaciones contables de la Contraloría y su compatibilidad con esta nueva atribución; su capacidad para recurrir de un auto excarcelatorio; su legítimo interés para recurrir en casación; su poder para alegar situaciones más gravosas al procesado, etc. etc.

Muy fácil quedaría escrutar múltiples circunstancias que repudian esta equivalencia total y que posibilitarían el surgimiento de incidentes y discusiones que menguan notablemente esta función de la Contraloría, más acorde con la gestión el Ministerio Público. Lo que ha querido la ley, se insiste, es propósito bien diferente y causado en muy distintas razones. Por eso la interpretación que patrocina la Sala debe entenderse como un notorio menoscabo de esta *sui generis* participación de las Contralorías en algunos procesos penales.

Con el debido respeto,

Bogotá, Marzo 3/77.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón.

TESTIMONIO. SU CRITICA. PRUEBAS JUDICIALES

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 11.

V I S T O S

El Juzgado 5º Penal del Circuito de Barranquilla, en sentencia de 10 de febrero de 1976, impuso a JORGE ANTONIO MOSCOSO RESTREPO y LUIS ALBERTO ESTRADA ARIAS, por el delito de robo en perjuicio del Banco Industrial Colombiano, Sucursal Avenida Kennedy de esa ciudad, siete (7) años de presidio y las accesorias de ley. El Tribunal Superior, en fallo de 29 de mayo del año en referencia, confirmó la decisión, en cuanto a ESTRADA ARIAS, modificando la pena privativa de la libertad, que la fijó en cinco (5) años, seis (6) meses de presidio, y, la revocó en relación a MOSCOSO RESTREPO, a quien absolvió.

ESTRADA ARIAS ha recurrido en casación y su apoderado especial para este efecto ha presentado en debida oportunidad la correspondiente demanda, la misma que se declaró formalmente ajustada a las exigencias del artículo 576 del C. de P. P. Agotada la tramitación del recurso, se procede a su definición

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Se acude, en este aparte, a las precisiones indicadas por la Procuraduría:

"...Aparece de autos que pasadas las cinco y media de la tarde del 9 de septiembre de 1974, cuatro sujetos armados irrumpieron sorpresivamente en el local donde funciona el Banco Industrial Colombiano, sucursal Avenida Kennedy, calle 72 de la ciudad de Barranquilla, y bajo las voces 'al suelo todos, esto es un asalto' intimidaron a los empleados y en pocos minutos se apoderaron de la suma de $ 551.655 en efectivo, según arqueo de caja, y huyeron en un automóvil Chevrolet, color verde, que los esperaba.

"El diecisiete del mismo mes agentes del F-2 de la Policía capturaron a Jorge Moscoso Restrepo y a su esposa Luz Estela de Moscoso, Luis Alberto Estrada Arias y su amante Nurys Marenco Cabarcas, Gustavo Alfonso Estrada Arias y a Jesús María Ramírez, en cuyo poder hallaron dinero y otros objetos, al parecer provenientes del robo al Banco Industrial y de otro ilícito cometido en la ciudad días antes.

"Entre las diligencias investigativas adelantadas por la Policía Judicial se cuenta aquélla en la que los empleados del Banco, Gustavo Cabrera Arellana, Félix Bolívar Pérez, Armando Ballestas, Magall y Armenta, Dolly Serje y Néstor Fontalvo, reconocieron a los sujetos Jorge Moscoso Restrepo y Luis Alberto Estrada Arias como dos de los asaltantes (Fl. 18).

"El Juzgado 9º de Instrucción Criminal de Barranquilla recibió declaración a la gerente de la sucursal bancaria Josefina de Henao, al secretario general, Rafael Antonio Pérez, a los empleados que presenciaron los hechos y a los agentes de la Policía que participaron en la aprehensión y decomiso; oyó en indagatoria a los capturados; repitió la diligencia de reconocimiento en fila de personas (Fl. 173), en la que, por segunda vez, los testigos Gustavo Cabrera Arellana, Dolly Serje Peralta, Armando Ballestas y Néstor Fontalvo reconocieron a Luis Alberto Estrada

Arias; llevó a cabo algunas inspecciones judiciales y por auto del 7 de octubre de 1974 ordenó la detención preventiva de Moscoso Restrepo y Estrada Arias y dispuso la libertad de los demás sindicados.

"El Juzgado 5º Penal del Circuito de Barranquilla, al que correspondió conocer del proceso, calificó el mérito del sumario con sobreseimiento definitivo en favor de todos los sindicados decisión que consultada con el Tribunal Superior de ese Distrito fue revocada respecto de Jorge Moscoso Restrepo y Luis Alberto Estrada Arias, en el sentido de llamarlos a juicio por el delito de robo agravado, confirmándola en lo demás...".

LA DEMANDA

El impugnador solo invoca la causal 1ª del Art. 580 del C. de P. P., pues la sentencia se presenta para él como violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida, proveniente de apreciación errónea de las diligencias de reconocimiento en rueda de personas, único elemento de juicio de cargo contra ESTRADA ARIAS y de falta de apreciación de la prueba que lo sitúa en lugar distinto del sitio donde se cometiera el delito.

Y sobre la misma construye estos tres cargos:

1. Los testimonios que afirman una ocupación normal del sentenciado, en lugar distinto y distante al del delito, se consideraron erradamente. Y otro tanto sucedió con la planilla de trabajo, con la cual ESTRADA ARIAS demostró que no podía estar en la sucursal Avenida Kennedy del Banco Industrial Colombiano, cuando este fue asaltado.

Anota el recurrente que las muy favorables declaraciones que apoyaron la versión del condenado, no podían desestimarse con el único argumento de provenir de sus compañeros de trabajo, ni menos excluir el valor contra indiciario de la referida planilla por presentar ésta una enmendadura. De lo primero dice que, precisamente, los más indicados para reconocer o no esta clase de labor, eran quienes realizaban esa común actividad. De no se estaría desestimando una posibilidad probatoria de calificado valor e imposibilitando una defensa, pues los únicos que podían asegurar una ocupación de esta índole estarían impedidos para hacerlo por un vago concepto de "solidaridad laboral" que, para estos casos, no juega en este sentido e intensidad. De lo segundo comenta que ESTRADA ARIAS no tuvo acceso a la planilla y obviamente no podía adulterarla en beneficio suyo.

2. Los reconocimientos aludidos se apreciaron equivocadamente. En efecto, el sentenciador atribuye firmeza a diligencias que carecen de tal categoricidad y afirma una legalidad de la prueba que no corresponden a la realidad.

Sobre estos puntos comenta que los identificadores Gustavo Adolfo Cabrera Arellana y Dolly Serje Peralta, no fueron juramentados por el funcionario de la Policía Judicial que practicara esas individualizaciones en rueda de personas. El reconocimiento no deja de ser un testimonio y éste no existe si le falta el esencial requisito de la juramentación.

De otro lado, seleccionando algunos apartes de las testificaciones rendidas en la audiencia, deduce la incertidumbre y equivocidad que transparentan esos reconocimientos. Cabrera Arellana, por ejemplo, dice que no reconoció en la fila a ninguno, que simplemente anotó que Estrada Arias se parecía a uno de los asaltantes, que nunca dio un "sí rotundo" ni demostró certeza pues tan solo aseveró que "se me pareció mucho". Y la Serje Peralta, destaca que su determinación se basó en que se le parecía por el pelo, estatura y color de piel, pero nada más porque no alcanzó, cuando se realizó el asalto, a precisar detalles.

De ahí concluye el censor: "...no es un manifiesto error hablar de FIRMEZA en estos declarantes, cuando ellos precisamente dicen lo contrario, que NO TIENEN SEGURIDAD, que NO ESTAN CIERTOS de la identidad de nadie, que NO TIENEN, precisamente, esa FIRMEZA que asevera el fallador de la segunda instancia? Es manifiesto error señalar que un declarante afirma lo que realmente no asevera...".

3. Se tomó por indicio un hecho incomprobado. El dinero decomisado a ESTRADA ARIAS se dice que era parte del producto del robo, pues el sello del Banco, utilizado en la cinta que fijaba los varios paquetes, se advertía fragmentariamente en los billetes.

Agrega en favor de esta objeción, que aún siendo cierta la circunstancia comentada esto no demostraría la participación de ESTRADA ARIAS en el delito, pues sería necesario demostrar antes que ese dinero así sustraído no podía llegar a sus manos en forma lícita y por conductos diferentes a un punible apoderamiento; que la mínima cantidad decomisada no guarda proporción con la cuantía considerable del robo, lo que indica a las claras que cantidad ínfima como la hallada en poder del sentenciado, no correspondía al apreciable botín recogido en el asalto al Banco Industrial Colombiano; y, finalmente, que demostración tal exigía una peritación, prueba ausente del proceso, y no el "parecer de un declarante".

Como resumen de estas glosas el recurrente expresa: "Y son estos elementos de juicio los que llevaron con manifiesto error, a condenar a ESTRADA ARIAS, por un robo en el que no ha participado. Y tanto más manifiesta es la equivocación del fallador de segunda instancia, cuanto que, con yerro también manifiesto, rechazó las pruebas que acreditan que en la ocasión del delito, él se encontraba en la fábrica ya citada, como trabajador de ella, según se desprende de otros trabajadores que en esa fecha y horas allí lo vieron y de la planilla de control de labores obviamente llevada por persona distinta a Estrada Arias.

"Este yerro manifiesto en la estimación de las pruebas, ya porque se les dio un alcance que no tienen, ora porque se desestimó el que otras sí ofrece, yerro manifiesto, repito, constituye error de hecho que indirectamente determinó, al dar pie para que se consideraran cumplidas las exigencias legales para condenar, en cuanto a la plena prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad, para que se aplicara la ley sustancial, en los preceptos ya citados (Arts. 404 y 9º de la Ley 21/73), los cuales no eran pertinentes, por no contarse con la exigencia probatoria para proferir sentencia condenatoria".

De ahí que solicite la cesación del fallo en cuanto establece una condena para ESTRADA ARIAS y se sustituya por una sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DEL PROCURADOR 2º DELEGADO

La opinión fiscal se muestra adversa a la pretensión del impugnador y al respecto comenta:

a. La doctrina invariada de la Corte, cuando se trata de violación indirecta de la ley por error de hecho (declarar como existente lo que no ha acontecido; negar o distorsionar lo que ha sucedido) o de derecho (fijar a un elemento probatorio distinto valor del señalado por la ley o negar el que ésta le otorga), se manifiesta en el requerimiento al censor de indicar las normas que regulan uno u otro aspecto y que se dicen infringidas y las razones que demuestran el yerro cometido. De este punto, que suele conocerse como la violación medio, debe pasarse a la violación fin, esto es, concretar la forma como el derecho material ha sido quebrantado. Si la demanda no traduce estos requisitos de técnica, la acusación resulta deficiente, la proposición jurídica incompleta y la impugnación no puede prosperar.

La observación del Procurador penetra hasta indicar que el error padecido por el juzgador, tal como lo comenta el recurrente, debe tomarse más bien como de derecho. Pero en este evento tampoco se demostró la clase de error padecido pues "el demandante se limitó a enfrentar su criterio personal al del fallador respecto al valor que debía darse a determinados elementos de convicción". En este punto recuerda que la ley procesal no atribuye al testimonio un específico valor sino que deja su determinación a su razonado criterio, orientado por los factores que señala el artículo 236 del C. de P. P.

Concluye el análisis destacando la alteración de la planilla. Deja entrever su valor indicario, en contra del sentenciado, por su interés en cambiar el primitivo

sentido de este documento (desvirtuaba su coartada) sin que valga como refutación a este aspecto incriminatorio el que ESTRADA ARIAS no elaboraba esa constancia ni tenía normal acceso a ella. Además, por sus características, no atraía la aplicación del artículo 265 del citado estatuto.

b. Cuanto a la crítica que se hace de apreciación errónea de las diligencias de reconocimiento en fila de personas, se admite su ilegalidad, pero en los llevados a cabo por la Policía Judicial (septiembre 18 de 1974, Fl. 18 c. principal), que no tuvieron influencia en el fallo, decisión que, en este aspecto se apoya en las identificaciones obtenidas por el funcionario de instrucción, días después, con la plena satisfacción de las exigencias de ley (Fls. 173 a 177). No se niega tampoco que los declarantes Cabrera Arellana y Serje Peralta demostraron en la audiencia pública y bajo la presión del intenso interrogatorio de la defensa, cierta incertidumbre sobre los reconocimientos efectuados al principio de la investigación. Mas de la cotejación de unas y otras intervenciones no se infiere, con certeza que las últimas respuestas -rendidas cuatro meses después en el acto público-, constituyen" ... una franca retractación que por completo desvirtuara la original imputación...".

De ahí que "la acusación debe rechazarse por dos razones fundamentales: no ajustarse a la realidad procesal -inexistencia de la retractación de dos testigos-; y no formularse de manera completa, ya que la sentencia impugnada se apoyó en otros declarantes que reconocieron el acusado, los cuales ignoró el libelo de casación -el mismo hecho aparece demostrado por otros medios de convicción-.

c. Finalmente, no puede aceptarse la falta de comprobación de un hecho tomado con valor de indicio, o sea la identidad de los billetes decomisados y que se tienen por parte de los sustraídos al banco. A este efecto se recuerda al censor que la gerente de la institución Josefina Henao -Fl. 51-, su secretario general, Rafael Antonio Pérez -Fl. 55- y el cajero principal, Néstor Fontalvo Altamar -Fl. 114-, coincidieron en este señalamiento y afirmación, motivo suficiente para impregnar la circunstancia de valor probatorio y tomarla en cuenta en la sentencia. Concurre a este mismo logro el dictamen grafotécnico de Fls. 304 a 306 y la falta de explicación satisfactoria sobre la procedencia del dinero hallado en poder del procesado recurrente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No logra el recurrente demostrar la procedencia de sus cargos, pues ninguno de los tres aspectos que trata como fundamentales responde a la realidad del proceso ni a la orientación muy definida que sobre los mismos ha tenido ocasión de fijar la jurisprudencia. Lo que él acota como errónea apreciación de la prueba (reconocimiento de personas, identidad de los billetes decomisados, desestimación de la planilla de trabajo y de los testimonios indicativos de la presencia del procesado en normales ocupaciones) no adquiere la entidad invocada y de ahí la afortunada réplica que el Ministerio Público formula a esos planteamientos.

Pasa la Sala a reiterar este criterio, ya señalado en la vista fiscal:

Objeta el censor que el *a quo* les otorgó una fuerza probatoria de la cual carecen, pues lejos de traducir los identificadores firmeza y seguridad, denotan vacilación y ofrecen referencia que fácilmente pueden tomarse como equívocas y propicias a la confusión. De otro lado, y esto haría inexistente la respectiva diligencia, los testigos no fueron juramentados. Como ya se dijo, el memoralista hace hincapié en la actuación cumplida por la Policía Judicial, que adolece del vicio relativo a la falta de juramento, y circunscribe la referencia a Cabrera Arellana y Serje Peralta. Esto quiere decir, de entrada, que el ataque pierde mérito porque los reconocimientos se practicaron en forma debida por el Juez 9º de Instrucción Criminal, de donde la crítica debió relacionarse con esta diligencia y no con la de la Policía Judicial que se descartó en el fallo impugnado; y, porque de otro lado la errónea apreciación de la prueba se controvierte de modo parcial pues el proceso demues-

tra, contra lo dicho por el memorialista y la torpe afirmación del Juez 5º Penal del Circuito de Barranquilla -Fl. 103-, la existencia e idoneidad de otros reconocimientos de ESTRADA ARIAS, vale decir, los de Armando Ballestas Pérez. -Fls. 172 y 176 *in fine*- y Néstor Julio Fontalvo Altamar -Fl. 176-.

Esto bastaría, se repite para hacer ineficaz el cargo a la sentencia.

Pero, además, la debilidad testimonial que el censor predica de estos señalamientos constituye también observación recortada pues sólo se detiene la crítica en la actitud dubitiva de Cabrera Arellana y Serje Peralta, en la audiencia pública. Esta posición, interpretada en forma exagerada, no puede constituirse en revocatoria de las iniciales atestaciones. Muy explicable resulta que transcurrido un buen tiempo, las impresiones visuales aminoren su intensidad y el testigo, acuciado para que formule respuestas categóricas y excluyentes de toda duda, ceda a la línea de menor resistencia y acepte lo que el interrogador quiere obtener, esto es, un síntoma de vacilación.

Pero lo que cuenta, en una correcta apreciación probatoria, es sopesar la inicial firmeza del reconocimiento, los motivos que se tuvieron para el señalamiento y la forma como éste se cumplió. Aquí es donde se ofrecen valederas razones para desestimar o mantener el mérito de una identificación de esta índole.

Obsérvese la serie de detalles suministrados en un principio por estos declarantes (estatura, peso, color, cabello, vestido, acento, etc. -Fls. 56, 59, 68 y 114-) y su reiteración en las diligencias de identificación -Fls. 173 a 176- y se tendrá que concluir que sí se da atendible seguridad en tales señalamientos, circunstancias aquellas que podía calibrar el juzgador en la forma que lo hizo y que ahora, de modo parcial, censura el recurrente.

2. La identidad de los billetes decomisados.

Afirmar que se trata de parte del botín del robo es cuestión más aceptable que tomar conclusión distinta. Este es uno de los aspectos más sólidos de la investigación y de mayor fuerza indiciaria. Valgan algunas breves reflexiones, ya comentadas por la Procuraduría, para destacar la procedencia de este juicio.

Pocas personas en mejores condiciones para realizar una identificación en este sentido como los empleados que manipulaban esos billetes cuando los asaltantes lograron su apoderamiento. Pues bien, después de leer las manifesaciones de Josefina de Henao, gerente, Rafael A. Pérez, secretario general, Judith García, cajera auxiliar, Néstor Julio Fontalvo, cajero principal -Fls. 50, 51, 55, 66 y 114-, hay que concluir, sobre este punto, del mismo modo al destacado en su fallo por el a quo. *Y más cuerpo y armonía toma esta interpretación cuando se advierte el significado de la pericia de Fls. 304 a 309, que viene a reforzar y sacar avante las anteriores apreciaciones.*

Se suma a todo esto, como factor adverso al sentenciado, la inocuidad de inverosimilitud de las explicaciones suministradas al respecto por ESTRADA ARIAS.

3. La prueba favorable al *álibi* alegado por ESTRADA ARIAS.

El documento de Fl. 156 (y su duplicado -Fl. 157-) no alcanza al trascendente efecto que quiere adjudicársele. No sirve para demostrar fehacientemente la coartada y antes por el contrario vuelve su eficacia como factor incriminante. Su adulteración, inimputable a las autoridades puesto que éstas así lo recibieron, impediría tenerlo como favorable a ESTRADA ARIAS. Por sus externas características y la finalidad perseguida con la mutación, habría que eliminar esta prueba de este ámbito y, extremando el caso, llegaría a cohibir toda referencia tanto como muestra de responsabilidad como de inocencia. En definitiva implicaría una consecuencia neutralizadora.

Pero la aplicación que de él hace el *a quo* tiene mejores fundamentos que la ofrecida por el recurrente. Es bien significativo que la hora afectada por la adulteración sea la propia al acto delictivo y que con ella se pretendiese borrar la demostración de haber estado ausente, ESTRADA ARIAS, de su lugar de trabajo. Es verdad que este procesado no era el encargado de elaborar y cuidar esa pla-

nilla, pero no es menos cierto que tenía mayores posibilidades e intereses para conseguir esta enmienda. De otro lado, y esta es cuestión de suma importancia, el testimonio de Carlos Céspedes B. -Fl. 151-, a cuyo cargo estaba tal comprobación, es más revelador en sus reticencias que en sus precarias afirmaciones. Nunca pudo explicar la razón de la enmienda y a pesar de mostrarse ajeno a ella tuvo que aceptar que "no estoy seguro vuelvo y repito si la puse yo". Y menos asegurar que ESTRADA ARIAS no pudo salir de su trabajo a la hora del ilícito. Agréguese a esto las características de la mudanza documental que revelan, a simple vista, identidad de autor y hasta utilización del mismo instrumento de escritura.

Entonces, cómo repudiar la interpretación que de esta circunstancia elabora el sentenciador? No hay motivos plausibles para tenerla por análisis contradictorio, forzado y en oposición a muy naturales reglas de lógica.

El juzgador ha insistido en puntos probatorios que daban margen para sus deducciones de responsabilidad. No hay absurdo, contrasentido, confusión o arbitrario análisis en sus conceptos y por tanto las bases del fallo condenatorio responden a lo que la ley le autoriza en este campo de las racionales convicciones.

No desbordó el arbitrio de interpretación concebido por las normas probatorias y su conclusión de condena se presenta como juicio suficientemente respaldado. Se trataría, entonces, de decidir si es mejor la valoración del juez o la que secunda el impugnador. En esta alternativa, la doctrina tiene firmes y respetados criterios. Valgan estas referencias a la jurisprudencia dominante:

A la Corte no le compete, a la manera del juzgador de instancia, enfrentar su criterio, ni el de ninguna de las personas que intervienen en el recurso de casación al de los magistrados que profirieron la sentencia impugnada en cuanto al grado de convicción que se desprenda de las pruebas examinadas por éstos. Unicamente cuando en la valoración de los medios de juicio se ha incurrido en un yerro manifiesto cabe admitir este motivo de casación (considerado en el artículo 584, causal 1ª, del Código de Procedimiento Penal). El error de hecho no puede surgir de complejos, elaborados o sutiles análisis de orden probatorio, sino de una antinomia nítida entre la verdad que el proceso proclama y la visión absurda del fallador. La disparidad de criterio entre éste y el demandante sobre el grado de convicción que podría desprenderse de uno o de varios elementos de juicio, jamás puede fundar el error manifiesto de hecho.

La verdad subjetiva del censor no puede, por sí, prevalecer sobre la verdad objetiva del fallador, máxime cuando éste ha explicado debidamente su decisión y apoyado ésta en elementos probatorios reales y que pueden interpretarse con cierta libertad. Mientras se ajuste a este racional arbitrio y no incurra en desvíos conceptuales, no es factible desconocer la presunción de acierto y justicia que defiende el fallo en casación.

El cargo no prospera.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, -SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

NO CASA.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

HABEAS CORPUS

Es un derecho sin distingos de ninguna naturaleza

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

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero.*

Aprobado: Acta Nº 11

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador General de la Nación a la providencia dictada por el Tribunal Superior de Cali mediante la cual se sobreseyó definitivamente en favor del doctor DARIO LEON LOPEZ PEREZ, Juez Segundo Penal Municipal de Cali por prevaricato.

LA INVESTIGACION

El Procurador General de la Nación doctor Jaime Serrano Rueda denunció ante el Tribunal Superior de Cali al Juez Darío León López Pérez, como presunto autor del delito de prevaricato, por haber concedido libertad al ciudadano Benjamín Herrera Zuleta en desarrollo del *Habeas Corpus* que impetró su apoderado.

La Procuraduría narra los hechos en la forma que a continuación se transcribe:

"1º El señor Benjamín Herrera Zuleta fue capturado el *viernes 20 de febrero de 1976* en su residencia de la ciudad de Cali, cuando se encontraba departiendo con el señor Fabio Villa quien también fue privado de la libertad.

2º El mismo día y sin solución de continuidad fueron capturadas cinco personas más (Mariano Ospina, Mario Bohórquez, Eduardo Molinares, Guillermo Ramos y Fabiola Borja de Molinares), en total *7 personas.*

3º Los siete capturados quedaron *incomunicados* en los calabozos del F-2 de Cali la misma noche del *20 de febrero* y fueron puestos a disposición del Comandante de la Tercera Brigada el lunes *23 de febrero.*

En la misma fecha los detenidos quedaron a órdenes del Juez 48 de Instrucción Penal Militar, quien dictó auto cabeza de proceso el martes 24.

4º El *viernes 27 de febrero* cuando se formuló la solicitud de *habeas corpus* Benjamín Herrera Zuleta todavía se encontraba incomunicado y no se le había recibido indagatoria.

Estos dos hechos fueron comprobados por el funcionario acusado cuando interrogó a Herrera en los calabozos del F-2 el sábado 28.

Es obvio que para el veintisiete de febrero tampoco le había sido resuelta la situación jurídica a Benjamín Herrera.

5º El Juez 48 de Instrucción Penal Militar y el Comandante del F-2 en Cali no respondieron las comunicaciones que el veintisiete de febrero les envió el Juez Segundo Penal Municipal de esta ciudad, preguntándoles por la situación jurídica de Benjamín Herrera.

En definitiva, el material probatorio de que dispuso el funcionario acusado para resolver la solicitud de *Habeas Corpus* provino de las informaciones suministradas por el abogado Quijano Yacup y de las diligencias que él personalmente practicó".

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal Superior de Cali sobreseyó definitivamente en favor del Juez acusado

porque llegó a la conclusión de que el hecho a él atribuido no era constitutivo de delito.

Parte de la base de que si Herrera Zuleta fue capturado e incomunicado en 20 de febrero, el término de la incomunicación quedaba excedido el 21 siguiente (sábado), no importa que las oficinas de la Tercera Brigada no acostumbren despachar ese día, como lo manifestó el Auditor de Guerra que dio la orden de reconducir a los calabozos al sindicado y a sus cómplices, incomunicados hasta que fuese comisionado el Juez de Instrucción Penal Militar que habría de avocar el conocimiento, lo que ocurrió el lunes 23 de febrero, habiéndose dictado auto cabeza de proceso el martes 24.

En sus pasos más pertinentes, dice la providencia recurrida:

"Pero vamos a pecar de menos estrictos y rigurosos. Vamos a contemplar la hipótesis de que el día lunes 23 de febrero, en que los antes mencionados individuos fueron enviados al Comando de la Brigada, y devueltos pocos momentos después por el Auditor de Guerra para que siguieran en calidad de capturados e incomunicados en las dependencias (calabozos) del F-2 mientras el citado Comando designaba el Juez Instructor, se estaban cumpliendo las formalidades del Código de Procedimiento Penal y normas legales en vigencia. Habiendo siete capturados e incomunicados -lo que no se ignoraba-, porque ese mismo lunes no se hizo entrega inmediata de las diligencias recogidas al Juez comisionado, el 48 de Instrucción Penal Militar, y por qué ese mismo día no se inició la investigación cuando ya llevaban casi tres días de cautiverio en los pequeños calabozos del F-2? A qué esperar al día siguiente martes 24, para proferir el auto cabeza de proceso? Aquí se vuelve a lo dicho atrás: En Colombia existe poco respeto por el cumplimiento exacto de unos términos que son angustiosos, que están señalados como máximos en las respectivas disposiciones y que deben observarse de manera inflexible, por encima de cualquier otra actividad, con olvido de la personalidad de los aprehendidos y de la delincuencia que se les acuse.

Y recibidas dichas diligencias por el Juez 48 de Instrucción Penal Militar, por qué, se pregunta la Sala, hubo de aplazarse la recepción de la indagatoria de HERRERA ZULETA de manera indefinida? El mentado funcionario bien sabía que le corrían términos brevísimos para practicar con aquél dicha diligencia, y que, además, ya HERRERA llevaba varios días encerrado en los calabozos de la Policía en espera de ser indagado y de que se le levantara la incomunicación, mientras se definía su situación jurídica. No podía ignorar dicha situación, porque en el pequeño sumario existían constancias, y por qué, además, el Juez 2º Penal Municipal de Cali, desde la tarde del viernes 27 de febrero, le había hecho conocer la existencia de una petición de *Habeas Corpus* interpuesta en favor de aquél. Pero, es que no había una prueba suficiente para justificar la injurada de HERRERA ZULETA y era preciso esperar las versiones de los restantes indagados a ver si de ellas surgía aquélla, o es que se le quería hacer sentir todo el poderío de la Justicia Penal Militar por su oscuro pasado de narcotraficante?".

Contra el criterio expuesto por el Tribunal Superior de Cali, razona su colaborador fiscal en la forma que se dice a continuación:

1. Los artículos 417, 418, 419, 420 y 421 del Código de Procedimiento Penal solamente se refieren a la libertad de locomoción, como única garantía tutelada con el *Habeas Corpus*.

2. El artículo 417 citado excluye la incomunicación y la indagatoria, porque el 434 del mismo estatuto señala unos términos superiores a las cuarenta y ocho horas de privación de la libertad a que se refiere aquella disposición. De aceptarse la tesis del juez acusado, habría que conceder el *Habeas Corpus* a todos los capturados a quienes no se les recibiera indagatoria dentro de los tres días siguientes a la captura.

3. Los términos de incomunicación y para recibir indagatoria estaban doblados por el Decreto 1412 de 1975, los cuales no se encontraban vencidos para el primero

de marzo cuando se puso en libertad a Herrera Zuleta.

4. La celebridad y acuciosidad del juez López Pérez en la tramitación del *Habeas Corpus* solicitado por el abogado Juan Quijano son sospechosas. No es normal en la práctica forense que el juez personalmente lleve comunicaciones a las oficinas públicas, las reitere con intervalos de veinticuatro horas, concurra a su despacho el sábado por la tarde y el domingo, y conceda el beneficio antes de setenta y dos horas de la petición, incluidos los días sábado y domingo.

5. La solicitud de *Habeas Corpus* ha debido negarse a su presentación, porque los hechos revelados en ella indicaban que los términos para recibir indagatoria y resolver la situación jurídica a Benjamín Herrera no se encontraban vencidos".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DELEGADA

Amplía notoriamente el criterio del anterior y en sus pasos más sobresalientes precisa:

"*Primero.* En .....

Segundo: Como ya hubo oportunidad de observarlo, los hechos fundamentales expuestos en la solicitud de *Habeas Corpus* no cambiaron en el curso de la investigación.

Ellos son, en síntesis:

Que el ciudadano Benjamín Herrera Zuleta se encontraba incomunicado y privado de la libertad desde el viernes 20 de febrero de 1976;

Que con Herrera Zuleta fueron capturados en su casa de habitación Mariano Ospina, Mario Bohórquez y Fabio Villa, y minutos después, en otro lugar de Cali, Guillermo Ramos, Eduardo Molinares y Fabiola Borja de Molinares;

Que para el 27 de febrero Herrera Zuleta seguía incomunicado y sin rendir indagatoria, situación que subsistía para el 1º de marzo;

Que por el Decreto 1412 de 1975 los términos para recibir indagatoria y resolver la situación del capturado estaban doblados.

De estos hechos tuvo conocimiento el Juez López Pérez por el escrito que el veintisiete de febrero le presentó el abogado Quijano Yacup, los cuales comprobó al interrogar personalmente a Benjamín Herrera el sábado ventiocho de febrero.

Tercero. Es indudable que para el viernes veintisiete de febrero -fecha en que se presentó la solicitud de *Habeas Corpus*- el ciudadano Benjamín Herrera se encontraba privado de la libertad, incomunicado y sin rendir indagatoria. Es igualmente cierto que para el lunes primero de marzo esta situación se mantenía.

Cuarto. Se .....

Indagatoria. Se recibirá declaración indagatoria -dice el artículo 381- al que en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso, considere el funcionario autor o partícipe de la infracción.

Y el artículo 426 del mismo estatuto autoriza la captura del presunto sindicado para los efectos de la indagatoria, en los procesos por delitos sancionados con presidio o prisión.

Aparece en el proceso con prueba evidente que el señor Herrera Zuleta fue capturado para rendir indagatoria por un delito contra la salubridad pública, sancionado con pena de presidio.

El juez a cuyas órdenes se pone una persona capturada, tiene esta alternativa: ponerla en libertad inmediata luego de recibirle indagatoria o dictarle auto de detención, previa la declaración sin juramento (artículo 437 del Código de Procedimiento Penal). Es obvio que si el juez considera innecesario vincular al capturado en calidad de acusado, le recibe testimonio y le concede la libertad también de manera inmediata.

La ley procesal no prevee sanciones para el juez que no reciba indagatoria al capturado dentro de los términos fijados en el artículo 434 (es obvio que le será aplicable el régimen disciplinario ordinario).

El texto claro de esta norma da a entender que esos plazos no son perentorios ya que el artículo 437 los prorroga

hasta la definición de la situación jurídica.

El Tribunal .....

Duplicación de los términos. Tampoco se ha discutido en este asunto la duplicación de los términos judiciales en el caso del señor Herrera Zuleta, por ser un hecho incontrastable. En efecto:

En ejercicio de las facultades que la Constitución Nacional confiere al Gobierno durante el estado de sitio, se dictó el Decreto 1412 de 17 de julio de 1975 en cuyo artículo 2º se dispuso:

"En los procesos por delitos comunes adscritos al conocimiento de la justicia Penal Militar, la indagatoria deberá recibirse dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que el capturado haya sido puesto a disposición del Juez. Terminada la indagatoria o vencido el término aquí señalado, la situación del aprehendido deberá definirse dentro de los seis (6) días siguientes, ordenando su detención preventiva, si hubiere prueba que lo justifique, o su libertad inmediata. Estos términos se aumentarán hasta en otro tanto si hubiere más de dos capturados en el mismo proceso y la aprehensión se hubiere realizado en la misma fecha".

Esta Procuraduría delegada no se detiene en cálculos con descuentos o sin descuentos por días inhábiles ni invoca disposiciones de diferentes estatutos procesales. Se limita a recordar que Benjamín Herrera fue capturado en la noche del *20 de febrero de 1976* y que para el *1º de marzo,* cuando se le concedió la libertad, habían transcurrido *diez días.*

Igualmente recuerda este Despacho que es también un hecho indudable la captura de Herrera en su casa con tres personas más: Fabio Villa, Mario Bohórquez y Mariano Ospina. Esta circunstancia automáticamente doblaba los términos según la disposición antes transcrita.

En conclusión, aparece indiscutible la duplicación de los términos judiciales prevista en el artículo 2º del Decreto 1412 de 1975, por capturar más de dos personas en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, por idénticos motivos y respecto del mismo proceso.

Definición de la situación jurídica del capturado. Examinadas la incomunicación, la recepción de indagatoria, la captura y la duplicación de los términos judiciales, es fácil concluir acerca de la definición de la situación jurídica del capturado.

El primero de marzo de este año cuando se concedió la libertad al señor Benjamín Herrera por el procedimiento de *Habeas Corpus,* no estaba vencido el término para resolver su situación jurídica, sea que se aplique el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal en relación con el 434 o el artículo 2º del Decreto 1412 de 1975.

Quinto. El derecho de Habeas Corpus. Con las premisas sentadas en el numeral inmediatamente anterior se concluye que el señor Benjamín Herrera no tenía derecho a la libertad por el procedimiento del *Habeas Corpus,* por que el término legal para definir su situación jurídica no estaba vencido para el 1º de marzo de 1976".

Concluye que se encuentra plenamente configurado el delito de prevaricato a cargo del Juez acusado y solicita que la Sala revoque el auto de veintisiete de septiembre último por el cual el Tribunal de Cali sobreseyó en su favor y lo llame a responder en juicio ordinario como autor del delito de prevaricato.

CONSIDERA LA SALA

Resulta incuestionable que el Habeas Corpus *es un derecho que, sin distingos de ninguna naturaleza, confiere el legislador a toda persona que se encuentre privada de libertad por más de 48 horas, cuando considere que en su caso se está violando la ley. Puede invocarlo ante el Juez Penal o Promiscuo Municipal del lugar, el cual deberá tramitarlo de conformidad con lo establecido en el Título IV, libro II del Código de Procedimiento Penal en sus artículos 417 al 421 y concordantes sobre la materia.*

Sobra decir que el derecho de Habeas Corpus *no procede cuando el peticionario*

se encuentra privado de libertad, en virtud de auto o sentencia de autoridad competente, o en caso de captura, cuando no han vencido los términos señalados en el Código de Procedimiento Penal. Si este es el caso, el Juez así lo declara y lo comunica al interesado.

No se discute por el Ministerio Público que Herrera Zuleta fue capturado en su casa de habitación el 20 de febrero de 1976, en las horas de la noche, y que dicha situación se mantenía el 27 de febrero inmediatamente siguiente, día en que su apoderado invocó el derecho de Habeas Corpus *ante el Juez Segundo Penal Municipal de Cali.*

La Sala acepta que en el expediente aparece demostrado con prueba evidente que el señor Herrera Zuleta fue capturado por delito contra la Salubridad Pública, sancionado con pena de presidio, como lo precisa el Procurador.

Se admite así mismo que conforme al artículo 436 en relación con el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal no puede definirse la situación jurídica del acusado sin que previamente se le haya recibido declaración indagatoria.

Pero la conclusión del Procurador, según el cual "El vencimiento de los términos de la última norma citada da fundamento a la solicitud de Habeas Corpus *por la prolongación indebida del estado de captura mas no por la ausencia de indagatoria", merece observaciones.*

Dice el "Artículo 437.- Definición de la situación jurídica del indagado. Terminada la indagatoria o vencido el término señalado en el artículo 434, la situación del aprehendido deberá definirse a más tardar dentro de los cinco días siguientes, decretando la detención preventiva, si hubiere prueba que la justifique, u ordenando su libertad inmediata. En este último caso no podrá imponérsele caución, a menos que subsista algún indicio contra el indagado, evento en el cual el juez podrá obligarle a presentarse periódicamente ante su despacho o al de un funcionario judicial o de policía de su domicilio, so pena de multa hasta de cinco mil pesos, graduada de acuerdo con su posición económica".

El artículo 434 trata de los términos de incomunicación para recibir indagatoria y advierte que dicha diligencia deberá cumplirse a la mayor brevedad posible dentro de los tres días siguientes a aquél en que el capturado hubiere sido puesto a disposición del Juez, plazo durante el cual se podrá mantener privado de comunicación al capturado. Este término se aumentará hasta en otro tanto si hubiere más de dos capturados en el mismo proceso, como ciertamente ocurre, en el caso que motiva este recurso de apelación.

Pero en ningún caso y por ningún motivo podrá prolongarse la incomunicación más alla del término perentorio fijado en él.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal puntualiza que el 1º de marzo de 1976, o sea, cuando el Juez Segundo Penal Municipal de Cali concedió la libertad a Herrera Zuleta, habían transcurrido diez días, durante los cuales permaneció incomunicado y en los calabozos del F-2 en la ciudad de Cali. Pero asegura que, para entonces, no se encontraban vencidos los términos para resolver la situación jurídica del sindicado, no importa si para dilucidar el caso se da aplicación al artículo 437 del Código de Procedimiento Penal en relación con el 434, o al artículo 2º del Decreto 1412 de 1975. O sea que para el Procurador Segundo, el término establecido por el artículo 437 en concordancia con el 434, autoriza al juez del conocimiento a recibir indagatoria al sindicado una vez vencidos los tres días siguientes a aquél en que el capturado fue puesto a disposición, o después de seis días, en el evento de que fueren más de dos los capturados en una misma fecha, en el mismo proceso.

Por este orden de ideas y en el caso que nos ocupa, el juez bien podía, en su concepto, recibir indagatoria al sindicado dentro de los dieciséis días siguientes a aquél en que le fue puesto a su disposición y resolver su situación jurídica, al día 11 de marzo de 1976, lo que dicho en palabras del Honorable Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, citado por el Procurador, conduce a que "el funcionario moroso, ignorante, caprichoso o abusivo, impone

su desafuero. Goza de una soberanía ante la cual toda acción de control se paraliza".

Bien miradas las cosas, el término de incomunicación, cuando se prolonga más allá de las 48 horas; después de la aprehensión del sindicado, causa el derecho de Habeas Corpus. *Distinto es el término de que puede hacer uso el juez para recibir indagatoria. El sindicado deberá ser oído en ella dentro de los tres días siguientes a aquél en que fuere puesto a su disposición. O de los seis días, si fueren dos o más las personas detenidas en una misma fecha en el mismo proceso. Y diverso es el término, de 6 ó 12 días, según el caso, dentro del cual el juez ha de resolver la estipulación jurídica del procesado. (Dto. 1412 de 1975).*

Pero la indagatoria es presupuesto obligado para que comience a correr este último término, y si no se oyó en él al sindicado, dentro de sus precisos límites, el juez debe dejarlo en libertad, oficiosamente, (si no quiere incurrir en detención arbitraria -artículo 296 del Código Penal-), oírlo luego y seguidamente definirle su situación jurídica.

El artículo 296 del Código Penal sanciona con arresto de un mes a un año al funcionario o empleado público que prolongue indebidamente la detención. Y la reiterada jurisprudencia de la Sala tiene dicho que esta norma hace referencia al derecho que asiste a toda persona para que oportunamente se le resuelva su situación jurídica cumpliendo el juez, el funcionario o el empleado público, todos aquellos términos que la ley de procedimiento señala para que tengan efecto determinadas exigencias en la tramitación del sumario y no sean objeto de burla o violación alguna por parte de los funcionarios, puesto que la pretermisión de términos y formalidades pudiera dejar al sindicado a merced del capricho de aquéllos, sin contar a su favor medio alguno con validez suficiente para que su detención no se prolongue más allá de los justos límites establecidos por la ley.

Nuestro estatuto penal conforma un ordenamiento jurídico pleno, en el cual unas normas deben ser interpretadas por otras y cada texto en concordancia con los demás,, que es la mejor manera de evitar su equivocado entendimiento.

Si prolongar la detención indebidamente es conducta punible, al tenor del artículo 296 del Código Penal, el juez que en dicha prohibición incurra no ha de excusar su proceder al amparo del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, menos con la afirmación de que el término para definir la situación jurídica del sindicado no se encontraba vencido cuando había rebasado el término de que disponía para recibirle indagatoria.

Por las mismas razones no cabe la imputación de prevaricador para el juez que hizo cesar la arbitrariedad. Y, para los efectos de la incomunicación, lo arbitrario tuvo comienzo en 21 de febrero de 1976. Continuó el 23, cuando el auditor de Guerra de la Tercera Brigada -funcionario público y auxiliar de la Justicia Castrense- ordenó que Herrera Zuleta y sus presuntos cómplices fueran devueltos incomunicados a los calabozos del F-2, a la espera de que el Comandante de la Unidad designara el juez que debía avocar conocimiento en el proceso que se les seguiría. Se evidenció el 29 de febrero, cuando, ya vencidos los términos para oírlos en indagatoria, aún no se había escuchado a Herrera Zuleta, habiéndosele mantenido en los calabozos del F-2 hasta el 1º de marzo, fecha en que obtuvo su libertad de manos del juez acusado. Como si culpable fuese él de que los sábados y domingos de privación efectiva de la libertad del sindicado, no sean laborables en los despachos de la Tercera Brigada, ni si vencidos los términos de la incomunicación, el 21 de febrero, el 23 aún no se hubiese designado por el Comandante de la Tercera Brigada al juez que había de conocer en el proceso, omisión no disculpable, pues más que presumible es evidente que el Auditor de Guerra sabía al Comandante de la Unidad Militar como Juez de Primera Instancia en los procesos castrenses, no importa si con facultades para designar juez de instrucción en un caso concreto. Y así, los términos para oír al inculpado en indagatoria, comenza-

ron a correr, incuestionablemente, el 24 de febrero.

Para esta Sala de la Corte, el tiempo señalado por la ley para definir la situación jurídica del sindicado no corre a discreción del juez sino una vez cumplida por él la obligación de recibirle indagatoria, inexcusablemente, dentro de los tres días siguientes a aquél en que le fue puesto a su disposición, o dentro de los seis días si los aprehendidos, fueren dos o más, en el mismo proceso. Pero comienza a correr inmediatamente después que el juez recibe la indagatoria.

Así entendidos los alcances de las normas que se comentan, si los sindicados fueron puestos a órdenes del Juez de Instrucción Penal Militar el 23 de febrero, en las horas de la mañana, el primero de marzo, al medio día, el plazo para oír a Herrera Zuleta en indagatoria se hallaba suficientemente cumplido, y corría a cargo del Juez del conocimiento ponerlo en libertad inmediata. Y libre de coacción y arresto, escucharlo posteriormente en indagatoria, y definirle su situación jurídica.

Afirmar que el Habeas Corpus *procede solamente en caso de prolongación indebida de la incomunicación, y guarda relación exclusiva con ella, vale tanto como decir que la detención arbitraria, que el estatuto represivo condena, carece de relevancia en toda hipótesis distinta. Lo cual es interpretación que ciertamente la Sala no comparte.*

En el caso sometido a conocimiento de la Corte, su pensamiento se sintetiza así:

1. Herrera Zuleta y sus presuntos cómplices fueron capturados el 20 de febrero de 1976 y conducidos a los calabozos del F-2, en la ciudad de Cali. Allí permaneció el primero, incomunicado, hasta el 1º de marzo el mismo año, es decir durante 10 días.

2. El término de la incomunicación venció el 22 de febrero.

3. Observa el Procurador que Herrera Zuleta fue capturado para oírlo en indagatoria y que durante el término que disponía el juez para recibirla podía continuar su incomunicación.

4. El capturado fue puesto a disposición del juez de Instrucción Penal Militar el 23 de febrero, en las horas de la mañana.

5. De conformidad con las disposiciones legales pertinentes (artículos 434 y 437 del Código de Procedimiento Penal) el término para recibir indagatoria al sindicado comenzó a correr el 24 de febrero y se agotó legalmente el 1º de marzo. En esta fecha obtuvo libertad por orden del juez acusado.

6. A partir de la última fecha el juez podía oírlo en indagatoria si el sindicado se presentaba voluntariamente, o, de no hacerlo así, librarle orden de captura para el mismo fin.

7. Si no se hubiese reclamado el derecho de Habeas Corpus *en favor del sindicado, el juez del conocimiento estaba igualmente en el deber perentorio de levantarle la incomunicación el día que vencieron los términos legales para oírlo en indagatoria, y ponerlo en libertad inmediata, so pena de incurrir en detención arbitraria.*

8. Excepcionalmente puede el juez prolongar la incomunicación, para oír al sindicado en indagatoria. Pero no más allá del término precisado legalmente para recibirla. Vencido, debe ponerlo inmediatamente en libertad, salvo que la diligencia haya tenido comienzo. En ambos casos la definición de la situación jurídica del aprehendido no podrá sobrepasar los cinco días siguientes a aquél en que venció el término legal establecido en el artículo 434.

De todo lo cual se deduce con diafanidad, que la restricción de la libertad sin sujeción estricta a las estipulaciones de ley, es conducta arbitraria, sancionada penalmente.

No sobra decir que el derecho de Habeas Corpus, *no se satisface en la legislación colombiana, como lo afirma el Ministerio Público, permitiendo al sindicado dialogar con su apoderado, familiares y amigos, sino dejándole en libertad absoluta de movimiento, lo que no es posible hacer dentro de un espacio cerrado, no importa su amplitud, y menos confinado en*

un calabozo, en las condiciones deprimentes de que dan cuenta los autos.

Como el Juez de Instrucción Penal Militar no recibió la indagatoria del sindicado dentro del término legal, ni cumplió con la obligación de ponerlo en libertad, el Juez Segundo Penal Municipal de Cali que se la otorgó, previa solicitud de su apoderado, procedió conforme a derecho y consecuencialmente no es posible de la imputación de prevaricato reclamada en su contra por el Procurador General de la Nación.

Son las razones que asisten a la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- para confirmar en todas sus partes la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

En los juicios en que interviene el Jurado no se puede alegar

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

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 11.

Expediente Nº 22.911

V I S T O S

Surtidos los trámites legales, procede la Corte a resolver el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia de 2ª instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 22 de abril de 1976 y que confirmó la del Juzgado Diez y Nueve Superior del 19 de noviembre de 1975, mediante la cual condenó a Celso Tulio Olaya Rojas a la pena principal de ocho años de presidio, a las accesorias de rigor y al pago de los perjuicios causados, como autor del delito de Homicidio en la persona de Arcadio Bohórquez Ramírez.

LOS HECHOS

El Tribunal los sintetiza en la siguiente forma:

"...Tuvieron ocurrencia en las horas de la noche del trece de abril de mil novecientos setenta y cuarto, en el sitio 'La María', jurisdicción de Nimaima (Cund.), en momentos en que se presentó un altercado en un establecimiento de cantina, a consecuencia del cual resultó muerto Arcadio Bohórquez al recibir un disparo de arma de fuego, hecho por Celso Tulio Olaya...".

ACTUACION PROCESAL

El Juzgado Diez y Nueve Superior de Bogotá el 3 de octubre de 1974 llamó a responder en juicio criminal, con intervención del Jurado, a Celso Tulio Olaya Rojas, por el delito de homicidio, simplemente voluntario, en Arcadio Bohórquez Ramírez, conforme a hechos ocurridos el 13 de abril de 1974 en jurisdicción municipal de Nimaima, departamento de Cundinamarca. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal, en auto del 5 de febrero de 1975.

Efectuada la audiencia pública, el jurado de conciencia emitió, por unanimidad, veredicto declarando responsable al acusado, y con base en él, el Juzgado dictó sentencia condenatoria que confirmó ampliamente el Tribunal Superior de Bogotá.

El defensor de Celso Tulio Olaya Rojas interpuso recurso de casación contra este fallo. Concedido por el Tribunal y luego admitido por la Corte, lo sustentó en debida forma.

LA DEMANDA DE CASACION

Unicamente se acusa la sentencia por numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues aduce el recurrente que ésta se dictó en un juicio viciado de nulidad al quebrantar el fallador el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Para demostrar el cargo dice:

"...La versión que sobre la ocurrencia de los hechos suministró a la justicia el procesado, está amparada por la presunción de veracidad, prevista en el artículo 264 del C. de P. P. y ha debido ser analizada y valorada en toda su integridad jurídica, por la señora doctora Juez Supe-

rior que conoció del proceso, en razón de que en ella estaban incluidos los elementos estructurales de un legítima defensa de la vida, de una riña imprevista o por lo menos el de un estado de ira e intenso dolor, ocasionado por grave e injusta provocación. También podría haberse analizado en el auto calificatorio el error esencial de hecho previsto en el artículo 23 del Código Penal, habida consideración de que sus elementos estructurales también estaban demostrados en las probanzas allegadas al proceso...".

Entra luego a analizar diferentes testimonios que en su sentir corroboran el planteamiento del acusado, para concluir:

"...la única prueba sobre la cual fundó el Tribunal el auto de proceder, fue sobre el único testimonio de Zabala, decechando (sic) los numerosos testimonios que probaban la legítima defensa bajo cuyos presupuestos jurídicos obró el procesado, quebrando en forma directa los artículos 3º del C. Penal, y 6º del C. de P. P., que recogen las previsiones contenidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que manda aplicar la ley permisiva y favorable en los procesos penales, en lugar de la restrictiva o desfavorable. El H. Tribunal, en el caso cuestionado, cuando confirmó el auto de proceder, aplicó en el proceso adelantado contra CELSO TULIO OLAYA, la ley restrictiva y desfavorable en perjuicio del procesado, quebrantando en forma ostensible y flagrante, el artículo 26 de la Constitución Nacional. quebrantó igualmente el H. Tribunal Superior los artículos 481 y 483 del C. de P. P. al excluir del auto procesatorio las circunstancias que favorecían al procesado, como resultan ser el estado de legítima defensa de la vida bajo cuyas previsiones obró el procesado. Si el H. Tribunal, estimaba que el procesado no había obrado en legítima defensa de su vida, ha debido calificar el hecho criminoso bajo la previsión contenida en el artículo 26 del C. Penal, por haber ejecutado el hecho materia de su juzgamiento bajo un estado de ira e intenso dolor ocasionado por grave e injusta provocación, circunstancias estas que también tienen amplio respaldo en las pruebas del expediente.

"Al omitir tener en cuenta las anteriores circunstancias, una excluyente de responsabilidad penal, y la otra aminorativa de esa misma responsabilidad, el Tribunal, al calificar el mérito del sumario cuando desató el recurso de apelación interpuesto contra el auto de proceder de primera instancia, quebrantó como ya se dijo, los artículos 6º del C. P., y 8º del C. de P. P., al calificar en forma desfavorable la situación jurídica del procesado. Quebrantó el Tribunal en forma directa el artículo 483 del C. de P. P. en sus ordinales 2º y 3º, al omitir tener en cuenta la situación de legítima defensa y el estado de ira e intenso dolor bajo cuyos lineamientos obró el procesado al dar muerte a ARCADIO BOHORQUEZ. Tampoco tuvo en cuenta el H. Tribunal la afirmación vertida por CELSO TULIO OLAYA en su indagatoria, de que él había disparado su revólver, sin intención de matar, ni de herir, factor intencional que excluye el dolo específico integrante del delito de homicidio. Quebrantó el H. Tribunal, el artículo 26 de la Constitución Política en sus dos previsiones: falta de aplicación de la ley permisiva o favorable en el auto calificatorio y falta de observancia de las formas propias del juicio...".

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, sintetiza la censura en los siguientes términos:

"...el recurrente afirma que el Tribunal, al desconocer la legítima defensa u otras circunstancias favorables al procesado en el auto confirmatorio del enjuiciamiento, con base en un determinado testimonio, incurrió en error de apreciación de las pruebas en la forma dicha y en la invalidez alegada.

"Como ya se ha precisado suficientemente por la jurisprudencia de la Honorable Corte, las nulidades se encuentran consagradas en las normas procesales correspondientes para casos determinados; y también se producen por irregularidades que afecten las garantías del juzgamiento, que se consideran esenciales y se

desprenden del precepto constitucional, las cuales han sido enunciadas en fallos de esa alta Corporación...".

Después de algunas acertadas disquisiciones precisa:

"...el cargo se refiere a la interpretación de la prueba hecha por el fallador para adoptar su decisión; y en tal forma no se concreta la acusación, en cuanto a que el fallo prescindió de aplicar la ley más favorable, sino que esta aplicación la relaciona y hace depender de su estimación o criterio referido en virtud del cual consideró que existía delito, contra la conclusión del recurrente, de que la actuación del procesado se justificó por la legítima defensa que asevera existió y que por tanto no configuró infracción.

"De lo anotado se deduce que a través de tal razonamiento se llega a afirmar el quebrantamiento de la garantía constitucional referida, en cuanto a aplicación de la ley favorable; y en consecuencia, el punto se reduce directamente o concretamente a la equivocada estimación de los elementos probatorios por parte del fallador.

"Tal alegación equivale o corresponde al concepta de la violación indirecta de la ley sustancial y llevaría a que por esta vía, se examinara la existencia de error de hecho o de derecho.

"Como se ha expresado reiteradamente por la Honorable Corte, en los juicios con intervención de jurado no es admisible la invocación de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, pues conduce a desconocer la autonomía del jurado o a una declaración de contraevidencia no prevista como causal de cesación (sic); y el razonamiento mencionado lleva a dicha presentación, en forma indirecta, lo cual no es aceptable...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El recurrente, cuando empieza la censura afirmando que el sentenciador desconoció la confesión del acusado porque en ella se encontraban incluidos los elementos estructurales de una legítima defensa de la vida, de una riña imprevista "...o por lo menos de un estado de ira e intenso dolor, ocasionado por grave e injusta provocación...", formula un planteamiento contradictorio, pues, al mismo tiempo que sostiene la existencia de una excluyente del delito, reconoce la eficacia de éste con el señalamiento de circunstancias específicas de atenuación de la responsabilidad y de la pena.

No obstante, después precisa el cargo haciéndolo consistir en que la legítima defensa emerge de la confesión del procesado y de una serie de testimonios que transcribe y analiza en lo pertinente para determinar que el sentenciador, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de tales pruebas, la desconoció al calificar el mérito del sumario con llamamiento a juicio y, luego, al proferir fallo condenatorio con base en dicho auto y el veredicto de responsabilidad que dio el jurado siguiendo esos mismos lineamientos. De esta suerte, estima que el fallador quebrantó los artículos 6º, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, el 3º del Código Penal y el 26 de la Constitución Nacional "...al dejar de aplicar la ley permisiva o favorable, en lugar de la ley restrictiva o desfavorable...".

Olvida el impugnante que en los juicios en que interviene el jurado no se pueden alegar errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, que tiendan a demostrar exclusivamente la iniquidad del veredicto. El jurado de conciencia tiene plena autonomía para apreciar o dejar de apreciar los elementos de juicio que ofrece el proceso, con la única limitación de no desconocer lo que de suyo es evidente. Cuando esto ocurre, el juzgador de instancia está en la obligación perentoria de rechazar el veredicto y de convocar a un nuevo jurado. Entonces, resulta incuestionable que toda investigación en torno a la prueba con el fin de deducir un criterio distinto al del fallador, sólo puede conducir a establecer la contraevidencia del veredicto, circunstancia que no está contemplada como causal de casación. En el caso que se examina, el desatino del censor se hace más patente porque pretende probar, por modo indirecto, que la respuesta del jurado es contraria a la realidad procesal, lo cual significaría que intenta, tal

vez sin proponérselo, constituir la injusticia del veredicto en motivo de nulidad, pretensión que comportaría, un sofisma inexcusable.

Al concluir que el sentenciador, por no reconocer que el inculpado obró en legítima defensa, dejó de aplicar la ley permisiva o favorable en lugar de la restrictiva o desfavorable, incurrió en un nuevo desatino, No se puede hablar de falta de aplicación de la ley permisiva o favorable cuando se impugna el hecho que dio origen a la aplicación de la norma sustancial que se reputa más lesiva, porque sólo cuando el hecho se acepta como lo declaró probado el fallador, es posible hallarse ante preceptos más indulgentes que lo regulen al mismo tiempo que el escogido. De lo contrario, se estaría cambiando el hecho en sus dimensiones y alcances para seleccionar la norma más conveniente, es decir, para terminar excluyendo la que realmente lo contempla, en aras de imponer, el recurrente, su propio parecer. Esto no es pedir la aplicación de la ley más favorable, es simplemente repudiar el hecho más gravoso, procedimiento que riñe con el sentido jurídico que informa esta peculiar garantía constitucional.

Siempre se ha sostenido que la causal cuarta de casación procede cuando la sentencia de mérito se ha edificado sobre un, juicio viciado de nulidad, esto es cuando se evidencia no una simple irregularidad procedimental sino esencialmente una de tal naturaleza que comporta un vicio de actividad violatorio de garantías procesales de orden legal, o de rango constitucional. Referencia expresa a las nulidades previstas en el Código de Procedimiento Penal y a las derivadas de la Constitución Nacional. Las primeras son sanciones taxativas a ciertos actos del proceso que por defectuosos o extraños conculcan garantías pertenecientes a los sujetos procesales, o que se establecen en interés de la ley que ritúa los procedimientos; las segundas, son reproches de creación jurisprudencial a ciertos actos procesales que afectan derechos sustanciales, propios de la persona humana, consagrados en la ley fundamental del Estado.

Si no se demuestra, o no surge con evidencia, que se violaron derechos o garantías superiores del procesado en la labor judicial de su juzgamiento, toda tacha de nulidad supra-legal debe desecharse.

En este proceso, ni lo uno ni lo otro se cumple. Es más, la circunstancia excluyente de la antijuridicidad, que desconoció el fallador según el impugnante, fue ampliamente debatida en las instancias y rechazada con serios fundamentos probatorios no sólo por los jueces de derecho sino por el jurado de conciencia. En tal virtud, el cargo no prospera.

DECISION

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de veintidós de abril del año pasado, dictada en este proceso 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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CUESTIONARIOS AL JURADO DE CONCIENCIA

Alcance de los artículos 519 y 535 del Código de Procedimiento Penal

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

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 10, Marzo 3 de 1977

V I S T O S

Agotada la tramitación legal correspondiente, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado GERARDO ANTONIO VALENCIA ANDRADE contra la sentencia de 30 de enero del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por medio de la cual, al revocar la de primera instancia que le había fijado una pena privativa de la libertad de 32 meses de presidio, le condenó a la de ocho años y seis meses, a más de las accesorias correspondientes "como responsable de la muerte de su concubina Ruth Realpe Borrero".

HECHOS

En la providencia impugnada han sido presentados así:

"el día 18 de septiembre de 1974, Ruth Realpe Borrero se encontraba en la carrera 1ª con calle 45-A de esta ciudad acompañada de dos personas, su hermano Manuel Realpe y María Guillermina Erazo, en espera de un bus, cuando de un momento a otro se le acercó GERARDO ANTONIO VALENCIA ANDRADE, con quien había hecho vida marital, quien armado de revólver trató de agredirla a ella y a su hermano, habiendo disparado el arma por varias ocasiones sin que diera fuego; en vista de lo anterior, Ruth Realpe huyó en carrera, siendo perseguida por el procesado, quien cuando la alcanzó le propinó varias heridas con cuchillo que había extraído de un maletín que portaba, habiendo luego aparecido un vehículo conducido por un agente del F-2, quien ante las voces de auxilio de la ofendida y otras personas, detuvo el vehículo, hizo un disparo al aire y dio captura a Valencia Andrade, mientras que en la calle moría la Realpe" (Fl. 269).

ACTUACION PROCESAL

Al día siguiente de ocurridos los hechos y con base en investigaciones policivas previas, el Juzgado 16 Penal Municipal de Cali declaró abierta esta investigación (Fl. 13 vto.). Se oyó en indagatoria al sindicado Valencia Andrade (Fls. 16 ss.), se recibieron numerosas pruebas; el 25 de septiembre del mismo año se decretó la detención preventiva de aquél (Fls. 33 ss.). El 10 de marzo de 1975 se declaró cerrada la investigación (Fl. 202) y, el 18 de abril el Juzgado 5º Superior de la ciudad ya dicha llamó a responder en juicio criminal a Gerardo Antonio Valencia Andrade por el delito de homicidio en su concubina Ruth Realpe Borrero, reconociéndosele que había obrado "dentro de un estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, según los artículos 362 y 28 del Código Penal" (Fls. 209 ss.). Abierto el juicio a pruebas (Fl. 217) el apoderado de la parte civil solicitó la recepción de dos testimonios (Fl. 218) y el defensor la de otros dos y, además, adjun-

tó un certificado expedido "por el Instituto de Vivienda del Municipio de Cali, para establecer que el sindicado Valencia atendió generosamente, como lo hizo siempre, a su compañera e hijas, pues, tanto el lote como la casa eran para ella" (Fl. 220, Cfr. 219). Las pruebas fueron decretadas (Fl. 221), pero sólo se pudo recepcionar el testimonio de María Teresa Herrera Campo, solicitado por la defensa (Fl. 224).

Previos los trámites de ley (Fls. 225 ss.), el 5 de septiembre de 1975 se inició la respectiva audiencia pública. Durante ella se tomó la promesa de juramento a los jura dos, se leyeron el cuestionario, el auto de proceder, las piezas que solicitaron el Fiscal y el apoderado de la parte civil. Fue interrogado el procesado. Las personas que tenían derecho a intervenir, renunciaron al uso de la palabra por la primera vez. En la segunda: El fiscal sostuvo que no se podía aceptar el estado de ira e intenso dolor alegado por el enjuiciado y solicitó una respuesta afirmativa al cuestionario. El apoderado de la parte civil manifestó que el jurado podía apartarse de la calificación dada por el juez en el auto de proceder, en cuanto en él se reconocieron circunstancias atenuantes de la responsabilidad, que no se podían aceptar la ira ni el intenso dolor causado por grave e injusta provocación alegado por el procesado; que en la ejecución de los hechos "existió como repito, la sevicia, la alevosía, se aprovechó del estado de indefensión de la víctima, por eso yo os pido que con justicia contestéis el cuestionario: Sí es responsable, obrando con premeditación, sevicia y alevosía, sin existir ira provocada por la víctima". El defensor finalizó solicitando "contestéis únicamente que sí es responsable, por el estado de ira e intenso dolor" (Fls. 233 ss.).

A la consideración del jurado fue sometido el siguiente "CUESTIONARIO".

"El procesado GERARDO ANTONIO VALENCIA ANDRADE, hijo de Agustín Valencia y de Delfina Andrade, natural de Popayán, de 52 años de edad, casado con MYRIAM RAMIREZ, obrero de profesión, cedulado en esta ciudad bajo el número 6 065 095, alfabeto, ES RESPONSABLE SI o NO, de haber dado muerte, con el propósito de matar a su concubina RUTH REALPE BORRERO, a quien con arma cortopunzante y en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación ocasionó múltiples heridas tóraxoabdominales con perforación del pulmón, hígado, intestinos y aorta; en virtud de hechos que tuvieron por escenario la vía pública de la carrera 1ª con calle 45-A de esta ciudad, el 18 de septiembre de 1974". (Fl. 232).

La respuesta unánime fue la siguiente: "Sí es responsable. Sin atenuantes no agravantes" (id).

Luego se produjeron las sentencias condenatorias de primera y de segunda instancia indicadas en los vistos de la presente. Contra la última de aquéllas se interpuso en tiempo oportuno el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

LA DEMANDA

El apoderado del sentenciado luego de hacer una presentación de los hechos, algunos comentarios que estimó necesarios acerca de la sentencia de primera instancia y una síntesis de la actuación procesal, con apoyo en la causal 2ª de casación establecida por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: "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", formula un cargo contra el fallo impugnado, el cual argumenta así:

Para penetrar el sentido de los dos aspectos contemplados en el motivo de casación invocado, es necesario estudiarlos a través de las diversas etapas del proceso, en sus antecedentes, subsiguientes y proyecciones, para formar un todo armónico, en acatamiento tanto a los mandatos legales, como a la lógica jurídica.

Ejecutoriado el auto de proceder, el procesado debe defenderse, para lo cual, en la etapa respectiva, debe aportar las pruebas pertinentes, así como las demás partes las que consideren procedentes a la mejor defensa de sus intereses. Entonces, en esta etapa o no se produjeron pruebas,

o se produjeron únicamente en favor del proceso; o únicamente en su contra; o, tanto favorables como desfavorables.

En la audiencia, los jurados serán interrogados conforme al auto de proceder por los hechos determinados en él y conforme a las circunstancias que los constituyen. Durante ella se pueden presentar pruebas en cualquiera de los sentidos ya indicados para las de la etapa respectiva del juicio.

De acuerdo con el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal en el veredicto pueden presentarse las siguientes situaciones, en caso de que no se hayan allegado pruebas ningunas durante el período probatorio del juicio o durante la audiencia: Rotundamente afirmativo o negativo y, afirmativo pero agregando una circunstancia agravante o una atenuante. En el primer caso, el veredicto está de acuerdo con el auto de proceder y, en consecuencia, debe proferirse la respectiva sentencia; en el segundo, si la circunstancia agravante ha sido demostrada en cualquiera de las dos fases probatorias posteriores al enjuiciamiento, puede el jurado consignarlas en su veredicto; pero si no ha sido demostrada, el veredicto estaría en desacuerdo con el auto de proceder y, entonces, el juez, sin desvertebrarlo, debe aceptar la declaración de responsabilidad en lo sustancial de ella y desechar las circunstancias agravantes, porque de lo contrario se le estaría formulando un cargo al procesado, del cual ya no puede defenderse, sancionándosele sin antes haber sido oído de nuevo y vencido en juicio, con lo cual se cae dentro de la causal 2ª de casación.

Si en el auto de proceder se reconoció el estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación y si en la etapa probatoria del juicio no se produjeron, como tampoco en la audiencia, pruebas que vinieran a desvirtuarlo, un veredicto en que se desconociera aquella circunstancia, está en desacuerdo con el enjuiciatorio "y la sentencia que en él se basara como lo fuera la proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Sala Penal) está necesariamente en discordancia con los cargos formulados en el auto de proceder". Continúa el demandante: "En resumen, tanto lesiona el jurado el derecho de defensa de un procesado cuando en el veredicto le carga en su contra circunstancias agravantes del hecho no consignadas dentro del auto de proceder y no expresadas por tanto en el cuestionario y no demostradas dentro del período probatorio de la causa o en el acto de la audiencia, como cuando le desconoce en su veredicción, circunstancias atenuantes del hecho que habiendo sido reconocidas en el auto de proceder y por tanto consignadas en el respectivo cuestionario, su existencia no fue infirmada ni en el período probatorio de la causa como tampoco en el acto mismo de la audiencia.

"El asunto aquí es cuestión de pruebas, pues son éstas y nada más que éstas, producidas o practicadas dentro del período probatorio de la causa o dentro del acto de la audiencia, bien en favor o en contra de la situación jurídica deducida al procesado en el auto de proceder y consignadas en el respectivo cuestionario, las que permiten al jurado moverse dentro del ámbito de que trata el artículo 535 del C. de P. P., declarando circunstancias diversas a las expresadas en el cuestionario bien agravantes o atenuantes y que se refieren a las situaciones en párrafos anteriormente planteadas.

"Pero considerar que el jurado y con base en la facultad que le confiere el Art. 535 del C. de P. P., citado puede por sí y ante sí y en lo que respecta a circunstancias agravantes, no expresadas en el respectivo cuestionario y no demostradas en su existencia durante el juicio, expresarlas en su veredicto bien sea en forma directa o en forma indirecta y lo que es peor aún dictarse con base en un veredicto en dicha forma expresado sentencia condenatoria de segunda instancia en la forma y términos como lo hiciera el H. Tribunal Superior de Cali en la sentencia recurrida, ello constituye un absurdo porque ello equivale a incurrir en la causal segunda de casación, ya que una sentencia en tal forma dictada estaría en desacuerdo con el auto de proceder.

"Entender como lo ha entendido el H. Tribunal Superior (Sala Penal) del Distrito Judicial de Cali, la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia en su fallo de mayo 22 de 1975 y que en apoyo de éste aduce y transcribe, como consagración para el jurado de conciencia de una libertad ilimitada en la expresión en su veredicto, de circunstancias que pueden ser estas agravantes, no contenidas en el auto de proceder, ni expresada en el cuestionario y lo que es peor aún no probadas dentro del período probatorio de la causa o en el acto de la audiencia, o bien no reconocer aquéllas que reconocidas desde el auto mismo de proceder y expresadas en el cuestionario, tienen el carácter de atenuantes y como antes se dijo, no infirmadas ni en el período probatorio de la causa o en el acto de audiencia, todo ello equivale a hacerle decir a la H. Corte Suprema de Justicia (Sala Penal), guardiana de los derechos de libertad del individuo, de la Constitución y de las leyes, que tales derechos consagran, un absurdo, o lo que es lo mismo, el que a una persona se le puede endilgar y condenar por un cargo y dentro del veredicto de un jurado, cargo del cual no podrá ya más defenderse de él y que por otra parte la causal de casación prevista en el numeral 2º del Art. 580 del C. de P. P., en ningún caso así se trate de una circunstancia que transforma el homicidio simple imputado al procesado en el auto de proceder, en asesinato".

Agrega que la circunstancia atenuante del artículo 28 del Código Penal reconocida en favor de Valencia Andrade, no fue infirmada posteriormente ni podía serlo, por tratarse de circunstancias eminentemente subjetivas. Y, dentro de ese estado anímico se encontraba el sindicado al momento de cometer el hecho. Por tanto, la confesión en que así lo manifestó, tiene a su favor la presunción legal de veracidad consagrada en el artículo 264 del Código de Prcoedimiento Penal. Y, concluye su impugnación: Está demostrada la causal 2ª de casación: no estar acorde la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder. Por lo cual, solicita: que la providencia sea casada y que se dicte el fallo que debe reemplazarla (Cuaderno de la Corte Fls. 7 ss.).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal luego de presentar un resumen de los hechos, de la actuación procesal y de la demanda, razona para concluir pidiendo que el recurso sea desechado. A tal efecto, expone:

Según el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal "en los juicios con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales ha versado el debate". Luego no aparece clara la procedencia del motivo de casación alegado, pues el fallo no se dicta directamente con base en el auto enjuiciatorio, sino en el veredicto que no puede ser desatendido, "pues de otra manera podría llegarse a dejar sin valor por los jueces de derecho el veredicto, contra la expresa reglamentación contenida en el precepto ya citado".

La ley autoriza a los jurados para expresar brevemente las circunstancias diversas a las contenidas en el cuestionario, en que juzgaren que pudo haberse cometido el hecho (C. de P. P. Art. 535) cuando ellas sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, pues las de mayor o menor peligrosidad corresponden al juez (id. Art. 534). Con relación a las primeras no se ha puesto limitación alguna al jurado, ni aún para hacer más grave la situación del procesado.

Arguye cómo la Corte, por sentencia del 22 de mayo de 1975, cambió la jurisprudencia anterior según la cual "el auto de proceder señalaba el marco de la acusación, sin que ésta pudiera agravarse por el jurado mediante la inclusión o declaración de circunstancias agravantes no contempladas en el enjuiciamiento", para concluir que "lo invariable en la calificación es el género del delito, pues su modificación conduciría a la nulidad por errada calificación", respecto a lo cual cita algunos antecedentes.

En el caso concreto sometido a estudio, "el jurado respondió afirmativamente en cuanto al homicidio y negó la circunstancia atenuante referida" (la del Art. 28 C. P.), lo cual hizo en atención a las alegaciones presentadas durante la audiencia y a las pruebas obtenidas en el juicio, por lo cual no se lesionó el derecho de defensa. Por tanto, como la respuesta fue clara: "Si es responsable. Sin atenuantes ni agravantes", no puede, como se pretende por el demandante, aceptarse en su primera parte y negarse en su segunda, porque el fallador no tiene facultad para ello y porque se vendría a desconocer la autonomía del jurado. Sino se encontraba fundada la respuesta, debía declararse la contraevidencia y, de lo contrario, dictar sentencia con sujeción a los términos del veredicto, como lo hizo el Tribunal. Agréguese, apunta el Ministerio Público, que el sindicado primero alegó una situación de defensa que resultó infirmada; y, después, el estado de ira por infidelidad de su compañera, que no resultó suficientemente demostrada. En consecuencia, solicita se deseche el recurso de casación (Cuaderno de la Corte, Fls. 26 ss.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De acuerdo con las normas procesales vigentes, en el cuestionario "se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica" (C. de P. P.) Art. 533); el jurado deberá responderlo "con un sí o un no; pero si juzgare que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrá expresarlo así brevemente en la contestación" (id. 535), siendo de tener en cuenta que la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al juez de derecho" (id. 534).

2. A la consideración del jurado fue sometido el "CUESTIONARIO" que ya se transcribió en el párrafo de esta providencia correspondiente a la actuación procesal. En él se dio estricto cumplimiento a lo ordenado en la regla 533 del estatuto procesal penal puesto que se determinó el hecho, conforme al auto de proceder y sus circunstancias constitutivas.

En el veredicto el jurado claramente decidió la responsabilidad penal del acusado sin atenuantes ni agravantes ningunos; es decir, negando las de atenuación que habían sido deducidas en el auto de enjuiciamiento y que habían sido consignadas en el cuestionario.

El sentenciador de primera instancia, en atención a que la sentencia "debe encontrarse en consonancia con el auto de vocación a juicio", puesto que "la facultad del jurado no puede ir más allá del pliego de cargos para agravar la responsabilidad del acusado porque ello constituiría la violación del postulado de la formalidad plena del juicio al romper la armonía o consonancia que debe guardar la sentencia con el vocatorio", considera que el tribunal popular se extralimitó en sus facultades al rechazar el atenuante reconocido en el auto de proceder, aceptó el veredicto "en la afirmativa de responsabilidad ya que tiene suficiente respaldo procesal", y, en consecuencia, lo condenó a 32 meses de presidio como "responsable de la violación al artículo 362 del Código Penal en consonancia con el artículo 28 del mismo estatuto por haber actuado bajo un estado de ira o de dolor causado por grave e injusta provocación" (Fls. 253 ss.).

Conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en virtud del recurso de apelación oportunamente interpuesto contra ella y legalmente concedido (Fls. 264 ss.).

El Fiscal 3º de la Corporación, en lacónico concepto, solicitó su confirmación (Fls. 267 ss.).

Pero el Tribunal, tomando como fundamento una jurisprudencia de la Corte de fecha 22 de mayo de 1975 que transcribe en lo referente a la autonomía del jurado, a los debates orales, a la posición del sindicado en su indagatoria en que plantea la tesis de la defensa y a su posterior invocación de la ira o el intenso dolor causados por grave e injusta provocación y

a que la situación de infidelidad de la concubina occisa no está muy claramente establecida, concluyó revocando la sentencia apelada y, condenando al procesado a la pena de 8 años y 6 meses de presidio, a más de las accesorias de rigor, por el delito de homicidio simplemente voluntario (Fls. 269 ss.).

Luego se produjo la interposición del recurso extraordinario de casación, dentro del cual tanto el apoderado del recurrente como el Ministerio Público dejaron expuestos sus conceptos, argumentaciones y pretensiones, según se ha reseñado.

3. *De la presentación hecha de las diferentes tesis encontradas, se ve que todo gira en torno al alcance de los artículos 519 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "En los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate" y del 535 en cuanto faculta al tribunal popular para expresar en el veredicto "circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" y a lo sostenido por esta Corporación en su sentencia de 22 de mayo de 1975.*

Sobre estos particulares es preciso considerar:

Bien sabido es que el auto de enjuiciamiento, una vez ejecutoriado, es ley del proceso. El debe contener, de manera clara y exacta, tanto en lo genérico (parte resolutiva) como en lo genérico y en lo específico (parte motiva) (C. de P. P., Art. 483), el cargo o los cargos que el Estado formula al procesado. De acuerdo con reiterada y constante jurisprudencia de la Corte, la calificación genérica del ilícito por el cual se llamó a juicio, es inmodificable.

La causal segunda de casación del artículo 580 del estatuto procesal penal consagra dos situaciones distintas: 1ª) No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y 2ª) estar aquélla en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Lo último, en atención a que según la norma 519 del mismo Código, cuando interviene el jurado aquélla se dictará de acuerdo con el veredicto respectivo, sin perjuicio de la declaratoria de contraevidencia autorizada por la ley (C. de P.P. Art. 565) o de la veredicción absolutoria que pueda proferir (id. Art. 535). Y, lo primero, porque de acuerdo con lo ya anotado, el auto de enjuiciamiento es el pliego de cargos que se formula al procesado y, desde el momento de su ejecutoria se convierte en ley del proceso. Salvo también el caso de absolución cuando, a pesar de haberse reunido en el sumario la prueba requerida para proferirlo (id. 481), ésta ha sido desvirtuada en la etapa probatoria del juicio o durante la audiencia o no se dan los más exigentes requisitos reclamados por la ley para fulminar sentencia condenatoria (id. 215).

Como se dejó dicho, el Tribunal, en segunda instancia, para llegar a la conclusión que plasmó, tuvo en cuenta la jurisprudencia de esta Sala de 22 de mayo de 1975, interpretándola en el sentido de que el jurado puede, en cualquier situación, desconocer las circunstancias agravantes o atenuantes de responsabilidad que han sido estructuradas en el auto procesatorio. Es decir, le reconoce un poder decisorio omnímodo, con la única condición de que en su veredicto no se salga de género correspondiente al delito por el cual se llamó a juicio.

Cabe observar a lo anterior que tan rotunda como absoluta conclusión no corresponde al criterio expuesto por la Sala en dicha jurisprudencia, porque en ella se consignaron límites a esa pretendida absoluta libertad, tomando como fundamento las reglas procesales. Esa sentencia constituye un todo armónico y no es posible, en sana crítica y en sana lógica, desvertebrarla para tomar aisladamente algunos de sus párrafos, como el que se encuentra bajo el número III de los considerandos relacionados con el "Primer cargo planteado", pues, en tal caso, se destruiría su espíritu. Porque en esa providencia, luego de exponer las facultades que otorga al jurado el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, de razonar acerca de lo anterior, de señalar las etapas del proceso penal con relación a la prueba, dijo la Corporación:

"De las pruebas aportadas en el período correspondiente de la causa, o de la controversia cumplida en la audiencia, pueden surgir situaciones nuevas no previstas en la resolución enjuiciatoria. Si tales situaciones nuevas son de tal envergadura que modifican el género del delito, habrá de producirse la nulidad de la actuación por error en la denominación jurídica del hecho. Pero si apenas constituyen circunstancias modificadoras -agravantes o atenuantes- el juez debe proponerlas en el cuestionario si surgieron en el período de pruebas, y de todas maneras el jurado tiene potestad legal para declararlas en el veredicto, si dentro de su convicción íntima, aparecen como probadas en el proceso, así hayan surgido sólo en los debates públicos de la audiencia. Si así no fuera, carecería de razón de ser el período probatorio de la causa, y constituiría más bien un trámite inútil y engorroso, y los debates de la vista pública no cumplirían objeto distinto a procurar nuevas posibilidades defensivas al imputado, como si la acción penal no fuera un poder-deber del Estado encaminado a una correcta y eficaz administración de justicia" (Sentencia de 22-V/75).

De manera que la potestad del jurado para declarar circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad que no hayan sido deducidas en el auto de proceder, depende de que lo pertinente para tomar tal decisión se haya acreditado ya en la etapa probatoria del juicio o ya durante la audiencia púbilca, mediante las pruebas que a ella pueden aportarse. Entonces si el jurado, con desconocimiento de esa limitación, que en el fondo entraña una clara garantía de defensa de los intereses del procesado y también de la sociedad, pues ésta no puede mirar indiferente a la realidad de los hechos que se prueban en las etapas correspondientes, borra con su veredicto una circunstancia atenuante reconocida en el vocatorio a juicio y no desvirtuada posteriormente o, declara una responsabilidad agravada, también sin nuevas pruebas sobre las cuales fundamentarlas, se ha extralimitado en sus atribuciones y, en consecuencia, en tal parte, su veredicción no puede ser aceptada. Queda aclarada en los anteriores términos la sentencia de 22 de mayo de 1975, proferida por esta Sala.

Y la situación contemplada en los dos párrafos anteriores es la que se presenta en el caso ahora sometido a estudio: Durante la etapa probatoria del juicio de los cuatro testimonios solicitados por los apoderados de las partes, sólo se pudo recibir el de María Teresa Herrera Campo -que entre otras cosas no se sabe ciertamente si corresponda a la Teresa Ocampo, cuyo testimonio solicitó el defensor-. En todo caso quien aparece declarando al folio 224 del cuaderno principal no pone de manifiesto nada que pueda desvirtuar el estado de ira e intenso dolor consignado en la providencia calificatoria. Por el contrario, si hubiera algo en qué atenderla, sería en que vendría a confirmarlo. Pero a esta Sala, en este momento no le corresponde entrar a fondo en este estudio, pues el otro extremo consistiría en desestimar tal testimonio y, entonces, no habría pruebas ningunas practicadas durante la etapa a la cual se viene haciendo referencia.

En estas condiciones, no habiendo surgido ni durante el período probatorio del juicio ni en la audiencia, pruebas que vinieran a establecer que el hecho no se cometió en las circunstancias especificadas en el auto de proceder, no podía el jurado, sin rebasar sus facultades, rechazar las que ya eran ley del proceso y que continuaban siéndolo mientras no fueran infirmadas por los medios legales correspondientes. Carecía, pues, de competencia para desconocer las que habían sido reconocidas en el auto de llamamiento a juicio.

Habiéndose llegado a la conclusión que acaba de indicarse, habrá de casarse parcialmente la sentencia impugnada para,, en su lugar, dictar la correspondiente, que pasa a motivarse de la siguiente manera: Gerardo Antonio Valencia Andrade, de acuerdo con el veredicto del jurado, en la forma establecida en el curso de esta providencia, es responsable del delito de homicidio descrito en el artículo 362 del Código Penal, pero con la atenuante de responsabilidad consagrada en el 28 del mismo .

Para graduar la pena de acuerdo con la regla 36 del estatuto, es preciso tener en cuenta que no obran en contra del procesado circunstancias de mayor peligrosidad; en cambio su buena conducta anterior no aparece desvirtuada en forma alguna y, el motivo determinante del ilícito no permite considerarlo como sujeto peligroso. Por tanto, la pena privativa de libertad que debe imponérsele, corresponde al mínimo, el cual, habida consideración de los artículos 362 y 28 atrás citados, se fijará en treinta y dos (32) meses de presidio.

La anterior determinación se tomará en virtud de lo dispuesto en el número 1 del 583 del estatuto procesal penal.

DECISION

En mérito 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.

RESUELVE

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, proferida dentro de estas diligencias el 30 de enero de 1976 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para, en su lugar,

SEGUNDO: CONDENAR, como en efecto lo hace, a GERARDO ANTONIO VALENCIA ANDRADE, de anotaciones personales conocidas en autos, a la pena principal de TREINTA Y DOS (32) MESES DE PRESIDIO, como autor responsable del delito de homicidio agotado en RUTH REALPE BORRERO, hecho sucedido el 18 de septiembre de 1974 en el perímetro urbano de la ciudad de Cali y, en abstracto, a la indemnización de los perjuicios civiles ocasionados con la infracción.

Además, se le condena a las siguientes penas accesorias:

a) Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal;

b) A la pérdida de la patria potestad, si la tuviere;

c) A la publicación especial de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese. Cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, José Antonio León Rey (Conjuez), *Jesús Estrada Monsalve* (Conjuez).

J. Evencio Posada V., (Secretario).

SALVAMENTO DE VOTO

Los suscritos magistrados manifestamos, con todo respeto, que no compartimos la decisión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

1. El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal dispone: "...En los procesos con intervención del Jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate...". Esto obliga a los jueces a dictar sentencia en concordancia con el fallo que emitan los jueces de conciencia.

2. En armonía con este mandato el artículo 580 del Código Procesal estatuye como causal de casación en su numeral 2º, estos eventos: "...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...".

3. La causal en cuestión establece, por consiguiente, dos motivos de impugnación *diferentes,* a saber: a) Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, alegable en los juicios sin jurado; y, b) Cuando la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado, aducible en los juicios con intervención del jurado.

4. El artículo 535 del Código de Procedimiento Penal al fijar los límites de la veredicción, faculta a los jurados para modificar el auto de proceder en cuanto a las *circunstancias del delito,* cuando precisa: "...si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación...". El aserto es apodíctico, porque el cuestionario debe ser, al tenor del artículo 533 del mismo código, el fiel reflejo del pliego de cargos.

5. La unidad procesal de auto de *proceder -veredicto- sentencia,* o concordancia sustancial entre estos tres actos procesales, intocable para los jurados, la constituye la calificación genérica del delito. Si esto es evidente, los jueces de conciencia no quebrantan esa unidad cuando desechan circunstancias específicas de atenuación o de agravación consignadas en el auto de proceder, o cuando reconocen otras que no se constituyeron en dicho pronunciamiento.

Las premisas anteriores, trasladadas al caso concreto, ponen de resalto el disentimiento de los suscritos.

En efecto, si el veredicto emitido por el jurado textualmente dice: "Sí es responsable. Sin atenuantes ni agravantes". y, el fallo impugnado condena por el delito de homicidio, simplemente voluntario, sin tener en cuenta la circunstancia atenuante expresada en el auto de proceder, es claro que no existe desacuerdo entre la sentencia y el veredicto.

Por este orden de ideas, creemos que el cargo no podía prosperar.

Fecha *ut supra.*

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Pedro Elías Serrano Abadía.

MARIHUANA

Dosis personal

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 11.

V I S T O S

Se procede a resolver la casación interpuesta por el defensor de LUIS ALFREDO GONZALEZ SERRATO, contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá (mayo 13 de 1976 -Fls. 6 y ss.-), confirmatoria de la proferida por el Juzgado Penal de Circuito de Pacho (marzo 2 de 1976 -Fls. 78 y ss.), y en la cual se impuso a éste tres (3) años de presidio y cinco mil pesos de multa ($ 5.000.00) por conducta contemplada en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (Dto. 1188 de 1974).

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Así lo relaciona el Procurador 2º Delegado en lo Penal:

"...El cinco de junio del año pasado el ciudadano Alcides Maldonado solicitó el auxilio de la autoridad porque en su establecimiento comercial ubicado en el caserío Pasuncha, jurisdicción del municipio de Pacho, Luis Alfredo González exhibía una conducta irregular que ponía en peligro la integridad física de las personas presentes en el citado local. Los agentes de la Policía, Eduardo Estupiñán y Humberto Osorio capturaron a González Serrato y al momento de requisarlo éste, arrojó un paquete que al ser examinado se estableció se trataba de marihuana.

"El laboratorio criminalístico de la Policía Nacional confirmó que se trataba de esa yerba con un peso neto de 7.2 gramos.

"Luis Alfredo González fue comprometido en juicio ordinario por infracción penal contemplada en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, en providencia fechada el veintisiete de noviembre del año pasado.

"El acusado designó defensor para el juicio al profesional del derecho que lo representa en el recurso extraordinario de casación.

"Como el auto de enjuiciamiento no fue recurrido, se convocó a audiencia pública la cual se celebró en febrero de este año.

"En sentencia del dos de marzo, el Juzgado Penal del Circuito de Pacho condenó a González Serrato a tres años de presidio y al pago de cinco mil pesos de multa, como autor de un delito contra la salubridad pública, concretamente el previsto en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

"Como ya se apuntó, el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del trece de mayo confirmó el fallo de primer grado...".

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera, inciso primero, del artículo 580 del C. de P. P., se formulan dos cargos.

a. La sentencia impugnada infringe la ley sustantiva en forma directa al haber excluido de su contenido la aplicación del Art. 4º del Decreto 701 de 1976, y consecuentemente viola el mandamiento consagrado en el Art. 3º del Código Penal".

Y se demuestra con estas reflexiones:

A Luis Alfredo González Serrato se le encontraron 7.2 gramos de hierba y semillas de marihuana.

El Instituto de Medicina Legal, en opinión de formato y tal vez adecuada como referencia exclusiva al Dto. 1188/74, luego de advertir lo difícil de establecer la llamada dosis individual, concluye en un dictamen de "sobre dosis" en el caso *sub judice* -Fl. 38-.

Esta pericia está fechada el 17 de septiembre de 1975. Y termina el memoralista anotando: "...ha debido darse aplicación al Art. 4 del Decreto 701/76, y por cuanto de conformidad con esta norma, en tales casos la dosis personal debe atenerse al peso, o sea hasta 28 gramos, y por cuanto la marihuana de autos sólo se elevó a 7.2, la pena en armonía con el Decreto 1188, ha debido ser de arresto y no de presidio...".

b. "La sentencia impugnada ha violado la ley sustancial, por aplicación indebida. Efectivamente se dio aplicación al Decreto 1188/74 sin tener en cuenta la modificación de que fue objeto por el Decreto 701/76".

Y se verifica en esta forma:

"...Hubo error en la selección de la norma. La conducta de autos del procesado para los efectos punibles, no fundamentaba o podía fundamentar una pena de presidio, pues la cantidad apenas dio 7.2 gramos que no alcanzan ni remotamente ni siquiera a la mitad, pero es más ni siquiera a la tercera parte de lo que la ley o norma vigente ya aludida, Decreto 701/76, considera como dosis personal, *28 gramos*, habida cuenta de la dificultad manifestada por el propio Instituto de Medicina Legal para establecer si en este caso hay dosis personal...".

De ahí que el censor solicite que se case el fallo aludido y se dicte el que deba remplazarlo.

OPINION DE LA PROCURADURIA

Concede plena razón al impugnador cuando destaca que "la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 13 de mayo de 1976 ignoró el Decreto 701 del 9 de abril de 1976 (D. O. Nº 34.544) que en su artículo 4º estableció lo siguiente:

Siempre que no se demuestre que se trata de una dosis terapéutica o que sea imposible determinar mediante los criterios científicos anotados, la dosis personal del sujeto se tendrá conforme a la siguiente tabla:

Marihuana hierba hasta 28 gramos.

Marihuana hachís hasta 10 gramos.

"Como está probado en el informativo que el recurrente en casación le fueron encontrados 7.2 gramos de marihuana en yerba, la pena que le corresponde es la señalada en el último inciso del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974: arresto de un mes a dos años y multa de doscientos a mil pesos. Esta última disposición también se infringe por falta de aplicación.

"En definitiva, como aparece evidente la infracción directa de normas de derecho sustancial, habrá de coadyuvarse la demanda de casación formulada a nombre del condenado Luis Alfredo González...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Después de estas pertinentes transcripciones queda fácil tomar una decisión sobre el recurso propuesto. El impugnador ha fijado con relativo acierto la causal de casación con la cual intenta la sustitución del fallo condenatorio proferido en contra de GONZALEZ SERRATO. Es evidente que cuando se dictó la sentencia de segunda instancia, ya regía en forma plena el Decreto 701 de 1976 y obligaba su acatamiento. Inexplicablemente dejó de tomarse en cuenta la sustancial reglamentación introducida por este decreto y que especificaba una previsión general e incierta contenida en el Decreto 1188 de 1974, estatuto nacional de estupefacientes bien aplicado, para su época, cuando se pronunciaron el auto de proceder y la sentencia de primer grado. El Decreto 701 de 1976 definió legalmente el concepto de dosis personal y al efecto señaló, por el peso, que en marihuana-hierba esta noción alcanza hasta los 28 gramos, cantidad muy superior a la decomisada a GONZALEZ SERRATO. Faltó, pues, aplicar inte-

gralmente la norma que regulaba la conducta de este sentenciado puesto que sólo se tuvo en cuenta el D. 1188 y no el D. 701. La ley, ni más ni menos, dejó de aplicarse, constituyendo esta omisión una violación directa de la ley sustancial. Esta equivocación llevó al fallador a imponer una pena que no correspondía al delito cometido por GONZALEZ SERRATO. Para éste debía aplicarse, en virtd del D. 701, el inciso 2º del artículo 38 del citado Estatuto Nacional de Estupefacientes, que dispone: "Si la cantidad de drogas o sustancias que el sujeto lleva consigo" "corresponde a una dosis personal, *se impondrá arresto de un mes a dos años y multa de doscientos a mil pesos".*

En esta cuestión resulta más acertado aludir a un fenómeno de falta de aplicación de la ley que al de aplicación indebida o interpretación errónea. En efecto, en el primero se advierte la ausencia o omisión de norma, que para este evento era el D. 701 de 1976; para el segundo, se utiliza la que no contempla el caso debatido; y, para el tercero, no obstante seleccionarse bien la disposición y ser totalmente pertinente a la conducta juzgada, se la interpreta de modo incorrecto, o sea, en sentido distinto al que ella expresa.

El cargo prospera y debe procederse en armonía con el artículo 583, aparte 1º del C. de P. P.

Conviene, para efectos de dosificación de la pena, repetir el siguiente párrafo del fallo de primera instancia, fiel interpretación de la personalidad del sentenciado y las modalidades del reato.

"...En vista de que el hecho no revistió otra gravedad que su consabida alarma social, que el procesado ha acreditado su buena conducta anterior y no existen en su contra circunstancias de mayor peligrosidad, la sanción aplicable habrá de ser la impuesta en el límite mínimo legal de acuerdo con lo normado en el artículo 39 del C. P....".

Entonces, se impondrá arresto de un mes y doscientos pesos de multa.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, -SALA DE CASACION PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en contra de LUIS ALFREDO GONZALEZ SERRATO, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 13 de mayo de 1976, y en su lugar le condena a un (1) mes de arresto y doscientos pesos ($ 200 00) de multa.

Como GONZALEZ SERRATO ha satisfecho esta sanción, se ordena su inmediata libertad, para lo cual se libraran las órdenes correspondientes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Luis Carlos Pérez (Conjuez).

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CONFESION

Qué es. Sus presupuestos para aceptarla

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

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón.*

Aprobado: Acta Nº 11 de marzo 10/77.

V I S T O S

El Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Buga interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de veinticuatro de junio del año próximo pasado, dictada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial mediante la cual recibió confirmación la de primer grado de treinta de marzo del mismo año, dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito que absolvió a LUIS VARELA y MILTON ANTONIO BEDOYA, contra quienes se había iniciado proceso penal por presunta violación a las normas sobre tráfico de estupefacientes.

A la demanda se le dio el trámite legal, y el Procurador Primero Delegado en lo Penal manifestó pleno apoyo a los planteamientos del recurrente, auncuando se abstuvo de ampliarla.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Dicen los autos, que el día tres de mayo del año de 1975, la Policía interceptó en el municipio de Guacarí un vehículo automotor de servicio público que era conducido por Darío Rodríguez y llevaba como pasajeros a Luis Varela y Milton Antonio Bedoya y dentro del que fueron encontradas cantidades de marihuana.

El conductor Darío Rodríguez expresó que había sido contratado por Varela y Bedoya para hacer un viaje entre Buga y Palmira y viceversa y, que el objeto del viaje de Varela no era otro que el de entrevistarse con Luis Vidales. A su turno, Luis Varela refirió que no habiendo podido entrevistarse con Vidales, y hallándose en compañía de varias personas en la ciudad de Palmira, se presentó el señor Humberto Perea quien le hizo entrega de dos (2) malétines, solicitándole el favor de que le fueran entregados a Octavio Mejía en la ciudad de Buga, con el resultado de que los referidos maletines se transportaba la yerba.

Por cuanto en la primera etapa del proceso no fue posible identificar el sujeto Humberto Perea, ni menos al destinatario de los maletines Octavio Mejía, Luis Varela fue llamado a responder en juicio criminal, bajo la sindicación de ser infractor de las normas sobre estupefacientes.

Sin embargo, en la etapa probatoria del juicio, se demostró ampliamente, no sólo la existencia física de los dos sujetos mencionados, sino también, que estaban dedicados al tráfico de estupefacientes.

Con fundamento en este material probatorio el Juzgado de Instancia encontró plenamente ajustada a derecho la conducta de Luis Varela y lo absolvió, habiendo recibido esa determinación, la confirmación del *ad quem* y que es objeto del recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

Al amparo de la causal primera de las consignadas en el artículo 580 de la ley procesal penal, el actor formula un único

cargo "porque en dicho fallo se incurrió, por parte del sentenciador colegiado, en error de derecho proveniente de apreciación errónea de la prueba de confesión originándose así el motivo de casación previsto en el inciso 2º del numeral 1º de la disposición mencionada, pues con dicha consideración desviada hubo violación de la ley sustancial, en cuanto no se aplicó el caso sometido a estudio el artículo 44 del citado Decreto 1188 de 1974...".

Desarrolla el actor el cargo formulado contra la sentencia, afirmando que como quiera que de acuerdo con el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el Juez, tiene el valor de plena prueba, no existiría en el proceso razón valedera para que se hubiera dictado la sentencia de absolución que se censura .

Dice el actor, que eso que el llama "confesión" está contenida en la aceptación por parte de Luis Varela de haber recibido de Humberto Perea los maletines que contenían la marihuana, por lo que, como no se desvirtuó en forma alguna dicha "confesión", habiendo aceptado el sindicado el hecho material relativo al transporte del estupefaciente, ha debido condenársele como infractor del estatuto de estupefacientes, en la modalidad de culposo (negligencia) de acuerdo con lo estatuido en el artículo 44 del Decreto 1188 de 1974 en armonía con el 38 del mismo ordenamiento.

Expresa, así mismo, que si en la sentencia se ha consignado duda respecto a la responsabilidad de Varela "por el transporte de los maletines donde fueron hallados los estupefacientes", se incurrió entonces en dicho fallo en el error de derecho consistente en la apreciación errónea de la confesión de dicho acusado, pues este admitió la cuestión fáctica del transporte del alucinógeno... si bien es verdad que presentó su comportamiento... con una intención inocentemente distinta al dolo imputado en el auto de proceder".

Más adelante, el recurrente transcribe apartes de la sentencia impugnada, para sostener la tesis de la existencia de una modalidad culposa en la actividad del sindicado, que obligaría a una condena a título de culpa, en lo cual basa fundamentalmente su discrepancia con el fallo del Tribunal.

SE CONSIDERA

El Decreto 1188 de 1974 expresa que debe deducirse responsabilidad por violación de las normas contenidas en los artículos 37 a 42 relativos a las diferentes modalidades de la conducta, a través de las cuales se puede incurrir en violación del estatuto sobre estupefacientes, cuando pueda deducirse NEGLIGENCIA en la actuación del sujeto, previendo para esa hipótesis una sanción menos grave que la expresada para el caso de la actividad que se cumple con dolo.

No queda la menor duda de que cuando la ley habla de NEGLIGENCIA, se está refiriendo a esa especie del elemento subjetivo necesario para poder deducir responsabilidad que se conoce como *culpabilidad,* y a la que expresamente se refiere le artículo 12 del Código Penal. Es decir, que el estatuto sobre estupefacientes, declaró que por lo menos en cuanto a la violación de sus preceptos, no tenía cabida la llamada RESPONSABILIDAD OBJETIVA, o sea aquélla que prescinde del elemento subjetivo (culpabilidad), y deduce la responsabilidad solamente sobre la comprobación del elemento MATERIAL u OBJETIVO del ilícito.

De otra parte, si bien en la definición de las conductas descritas en los artículos 37 a 42 el Estatuto no se refiere expresamente a que las actividades allí definidas se realicen con dolo porque ello no era necesario, si, en cambio, debía ocuparse expresamente, como lo hizo, de la modalidad CULPOSA, ya que esta es una forma excepcional de violar la ley que requiere, por lo mismo, de expresa previsión legal.

De modo que, para que se presente la variedad delictiva contenida en el artículo 44 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, es necesario que se demuestre en forma plena (Art. 215 C. de P. P.), no solamente la existencia de la infracción aspecto material y objetivo sino principal y fun-

damentalmente, "la de que el procesado es responsable de ella".

Ahora bien, se afirma por el recurrente que en el proceso contra Luis Varela y otros, ha debido dictarse sentencia de condena por cuanto se está en presencia de la plena prueba de los dos extremos necesarios para deducir responsabilidad: prueba de la infracción, y prueba de la responsabilidad, que en la hipótesis sería en la modalidad culposa.

Que la responsabilidad se halla plenamente probada por la confesión que hizo el sindicado de haber recibido de Humberto Perea los maletines, pese a que se demostró fehacientemente, que ignoraba su contenido. Es ahí, y precisamente en esa afirmación, en donde fallan fundamentalmente los planteamientos del censor.

Si por confesión ha de entenderse, como lo tiene dicho esta Sala, que es "la voluntaria declaración, o admisión que el imputado haga acerca de la comisión de un delito por parte suya", no se ve cómo, en el caso de la situación de Varela puede hablarse seriamente de una confesión. Todo lo contrario: la sentencia absolutoria descansa precisamente sobre los presupuestos de que no se demostró en forma alguna que Varela CONOCIERA, SUPIERA, MALICIARA siquiera, para hablar hipotéticamente de un dolo eventual, que los maletines que le fueron confiados contenían marihuana. Entonces, en qué forma *"confesó" su delito?*

Y si no existió confesión, cómo podía atribuirse el valor de plena prueba a un hecho que no reúne los requisitos exigidos *por la ley, para dictar la sentencia de condena que solicita el recurrente? Es absolutamente inaceptable la tesis del demandante si con base en sus argumentaciones hay que concluir como lo pretende, que para la existencia de la modalidad culposa (negligencia) en el tráfico de estupefacientes, sea SUFICIENTE con la demostración del aspecto objetivo o material de la conducta, ya que en cuanto al aspecto subjetivo de la infracción -culpabilidad- ella podría deducirse, como se hace en la demanda, a través de inferencias lógicas mediante las cuales se pretende reemplazar la prueba exigida por la ley, o como en el caso que nos ocupa, se busca estructurar una confesión que jamás existió.*

De consiguiente, si en el proceso no puede admitirse la existencia de una verdadera confesión, porque en la versión ofrecida por el sindicado no se ha hecho la manifestación espontánea y sincera del hecho ilícito que se investigó, y que necesariamente lo perjudicaría, está ello a significar que la sentencia se dictó con pleno apoyo en la prueba y en el valor que la ley le otorga, por lo que debe descartarse la posibilidad del error de derecho alegado por el demandante.

Son suficientes las consideraciones que se dejan expuestas para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *NO CASE* la sentencia objeto del recurso de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

Aquello que la ley sanciona como nulidad es el error en el "Nomen Juris" de la conducta ilícita

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

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón.*

Aprobado: Acta Nº 11 de marzo 10/77

V I S T O S

El Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de veintiocho de febrero del año próximo pasado dictada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial mediante la cual, al confirmar la decisión del Juzgado Cuarto Superior, condenó a los procesados José Hernando Echeverry Roldán y Harold Fiesco Andrade a las penas correspondientes previstas por el Código Penal para el delito de falsedad en documentos.

Al recurso se le dio el trámite legal y el Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar la demanda presentada por el Fiscal.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

La Secretaría de Salud Pública de Cali contaba con diversos vehiculos automotores -"Jeeps" o camperos marca "Toyota"- y hasta el sitio en donde se hallaban estacionados se presentaron, dos sujetos, que exhibiendo órdenes falsas emanadas supuestamente de la Secretaría de Salud Pública, lograron que les fueran entregados dos de esos automotores.

La investigación fue adelantada originalmente por el Juzgado 17 Penal Municipal, y luego perfeccionada por el Juez 16 de Instrucción Criminal, y a ella fueron vinculados, como autores responsables de la infracción investigada los dos procesados.

El asunto le fue repartido, por competencia, al Juzgado 4º Superior, funcionario que una vez cerrada la investigación, dictó auto de llamamiento a juicio contra los incriminados, el 2 de agosto de 1975 (Fls. 291 ss. c. original), por los delitos de "falsedad", de "la falsificación de sellos, papel sellado, estampillas y otros efectos oficiales", y "hurto", calificación que se dio a la ilicitud imputada.

El auto enjuiciatorio fue recurrido en apelación, y el Tribunal, por decisión de 24 de octubre del mismo año de 1975 (Fls. 345 ss.) expresó en la parte resolutiva de su pronunciamiento:

"CONFIRMAR el auto apelado pero REFORMANDOLO en el sentido de que Harold Fiesco y Hernando Echeverry R., deben responder del delito de 'Falsedad Documental', y dispuso que se sacaran copias a efectos de que se investigara, por separado, la autoría de la falsedad documental.

Posteriormente, el 27 de diciembre, el Juzgado 4º Superior dictó la correspondiente sentencia de condena con fundamento en la nueva calificación que el Tribunal había dado al reato, y éste, como se anotó, la confirmó, en todas sus partes, mediante decisión de febrero 28 que es

la que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Al amparo de la cuarta causal de casación de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el demandante formula un único cargo por cuanto que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad.

El cargo lo desarrolla el recurrente diciendo que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, existe nulidad en un proceso, cuando se ha "incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o al nombre o apellido..." (numeral 5º), de donde resultaría "evidente en el caso a estudio en el auto de proceder se calificó erradamente la infracción cometida puesto que se tuvo únicamente como de Falsedad cuando también existe la Estafa, en concurso material".

Explica, brevemente, el censor el fenómeno de los concursos y dice, que en el caso de autos, además del uso de documentos públicos, por parte de los sindicados, existió un delito de estafa, por cuanto "obtuvieron la entrega de los vehículos con lo cual agotaron el delito de estafa, puesto que mediante artificios y engaños ...se obtuvo que el encargado del parqueadero entregara los dos vehículos. Es decir, que con una sola acción, el uso del documento se obtuvo (sic) dos resultados...", todo lo cual integraría al concurso delictual.

Existiendo la nulidad reclamada, el recurrente pide a la Corte que así se declare para que el procedimiento se reponga, y se dé a la ilicitud la calificación jurídica correcta.

SE CONSIDERA

El tema que toca en el error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción no es nuevo. La Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre su contenido y alcances, en diversos fallos. Así, en sentencia de 29 de marzo de 1974 dijo que el error relativo a la denominación jurídica de la infracción, contenido en el auto de llamamiento a juicio, causal de nulidad señalada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación juridicagenérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se encausa por robo y las pruebas acreditan hurto, o cuando se abre juicio por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores.

Y, en otra oportunidad esta Sala Penal expresó, que el error relativo a la denominación jurídica de la infracción prevista en la norma procedimental, se refiere precisamente a la calificación genérica que del hecho punible hace el juzgador en la parte resolutiva del auto enjuiciatorio bien porque en éste se imputa un delito distinto al demostrado en el proceso, o se ubica el hecho criminoso dentro del título o capítulo ajeno al que realmente corresponde en el estatuto represor.

Entonces, que aquello que la ley sanciona con nulidades el error en el "nomen juris" *de la conducta ilícita, lo cual explica que conforme al artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, la parte resolutiva del pliego de cargos debe contener como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponde, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo Capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca ni señalar el artículo especial que se considera aplicable (Casación de 16 de mayo de 1974).*

Si las anteriores consideraciones siguen teniendo vigencia, y no se ve por qué no la tenga, si la legislación en este aspecto, no ha sido modificada, la solución al caso que se plantea ahora, es sumamente simple: no existe la nulidad alegada.

Debe considerarse esencialmente, que el censor no comparte la calificación de falsedad simple, sino que ha debido agregársele la estafa, en concurso ideal o formal. Entonces, el "nomen juris", *o denomi-*

nación jurídica de la infracción habría tenido que inventarla el fallador, por cuanto en el Código Penal no existe UNA INFRACCION *-esa es la expresión que utiliza la ley- que recoja una ilicitud en concurso real o material, para darle una determinada* DENOMINACION. *No existe el delito de CONCURSO (real o formal), como no existe el DELITO DE PARTICIPACION DELICTIVA, aquello que si existe, pero que no tiene DENOMINACION JURIDICA como reato AUTONOMO, con elementos constitutivos propios, y con autonomía delictual y jurídica suya, elementos estos que son los que integran un TITULO o una FIGURA de delito, que debe tener un* "nomen juris" o una denominación o calificación jurídicas, *es la COPARTICIPACION EN EL DELITO (necesaria o no necesaria, de acuerdo con la errada denominación de la ley, Arts. 19 y 20 C. P.), y es el concurso de delitos (real o material, y formal o ideal) que ha sido consagrado en las diversas legislaciones, con el fin de mitigar las sanciones de quienes incurren en varias violaciones de la ley penal, y de acuerdo con el principio del CUMULO JURIDICO acogido por la legislación colombiana (Arts. 31 y 33 del C. P.).*

Error en la denominación jurídica del delito, debe referirse, entonces, al nombre, a la calificación, el rótulo que la ley ha puesto a la figura, al título, al modelo legal de delito en la parte especial, y que para que sea ese, y no otro, deberá demostrarse la existencia de los elementos que participan, en forma necesaria a su configuración como infracción penal. Por ello, en los fallos que se citaron, se puso como ejemplo, los casos del hurto y el robo, o los de la violencia carnal y los abusos deshonestos, y se podría agregar, los de peculado y abuso de confianza, o el de extorsión y concusión, delitos todos estos que presentando un parentesco jurídico muy cercano, tienen a su vez, no solamente un "nomen juris" *propio, expreso en la norma, sino, principalmente, elementos constitutivos suyos y exclusivos que suelen llamarse especiales o especializantes, que son los que le dan una personalidad propia y autónoma a la figura del ilícito.*

En el caso que se examina, si bien pudiera decirse que hubo un pronunciamiento de calificación de la conducta delictiva defectuosa por cuanto se dejó de considerar un extremo de la misma, ello en ningún caso puede dar lugar a la causal de nulidad alegada. El Estado, a través de sus órganos competentes, llamó a responder a unos ciudadanos por un delito, y por ese delito fueron condenados, luego no existe razón para que a la postre haya que retrotraer el proceso, para corregir supuestas fallas de los encargados de administrar justicia.

Por lo tanto el cargo no prospera.

Son suficientes las consideraciones que se dejan expuestas para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *NO CASE* la sentencia objeto del recurso de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Antonio Vicente Arenas (Conjuez), *Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN EL HURTO CONTINUADO

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: En sesión del 17 de marzo según Acta Nº 12.

V I S T O S

Procede la CORTE a resolver sobre el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado Eduardo Salamanca Hoyos, condenado como autor responsable de un delito, agravado y continuado, de "Hurto" en detrimento del patrimonio de la compañía agrícola denominada "La Esperanza", por el Tribunal Superior de Manizales en segunda instancia y por el Juzgado 2º Penal del Circuito de dicha ciudad en primera.

Los hechos que originaron la investigación y la actuación procesal cumplida:

Eduardo Salamanca Hoyos era contador al servicio de la compañía agrícola "La Esperanza" que tiene sede en Manizales. Dicen las pruebas aportadas al proceso, que se apropió de varios títulos valores que, endosados por la señorita Mariana Calle V., fueron depositados en las cuentas corrientes que él poseía en los bancos de Colombia y de Bogotá. Ajustó así un total de apropiaciones ilícitas que asciende a la suma total de $ 80.653.90. Esos cheques que tomó son los siguientes, según transcripción que aquí se hace: "Un cheque por la suma de $ 5.000.00 del Banco Cafetero de la ciudad, girado por el almacén "La Pradera"; un cheque por $ 22.000.00, Nº 112696 del Banco Industrial Colombiano, girado por Julio Ramón Rivera; el cheque Nº 232904 por $ 33.750.00 contra el Banco Ganadero, girado por Humberto Cuéllar Misas, y finalmente, el cheque Nº 761157 por $ 19.903.90, girado por Joaquín Giraldo en abril 18 de 1969 contra el Banco Cafetero de esta ciudad". El sindicado reconoció en su indagatoria del día 22 de enero de 1970 haber dispuesto de esos valores y se autocalificó de "administrador de hecho" de la compañía perjudicada. El primero de los cheques relacionados lleva fecha del 29 de mayo de 1965, el segundo del 18 de febrero de 1969, el tercero del 1º de mayo de 1969, el cuarto del 7 de noviembre de 1969 y el quinto ya se consignó, del 18 de abril de 1969. Las actividades delictuosas continuadas del sindicado empiezan en 1965 y concluyen en 1969.

Varias fueron las denuncias que en contra de Salamanca Hoyos se presentaron por parte de Enrique Calle Velásquez, Edie Díaz Zapata y Luis Carlos Giraldo Marín, apoderado este último de la parte civil. Todas ellas se juntaron en este único proceso porque se referían a las mismas actividades realizadas por el contador sindicado. El día 20 de enero de 1970 se abrió la investigación y su detención se decretó mediante auto del 22 de abril siguiente por lo que se creyó era un delito de "abuso de confianza" (Fl. 146). Mediante auto del 21 de octubre de 1975 al Juzgado 2º Penal del Circuito de Manizales le llamó a responder en juicio por un delito continuado y agravado de "hurto". Este auto fue confirmado por el Tribunal Superior de Manizales en providencia del 21 de enero de 1976. Realizada la audiencia pública el día 28 de junio siguiente, se produjo sentencia de (2) días después. En dicha sentencia se le impusieron veinte (20) meses de prisión como pena principal, se le impusieron sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal, se le condenó también a pagar

la suma de $ 95.653.90 por concepto de perjuicios civiles, y se le concedió "condena condicional". Apelada, dicha sentencia fue confirmada el día 24 de agosto del mismo año, con la sola modificación de reducir a $ 80.653.90 el monto de la condena en perjuicios. Esta última es la sentencia impugnada.

La demanda y la causal de casación que invoca:

Una sola es la causal de casación escogida, la primera del artículo 580 del C. de P. P., por "infracción directa de la ley sustancial", según el demandante, y dos los motivos que aduce para demostrar su pretensión. Por las dos vías desemboca en la prescripción de la acción penal, sea que la calificación del hecho se refiera a un delito de "abuso de confianza", sea que se refiera a uno de "hurto". En la demostración de los dos cargos se refiere siempre a un delito de "abuso de confianza" hasta el punto de afirmar que al deducir los juzgadores uno de "hurto", se incurrió en "la no aplicación de la norma legal adecuada al caso o interpretación errónea de la misma en el sentido de atribuirle un alcance o consecuencia que no tiene" y violar así la ley sustancial "con infracción directa, lo que trajo la no aplicación correcta de los artículos 105 y 163 del C. de P. P.

En cuanto a los dos cargos de que se trata, formula así el primero: "Aún, aceptando la imputación de hurto, que, como se verá, no guarda correspondencia con el tipo legal de la infracción objeto de la sentencia, el estado carecía de acción para proceder contra Salamanca Hoyos desde cuando se inició la investigación penal porque ya habían transcurrido más de 6 años, pena máxima establecida por el Art. 397 para el delito de hurto pues hacía más de 10 años que éste había ocurrido". Efectúa algunos razonamientos tendientes a demostrar la equivocación de los juzgadores al deducir un delito de "hurto" y no de "abuso de confianza" que considera demostrado; el segundo de los cargos lo formula de la siguiente manera: "Yerra también el sentenciador al aplicar a los hechos plenamente establecidos dentro del proceso, el Art. 397 del C. P. en vez del 412 de la misma obra, de donde se concluye la no aplicación de esta última norma que que es la adecuada al caso y da a los hechos un alcance o consecuencias que no tienen de donde resulta un error en la selección del precepto que concluye también con una violación directa del Art. 105 del C. P. que le otorga a Salamanca Hoyos el derecho a que se declara prescrita la acción penal y se ordene en su favor la cesación de procedimiento". Termina por solicitar que se case la sentencia, se declare prescrita la acción penal y se ordene la consecuencial cesación de todo procedimiento.

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

La respuesta del Ministerio Público, representado esta vez por el Procurador 2º Delegado en lo Penal, es corta y exacta. Critica sí la posición del demandante y encuentra en él "falta de seriedad y de responsabilidad profesional por creer que los Honorables Magistrados de la Sala de Casación Penal y el Representante del Ministerio Público no leen el expediente y se guían en forma exclusiva por lo que reza la demanda". Lo anterior porque el demandante desconoce, según lo dice el Procurador Delegado, que se trata de varios cheques y se refiere únicamente al de 1965 y deja de lado aquéllos de que el procesado se apropio en 1969, para concluir que la acción penal está prescrita. Luego dice que Salamanca Hoyos fue enjuiciado por un delito continuado de hurto en cuantía superior a $ 10.000.00, por tanto, cuando se ejecutorió el auto de proceder en enero de 1976, la acción penal no estaba prescrita pues sólo habían transcurrido seis (6) años a partir del momento en que el último acto se ejecutó en diciembre de 1969 (Arts. 397, 32 y 106 del C. P.). Luego, advierte, la demanda no se ajusta a la técnica de casación pues si se alega errónea calificación jurídica de la infracción (hurto por abuso de confianza) debió referirse el demandante a la causal cuarta de casación en concordancia con el numeral 5º del artículo 210 del C. de P. P. que trata de las nulidades. Y, escogida la causal pri-

mera, debió invocarse y demostrase que hubo "violación indirecta de la norma de derecho sustancial, o sugerirse la equivocada apreciación de la prueba que trajo como consecuencia el error en la calificación del ilícito". Por todas estas razones concluye el Ministerio Público por solicitar que se deseche el recurso de casación propuesto a nombre del procesado Salamanca Hoyos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Con la formulación del primero de los cargos, y aún en el presupuesto de dar por adecuada la calificación de hurto para la delincuencia que se atribuyó al procesado, sostiene el censor que caundo se inició la investigación la acción penal estaba prescrita. El agente del Ministerio Público que se opone a la demanda encuentra en esta posición carencia de seriedad y de responsabilidad profesional. Sea lo que fuere, lo cierto es que no hay prescripción posible en el caso de autos como pasa a demostrarse, y menos, por este mismo concepto, violación directa del precepto contenido en el artículo 105 del C. P.*

El auto de proceder se ejecutorió en este caso el día 28 de enero de 1976. Se dio a la delincuencia en examen la calificación de hurto porque el sindicado no había recibido dinero alguno a título no traslaticio de dominio, y se dijo que era un delito cintinuado porque se trataba de sustracciones periódicas reveladoras de la ejecución de un mismo designio, tal como lo prevé el artículo 32 del C. P. Esos episodios delictuosos que son cinco (5), empiezan a manifestarse en 1965 y concluyen, ya se dijo, el 7 de diciembre de 1969. Para estos casos, el cómputo de la prescripción empieza a contarse "desde el día en que se verificó el último acto" según la regla del Art. 106 del mismo código. Resulta entonces y ello tiene prueba plena y completa que el "último acto" se ejecutó, para el caso de autos, en 1969 y cuando se calificó la sumaria en la fecha arriba indicada, apenas si había transcurrido un lapso de seis (6) años que es el correspondiente a la prescripción de un delito simple de hurto. Olvida entonces el censor que aquí se trata de un delito continuado y agravado porque su cuantía es superior con mucho a diez mil pesos ($ 10.000.00), modalidad la primera (Art. 32 del C. P.) y factor de agravación la segunda (Art. 399 del C.P.) que permite elevar la pena y, consecuencialmente, extender el tiempo al final del cual la prescripción se consuma. Hay que apuntar, además, que el demandante se refiere únicamente a la sustracción de 1965 y olvida las que se produjeron en 1969 y de allí surge la crítica que el Ministerio Público le formula, pues resulta claro que aquella sustracción constituye apenas el primero de los cinco (5) episodios delictuosos que conforman la continuidad del hecho que la ley considera, como bien se sabe, uno.

No existe transgresión alguna de la ley sustantiva. Además, bien se ve que si se trataba de demostrar que la acción penal había prescrito antes de iniciarse la investigación, o apenas iniciada ésta, es claro que el demandante debió pensar mejor en el planteamiento de una impugnación fundamentada en la "incompetencia del juez" (Num. 1º del artículo 210 del C. P.) y proponerla mediante la utilización de la causal 4ª del artículo 580 del C. de P. P., aunque forzoso es concluir que por esta vía, que es la adecuada, también habría resultado inútil el esfuerzo por quebrar la sentencia. No prospera, en consecuencia, este primer cargo.

2. Por el segundo de los cargos al impugnador cuestiona la calificación misma del hecho investigado pues afirma que debió deducirse al procesado un delito de abuso de confianza (Art. 412 del C. P.) y no de hurto (Art. 397 del C. P.). Son sus propias palabras, estas: "Resulta un error en la selección del precepto que concluye también con una violación directa del Art. 105 del C. P.". El error de técnica que en este punto anota el Ministerio Público es manifiesto y resaltante pues si se trata de una errónea calificación jurídica del hecho investigado, debió escogerse la causal 4ª de artículo 580 del C. de P. P., y penetrar por allí al terreno de las nulidades, esta vez con base en la previsión del numeral 5º del artículo 210 del C. de P. P.

En donde sí no tiene razón el Ministerio Público es en el aparte en donde sostiene que "En la hipótesis de admitir la impugnación por la causal primera, ha debido invocarse y demostrarse la violación indirecta de la norma sustancial, o sugerirse la equivocada apreciación de la prueba que trajo como consecuencia el error en la calificación del ilícito", puesto que si se discute la calificación, y así lo hace el recurrente, la vía para la casación es siempre la de la causal 4ª del Art. 580 del del C. de P. P., sin que importe que la equivocación se deba a error de hecho o de derecho. Lo dicho es suficiente para desestimar este segundo cargo.

3. Por otra parte, tampoco podría darse nunca un delito de abuso de confianza en el empleado de una compañía determinada que sustrae caudales que no le han sido entregados a "título no traslaticio de dominio", sino que debe manejar o permanecer en contacto con ellos, por razón de una relación de tipo laboral.

Por las consideraciones que anteceden y escuchado el concepto del Ministerio Público, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

NO CASAR la sentencia del 24 de agosto de 1976, emitida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Manizales en este proceso que por un delito continuado y agravado de hurto se siguió a Eduardo Salamanca Hoyos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

RESPONSABILIDAD

Condiciones que exige el artículo 382 del Código Penal, para que se dé esta modalidad penal

PRUEBAS

En materia penal el estado civil de las personas puede demostrarse según el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, por cualquiera de los medios probatorios ordinarios

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

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 14

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, proferida el 26 de mayo de 1976, que reformó la de primera instancia dictada por el Juzgado Tercero Superior el 27 de marzo del mismo año, imponiéndole a Jair Antonio Ortiz Soto la pena de diez años de presidio, como autor responsable del delito de Homicidio imperfecto en la persona de su legítima esposa Amparo Narváez Cuervo de Ortiz, y confirmándola en todo lo demás.

HECHOS

Los resumió el Juzgado de primera instancia en el auto de proceder, de la siguiente forma:

"Los esposos ORTIZ-NARVAEZ dedicados a las labores del agro, vivían en finca de un tío del marido, vereda Betulia, jurisdicción de este municipio y las relaciones según se desprende de lo actuado no eran las más armónicas y pacíficas, pues en más de una oportunidad los cónyuges se separaban a causa de disgustos pero especialmente por los malos tratos de palabra y de hecho a que era sometida la esposa. El día 2 de octubre del año próximo pasado, los esposos tuvieron un nuevo enfrentamiento que culminó con el ataque violento de que fuera objeto la señora AMPARO NARVAEZ cuando su esposo JAIR ORTIZ armado de peinilla le propinó serias heridas que comprometieron gravemente su salud y que no ocasionaron su muerte por la huída que aquélla logró efectuar".

ACTUACION PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira. El Juzgado Tercero Superior de Pereira calificó el mérito del sumario, el 24 de septiembre de 1975, llamando a responder en juicio, con intervención del jurado, a Jair Antonio Ortiz Soto como responsable del delito de Homicidio, en la modalidad de imperfecto, por haber intentado dar

muerte a su legítima esposa, sin lograrlo. Esta decisión fue ampliamente confirmada por el Tribunal Superior el 18 de noviembre del mismo año.

Verificada la audiencia pública el jurado de conciencia al ser preguntado por homicidio frustrado, con características de asesinato, respondió:

"Sí es responsable, pero con el atenuante de sospecha de infidelidad de su esposa".

El Juzgado del conocimiento acogió esta veredicción encuadrándola dentro del artículo 382 del Código Penal, condenando al procesado, por sentencia de 27 de marzo de 1976, a la pena de dos años y seis meses de presidio, el pago en abstracto de los perjuicios y a las penas accesorias de rigor.

El Tribunal Superior, mediante fallo del 26 de mayo de 1976, confirmó esa determinación bajo el entendimiento de que el Jurado no reconoció que el hecho lo había cumplido el acusado dentro de las previsiones del Art. 382 del C. Penal, razón por la cual la reformó para llevar la pena a diez años de presidio .

El Fiscal Primero del Tribunal interpuso recurso de casación contra dicha sentencia y le fue condecido. Admitido por la Corte, lo sustentó en debida forma. Sin embargo, el Procurador Primero Delegado en lo Penal no quiso coadyuvar la demanda. Al respecto dijo: "...Después de un detenido estudio al proceso y al libelo acusatorio, la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal se abstiene de hacer uso de la facultad reconocida por el artículo 571 de la Ley Procesal Penal por no compartir los cargos que el señor Fiscal formula al fallo impugnado...".

LA DEMANDA

Dos son los cargos que le formula el Ministerio Público a la sentencia recurrida: el primero, al amparo de la causal primera, inciso segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y el segundo, dentro del marco del motivo segundo, de la causal segunda del mismo artículo.

CARGO CON INVOCACION DE LA CAUSAL PRIMERA

Estima el actor que la sentencia del Tribunal "...es violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea de la prueba aportada para establecer la relación de parentesco existente entre el acusado y la ofendida, ya que el homicidio frustrado se consideró agravado por la causal primera del Art. 363 del C. Penal, pues para acreditar el estado civil de legítimamente casados, se tuvo en cuenta el acta matrimonial visible al folio 56 del cuaderno principal, que es de origen eclesiástico y por referirse a un matrimonio celebrado el 19 de septiembre de 1971, no es apta para demostrar ese estado civil entre Jair Ortiz y Amparo Narváez ".

Fundamenta lo anterior en los artículos 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970, para luego concluir: "...que si no fue legalmente establecido el matrimonio del procesado y la ofendida, no se puede considerar el delito cometido en ella, como asesinato frustrado y, en consecuencia, la sanción aplicable sería la mínima indicada por el artículo 362 del C. Penal, disminuida conforme al Art. 17 *ibídem*...".

CARGOS CON INVOCACION DE LA CAUSAL SEGUNDA

El recurrente empieza la censura haciendo el análisis de lo que sostuvo el procesado en su indagatoria, en el careo con su esposa y posteriormente con su cuñado, para concluir que "...Como esas aseveraciones en cuanto a la infidelidad por él alegada, no tienen ningún respaldo probatorio en los autos, es lógico admitir que acuciado por los celos, sufrió una alucinación que lo hizo ver a otro sujeto en la cama con su mujer y por eso se llenó de ira y procedió a agredirla y quizá al amante imaginario, con su peinilla...".

Luego, sobre los mismos supuestos, termina diciendo: "...Si se acepta que Ortiz Soto sufrió una alucinación, convertida en su mente en realidad psíquica que lo colocó en estado de ira e intenso dolor y en esa situación emocional reaccionó violentamente contra su consorte y su fic-

ticio galán, la interpretación que el juez de la causa le dio el veredicto de *Juri* es correcta, al ubicar el asesinato frustrado de que trata, dentro de los lineamientos del Art. 382 del C. Penal. Pero como el fallo de segundo grado descarto esa situación, no está de acuerdo con la decisión de los Jueces Populares y en consecuencia, se debe declarar establecida la causal 2ª de casación contemplada en el Art. 580 del Código de Procedimiento Penal...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1) *Causal primera:* Entiende el censor que la sentencia acusada viola, por modo indirecto, la ley sustancial, pues el fallador incurrió en error manifiesto de derecho al atribuirle a una prueba el valor que la ley no le asigna, error que determinó la condenación del procesado por homicidio agravado, cuando en realidad se trataba de un homicidio simplemente voluntario.

Hace recaer el error en la equivocada apreciación de la partida matrimonial de origen eclesiástico que, en su sentir, no debió de ser tenida en cuenta porque ese documento, por dar razón a un hecho constitutivo de un estado civil de las personas, debió de estar sometido al requisito de su inspección o registro de conformidad con las prescripciones del Decreto 1260 de 1970, según el cual, cuando ocurre esa omisión, el acta respectiva no hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público. Falsa apreciación que condujo a imputarle al procesado la agravante de asesinato prevista en el numeral primero del artículo 363 del Código Penal.

El cargo, así concebido, carece de fundamento, por dos razones: porque el Código de Procedimiento Penal, además de ser ley posterior al citado Decreto, consagra en su artículo 336, la libertad probatoria en materia penal al sentar que los elementos constitutivos de la infracción "... podrán demostrarse con los medios ordinarios de prueba...", lo que significa que la calidad de cónyuge a que se refiere la agravante objetada por el impugnante quedaba demostrada, como elemento compositivo del delito imputado, no sólo con el documento partida sino también con la confesión del procesado, los testimonios de su esposa y de terceras personas, que son pruebas judiciales estatuidas como tales por el Código de Procedimiento Penal; y porque en los juicios en que interviene el jurado -lo ha dicho reiteradamente la Corte- no se pueden alegar errores de hecho y de derecho en relación con las pruebas en virtud de que conducen a demostrar la contraevidencia del veredicto, cuestión ésta extraña a la naturaleza y a la técnica de la causal aquí demandada.

Pero, si pretende evidenciar con ese ataque un error en la denominación legal del hecho, esto es, una nulidad, lógicamente sería la del numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo evento tendría que demostrar que el juzgador se equivocó al establecer el *nomen juris* de la infracción y no al señalar una cualquiera de sus circunstancias específicas de atenuación o de agravación, porque este yerro no afectaría, por modo alguno, su calificación genérica, que se mantendría necesariamente hasta la sentencia definitiva. Por cuanto no discute el recurrente el género delictivo atribuido, la censura, por este aspecto, resulta igualmente inepta.

En consecuencia, este primer cargo no prospera.

2) *Causal segunda:* Plantea el impugnante que la respuesta del jurado fue clara en ubicar la responsabilidad del procesado dentro de los lineamientos del artículo 382 del Código Penal y que, al desconocer el fallador esa especial situación, la sentencia se dictó en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Para fundamentar el cargo principia por reconocer que las aseveraciones del acusado respecto a la infidelidad de la esposa "...no tienen ningún respaldo probatorio en los autos...", pero que éste acosado por los celos sufrió una alucinación que lo hizo ver a su mujer con un amante imaginario en la cama, que lo llenó de ira y lo determinó al delito.

Al afirmar el recurrente que el veredicto reconoce que el procesado obró dentro

de las circunstancias del artículo 382 del Código Penal, no obstante que en el proceso no existe el más tenue elemento de juicio que indique la infidelidad de la esposa, está impugnando al mismo tiempo esa decisión, tachándola de contraevidente. Y, al interpretar el veredicto como lo lo hace, a base de suposiciones, enfrenta su criterio personal al criterio del fallador, sin fundamento alguno.

Esto prospecta un discurrir contradictorio que desquicia la censura, porque si de contraevidencia se trata, ésta no puede alegarse en casación, y si de conjeturarse se parte, nada se demuestra.

Empero, la Corte no encuentra desacuerdo entre la sentencia y el veredicto que declara responsable al procesado porque el juzgador desconoce un agregado que nada significa en el derecho. En efecto, el jurado dijo: "Sí es responsable, pero con el atenuante de sospecha de infidelidad de su esposa". Pues bien, el segundo término del veredicto es inocuo, porque la sospecha de infidelidad no está contemplada en la ley como atenuante. Pero, el demandante insiste en que el jurado subsumió la conducta del acusado dentro del artículo 382 del Código Penal. *Fundamentalmente el citado artículo comprende dos eventos referidos al homicidio y a las lesiones que se cometen por el cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, sorprendidos efectuando el acceso carnal ilegítimo, o contra el copartícipe de tal acto, bajo estas condiciones.*

a) Cuando, según el inciso primero, el victimario "sorprenda" a una cualquiera de aquellas personas en ilegítimo acceso carnal.

Requiere, esta parte de la norma, la inmediación objetiva, de actos constitutivos o indicativos del acceso carnal, es decir, de una percepción sensorial de esa situación y de la reacción instantánea del agente, quien abrumado por la magnitud de la ofensa, por la ira o el intenso dolor que ésta le produce, pierde el control sobre sí mismo y desborda sus mecanismos inhibitorios.

b) Cuando, según el inciso segundo, el victimario obró determinado "por tal ofensa".

Exige, esta parte del precepto, que el agente cometa el homicidio o las lesiones "aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal", esto es, después de haber descubierto la impostura. Se trata de una reacción a posteriori, *de efecto demorado, en el que la ira o el intenso dolor afloran tardíamente. Pero lo fundamental, como lo ha dicho la Corte, es "...que no se trate de un consentidor, de quien, no soportando, sino aceptando y quizás hasta disfrutando del agravio, se* convierte en lo que Sighele llamó 'contrabandista moral' y de repente reacciona, *no por la ira o el dolor que le produce el hecho, sino por cualquier otro medio ajeno al honor o a la moral..." (Sent. 16 de enero 1951, LXIX, 95).*

En ambos casos la flagrancia es elemento consustancial de la atenuante. No basta que por vía de inferencia se llegue a la convicción o a la certeza de que la ofensa se produjo, es necesario que la atenuante nazca de una realidad tangible y no de una conformación subjetiva del hecho, sujeta a la caprichosa evaluación de lo que se piensa conduce a demostrarla.

Así, en el ejemplo más crítico, la confesión del acto reprobable, por sí sola, no permite encajar la conducta en el artículo 382 del Código Penal, por que no logra la evidencia que presenta el hecho cuando ha sido percibido, cuando cae bajo el imperio de los sentidos, situación ésta que no demanda juicios de existencia. Tal es la claridad meridiana que precisa la atenuante en cualquiera de sus formas, de aquí que tenga por fundamento la ofensa real u objetiva y no la presunta o conjetural como lo han pretendido ciertas interpretaciones que han trasladado sus alcances a los terrenos de la mera sospecha, rebasando los imperativos de la norma.

Si el jurado reconoció expresamente que la sospecha es el fundamento de la atenuante que pretende declarar, está descartando con toda nitidez la invocada por el censor y está tratando, más bien, de conceder una que no tiene correspondien-

cia en el derecho, o que no existe en el Código Penal.

En tal virtud, este segundo y último cargo tampoco prospera.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, 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 condenatoria de veintiséis de mayo del año pasado, dictada en este proceso por el Tribunal Superior de Pereira y de la cual se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

TESTIMONIO

Valor probatorio

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado en Sesión de 17 de marzo según Acta N° 12.

VISTOS

Resuelve la CORTE sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado John Ramiro Uribe Palacio contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín (26 de agosto de 1976) que le condenó a la pena principal de cinco años y seis meses de presidio por un delito de robo. El recurso ha sido sustentado mediante apoderado cuya demanda se consideró ajustada a las exigencias procedimentales. Se ha escuchado también al Ministerio Público.

Los hechos que dieron origen a la investigación y la actuación procesal cumplida:

Los hechos aquí investigados se sucedieron el día siete (7) de enero de 1975 según lo dijo ante las autoridades el día 12 de febrero siguiente el ciudadano Luis Fernando García Villegas ante el Juzgado 13 de Instrucción Criminal. Afirmó el ciudadano nombrado que cuando efectuaba algunos cobros por los lados del barrio Villahermosa de Medellín fue atacado por dos individuos, uno de los cuales portaba un cuchillo y otro que le derribó de la motocicleta en que se transportaba, y despojado de un maletín en donde llevaba dinero en efectivo y en cheques y un sello de los almacenes "El Colombiano" para los cuales trabaja, y la motocicleta que pertenece a esta empresa y que es de la marca "Zuzuki", modelo 1969, colores rojo y gris, N° 59977, placas 929, chasis 59951. El dinero ascendía a la suma de $ 8.367.00 y llevaba dos cheques, uno por $ 1.000.00 girado por Hernando Echeverri, y otro por $ 500.00 que giró Antonio Medina. El sello es el que se utiliza para colocar la palabra "cancelado" en las facturas del almacén que también llevaba en el maletín. De la desaparición de estos objetos hablan para el proceso: Henry Urrego Montoya (F. 50), Darío Valenzuela Villa (Fl. 51), Cenobia Urrego Montoya (Fl. 56) y Raúl Tapias Rojas (Fl. 9 vto.). Por el día ocho (8) de febrero el cobrador asaltado vio la motocicleta que era conducida por uno de los individuos a los cuales se refiere, precisamente el que le llamó la atención y luego le derribó del vehículo, no el que portaba el cuchillo. Informó a sus patrones del almacén y se obtuvo el auxilio de unidades del F-2 que capturaron a John Ramiro Uribe Palacio en posesión de la motocicleta y dijo, en su indagatoria, que la había comprado a Carlos Emilio Zuleta Betancur. La motocicleta fue avaluada en $ 20.000.00.

La investigación se inició mediante auto cabeza de proceso del día 11 de febrero de 1975, sobre la base del informe policial de captura y decomiso del maletín y la motocicleta, en el Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Medellín. El día 17 siguiente se dictó auto de detención al capturado. Más tarde, el día 13 de octubre del mismo año se le llamó a responder en juicio por un delito de robo. Esta providencia fue apelada y el Tribunal la confirmó el día 12 de diciembre del

mismo año de 1975. Realizada la audiencia pública correspondiente el día 13 de mayo de 1976, la sentencia de primera instancia se produjo el día 24 de junio siguiente y la de segunda el día 26 de agosto.

La demanda y la causal que invoca:

Se fundamenta la demanda en la causal 1ª del artículo 580 del C. de P. P. Habla de aplicación indebida de los artículos 215 del C. de P. P., 8º y 9º de la Ley 21 de 1973, y 92, 95, 96 y 37, Num. 9º del C. P. A esta aplicación indebida se desemboca, según el censor, por haber incurrido el juzgador en varios errores de hecho manifiesto.

Apunta el demandante, como fundamentos únicos de la sentencia impugnada: la declaración de Luis Fernando García Villegas, y el hallazgo de la motocicleta en poder de su patrocinado. En su indagatoria el sindicado para respaldar su afirmación acerca de que por la época de los hechos estaba en Turbo citó a un zapatero llamado Efraín Colina Patrán, alias "Panita", a Mary, Marielena o Marielena Hincapié, y a Carlos Emilio Zuleta Betancur. Colina declaró para la investigación y, dice el censor, si no se acordó de Uribe Palacio "fue porque no lo tuvo en frente y por la precariedad de las informaciones que le dieron", pero no contradice el dicho del sindicado. A Marielena Hincapié nunca se le recibió declaración en orden a verificar la coartada establecida por el indagado. Carlos Emilio Zuleta Betancur existe y tampoco declaró. En consecuencia, las afirmaciones de su patrocinado no han sido desvirtuadas y no se puede decir que no dio explicaciones satisfactorias sobre la posesión de la motocicleta. Concluye así el demandante: "El error señalado y comprobado aparece en los autos como el resultado de la falta de apreciación del informe de folios 63 y de la declaración de folios 67, de la apreciación parcial y, por ende, mala, de la diligencia de indagatoria del procesado y de no haber caido en cuenta que a Marielena Hincapié, testigo fundamental y decisivo de la defensa nunca le recibieron la declaración". De allí se sacó la conclusión errada de que no había explicación satisfactoria por parte del sindicado sobre la posesión del vehículo. Esta explicación, afirma el demandante, "sí existe y está demostrada".

Luego emprende la crítica del testimonio de Luis Fernando García Villegas y dice de él que no puede tenerse como testigo de excepción, ni siquiera como buen testigo, por las circunstancias en que él rindió su testimonio, por las circunstancias que rodearon el hecho de que fue víctima, por las contradicciones en que incurre, etc. Concluye así: "De lo anterior resulta que el *ad quem* incurrió en error con la evidencia que surge de los autos, al postular en el fallo recurrido que la única declaración que le sirve de pilar, la del ofendido denunciante, es digna de credibilidad ya que lo que muestra el expediente es que, no por razón de las condiciones personales del declarante, ni por sus condiciones sociales, ora por las circunstancias en que rindió su declaración, o por las que rodearon la formación de sus percepciones, ya por su propio contenido, contradictorio en el punto esencial, merece serios motivos de fe". El error consiste entonces en haberle otorgado credibilidad. Termina el censor por solicitar la revocatoria de la condena y la absolución del recurrente.

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público, representado en esta ocasión por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita no casar la sentencia impugnada. Afirma que la demanda solamente se refiere al testimonio de Luis Fernando García y a la falta de comparencia de Marielena Hincapié y de Carlos Emilio Zuleta, a pesar de que la sentencia se fundamentó en otros elementos de convicción como son: el hallazgo de la motocicleta en poder del sentenciado, la alteración de la placa, la falta de prueba de la coartada, y el viaje a Medellín de Uribe Palacio en compañía de Zuleta Betancur. Estos distintos elementos de juicio conservan su valor y no han sido atacados. En cuanto hace relación con la ausencia de las declaraciones de la Hincapié y de Zuleta Betancur, así como del

deficiente interrogatorio de Colina, dice el Ministerio Público que "En hipótesis podría constituir un motivo de nulidad por quebranto del derecho de defensa pero no violación indirecta de la norma de derecho sustancial". Opina el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el Tribunal acertó en el examen del testimonio de García Villegas. Aclara que tampoco fue éste el único elemento de juicio que tuvo en cuenta el juzgador. Vuelve sobre el tema del hallazgo de la motocicleta en poder del sentenciado y agrega el reconocimiento de que fue objeto por parte de García Villegas para concluir que "En este proceso, se repite, se encuentra una perfecta relación entre la identidad de uno de los autores del apoderamiento y la persona que tenía la motocicleta al momento de intervenir las autoridades". En el informe del policial Hernando Soto se apunta que García Villegas "señaló" al capturado. Luego García reconoció a Uribe Palacio en fila de personas y más tarde en careo sostuvo con firmeza sus afirmaciones. Finalmente, efectúa toda una serie de análisis y razonamientos para demostrar que García Villegas sí estaba en condiciones de declarar todo cuanto declaró, por contraposición a lo que dice el censor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En todo cuanto se relaciona con la ausencia del expediente de las declaraciones de una mujer presuntamente llamada "Mary", "Marielena", o María Elena Hincapié, nombres y apellido éstos últimos que sólo le da el defensor, no el procesado, forzoso es reconocer, como lo apunta el Ministerio Público, que por este aspecto del problema, debió escogerse la causal 4ª del Art. 580, y alegar nulidad por carencia de defensa para el procesado, no violación de la ley sustancial, indirecta en este caso y proveniente de error de hecho resaltante, tal como se prevé en el cuerpo segundo de la causal 1ª. Por este lado resulta infortunada la selección de la vía para la impugnación.

Por otra parte, contestar punto por punto las alegaciones que en su demanda trae el censor, implica el peligro de efectuar un examen de prueba que no es de recibo en tema de casación, sino propio de las instancias.

Sin embargo, porque se habló de nulidad al principio, debe decirse aquí que sí se ordenó recibir declaración a la mujer tan vagamente aludida en la indagatoria del procesado y solamente precisada por el apoderado-defensor que, al obrar así, dice haberlo sabido por "conocimiento extrajuicio". En la ampliación de indagatoria, en el careo y en la intervención de audiencia desaparece esta mujer de las versiones del sindicado y, en todas estas piezas afirma que estuvo solo en Turbo. Es el mismo abogado el que habla de fotografías fechadas y firmadas dirigidas por ella al procesado. Por tanto, esas fotografías debieron quedar en poder de éste. Y si así es, por qué no las presentó para su incorporación al expediente? Y cómo es que el abogado sí conoce nombres y apellidos que el procesado no recuerda a pesar de haber "estado tirando bastante cabeza", según su propia expresión, "por conocimiento extrajuicio", No se vé cómo, en las circunstancias dichas, podía esta declaración ser base indispensable de la defensa.

Lo mismo debe decirse de la declaración de Carlos Emilio Zuleta Betancur que aquí aparece como sindicado ausente y temporalmente sobreseído. Puede creerse que este individuo se aparezca al proceso para declarar que vendió al procesado una motocicleta perteneciente a los dueños del "Almacén Colombiano Ltda."? Y lo que es peor, aceptar de esta manera que fue uno de los asaltantes del mensajero-cobrador García Villegas? Con exceso de optimismo defensivo se echa de menos la declaración de Zuleta Betancur, forzoso es aceptarlo.

Y, en este mismo punto, debe agregarse que no resulta exacto hablar de "precariedad de las informaciones" que se le dieron al zapatero Efraín Colina Petrán cuando de recibirle declaración se trataba. Basta examinar el completo interrogatorio que se ve al folio 66. Si el zapatero apodado "Panita" no pudo contestarlo porque dijo sufrir una enfermedad que le

"hizo perder por completo la memoria", es infortunio que no puede atribuirse a una inactividad investigativa.

No hay error en la apreciación del informe policial de folio 63, pues allí solamente se dice que Zuleta Betancur ha sido buscado infructuosamente y que existen informes de un viaje suyo a Puerto Rico, dos meses antes. Tampoco hay error en el examen de la declaración de Efraín Colina Petrán, porque ni quita ni pone nada. Y habrá omisión al no recibir las declaraciones de Mary, Marielena o María Helena Hincapié, pero no error.

Por otra parte, se calificó de no satisfactoria la explicación que dio el sindicado al capturársele en posesión de un objeto robado, no por los que el censor llama errores sino por toda una serie de pruebas concordantes, como son: el haberle decomisado la motocicleta objeto del delito, el estar alterado el número de la placa de ésta, el haber sido señalado por García Villegas a los policiales captores, el haber sido reconocido en fila de personas, por la reafirmación de cargos que le hizo García Villegas, frente a frente, en el careo, por la declaración de Esther Emilia Cuéllar H., por la declaración, bien clara por cierto, de Gloria María Zuleta Piedrahita y por los antecedentes del sindicado que registra una condena por "deserción" cuando cumplía servicio militar.

2. En cuanto al ataque que se hace al testimonio del mensajero-cobrador Luis Fernando García Villegas, la SALA encuentra ajustados a la realidad los análisis y razonamientos que sobre el particular hace el Ministerio Público, allí donde dice: "Las glosas que el libelo de casación formula al testimonio de García Villegas no alcanzan a demeritar la estimación que el juzgador de segundo grado le concedió. Así, el propio actor admite que las condiciones personales y sociales del testigo no merecen reparo alguno. En cuanto a las condiciones del objeto de la declaración, se cosnignan planteamientos de orden general pero es lo cierto que el ilícito ocurrió a plena luz del día y Fernando García, joven de apenas veintiún años de edad, estaba en pleno uso de sus facultades físicas y mentales cuando fue despojado de la motocicleta. Todos estos factores indican que no obstante el natural ofuscamiento por lo sorpresivo del ataque, grabó en su memoria los principales rasgos de identidad de los agentes del delito y especialmente de quien lo despojó del vehículo. Y como apenas transcurrió un mes entre la pérdida del objeto mencionado y su hallazgo en poder de Uribe Palacio, no es difícil concluir que hubiese reconocido plenamente al hoy recurrente en casación. No existen contradicciones en la relación de los acontecimientos expuesta por Luis Fernando García pese a que transcurrió más de un año entre la denuncia y el careo. Las discrepancias a que alude el libelo son el resultado de la comparación de las versiones de los empleados del almacén 'El Colombiano' y el dicho del querelante las que, por lo demás, son absolutamente inanes en opinión de este despacho. Nos referimos a las transcripciones que aparecen al folio 15 del cuaderno de la Corte"

Y, lo que es más, hay que aceptar que el testimonio de García Villegas no ha sido la prueba única para sustentar la condena. Para saber que no acierta el demandante cuando tal cosa afirma, vuélvase a leer la relación de pruebas que aparece en el párrafo anterior y se verá la exactitud de cuanto aquí se dice.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia del 26 de agosto de 1976, proveniente del Tribunal Superior de Medellín, motivo del recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Interpretación del numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal

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

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado. Acta Nº 15

Expediente Nº 23.483

V I S T O S

Corresponde a la Corte decidir de plano sobre la recusación propuesta en este proceso por el acusado Carlos Giraldo Posada contra los Magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctores Ramiro Martínez Vesga, Jorge I. Medina Anzola y Ricardo Medina Moyano.

La citada Sala, al conocer de un sobreseimiento temporal a favor de los aquí procesados como presuntos infractores del Decreto 1188 de 1974, revocó esa determinación y los llamó a responder en juicio criminal. Posteriormente, el Juzgado de primera instancia los absolvió y la sentencia respectiva se encuentra, en grado de consulta, para conocimiento de los recusados.

CONTENIDO DE LA RECUSACION

El procesado Carlos Giraldo Posada, en memorial dirigido al magistrado ponente, manifiesta:

"...llega a su conocimiento en sonsulta la sentencia del Juzgado 19 Penal del Circuito, por supuesto delito de tráfico de estupefacientes, asunto en el cual fue absuelto, atentamente presento recusación en su contra por haber emitido concepto en ese negocio, al proferir auto de proceder, lo cual lo inhibe de decidir en la revisión del fallo que se le consulta.

Este motivo de recusación se desprende de la última parte del numeral cuarto del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal...".

Más adelante agrega:

"...Esta recusación la hago extensiva a los Honorables Magistrados, Jorge Medina Anzola y Ricardo Medina Moyano, miembros también de la Sala de Decisión que profirió el auto de proceder en mi contra...".

ACTITUD DE LOS RECUSADOS

Ninguno de los Magistrados aceptó la recusación, todos la rechazaron expresando sus razones:

El magistrado Ramiro Martínez Vesga, entre otras reflexiones, anota:

"...La jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en la interpretación de esta causal, pues ha dicho que se da el impedimento cuando un particular emita opinión acerca de la cuestión debatida y luego esa misma persona debe conocer de ese mismo asunto en su condición de juez o magistrado; o también, respecto del juez o magistrado que opina extraoficial o privadamente sobre la materia de decisión. Pero si el juez o magistrado toman determinaciones jurisdiccionales en las distintas etapas del proceso, estas decisiones no lo inhiben para cumplir otros autos normales del proceso, previstos en el Código de Enjuiciamiento. Si sucediere lo que pretende el recusante, se paralizaría la administración

de justicia con grave detrimento para el orden público...".

El magistrado Jorge I. Medina Anzola, precisa:

"...Por último, si la única providencia que causa vinculaciones es la sentencia definitiva, una demanda de cargos ni puede influir para que necesaria y obligatoriamente desemboque en una condena, así como tampoco en una absolución, sin que en el primer caso se afirme que se recogieron velas y se rectificaron precedentes conceptos, y en el segundo, se sostenga que se presenta un caso de pre-juzgamiento, al atarse el juzgador con su propia obra. Una posición contraria significaría el desorden y el caos procesal...".

El magistrado Ricardo Medina Moyano, advierte:

"...a. La insólita recusación anterior, como lo saben los ilustres juristas que apoderan a los procesados en el presente informativo, no se encuentra consagrada como tal, en el ordenamiento procesal penal del país.

b. Como también lo saben los mencionados juristas, dicha forma de recusación, en cierta forma terminaría con la segunda instancia, acabaría con la propia estructura jurisdiccional, permitiendo de contera la separación de los procesos, de todo funcionario jurisdiccional que conociera por segunda vez de un proceso...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Bastarían los argumentos que han suministrado los Magistrados de la Sala de Decisión recusada para que la Corte declare infundada la pretensión del recusante. Sin embargo, estima necesario dejar en claro lo siguiente:

La causal de impedimento que consagra el numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, en su parte final, referida a que el juez o magistrado haya "...manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso...", comprende dos situaciones:

a. La opinión extrajudicial. *Si el juez o magistrado ha emitido concepto de fondo sobre el proceso sin sospechar que pudiera corresponderle, o cuando ha hecho lo mismo sin tener aquellas calidades y después las adquiere.*

b. La opinión judicial. *Si el juez o magistrado, en ejercicio de sus funciones, profirió en otra instancia, resolución interlocutoria de fondo sobre la culpabilidad del procesado y el delito que a éste se le atribuye, distinta del auto de detención, que es una decisión provisional y sujeta a las resultancias de la prueba.*

En ambos casos, la imparcialidad del funcionario judicial se vería comprometida con su anterior parecer, a tal punto que los otros sujetos procesales tendrían seserios motivos para temer que éste pueda reafirmar su ya conocido criterio sobre el asunto.

No son estas las circunstancias en que se encuentran los Magistrados aludidos, pues si bien convirtieron el sobreseimiento temporal dictado por el a quo *en un llamamiento a juicio, lo hicieron en la misma instancia en que van a actuar al revisar la sentencia, y no revestidos de una dignidad jerárquica superior.*

De admitirse la recusación, en base a la causal aducida, la administración de justicia sufriría una parálisis indescriptible que pondría en aprietos su eficacia, hasta hacerla desaparecer. Pues, en ese evento, se agotarían los jueces para el caso concreto, ya que cualquier determinación importante los inhibiría para continuar conociendo, pudiéndose llegar, por este modo, a semejante extremo.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *DECLARA INFUNDADA* la recusación propuesta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadia, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CONFESION JUDICIAL. CONFESION EXTRAJUDICIAL

Su apreciación en los procesos penales

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

Magistrado Ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado en Sesión de marzo 17/77 según Acta Nº 12.

V I S T O S

El 17 de diciembre de 1975, una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia que por un delito de "robo" agravado, cometido en detrimento patrimonial de la empresa "Niver S. A.", emitió el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bogotá para condenar así a los procesados Arnulfo Pérez Stefan, Luis Angel Guzmán y Cristóbal Delgado Gardeazábal, para condenar a cada uno de ellos a la pena de cinco (5) años de presidio. De los tres (3) sólo el último sustentó, por medio de apoderado, el recurso de casación que todos interpusieron y, por tanto, para los dos primeros se declaró desierto. Escuchando al Ministerio Público se procede a desatar el punto que la impugnación plantea.

Los hechos que dieron origen a la investigación y la actuación procesal cumplida:

Una patrulla de la Policía interceptó, a eso de la 1 y 30 minutos de la mañana del día 15 de junio de 1974, a la altura de la Avenida 68 con la Autopista del Sur, un vehículo de placas oficiales (D-1332 del Ministerio de Minas y Energía). En el interior de dicho vehículo (un "campero" marca "Land Rover", color gris, carpado) encontraron los policiales quince (15) rollos de tapetes de diferentes colores y tamaños y dos (2) cobijas sin usar. Fueron allí capturados Cristóbal Delgado Gardeazábal que conducía el aparato y Luis Angel Guzmán. Se supo que la mercancía decomisada procedía de la empresa "Niver S. A." y que en su sustracción había intervenido Arnulfo Pérez Stefan, celador en la fábrica dicha. Informados los directivos de la empresa lesionada formularon denuncia por un delito contra la propiedad en cuantía aproximada de treinta mil pesos ($ 30.000.00).

Abrió la investigación el Juzgado 23 de Instrucción Criminal. Allí fueron escuchados en indagatoria los tres (3) capturados y se les detuvo por auto del 28 de junio de 1974. Practicadas varias diligencias en desarrollo del programa investigativo (auto cabeza de proceso), entre ellas una de inspección judicial que el recurrente ataca, fue cerrada la investigación y se calificó el mérito de la sumaria con auto de proceder para los tres (3) indagados por un delito de "Robo" (Cap. II, Tít. XVI, Libro 2º del Código Penal y Ley 21 de 1973), auto este que fue apelado y resultó confirmado por el Tribunal en providencia mucho más amplia que la sintética de primera instancia (Juzgado 3º Penal del Circuito, octubre 19 de 1974), el día 25 de enero de 1975. La sentencia de condena en primera instancia fue emitida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bogotá el 2 de junio de 1975, y el fallo de segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, según ya se dijo, el 17 de septiembre del mismo año. Esta sentencia redujo en dos (2) meses la pena impuesta en la primera, y es impugnada ahora en casación.

La demanda de casación y la causal invocada:

Escogió el demandante, para atacar el fallo recurrido, la causal 1ª del artículo 580 del C. de P. P., y formuló en su contra dos (2) cargos. El primero lo enuncia así: "a) La sentencia dictada por el H. Tribunal Superior de Bogotá, calendada en septiembre diez y siete del año anterior, incurrió en evidente error de derecho al darle un valor pleno a la diligencia de inspección judicial practicada por el instructor o sea, al Juzgado 23 de Instrucción Criminal, en lo atinente a circunstancias que eran materia de investigación de peritos con lo cual violó el Art. 215 del C. de Procedimiento Penal, y en forma indirecta, en cuanto a mi patrocinado, el Art. 9º de la Ley 21 de 1973". El segundo cargo, dice el recurrente, consiste en haber incurrido el juzgador de segunda instancia "en error ostensible de derecho al darle el valor de indicio grave, a la supuesta confesión extra-judicial hecha por Cristóbal Delgado de su delito, a los señores agentes del F-2 que intervinieron en su aprehensión". Al final solicita se dé aplicación a lo dispuesto por el artículo 583 del C. de P. P., ordinal 1º.

Para sustentar el primero de los cargos acepta el demandante que la inspección judicial practicada en este caso sirve para demostrar "la violencia ejercida en la forma descrita en el ordinal 3º del artículo 404 del estatuto represor", pero no para establecer otros factores que demandaban la presencia y el dictamen de perito Es decir, que no podía el Juez, por sí solo, dar por cierto que la mercancía decomisada no pudo ser sacada del sitio en donde estaba por una sola persona y resulta que esta conclusión suya sirvió "para fundamentar la culpabilidad del ciudadano Cristóbal Gardeazábal, transgrediéndose obstensiblemente, en derecho, el Art. 215 del Código de P. P., en cuanto a la apreciación errónea de la probanza gestionada". Se violó, dice, indirectamente, el artículo 404 del C. P. "al darle un valor pleno a la inspección judicial en lo tocante a elementos del delito que deben establecerse mediante convicción de orden pericial. De contera, se violó el Art. 19 del mismo tratado, pues en virtud del examen equivocado se ha tenido a mi patrocinado como co-autor en la infracción de robo agravado".

Para sustentar el segundo de los cargos se refiere a las atribuciones que el artículo 289 del C. de P. P. da a la Policía Judicial, especialmente y para el caso de autos, a lo dispuesto por el ordinal 8º. Dice que los agentes afirman que los sindicados al ser capturados y llevados a las dependencias policiales confesaron que la mercancía había sido robada. Resulta, sin embargo, que esa versión que se atribuye a los sindicados no está firmada por ellos en señal de asentimiento como lo prevé la disposición citada, "motivo por el cual no tiene ningún valor ni judicial ni extra-judicial, tal como lo consigna el fallo censurado". Tampoco tiene valor de indicio grave y por atribuírselo "se incurrió en error de derecho al darle un valor de que carece procesalmente, sin que la probanza sea suficiente para un fallo adverso, como equivocadamente lo examina el H. Tribunal Superior en la sentencia materia de la censura".

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador 1º Delegado en lo Penal representa al Ministerio Público en esta ocasión y solicita se case la sentencia impugnada "por estar debidamente demostrados los cargos planteados en el libelo acusatorio". Para la alegación relacionada con el informe policial, dice: "Para la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá que dictó la sentencia recurrida no merecieron acato y respeto los ordenamientos legales que se comentan, pues a pesar de que el informe rendido por los agentes de la Policía Judicial pertenecientes al grupo de delitos contra la propiedad no está firmado por los imputados (artículo 289 numeral 8º del C. de P. P.), le dieron valor de indicio grave, reconociéndole valía no originada en la ley, con lo que cayeron en ostensible error de derecho al tergiversar, no sólo la orden que imparte el numeral 8º del artículo procesal penal citado, sino, más grave aún,

agrediendo el mandato legal que regla "la prueba plena del hecho indicador", y el que establece la inexistencia del acto procesal producido en forma incompleta". Considera un "dislate" el hablar de "confesión extra-judicial" y llama a dicha prueba, para el caso de autos, "creación personal de los señores magistrados que profirieron el fallo". En cuanto al primero de los cargos formulados el Ministerio Público comparte también las apreciaciones que tiene el recurrente sobre el valor de la diligencia de inspección judicial y sostiene que en este asunto debió practicarse con intervención de peritos sin que el Juez pudiera emitir juicio de valoración distinto de aquel que recae sobre "hechos y circunstancias que capte objetivamente en el terreno donde se cometió el delito, debiéndose abstener de montar predicciones sobre la forma como él crea se desarrollaron los acontecimientos, que es justamente lo que se consignó en el acta censurada, la cual no podía ser estimada como lo hizo el H. Tribunal, no sólo por lo que se acaba de exponer, sino mayormente, porque la presunción del juez es desvirtuadá por la confesión que hace el condenado Arnulfo Pérez, quien en su indagatoria explica la froma como extrajo la mercancía del almacén donde se guardaba, con detalles que, por su realidad, no pueden ser tenidos como fruto de su fantasía (Folio 30 vto. 1º cuad.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El primero de los cargos que en contra de la sentencia impugnada formula el censor se refiere a un posible error de derecho consistente en haber dado el sentenciador valor de prueba plena, "en lo atinente a circunstancias que eran materia de intervención de peritos", a la inspección judicial que se realizó durante la etapa investigativa. Considera que se transgredió el artículo 215 del C. de P. P. y, en forma indirecta, el artículo 9º de la Ley 21 de 1973. No desconocen el valor de plena prueba que el artículo 228 del C. de P. P. da a la inspección judicial "respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos, observados personalmente por el juez y los peritos que en ella hayan intervenido y la suscriban". Toda la censura radica en la conclusión que extrajo el instructor al consignar en el acta correspondiente, y luego de comprobar que la mercancía objeto del ilícito había sido sacada por una "celosía" cuyas tapas fueron quitadas de su sitio a una altura aproximada de cuatro (4) metros sobre el muro, que la sustracción de un rollo de tapetes por dicho sitio, dados el grueso y la longitud de cada rollo, es tarea que no pudo cumplir una sola persona como lo dice el celador procesado. Para llegar a dicha conclusión, afirma el demandante, "era indispensable un dictamen pericial" y en esta creencia le acompaña el Ministerio Público.

La alegación, bien se ve, va encaminada a eliminar un concurso de personas en la comisión del hecho, pues no otra cosa surge de la demanda cuando allí se dice que, de contera, se violó el artículo 19 del C. P., al considerar coautor a su patrocinado sobre la base de dar entero crédito a la conclusión del juez instructor acerca de la necesaria pluralidad de agentes. Lo que si no tiene explicación clara en la demanda es la pretendida violación indirecta del artículo 404 del C. P. "al darle un valor pleno a la inspección judicial, en lo tocante a elementos del delito que deben establecerse mediante convicción de orden pericial", pues antes no había negado que "en tratándose de la violencia ejercida en la forma descrita en el ordinal 3º del Art. 9º de la Ley 21 de 1973, el acta de la diligencia de inspección judicial tiene el valor de plena prueba... etc...", y el artículo 404 o, lo que es lo mismo, el 9º de la Ley 21 de 1973, no tiene nada que ver con la pluralidad de personas en la realización del delito sino que aparece aplicado al caso de autos por razón del escalamiento, así lo hubiera cumplido solo el celador procesado. El problema debe concretarse al núcleo de la acusación, esto es, a lo relativo a la diligencia de inspección judicial sin prueba pericial y al valor que, así realizada, debe darse a las conclusiones a que llegó el instructor y que fueron prohijadas por los sentenciadores.

La prueba pericial sólo procede, y así lo dice con exactitud el artículo 265 del C. de P. P., "cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos"; también "cuando haya que traducir documentos a la lengua castellana y cuando se deba practicar un cotejo de letras". El mismo código trae en sus artículos 274 y 279 dos ejemplos de necesidad de perito: en el examen siquiátrico y cuando de intérprete se trata. También el artículo 503 habla de perito para el avalúo de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción. Y así pueden encontrarse otras disposiciones en la ley de procedimiento Pero la razón de ser de la prueba por peritos está en la necesidad de poseer "conocimientos especiales" en determinada rama del saber humano, sobre la base de que el juez no es omnisapiente. A contrario sensu, *no se necesita el perito cuando la materia de que se trata no requiere conocimientos especializados. Por esta misma razón es que no toda diligencia de inspección judicial debe realizarse con acompañamiento de perito o de peritos y tal hipótesis se ve con claridad en el artículo 223 del C. de P. P., que al referirse a la posibilidad de su presencia y actuación las condiciona con la expresión "si fuere necesario".*

En el caso de autos, para deducir que un tapete o alfombra enrollado, no podía ser levantado, dados su longitud (4.40 Mts.) y diámetro (0,25 o 0,30 Ctms.), por un muro de cuatro metros de altura, aproximadamente, metido por un tragaluz (0,70 centímetros de altura por 0,70 de anchura) y sacado del salón en que se encontraba hacia la parte exterior de la edificación, por un solo hombre, ciertamente que no requiere la intervención de un perito toda vez que resulta un algo propio del raciocinio común y aún elemental, sujeto a la apreciación de cualquiera y con mayor razón de un juez de instrucción criminal que, y es requisito para ocupar el cargo, debe ser sabedor de técnicas investigativas. Con mayor razón si se tiene en cuenta que esa actividad de sacar y sacar tapetes por la misma vía se ejecuta en quince (15) ocasiones. Además qué clase de ciencia o arte se necesita dominar para efectuar esta clase de apreciaciones? No lo dice el demandante. Tampoco el Ministerio Público. Cabría preguntar si se trata de peritos para la mediación de la fuerza que se requiere para efectuar la tarea descrita; o en el esfuerzo que se debe realizar, sobre el supuesto de que exista la capacidad suficiente, para llevarla a cabo; o, tal vez, en levantamiento y proyección a través de agujeros de objetos largos y gruesos, o en escalamiento o ascensión de muros llevando a cuestas cargas incómodas.

Esta SALA considera que la deducción que hizo el juez instructor es de lógica común, en un tema sujeto a la simple apreciación de los sentidos y para llegar a la cual no se necesita poseer conocimientos especiales de ninguna rama del humano saber. Tampoco es deducción arbitraria pues se fundamenta en lo que el funcionario vio en el sitio de los hechos y en el conocimiento exacto de los rollos de tapetes. Es decir, que para nada se necesitaba la presencia y actuación de perito o de peritos. Y, en esas circunstancias, la apreciación del instructor podía ser perfectamente rechazada o prohijada por los juzgadores. Si éstos le dieron valor de prueba plena (así se dice en el auto de proceder) nada obsta para que así suceda. No hay error de derecho y, por tanto, debe desestimarse el cargo. Además, no es ésta la única prueba de que se dispone en autos para concluir que en las actividades delictuosas cumplidas intervinieron varias personas.

2. Por el segundo cargo alega el censor que se incurrió en error de derecho al darle valor de indicio grave "a la supuesta confesión extrajudicial" hecha por su patrocinado a los Agentes del F-2 que intervinieron en su aprehensión. En la sentencia impugnada, se lee: "De otra parte, las declaraciones de los Agentes Secretos que capturaron a los procesados, rendidas con las formalidades de ley, son claras y precisas, al afirmar que los procesados confesaron la participación en el delito y que lo habían hecho precisamente por la mala situación económica que estaban atravesando". "Esta confesión extrajudicial es suficiente para declararlos culpa-

bles del delito de robo, porque las declaraciones de los Agentes Secretos son dignas de toda credibilidad... etc.". "Esta confesión extrajudicial, manifestada en cada una de las declaraciones de los Agentes del F-2, constituye un indicio grave, porque las aseveraciones de cada uno de los declarantes son dignas de todo crédito, por provenir de personas que en cumplimiento de sus deberes tenían la obligación de efectuar las diligencias preliminares". Dice el recurrente que ningún momento la ley asigna valor de indicio a la pretendida confesión extrajudicial y que en ningún caso su patrocinado ha firmado ninguna versión rendida ante agentes de Policía Judicial conforme lo preceptúa el numeral 8º del Art. 289 del C. de P. P. El Ministerio Público participa de este criterio y amplía los análisis y razonamientos de la demanda.

La SALA encuentra que los informes policiales que aparecen de autos nada tienen que ver con la previsión del numeral 8º del artículo 289 del C. de P. P. Lo dicho, porque como lo apunta el Agente del Ministerio Público y el demandante, bien cierto es que no aparecen en ellos las firmas de los sindicados. Lo que existe es un informe mediante el cual, los agentes de Policía que lo suscriben, al dar cuenta del decomiso y de las capturas que ellos realizaron, dicen que los capturados reconocieron ante ellos su participación en la consumación del hecho investigado. Así considerado, el informe cuestionado se ajusta a la previsión del mismo artículo 289 del C. de P. P. que en su numeral 14, dice: "Rendir al Juez de Instrucción un informe detallado de sus actividades y entregarle las diligencias efectuadas dentro de los términos señalados en el artículo siguiente".

Además de lo dicho en el aparte anterior, los juzgadores de instancia no han hecho alusión ni han citado en sus respectivas providencias el numeral 8º en cita. Por tanto, no existe en este proceso "la versión que libre y espontáneamente quiera hacer el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho, su participación en él y la de las otras personas", que en dicha posición prevé la ley. Quiere decir la Sala, que los policiales que intervinieron aquí, se limitaron a referir lo que escucharon de labios de los capturados, y en ningún momento utilizaron la facultad de "recibir por escrito y con fidelidad" esas palabras que guardaron en sus memorias para luego consignarlas en el informe, y después relatarlas al instructor en declaración jurada en la sumaria, al ser requeridos como testigos ya dentro del proceso, según lo permite el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal.

La intervención que en este caso han tenido los policiales es doble. Una primera y anterior al proceso que se concreta en el informe de que trata el numeral 14 del artículo 289 del C. de P. P., y una segunda, eminentemente testimonial, que se adecúa a la previsión del artículo 307 del mismo código y que se recibe y cumple con todos los requisitos de ley que rodean la prueba por testigos. Por la primera se llega a la conclusión de que no utilizaron la atribución que les confiere el numeral 8º del artículo 289 del C. de P. P. y, por tanto, no hay necesidad de traer a colación dicha disposición como se hace en la demanda; por la segunda, bien se ve que al declarar para el proceso, los policiales lo hicieron como testigos de todo cuando vieron y escucharon cuando efectuaron las capturas y el decomiso.

No resulta incorrecto hablar de "confesión extrajudicial" para el proceso penal. Por tanto, tampoco puede afirmarse, con criterio excluyente, que la única confesión relevante es aquélla que prevé el artículo 264 del C. de P. P. Esta última, la llamada "confesión judicial", nace, como su denominación lo indica, dentro del proceso, se hace ante el funcionario de instrucción o ante el juez de conocimiento, de manera libre y espontánea, y se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario y, por otra parte, esté plenamente comprobado el cuerpo del delito. La primera, la llamada "extrajudicial", se produce, como su propia denominación también lo indica, por fuera del proceso, antes de su iniciación o en cualquier momento de su recorrido, pero puede llegar a él sin que exista razón valedera para rechazarla sobre la base de que no existe en el procedimiento

penal, pues en verdad no hay una sola disposición que la prohíba.

Lo dicho se reafirma si se tiene en cuenta que la "confesión extrajudicial" aparece prevista en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil en vigencia, y el C. de P. P. prevé en su Art. 8º, y para el procedimiento penal, la "aplicabilidad de las normas de procedimiento civil". Se enmienda, de esta manera, la doctrina consignada por esta Sala en providencia de locho (8) de abril de 1976, allí donde se dice, refiriéndose a la "confesión extrajudicial", que esta clase de pruebas no existen en el proceso penal porque en éste "o se está frente a la confesión, que siempre habrá de ser judicial o no se está frente a confesión de ninguna otra índole". La doctrina enmendada aparece citada en el concepto del Ministerio Público para tomar, con su apoyo, partido a favor de la demanda.

Habrá confesión "extrajudicial" o "extraprocesal" si se prefiere, siempre que el sindicado, sin coacción de ninguna clase, libre y espontáneamente, declare por fuera del proceso penal, su aceptación de haber cometido o haber participado en la comisión de un hecho delictuoso.

Esta declaración suya puede hacerla públicamente, a un reducido número de personas, a una sola persona, en un escrito, en versión rendida ante juez distinto al del proceso penal, o ante alguna de las autoridades que pertenezcan a organismos auxiliares de la rama jurisdiccional. Y puede llegar al proceso penal por la vía de los testimonios de quienes la escucharon o por vía documental. Sólo que no puede otorgársele el valor que se le da en la ley (Art. 264 del C. de P. P.) a la "confesión judicial". En este punto cabe recordar la misma doctrina que se enmienda en parte, allí donde al aludir a la "confesión extrajudicial", a pesar de haber negado antes su existencia, dice de ella que debe considerarse "otra clase de pruebas". En este punto se deja abierto el campo a la apreciación de las revelaciones extrajudiciales de culpabilidad, con adecuación a lo previsto en el numeral 8º del artículo 289 del C. de P. P. o de cualquiera otra manera, como prueba de valor distinto al de la confesión judicial. Y es natural que así sea, pues manifestaciones de esta clase no pueden tener valor igual. De donde se extrae que, comprobado el hecho que originó la investigación, efectuadas las capturas y realizado el decomiso, para concretar el examen al caso de autos, las manifestaciones hechas por los capturados (que permitieron la captura de otro más y la presencia de los policiales en el sitio de los hechos) a esos policiales en la conversación que con ellos sostuvieron, constituyen verdaderas "confesiones extrajudiciales" a las cuales debe otorgárseles el valor que tiene el indicio. Los indicios que de allí surgen se refuerzan si se tiene en cuenta que el informe policial fue ratificado y ampliado mediante testimonio procesal de las captores, y que éstos dijeron ante el instructor todo cuanto habían visto y verificado y todo cuanto escucharon de los labios de los capturados. Esa "otra clase de prueba" de que trata la doctrina parcialmente enmendada es, precisamente, la prueba indiciaria.

No yerran los juzgadores en las instancias al referirse a esas pruebas. Tampoco en darles un valor de indicio de culpabilidad para los procesados. Por tanto, no hay error de derecho en la sentencia impugnada y, en consecuencia, se desestima el cargo que formula el censor.

3. Finalmente, y sin que ello signifique un nuevo examen de la prueba a la manera del que se hace en las instancias, debe consignarse aquí que ni las conclusiones que se extrajeron de la inspección judicial, ni el informe policial en cuanto afirma que los captores aceptaron haber participado en los hechos investigados, constituyen la única prueba de que dispuso el juzgador para desembocar en la condena. Basta examinar las sentencias para saber que se habla allí de cuasiflagrancia en relación con los que transportaban el botín en el automóvil oficial, de las mentiras en que incurrió el patrocinado del censor cuando explicó por qué estaba en posesión de dicho vehículo, de la presentación de dos facturas por muy bajo precio para amparar con ellas una mercancía mucho más valiosa, de la condición de excelador en el compañero del recurrente,

etc. Aún en el caso de que pudiera predicarse un error de derecho en la apreciación del informe policial, bien se ve que ese error sólo podría decirse de una parte de dicho informe y, lo que es más, habría que aceptar, forzosamente, que no fue determinante de la condena. Lo mismo en relación con las conclusiones a que llegó el instructor en la diligencia de inspección judicial, conclusiones éstas que fueron sopesadas por los juzgadores que no vieron necesaria la intervención de peritos para efectuar una deducción lógica en relación con la sacada del botín del sitio en donde lo habían colocado sus dueños. Tampoco en esta parte puede afirmarse un error de derecho, como ya se dijo, pero aun en el hipotético caso de que pudiera entreverse en la actuación cumplida, tampoco sería determinante de la condena para los copartícipes del celador confeso.

Por fuerza de lo anteriormente dicho, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia del 17 de diciembre de 1975, proveniente del Tribunal Superior de Bogotá, objeto del recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese y devúlvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PRUEBA PERICIAL O PRUEBA POR PERITOS

Su finalidad. La razón de ser de la prueba por peritos está en la necesidad de poseer "conocimientos especiales" en determinada rama del saber humano, sobre la base de que el juez no es omnisapiente

CASACION. DEMANDA

Si la casación va dirigida contra la sentencia de segunda instancia, por haber infringido el fallador normas sustanciales, de manera directa, o a través del quebrantamiento de textos relacionados con las pruebas, la demanda no puede silenciar los textos infringidos

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

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez.*

Aprobado: Acta Nº 14 de marzo 17/77.

V I S T O S

El Tribunal Superior Militar, con fecha 16 de marzo de 1976, confirmó la sentencia que dictó el Comando de la Séptima Brigada del Ejército Nacional contra LUIS EDUARDO MESA MARTINEZ por los delitos de cultivo y almacenamiento de marihuana, pero con la modificación de imponerle al acusado cuatro años y medio de presidio, en lugar de cuatro.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el procesado. Habiéndose cumplido el trámite legal, se procede a decidirlo.

A N T E C E D E N T E S

1. El Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Villavicencio inició sumario contra LUIS EDUARDO MESA MARTINEZ el 3 de septiembre de 1975 para averiguar la responsabilidad penal que pudiera caberle por habérsele encontrado en su casa de habitación, situada en el lugar denominado Moscú, Vereda Buenos Aires del municipio de Vistahermosa, Departamento del Meta, ocho arrobas de marihuana y dos arrobas de semillas de dicha planta, debidamente empacada. También fue localizado un cultivo de marihuana de cinco hectáreas en dos lotes de dos y tres hectáreas, respectivamente en un fundo rural de propiedad del procesado.

2. El funcionario de instrucción entregó el proceso al Comando de la Séptima Brigada, por encontrarse el territorio nacional en estado de sitio como consecuencia del Decreto 1249 de 1975, y por haber ordenado los artículos 2º literal n), y 3º inciso 2º del Decreto Legislativo 1250 de 26 de junio de 1975 que los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes serían de conocimiento de la justicia militar, mediante el procedimiento especial establecido por el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar.

3. El Comando de la Séptima Brigada, actuando como Juzgado de Primera Instancia, dictó su providencia de 30 de sep-

tiembre de 1975, por medio de la cual avocó el conocimiento del proceso y dispuso requerir a los sindicados LUIS EDUARDO MESA MARTINEZ, DAVID BRAVO CARDONA y JOAQUIN YATE FUCURU para que designaran sus defensores. MESA nombró al doctor Winston Rubio Segura, pero BRAVO y YATE no pudieron ser requeridos por no haber sido localizados, habiéndoseles nombrado defensor de oficio.

4. Una vez que los defensores tomaron posesión de sus cargos, el Comando de la Séptima Brigada declaró cerrada la investigación y ordenó correrle traslado al Fiscal Militar y a los defensores por el término de 24 horas.

5. Con fecha 31 de octubre de 1975, el Comando de la Séptima Brigada dictó sentencia de primera instancia por medio de la cual condenó a LUIS EDUARDO MESA MARTINEZ a la pena principal de cuatro años de presidio, multa de cinco mil pesos y las sanciones accesorias de rigor, como autor de los delitos de cultivo y almacenamiento de marihuana, que describen los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974, y absolvió a DAVID BRAVO CARDONA y JOAQUIN YATE FUCURU.

6. El Tribunal Superior Militar, al resolver la alzada que contra la sentencia de primera instancia interpuso el acusado, dictó la sentencia de 16 de marzo de 1976 por la cual confirmó la providencia apelada, pero modificándola en cuanto a la pena principal impuesta a LUIS EDUARDO MESA MARTINEZ, la cual elevó a cuatro años y medio de presidio.

DEMANDA DE CASACION

Para sustentar el recurso de casación, el defensor del procesado presentó demanda, en la cual alegó dos causales contra la sentencia censurada.

CAUSAL PRIMERA

Ataca la sentencia por haber incurrido en violación indirecta por error ostensible de hecho e indebida aplicación de los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974 y 33 del Código de Justicia Penal Militar, y por falta de aplicación de los artículos 444 y 445 del Código de Justicia Penal Militar y 44 del Decreto 1188 de 1974.

Para fundar la causal alegada hace dos cargos que desembocan en el aserto de que no hay prueba alguna que sirva para incriminar al procesado como autor de las infracciones por las cuales fue condenado.

Primer cargo: Comienza analizando las declaraciones de Joaquín Yate y de Bravo Cardona, para concluir que sobre ellas no puede fundarse la incriminación de Mesa Martínez, por cuanto fueron capturados en casa de éste, por haberlos contratado el acusado para que hicieran la limpieza de un cultivo de yuca y otro de plátano. Se refiere a la indagatoria para afirmar que el procesado no hizo ninguna confesión de haber cometido los delitos por los cuales fue condenado, ya que negó los hechos. Cuestiona el experticio médico legal sobre la muestra de marihuana examinada, para expresar que se trata de un elemento vinculado al proceso contra Alberto Marín Correa. Además, afirma que la muestra enviada se confundió con otras más, dando por resultado que no se sabe a qué proceso pertenecía la marihuana examinada por los médicos legistas. Sostiene que el acta de incautación e inspección judicial a la finca de Luis Eduardo Mesa Martínez, es un documento contradictorio, y que la inspección judicial no se practicó en la finca del acusado.

Sintetiza el ataque contra la sentencia impugnada diciendo que "toda la prueba que tomó el Tribunal contra Mesa para condenarlo se refiere al cultivo de marihuana pero en ningún caso se encuentra acreditado ni el tránsito, ni la introducción al país ni el transporte ni el almacenamiento ni la conservación ni la venta ni el ofrecimiento ni la adquisición ni el suministro del producto capaz de producir dependencia física o síquica, para que el Tribunal hubiera aplicado el artículo 38 en concurso con el delito especialmente determinado en el artículo 37 que se refiere al cultivo o conservación de planta de la que pueda extraerse marihuana. Aquí el Tribunal ha confundido

las dos operaciones delictuales distintas atribuyendo a Mesa no sólo lo que arrojan las pruebas contra otro sino sin prueba alguna una figura delictual".

Afirma que la falta de aplicación de los artículos 444 y 445 del Código de Justicia Penal Militar, en armonía con el artículo 44 del Decreto 1188 de 1974, surge del hecho de que "no se encuentra en el expediente la prueba plena de la infracción ni de la responsabilidad del procesado". Y concluye esta parte de la argumentación expresando que Mesa Martínez fue negligente al no investigar para qué servía las semillas que le fueron decomisadas, por cuya razón debió sancionársele conforme las voces del artículo 44, que contempla la hipótesis de quien delinque por negligencia.

Segundo cargo: Repite que hubo infracción indirecta de los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974, como consecuencia de la infracción directa de los artículos 441 a 492 del Código de Justicia Penal Militar "por error de derecho cometido en la valoración, métrica y aplicación de la prueba".

Sostiene que la confesión que le ha servido al Tribunal para dictar la sentencia acusada no tiene las características de tal medio probatorio, porque fue obtenida utilizando métodos inquisitivos que se superaron durante la Revolución Francesa, y que la indagatoria tuvo por única finalidad ratificar la versión que dio ante la Policía Judicial, "en un proceso no contra él sino contra otro que hacía el papel de sindicado".

Critica la utilización de pruebas trasladadas de otro proceso seguido contra un tercero, sintetizando el cargo en los siguientes términos: "el haber tomado esa documentación como prueba incidente en la responsabilidad de Mesa hizo incurrir al Tribunal en el error de derecho de valorar como prueba esa documentación contra la expresa prohibición de las normas reguladoras que al ser desconocidas por inaplicación hacen violar indirectamente aquellas sustanciales citadas que fueron llamadas para condenar".

CAUSAL CUARTA

La enuncia diciendo que la sentencia se produjo en un proceso nulo, "más aún: sin proceso", por lo cual se ha presentado la nulidad supralegal que establece el artículo 26 de la Constitución Nacional. También señala como violados los Decretos 250 de 1958 y 1250 de 1975. Afirma que hubo un simulacro de proceso penal militar, que se desarrolló en tres etapas, siendo la primera constituida por el hecho de haberse traído al informativo fotocopia de actuaciones de otro proceso; la segunda la hace consistir en que ninguna autoridad militar comisionó al Juez 16 de Instrucción Criminal para adelantar la investigación; y la tercera radicaría en que el acusado no se le ha juzgado con la intervención de un Consejo de Guerra Verbal, cuyo procedimiento establecen los artículos 566 a 589 del Código de Justicia Penal Militar.

Termina diciendo que "subsistiendo el Estado de Sitio en los meses de agosto y septiembre de 1975 no podría intervenir un funcionario de instrucción criminal de la justicia ordinaria".

La petición final que formula es la de que se decrete "la nulidad de todo lo actuado en este curioso pasaje seudo jurídico castrense" porque no se han aplicado las normas propias del juicio, ni se ha permitido la contradicción de la prueba, ni el condenado ha tenido en ningún momento la defensa apropiada.

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares ha emitido un razonado concepto, en el cual pone de resalto los muchos medios probatorios de que se valió el Tribunal para tener como probados los dos delitos de cultivo y almacenamiento de marihuana, y la responsabilidad penal del acusado. También expresa que la documentación que en fotocopia se agregó al proceso, no proviene de una investigación contra terceros. Como en un principio se involucraron en un mismo sumario sendas investigaciones contra varios procesados, en las cuales no existía conexidad ni

se habían cometido en concurso recíproco, se dispuso separar las investigaciones. Y en cuanto a la nulidad planteada por haber levantado la investigación un instructor de la jurisdicción penal ordinaria, la Procuraduría la refuta con la cita del texto del artículo 313 del Código de Justicia Penal Militar en cuanto dispone que "las diligencias o investigaciones realizadas por las autoridades militares o civiles, conservan todo su valor legal, cualquiera que sea la que asuma en definitiva el conocimiento".

Concluye la Procuraduría conceptuando que se deseche el recurso de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se comenzará el estudio de la impugnación contra la sentencia del Tribunal, por el examen de la causal cuarta, por demandarlo así la técnica de casación, debido a que es indispensable examinar la legalidad del proceso antes de entrar al análisis de los demás cargos formulados.

CAUSAL CUARTA

El literal n) del artículo 2º del Decreto Legislativo 1250 de 1975 le adscribió el conocimiento del delito de cultivo de marihuana y el de su conservación a la jurisdicción penal militar, mediante el procedimiento especial previsto por el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar (artículo 3º del citado decreto).

Dicho procedimiento es el siguiente:

"Recibido el parte, denuncia, aviso o informe, el Juez de Primera Instancia perfeccionará la investigación dentro de los 8 días siguientes. Si no fuere posible recibir indagatoria al sindicado dentro de tal término se le emplazará por dos días y se le designará defensor de oficio".

"Vencido el término anterior o perfeccionada la investigación, se dará traslado para concepto de fondo al fiscal por 24 horas y al defensor para alegato por igual término. Devuelto, se pronuncia el fallo dentro de los tres días siguientes".

El Decreto 1250 de 1975 dispuso que la justicia militar conocería, por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, las infracciones relacionadas en su texto, pero excluyó a los delitos de cultivo y almacenamiento de marihuana, entre otros, al disponer que se juzgarían conforme al procedimiento especial del artículo 590, antes transcrito.

Al señalar la demanda de casación como violado el Decreto 250 de 1958 por la sentencia censurada, no está formulando propiamente ningún cargo, porque siendo dicho Decreto el Código de Justicia Penal Militar, la impugnación ha debido concretar la norma o normas desconocidas por la por la sentencia, y la razón de la violación. La generalidad de la acusación, no le permite a la Corte descifrar cuál fue el cargo que el demandante intentó formular.

El Ministerio Público ha explicado que no ha habido traslación de pruebas del sumario seguido contra Alberto Marín Correa, al que se adelantó contra LUIS EDUARDO MESA MARTINEZ, como lo pretende la demanda. La realidad de lo sucedido consistió en que se siguió sumario contra 6 personas por conductas individuales de cada una de ellas, sin que hubieran actuado en concurso recíproco, y sin que hubiera existido conexidad entre las varias infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974). Tal circunstancia determinó la separación de las seis investigaciones, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal.

El último de los argumentos en que funda la alegación de nulidad consiste en sostener que lo actuado por el Juez 16 de Instrucción Criminal es nulo, por no haber recibido comisión de un funcionario penal militar, que lo hubiera habilitado para instruir sumario por delito adscrito a la Justicia Penal Militar. El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares ha replicado muy certeramente este cargo, al recurrir al artículo 313 del Código de Justicia Penal Militar, en cuanto da validez a las investigaciones efectuadas por autoridades militares o civiles, "cualquiera que sea la que asuma en definitiva el conocimiento" del proceso.

En consecuencia, no prospera ninguno de los cargos formulados al amparo de la causal cuarta de casación.

CAUSAL PRIMERA

El ataque a la sentencia acusada radica en que el Tribunal fallador incurrió en violación indirecta, por error ostensible de hecho e indebida aplicación, de los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974 y 33 del Código de Justicia Penal Militar, y por falta de aplicación de los artículos 444 y 445 del citado estatuto y del 44 del Decreto 1188. Como segundo cargo sostiene que hubo infracción indirecta de los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974, debido a la infracción directa de los Art. 441 a 492 del Código de Justicia Penal Militar.

En la demanda se intenta hacer un alegato de instancia, en el cual se plantea la discusión de los hechos y se confrontan con el acervo probatorio, auncuando tergiversando el significado y alcance de los elementos de convicción. No se entra a refutar los argumentos de la demanda al respecto, porque habiéndose propuesto la causal primera de casación, fundándose en la violación indirecta de ley sustancial como consecuencia de la violación de las normas que regulan la interpretación, producción y requisitos de determinados medios probatorios, la demanda ha debido señalar los textos procesales quebrantados que han conducido a la violación de la ley sustancial.

En lugar de expresarlo así, recurre a una generalización que engloba la totalidad del articulado del Código de Justicia Penal Militar que trata de las nulidades y de las pruebas;

"*Segundo cargo.* Infracción indirecta de los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974 por infracción directa de los artículos 441 a 492 del Código de Justicia Penal Militar por error de derecho cometido en la valoración, métrica y aplicación de la prueba".

Si la demanda no individualiza cuál es la prueba que, por virtud de errores de derecho, fue interpretada desvirtuando su contenido, alcance o mecanismo de su producción, y sin que indique la norma procesal violada con la interpretación errónea de la prueba, la Corte no está en capacidad de proceder a estudiar cargos que no se han formulado de manera concreta.

Al fundamentar este cargo, la demanda se refiere a la confesión del acusado, para predicar que fue obtenida "utilizando métodos inquisitivos que tuvo que superar la Revolución Francesa" y agrega que "el carácter de confesión implica un gravísimo error de derecho como sucede en este caso al haber tomado el Tribunal en su sentencia como confesión la ratificación o reconocimiento de una firma del condenado sobre una versión dada en un proceso no contra él sino contra otro que hacía el papel de sindicado".

El Ministerio Público ha refutado la acusación en forma muy lógica, por cuanto el expediente no recaudó ningún medio de prueba que sirva para fundar la acusación de que la confesión fue arrancada con métodos inquisitoriales, y que, además de la confesión, que no consistió en la simple ratificación de la versión dada por el procesado a la Policía Judicial, el Tribunal sentenciador se valió de otros medios probatorios para establecer tanto el cuerpo del delito como la responsabilidad del procesado. Así mismo, el Ministerio Público hace la aclaración de que al sumario contra Mesa no se trajeron pruebas producidas en proceso contra terceras personas, distintas al acusado, sino que, como se estaba siguiendo un sumario contra varios sindicados, por sendos delitos de cultivo y almacenamiento de marihuana, que no habían sido cometidos en concurso recíproco ni eran conexos, se dispuso la separación de las varias investigaciones.

Refiriéndose a esta parte de la censura contra la sentencia de segundo grado, la demanda expresa: "Las normas reguladoras del procedimiento penal militar citadas arriba ordenan que la prueba deba producirse en forma directa y personal por el instructor dentro del respectivo proceso que carga la conducta del sindicado y no como mera transcripción de diligencias vividas para otro proceso". Pero guarda silencio sobre cuál o cuáles son las normas procesales violadas, de cuyo desconocimiento emana la violación de las normas sustanciales señaladas en el libelo, por cuanto vuelve a recurrir a la genera-

lización de indicar que se han violado los artículos 441 a 492 del Código de Justicia Penal Militar, de donde es forzoso extraer la consecuencia de que la demanda no fue redactada "en forma clara y precisa", tal como lo exige el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Si la acusación va dirigida contra la sentencia de segunda instancia, por haber infringido el fallador normas sustanciales, de manera directa, o a través del quebrantamiento de textos relacionados con las pruebas, la demanda no puede silenciar los textos infringidos, no sólo en cuanto a las normas sustanciales que se consideren violadas, sino también en lo que atañe a los textos procesales referentes a pruebas que lo hayan sido y que sean la causa de la violación de aquéllas. Como la demanda en estudio no señaló de manera concreta los textos de la ley procesal infringidos, y que ocasionaron el quebrantamiento de las normas sustanciales, ni se hizo la fundamentación de tales violaciones, hay que concluir que dicha demanda fue redactada contrariando la técnica de casación que describen los artículos 576 y 580 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo tanto, tampoco prosperan los cargos formulados al amparo de la causal primera invocada. De lo cual se concluye que no se casará la sentencia acusada.

LA DECISION

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por orden de la ley, oído el Procurador Delegado para las Fuerzas Armadas,

RESUELVE

No casar la sentencia acusada.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

DELITOS CONTRA FUNCIONARIO PUBLICO

Elementos

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 15 de 24 de marzo de 1977.

V I S T O S

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en auto de 18 de noviembre de 1975, residenció en juicio criminal a JUAN MARIA MOJICA PATIÑO para responder de un delito contra funcionario público, conducta ejecutada cuando cumplía funciones de Juez Promiscuo Municipal de Hato Corozal (Boyacá). En esa primera decisión se citaron como normas pertinentes, los artículos 31, 186 y 372, inciso primero, del C. Penal.

La decisión fue apelada por el procesado y por el Ministerio Público, quien siempre conceptuó que MOJICA PATIÑO no obró en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Después de una exitosa solicitud de excarcelación, el fiscal afirmó la falta de consonancia entre la parte motiva y la resolutiva de ese proveído, pues debió componerse esta última de acuerdo a las disposiciones citadas, aludiéndose al delito de lesiones personales en funcionario público. El *a quo*, en auto de 31 de mayo del año en mención, aceptó este planteamiento y corrigió los términos del vocatorio a juicio, esto es, desechó el concurso ideal de infracciones y determinó "unas lesiones personales, agravadas específicamente por haber sido cometidas en un funcionario público. En otras palabras, el delito contra funcionario público resulta ser una circunstancia específica de agravación del delito principal de lesiones".

HECHOS

Ricardo Rincón Parra, para la época de los sucesos ejercía el cargo de Personero Municipal de Hato Corozal. En su condición de Agente del Ministerio Público tuvo necesidad de requerir del Juez MOJICA PATIÑO mayor atención para algunos negocios que cursaban en su despacho y en los cuales se observaba alguna morosidad. El 9 de agosto de 1974, a eso de las ocho y media de la mañana acudió al Juzgado en referencia para notificarse de una decisión, informado como estaba al respecto por el secretario. Encontró a MOJICA PATIÑO en compañía de Lino Rojas y Publio Parada y a todos saludó con igual cordialidad. El procesado le invitó a su oficina y allí inopinadamente le propinó algunos puñetazos, logrando herirle en la nariz; luego tomó su cinturón y usándolo como fuete le golpeó en la cara, brazos, espalda, sin que su huída hiciera cesar la injusta agresión.

DEMOSTRACIONES PROCESALES

1. A Fls. 9 vto. y 10, aparece el Acuerdo Nº 23 de 28 de mayo de 1974, del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante el cual se designó como Juez Promiscuo Municipal de Hato Corozal, en interinidad, a JUAN MARIA MOJICA PATIÑO; y a Fls. 37 vto. y 38, obran el acta de

posesión y certificación sobre efectivo desempeño del cargo entre el 4 de junio y el 16 de septiembre de 1974;

2 Dictámenes sobre las consecuencias corporales padecidas por Rincón Parra (Fls. 4, 25 y 32);

3 La calidad de Personero Municipal, en Ricardo Rincón Parra, entre el 1º de diciembre de 1973 y el 20 de enero de 1975 (Fls. 36 vto.). así como copia del escrito origen de la desmedida y punible reacción del juez MOJICA PATIÑO, presentado el 8 de agosto de 1974 (Fl. 3);

4 Las precisas e imparciales versiones de Abdón Longinos Estrada, secretario del Juzgado, y Lino Alfonso Rojas, quienes afirman la pacífica y comedida aparición de Rincón Parra y la inopinada acometida a correa y puñetazos por parte de MOJICA PATIÑO (Fls. 13 vto. y 18), testificaciones que complementan Edelmira Barchilón (Fls. 15 vto.), Gladys Salamanca (Fl. 16 vto.) y Moisés Moreno (Fl. 20), estos dos últimos empleados del Juzgado.

5 Conforme a las manifestaciones de Longinos Estrada y los términos del escrito dirigido por el Personero al Juez, el día inmediatamente anterior a estos hechos, es indiduble que la reacción de este último se causó en la oficial intervención del primero. *Quiere esto decir que el delito de lesiones personales cometido en Rincón Parra, tuvo su origen y razón de ser en el ejercicio de funciones públicas de éste. Su necesaria y justa intervención como Ministerio Público, avivó el malestar del Juez MOJICA PATIÑO, quien se veía controlado y requerido en el cumplimiento exacto de sus deberes judiciales, provocando tan desmedida reacción como la que se deja reseñada. Viene, pues, al caso la consideración del artículo 186 del C. Penal, como propio a la conducta de MOJICA PATIÑO, ya que la actividad oficial llevada a cabo por Rincón Parra fue el exclusivo -motivo para actuar así. En esta interpretación acierta más el* a quo *que su colaborador fiscal, quien ha pretendido, contra la realidad procesal, caracterizar esa conducta como simplemente particular y común, sin ningún nexo con la actividad oficial asignada a uno y otro funcionario. Por eso mismo la Procuraduría atina en el siguiente comentario: "Huelga decir, que el personero en calidad de Ministerio Público exigió al Juez que cumpliera con el ordenamiento legal; y esto lo disgustó o molestó y lo condujo a cometer el delito en el funcionario que sí estaba ejerciendo su actividad de acuerdo con la facultad legal otorgada".*

En este mismo orden de ideas basta observar la ausencia de todo otro motivo, por fuera del que se comenta, la proximidad entre el oficio dirigido por el Personero y la reacción del juez, las manifestaciones de éste demostrativas de su desagrado y aún de su propósito de responder físicamente, y, el lugar y circunstancias en que se produjo la agresión, para afianzar la conclusión que se deja expuesta. El juez no pudo ser más injusto ni más proditorio, puesto que finguiendo ánimo tranquilo y estando en su despacho, aprovechó esta sorpresa y superioridad para acometer a Parra Rincón. Esto pone de resalto su intención dolosa.

No es necesario agregar otras glosas para destacar la procedencia del vocatorio a juicio que se revisa por apelación.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal-, confirma integralmente el auto ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PECULADO

Su tipificación y elementos que son necesarios para su demostración

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril catorce de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 19.

Expediente Nº 21.871

VISTOS

Cumplida la audiencia pública en la presente causa contra el ex-cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia, Venezuela, señor PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON, por los delitos de PECULADO, FALSEDAD y CONCUSION que motivaron su llamamiento a juicio, corresponde a la Corte proferir sentencia de mérito.

HECHOS

El señor Perfecto Francisco Caballero Villazón desempeñó el cargo de Cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia, Venezuela, y en esta última población desde el 1º de febrero de 1973 hasta el 5 de agosto de 1974. Durante este tiempo expidió pasaportes sin colocarles las estampillas pagadas por los interesados o adhiriendo otras de menor valor; cobró derechos superiores a los estipulados por el arancel consular; rindió informes inexactos de su gestión; omitió abrir cuentas bancarias oficiales para depositar los dineros recaudados; y, reportó un cuantioso faltante aduciendo un supuesto atraco antes de entregar la oficina.

ACTUACION PROCESAL

Los hechos fueron puestos en conocimiento del Procurador General de la Nación por el Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. De las averiguaciones administrativas adelantadas por la Procuraduría se ordenaron copias con destino a esta Corporación en virtud de aparecer actuaciones que podían constituir delito. Fue así como el 9 de junio de 1975, la Corte ordenó abrir la investigación penal correspondiente.

Clausurada la etapa del sumario, mediante auto del 1º de abril de 1976, se llamó a responder en juicio criminal al ex-Cónsul Perfecto Francisco Caballero Villazón por los delitos de Peculado, Falsedad y Cohecho, en la modalidad de continuados cada uno de ellos y en concurso material. Dentro del término probatorio de la causa se practicaron algunas diligencias.

En la audiencia el Ministerio Público solicitó la absolución del acusado por el delito de Concusión y su condenación por el de Peculado y Falsedad. En tal virtud expresó que Caballero Villazón nunca pagó los pasaportes, especies penales y facturas que le envió la oficina proveedora; que se apropió igualmente de los dineros recaudados por concepto de expedición de pasaportes y de estampillas que nunca adhirió, pero que cobró; que depositó el dinero en cuentas particulares, pues jamás abrió las oficiales a que estaba obligado, deber que no desconocía; que cuando ya había sido destituido, precisamente en el último mes que laboró, la oficina tuvo un movimiento inusitado y que antes de entregar coincidencialmente lo

atracaron, lo despojaron de dineros oficiales que iba a depositar y de su carro particular; que el peculado, en consecuencia, asciende a la suma de $ 740.416.00, según los informes del Consulado de Nueva York. Del mismo modo precisó que las cuentas mensuales que rendía eran acomodaticias y que en el mes de julio hizo figurar pasaportes expedidos con anterioridad, lo que demuestra el delito de falsedad en que incurrió.

Por su parte la defensa pidió la absolución de su patrocinado alegando que el proceso adolece de graves fallas, principalmente en la inobservancia de términos procesales, constitutivas de nulidad constitucional por ausencia del debido proceso; que la prueba recaudada en contra del procesado presenta graves anomalías que la hacen inepta para ser considerada pues en su mayoría son fotocopias que no están autenticadas; que, finalmente, el peculado no existe, porque ni se estableció su cuantía mediante peritazgo o juicio fiscal de rendición de cuentas; que la falsedad ideológica no emerge de la prueba porque la verdad histórica que se dice alterada no se demostró; y, que la conclusión no se configura, tal como lo sostiene el señor Procurador Delegado de lo Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I) Cuestiones Previas

Por haber planteado el defensor la existencia de nulidad supralegal en el proceso y puesto en duda la validez de la prueba que sirvió de fundamento al auto de proceder, resulta necesario despejar previamente estos aspectos.

1. *La Validez del Proceso.* Aduce que se violó la garantía del debido proceso porque no se observaron la plenitud de las formas propias que lo regulan.

Alega que el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal señala el término para la formación del sumario y apunta que la Corte lo rebasó; precisa que el artículo 472 del mismo Código establece un término de ampliación del sumario cuando no hay detenido y advierte que la Corte lo excedió; indica que el artículo 500 del mencionado estatuto consigna el término para practicar pruebas dentro de la causa y anota que la Corte lo transgredió. Finalmente, concluye que, por este modo, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional.

No entra la Sala a discutir las afirmaciones del defensor; se limita a indicar que su conclusión carece de fundamento, pues los hechos que lo sustentan no tienen el alcance que les atribuye. Se trata de irregularidades que no implican quebranto del esquema básico del proceso, de garantías procesales de orden sustancial, o de derechos inalienables de la persona humana. A este respecto la Corporación ha dicho: "...La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura 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 esa clase de nulidad, en guarda del artículo 26 de la Carta, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior..." (Cas. Penal, mayo 8 de 1970, G.J., t. CXXXIV, Núms. 2326 - 2328, Pág. 296).

2. *La Validez de la Prueba.* El defensor impugna la validez de pruebas fundamentales de cargo que tuvo en cuenta la Corte para proferir el auto de proceder, pues estima que la conforman fotocopias que no se encuentran debidamente autenticadas, puesto que no figura en ellas la atestación del secretario de haber sido tomadas de sus respectivos documentos originales. Circunstancia que impide tenerlas como prueba y que permite "... la conclusión inexorable, de que, desde el punto de vista legal no lo son...". Al efecto, cita los documentos que en fotocopia obran a folios 520, 524, 528, 529, 532, 534, 535 y 536 del cuaderno principal.

Frente a esta aseveración categórica, la Sala se permite observar:

a) Todos los documentos que en fotocopia aparecen entre los folios 440 y 538 del expediente, llegaron al proceso mediante oficio remisorio del 24 de septiembre de 1975 dirigido al instructor por el Jefe de la División de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, debidamente discriminados por la naturaleza del asunto a que se refieren.

b) Todas esas fotocopias se encuentran legalmente autenticadas por el Primer Secretario de la división de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, teniendo en cuenta cada asunto en particular, así: la documentación que empieza a Folio 520, se encuentra autenticada a folio 523 vuelto; la que empieza a folio 524, lo está a folio 528 vuelto; la que empieza a folio 529, lo está a folio 537 vuelto. Constancias de autenticación que textualmente expresan: "...El suscrito Primer Secretario de la División de Asuntos Consulares, hace constar que las presentes copias fotoestáticas fueron tomadas de los originales de los documentos que reposan en los archivos de esta División...". Al pie de esta leyenda aparece el sello y la firma de dicho funcionario.

Como fácilmente se aprecia, ni la aducción al proceso ni la validez extrínseca de los documentos que señala la defensa violan el principio de legalidad de la prueba. Sostener lo contrario comporta una actitud reñida con la realidad procesal y, por ende, inexcusable.

II) El Delito de Peculado

La imputación que se le hace, según el auto de proceder, es la siguiente:

"...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 ($ 80.000.00 bols.) 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 continuada y crónica a través de conductas reiteradas cada mes durante el tiempo expresado...".

La norma aludida precisa:

"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".

El cargo se halla plenamente demostrado, así:

Perfecto Francisco Caballero Villazón adquirió la calidad de funcionario cuando al ser nombrado por Decreto 2197 del 27 de noviembre de 1972, se posesionó como Cónsul en Valencia, República de Venezuela, el 1º de febrero de 1973, y ejerció funciones hasta el 5 de agosto de 1974, fecha en que hizo entrega de la oficina.

Por razón del empleo que desempeñaba, ejerció en el lapso anotado, funciones de recaudar, pagar, guardar y administrar caudales y bienes de la Nación, derivadas de venta de pasaportes, especies venales, facturas consulares, etc.

No se requiere necesariamente que los dineros o bienes pertenezcan al Estado, basta que éste los tenga transitoriamente, pues responde de ellos. De suerte que el funcionario no puede alegar que son de particulares para escudar su infidelidad. La verdad es que Caballero Villazón recibió dineros como Cónsul de Colombia y por servicios oficiales, circunstancia que hizo que estos ingresaran ipso iure *al Tesoro Nacional.*

Si la apropiación consiste en que el funcionario se aprovecha de la disponibilidad jurídica que tiene sobre los bienes públicos que se le han encomendado para comportarse como dueño en relación con ellos, esto es, uti dominus, *Caballero Villazón al cobrar expensas en desacuerdo con las tarifas del arancel; al recibir dineros por la venta de pasaportes y de especies venales que no colocó en éstos; y, por últi-*

mo, al depositar lo recaudado en sus cuentas particulares y no remitir lo debido al Consuldado de Nueva York, procedió con ánimo indiscutible de apropiación, porque no ignoraba, como está probado y, además, lo admite, que estaba en la obligación de abrir cuentas bancarias a nombre del Consulado para esos menesteres.

Se estableció que las cuentas del Consulado de Colombia en Valencia, Venezuela, no son fiscalizadas directamente por la Contraloría General de la República sino por la Auditoría de la Contraloría que labora en el Consulado General de Colombia en Nueva York. Por tal motivo, la Contraloría comunicó que no existían juicios fiscales contra el acusado; pero, aclarada esta situación, la Auditoría del Consulado de Nueva York informó que Caballero Villazón tenía un alcance por pasaportes y especies venales de U.S. $ 6.996.50, lo cual sería suficiente para fijar el monto inicial de la apropiación; más como él afirma, sin prueba fehaciente, que fue despojado en un atraco a mano armada de 84.308 bolívares producto de las ventas efectuadas en el mes de julio de 1974, o sea de U.S.$ 19.606.60, la cuantía total del peculado llega a U. S. $ 26.602.10, lo que significa que excede a los setecientos mil pesos colombianos.

Entiende la Corte que hace parte de la cuantía del ilícito la suma de dinero que Caballero Villazón afirma le fue quitada en el atraco, porque considera que ese hecho, si bien pudo ocurrir, le sirvió de pretexto para encubrir lo que ya se había apropiado. Es curioso, por decir lo menos, que precisamente cuando ya estaba destituido y se veía en la obligación de entregar el Consulado, se presentara ese acontecimiento y que nadie, fuera de él, dé razón del mismo; que igualmente ninguna persona dé fe que el procesado tenía, días antes o momentos antes del insuceso, la gruesa suma de dinero que asegura portaba esa tarde. Es más, el propio acusado se encarga de restarle todo crédito a su versión, sustancialmente en lo que respecta al monto de lo que dice le fue robado, pues en su indagatoria acomodó ostensiblemente las cifras a los informes oficiales, como puede verse con absoluta nitidez en el siguiente aparte: "...Preguntado: Díganos si Ud. tiene el dato exacto de ese dinero que le fue robado ese día? Contestó: El dato exacto de ese dinero que correspondía a la dotación oficial, es de tres mil doscientos setenta y nueve dólares, que pertenecían a las ventas *de ese mes de julio. Preguntado: Explíquele Ud. al Juzgado sobre el CUADRO GENERAL DEL MOVIMIENTO DEL CONSULADO correspondiente a julio de 1974, folio 254 y* que se le pone a la vista, *de acuerdo con su dicho anterior, cuál fue la suma que ese día le sustrajeron? Contestó:* Dos mil doscientos. *Aclaro:* Diecisiete mil cuatrocientos ochenta y cinco dólares, *correspondiente al mes de julio..." (subraya la Sala).*

III) El delito de Falsedad

El cargo que se le formula en el auto de proceder, es de este tenor:

"...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 de 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...".

La norma citada expresa:

"Incurrirá en presidio de tres a diez años el funcionario o empleado público que abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos:

1º ...

2º ...

3º ...

4º Falte a la verdad en la narración de los hechos".

Esta ilicitud se encuentra plenamente acreditada, así:

Caballero Villazón estaba obligado a elaborar mensualmente Cuadros Estadísticos sobre expedición de pasaportes y especies venales, documentos públicos de valor fiscal con aptitud para efectuar con base en ellos los respectivos asientos de contabilidad en la Auditoría del Consulado General de Nueva York a donde se remitían.

El procesado cumplía con ese deber, pero a su talante. Dejaba de relacionar ventas que efectuaba en un mes para incluirlas en las de otros, con los consiguientes trastornos contables. En esta forma acumulaba dineros no declarados oficialmente. A tal extremo llegó en el empleo de esta maniobra, que al ser destituido y verse en la obligación de rendir cuentas y entregar el Consulado, hizo una profusa relación de ventas y recaudos en julio de 1974 haciéndolos figurar como percibidos en ese mes, para justificarlos, a renglón seguido, con el atraco, es decir, para eludir su reintegro.

De este hecho hay constancia expresa en el proceso. En efecto: el pasaporte Nº PTA-037600 expedido a Herminia Gutiérrez el 4 de abril de 1973, aparece el 9 de mayo de 1973; el pasaporte Nº PTA-037758 expedido a Leonor María Torres de Márquez el 10 de mayo de 1973, aparece el 5 de junio de 1973; el pasaporte Nº OTA-061545 expedido a Jaime Páez Rocha el 27 de febrero de 1974, aparece el 17 de julio de 1974; el pasaporte K-351016 expedido a Campo Elías Romero Carrascal el 3 de junio de 1974, aparece el 23 de julio de 1974; el pasaporte Nº K-351017 expedido a Víctor Julio Cárdenas el 4 de junio de 1974, aparece el 23 de julio de 1974; el pasaporte Nº K-351018 expedido a Gabriel Angel Avendaño el 4 de junio de 1974, aparece el 23 de julio de 1974; el pasaporte Nº K-351021 expedido a Yolanda Borja Rojas el 5 de junio de 1974 aparece el 25 de julio de 1974;el pasaporte Nº K-351103 expedido a Elvira Josefa Hurtado de Navas el 18 de junio de 1974, aparece el 31 de julio de 1974; el pasaporte Nº K-351104 expedido a Nereida Guerra Hernández el 18 de junio de 1974, aparece el 30 de julio de 1974; el pasaporte Nº A-061578 expedido a Ana María Yances de Rodríguez el 18 de julio de 1974, aparece el 18 de julio de 1974; el pasaporte Nº A-061579 expedido a Alberto Martínez Gómez el 18 de junio de 1974, aparece el 18 de julio de 1974; el pasaporte Nº A-061582 expedido a Julia Atuesta de Hernández el 18 de junio de 1974, aparece el 18 de julio de 1974; el pasaporte Nº A-061583 expedido a María Francisca Maza Silvera el 18 de junio de 1974, aparece el 18 de julio de 1974; el pasaporte Nº A-061584 expedido a Lila Esther Guzmán Palencia el 18 de junio de 1974, aparece el 18 de julio de 1974; el pasaporte Nº K-351107 expedido a Luisa Emma Velásquez el 19 de junio de 1974, aparece el 30 de julio de 1974; el pasaporte Nº 351106 expedido a Isabel Cárdenas Arciniegas el 19 de junio de 1974, aparece el 30 de julio de 1974; el pasaporte Nº K-351108 expedido a Fabiola Jiménez Zamudio el 19 de junio de 1974, aparece el 30 de julio de 1974; el pasaporte Nº K-351109 expedido a Mariela Noriega el 20 de junio de 1974, aparece el 30 de julio de 1974; y, finalmente, el pasaporte A-061508 expedido a María Altagracia Terán el 20 de junio de 1974, aparece el 16 de julio de 1974. Todas estas ventas no fueron declaradas en su debida oportunidad.

En consecuencia, Caballero Villazón faltó a la verdad en la narración de los hechos en los respectivos cuadros mensuales, ya que dijo haber recibido determinada cantidad de dinero, cuando la suma era, sin lugar a dudas, superior. De aquí que en el auto enjuiciatorio se hubiera dicho:

"...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...".

A fin de concluir de esta manera:

"...Resulta evidente que el ciudadano Perfecto Francisco Caballero Villazón, en su carácter de Cónsul de Colombia en Paraguaipoa y Valencia (Venezuela), fue el autor de 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, 69 de 1946 y los Decretos Legislativos 1051 de 1945 y 2144 de 1955 y demás disposiciones pertinentes...".

IV) El Delito de Concusión

En el auto encausatorio quedó sintetizado en la siguiente forma:

"...Concusión descrita en el artículo 156 del Código Penal, consistente en haber constreñido o 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...".

La norma citada dispone:

"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...".

Esta infracción no está plenamente comprobada.

Lo reconoció el Ministerio Público en el resumen de su intervención oral, en estos términos:

"...este cargo no se encuentra demostrado ya que la prueba en contra del funcionario deriva de declaraciones expuestas ante el Cónsul de Colombia en Caracas y no fueron controvertidas en este proceso. Más claramente, se trata de declaraciones extrajuicio que no pueden ser aceptadas en el proceso penal. Además, fuera de la versión de las personas afectadas en sus intereses económicos no existen elementos de juicio que respalden la acusación...".

La Corte comparte el criterio de su distinguido colaborador fiscal, pues si la concusión es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público, abusando de su autoridad, que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o prometer algo que no debe, era esto lo que se tenía que probar en este proceso. Sin embargo, los elementos de juicio recaudados al respecto no demuestran a plenitud ese comportamiento.

Sobre ese particular obra una carta de Olga Garrido dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores; exposiciones extrajudiciales de María Esperanza Escobar, de Luis Alberto Ospino y de Beatriz Fortich de la Espriella ante un Cónsul de Colombia; y, algunas comunicaciones oficiales basadas en simples referencias. Estas diligencias no reúnen los requisitos de forma y de fondo exigidos por la prueba en materia penal.

En tales condiciones, es forzoso aceptar que no hay prueba eficaz para comprometer definitivamente a Caballero Villazón en el delito de Concusión por el cual se le llamó a juicio.

V) Conclusiones

Todo lo anteriormente expuesto conduce a conformar la certeza legal de que la materialidad de los delitos de Peculado y Falsedad en documentos públicos, se encuentran plenamente demostrada y en igual grado acreditada la responsabilidad que en ellos le compete al procesado Perfecto Francisco Caballero Villazón, en su condición de Cónsul que fue de Colombia en Valencia, República de Venezuela. Si esto es evidente, se reúnen los presupuestos exigidos por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para dictar en su contra, por esos reatos, sentencia condenatoria.

Los ilícitos referidos los cometió el acusado en forma continuada, en el lapso comprendido entre el 1º de febrero de 1973 y el 5 de agosto de 1974, y en concurso material de infracciones, como lo precisó el auto enjuiciatorio.

En consecuencia, siendo el delito más grave el Peculado por su cuantía, le corresponde una pena básica de cuatro años de presidio, aumentada en dos años por el concurso material con la Falsedad (Art. 33 del Código Penal) y en un año más por ser ambos ilícitos continuados (Art. 32 del Código Penal). Como no hay otros factores que indiquen la conveniencia de aumentar este cómputo, la sanción que deberá cumplir en definitiva es de siete años de presidio.

Se le condenará igualmente a las penas accesorias de rigor (Art. 58 del Código Penal), al pago en abstracto de los perjuicios causados con los delitos (Art. 92 del Código Penal), y se le negarán los subrogados penales de la condena condicional y del perdón judicial, por expresa prohibición de la ley (Arts. 80 y 91 del Código Penal).

En cuanto al ilícito de Consusión se dictará a su favor sentencia absolutoria.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONDENAR a PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON a la pena principal de SIETE (7) AÑOS DE PRESIDIO, que purgará en el establecimiento carcelario que designe el Gobierno Nacional, por intermedio de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia, por los delitos de PECULADO y FALSEDAD de que trata este proceso, cometidos en las circunstancias de lugar, tiempo y modo a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

2. CONDENAR igualmente a PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON a las siguientes penas accesorias: a) A la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, b) A la pérdida de la patria potestad, si la tuviere; y c) A la publicación especial de esta sentencia.

3. CONDENAR, en abstracto, a PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON a pagar los perjuicios causados con los delitos.

4. DECLARAR que el condenado PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON no tiene derecho a los subrogados penales de la condena condicional y del perdón judicial.

5. COMUNICAR de inmediato este fallo al Juzgado Primero Penal del Circuito de Valledupar a cuyas órdenes se encuentra el condenado, y a los demás despachos judiciales que lo reclaman, para que sea puesto a disposición de la Corte para los fines legales consiguientes.

6. EXPEDIR copia de esta sentencia con destino al Ministerio de Justicia y autoridades que señalan la ley.

7. ABSOLVER a PERFECTO FRANCISCO CABALLERO VILLAZON del delito de CONCUSION, conforme a las consideraciones expuestas en este pronunciamiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

HOMICIDIO

Cometido dentro de las circunstancias del artículo 382 del Código Penal. Sus consecuencias. Dosificación de la pena partiendo del artículo 362 y no del 363 del Código Penal. Sus razones

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril quince de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 19 de 14 de abril de 1977.

V I S T O S

Contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, fechada el 14 de julio de 1976, confirmatoria de la proferida por el Juzgado 3º Superior de esa ciudad (mayo 14/76), y mediante la cual se impuso a MANUEL ANTONIO PLAZA GALVAN, por el delito de "homicidio" en su legítima esposa Marlene Pico de Plaza, quince (15) años de presidio y sus accesorias pertinentes, se ha alzado en casación su defensor, el doctor Manuel H. Iriarte.

El recurso y la demanda se presentaron en tiempo oportuno y esta última, en auto de 3 de diciembre del año en mención, se declaró formalmente ajustada a las exigencias del artículo 476 del Código de Procedimiento Penal.

El Procurador 1º Delegado en lo Penal secunda la pretensión del impugnador y pide se case el fallo de acuerdo con la regla primera del artículo 583 *ibídem.*

HECHOS

Los legítimos esposos MANUEL ANTONIO PLAZA y MARLENE PICO, no constituían un modelo de convivencia matrimonial pues el esposo no perdía ocasión, cuando ingería licor, para maltratar de obra a su cónyuge. Parece que esta situación vino a agravarse con motivo de las equívocas relaciones surgidas entre Efrén, un hermano del procesado, y MARLENE, persona aquélla que convivió un tiempo con los PLAZA-PICO. En todo caso desde las primeras horas de la tarde del 24 de diciembre de 1974, el sentenciado, su esposa y parientes, entre ellos Efrén, se dedicaron a celebrar la navidad y fue así como consumieron copiosas cantidades de bebidas embriagantes. MARLENE, en horas del amanecer del 25, se retiró a su habitación y allí apareció también el citado EFREN. Al penetrar MANUEL ANTONIO PLAZA GALVAN a su cuarto, sorprendió a su consanguíneo en el lecho matrimonial, vestido, sobre su esposa y aplicando a ésta amorosas caricias, primero golpeó a Efrén y luego armado de cuchillo la emprendió contra su consorte. Esta no pudo evitar el ataque y recibió en su huída, una mortal lesión. MANUEL ANTONIO impidió toda ayuda y él mismo condujo a su esposa al hospital, en donde ésta murió tres días más tarde a causa de shock y anemia aguda por hemorragia interna. La herida había afectado el riñón izquierdo y el peritoneo parietal posterior.

ANTECEDENTES PROCESALES

La investigación la avocó el Juzgado Segundo Penal Municipal de Montería, el

31 de diciembre de 1974. Se oyó en indagatoria a PLAZA GALVAN, quien desde este momento fue debidamente asistido por el doctor Iriarte. A partir de esta diligencia el procesado invoca con motivo de su conducta la afrenta sexual de su esposa. Su supuesto cómplice, Efrén Plaza, confirmó lo manifestado por su hermano. La testigo Mildrex Plaza, hija de Manuel Antonio y quien vivía con su madrastra, declaró la ausencia de su tío Efrén cuando fue agredida Marlene, aunque un poco antes sí estuvo en la casa. Después intervino el Juez 8º de Instrucción Criminal, funcionario que perfeccionó el sumario y decretó la detención preventiva del sindicado (enero 7/75). Cerrada la investigación, el concepto fiscal destacó la procedencia del artículo 382 del C. Penal. El Juzgado 3º Superior, en auto de 19 de abril de 1975, se apartó de esta opinión y formuló un llamamiento a juicio para responder del delito de "homicidio-asesinato", artículo 363-1 y 5, causal esta última reconocida a instancia de una exitosa reposición intentada por el apoderado de la parte civil, vino luego el debate en audiencia pública y la cuestión propuesta por el Juez de Derecho la sustentó la parte civil. El Ministerio Público volvió a insistir en sus tesis expuestas en el cierre de investigación ("el procesado era responsable pero ante la creencia de la infidelidad de su esposa, derivada de los hechos establecidos en los autos"), petición que a un requerimiento de la defensa la tradujo como propia al hecho pasional consagrado en el artículo 382. El doctor Iriarte propuso como adecuada respuesta a sus alegaciones, la siguiente: "sí es responsable con la intención de lesionar y en estado de ira provocado por la creencia racional de la infidelidad de la occisa"; y, subsidiariamente; "Sí es responsable con la intención de lesionar"

La veredicción mayoritaria se expidió en estos términos: "Es responsable porque creía infiel a su esposa y actuó bajo la acción de grave intoxicación alcohólica y conmoción pasional". El jurado de minoría anotó: "Sí es responsable por que creía infiel a su esposa y actuó bajo la acción de grave intoxicación alcohólica y pasional".

El Juez, en fallo de simplísima composición, refiriéndose al veredicto pronunciado estima que "... por unanimidad el *juri* condena al procesado y bueno es aclarar que no estaba significando con su complementación que actuó en condiciones favorables, ya que las frases agregadas a la respuesta 'ES RESPONSABLE' en nada modifican su actual situación procesal. Lo cierto es que en concreto y definitivamente en nada atenúan la conducta del acusado respecto de los hechos investigados. Aquí existe un veredicto condenatorio pues así lo pregonan las palabras 'Es responsable' esa expresión clara de los señores miembros del Jurado de Conciencia, responsabilizan como único autor material e intelectual de la muerte de su esposa Marlene Pico, al acusado... así está determinado en el informativo y ante esta sólida verdad, el Despacho observa que el *juri* al responder el cuestionario en la forma conocida se identifica con la realidad procesal; por esa circunstancia el Juzgado acoge el veredicto en toda su integridad y procederá de acuerdo a su contenido". Luego el Tribunal, en sentencia que merecidamente censura el Ministerio Público y en donde la abulia conceptual no permitió siquiera transcribir el veredicto ni referirse a él siquiera de modo indirecto, impartió total confirmación a ese pronunciamiento del juzgador de primera instancia.

LA DEMANDA

Textualmente anota el impugnador: "Aduzco los motivos previstos en el numeral segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (principal), porque la sentencia está en desacuerdo con el veredicto; y (como complementario o consecuencial) en el numeral primero del mismo texto, pues la sentencia es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa. Además (subsidiario) el previsto en el numeral 4 de la misma norma, ya que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad".

A continuación expone:

a. La sentencia, en los juicios por jurado, debe estar en armonía con el veredicto. Este debe interpretarse adecuadamente para fijar su alcance en forma precisa, aspecto que se cumple consultando las alegaciones de las partes en la audiencia y observando cuáles de ellas resultaron triunfantes.

Esto, en el caso *sub judice,* quiere decir que la respuesta no constituyó una simple afirmación de responsabilidad, sino que se admitió la atenuante del artículo 382, inciso 2º del C. P., tema debatido arduamente en tal actuación y sobre la cual coincidieron defensor y Ministerio Público.

La frase "por qué *creía* infiel a su esposa", no es otra cosa que el desarrollo, en el entendiemiento del jurado, de las explicaciones que dieron tanto el fiscal como el defensor en el recurso del debate oral, sobre el alcance del vocablo "creencia" en punto a la estructuración de la atenuante la frace "creía" no fue acto espontáneo del fallador de hecho. Su presencia en el veredicto es palpable demostración de que los jurados acogieron, en conciencia, la significación del vocablo "*creencia*" en la forma como les fue planteada y explicada por el defensor.

"6. La aceptación de la modalidad de uxoricidio contemplada en el inciso segundo del artículo 382 del Código Penal, no está sujeta a 'la demostración apodíctica del torpe concúbito, sino que hay que contentarse con pruebas conjeturales'. Es la apreciación de Carrara. En este caso el sujeto, acerca de la ocurrencia del adulterio, adquiere el convencimiento en forma indirecta, a través de noticias o indicios atendibles, que llevan a su ánimo la credulidad de que ha tenido lugar la ofensa, vale decir: Se forma *la creencia* sobre la realidad del evento ominoso.

"Vengamos al entendimiento del vocablo. *Creencia* es 'firme asentimiento o conformidad con alguna cosa. Completo crédito que se presta a un hecho o noticia como seguros y ciertos'. De ahí que, valorando el significado, afirme que el jurado, al decir que el procesado 'creía' infiel a su esposa, estimó que él tuvo como cosa segura y cierta el evento de aldulterio, ya que la inicial sospecha o duda se le convirtió en realidad siquica. El jurado, no sometido a tarifa legal de pruebas ni obligado a acoger el análisis de ellas hecho por los jueces, necesariamente concedió credibilidad a la confesión del procesado y al testimonio confirmatorio de su hermano Efrén Plaza Galván, desechando las pruebas que, en el auto de proceder y en la intervención del representante de Parte Civil, se habían aducido para tratar de demeritar el valor probatorio de esas probanzas. Es evidente, entonces, que los miembros del tribunal popular presumieron verídica la confesión, y aceptaron el relato del justiciable.

"A lo anterior se agrega que la razón de la atenuante no se encuentra en la realidad objetiva del adulterio, sino en el estado de ánimo del sujeto ofendido. Así lo ha estimado la doctrina: 'Nunca olvidemos que esta excusante se basa únicamente en el estado de ánimo del agente y en la exaltación que perturba su conciencia, por lo cual no puede dejar de pensar una *creencia* justa' (Carrara, 'Programa de Derecho Criminal'. Parte Especial. Volumen I., número 1329). 'El legislador ha tomado en consideración el nacimiento, la formación de estados psíquicos especiales, las emociones de la ira y el dolor efectivamente sentidos, más que en la realidad de la ofensa, es esencial lo que razonablemente *le pareció* al agente'" (Eugenio Florián. 'Parte General del Derecho Penal'. Tomo I. Imprenta La Propagandista. La Habana. 1929, Pág. 543).

"7. Por otro aspecto, la frase 'CONMOCION PASIONAL' usada por el jurado en el veredicto lleva ínsita la noción de reacción por ira. Sobre éste fenómeno de perturbación, alteración o desarreglo psíquico, hicieron amplia referencia, en sus exposiciones en audiencia, el Fiscal y el defensor. Más aún: Al leerles al jurado el texto del inciso 2º del artículo 382 del Código Penal, en el cual se encuentra consignado el ímpetu de ira, determinaron que el *jure* aceptar su realidad, incluyéndolo implícitamente en la amplia noción de 'Conmoción pasional'.

"Ello, ciertamente, es irrefutable. *Conmoción* es 'movimiento o perturbación violenta del ánimo o del cuerpo'. Esto señala un cuadro de perturbación o alteración psíquica. Y el jurado, indefectiblemente, tuvo en cuenta la siguiente explicación del defensor en la audiencia: Dice que *se cegó* y le dio una confusión grande, esto indica el desarreglo la perturbación psicológica. Y como intención es dirección de la voluntad hacia determinado fin es obvio que el sujeto sometido a *conmoción* o alteración de su psíquismo carece de suficiente discernimiento para encausar la dirección de su voluntad hacia determinado fin. A esto se agrega que estaba poseído por *la cólera* que implica un transtorno mental transitorio, se tiene entonces que actúo en forma súbita, poseído por un huracán psicológico. De esto se infiere que la noción de conmoción, entendida como perturbación psíquica (la reacción por ira es faceta de ella), no fue extraña al debate.

"Y si esa noción fue recogida en el veredicto, lógicamente hay que anclar en la conclusión de que el jure tuvo el propósito de describir, a su manera, el desequilibrio psíquico que el inciso segundo del artículo 382 del Código Penal utiliza para señalar el efecto (reacción iracunda) de una causa (sorpresa en el adulterio o creencia sobre su ocurrencia).

"La conmoción se relaciona intimamente con la reacción iracunda. Para crédito de este argumento, me permito citar a un tratadista, en su juicio sobre el artículo 382 del Código Penal: 'Se minora la pena por razón de la ofensa, ya sea que obre contra su propio cónyuge, ya que mate al copartícipe de la acción. La traición del infiel y la perfidia del seductor originan y crean en el ofendido una situación de GRAVE CONMOCION, casi de desequilibrio mental súbito y transitorio, ante la situación de orden moral, efectiva y personal que se produce, posiblemente hay desorganización emocional y mental súbito y transitorio, ante la situación de orden moral, efectiva y personal que se produce, posiblemente hay desorganización emocional y mental, una perturbación y desorden efectivo que incide sobre la libertad de la voluntad y el raciocinio, la capacidad reflexiva se turba, y hay una invasión desmedida de sentimientos para lo cual todo cauce de control resulta ínfimo, insuficiente y poco' (Hugo García Reyes. 'Delito Pasional'. Internacional de Publicaciones. Bogotá 1966. Pág. 230).

"De otro lado, el uso que el *jure* hizo del vocablo 'PASIONAL', constituye fundamento idóneo para persistir en la afirmación de que el veredicto es positiva respuesta al encuadramiento de la responsabilidad en el inciso segundo del artículo 382 del Código en cita. Tanto el fiscal como el defensor enfáticamente juzgaron que esa norma respondía a un hecho *pasional*. Puede que al hacer tal juicio no se hubieren acomodado estrictamente a la técnica jurídica, sosteniendo que el hecho del artículo 362 del Código Penal es lo que apropiadamente puede llamarse delito o hecho *pasional*. Pero así lo dijeron ellos, y obviamente así lo entendieron personas alejadas de las disciplinas jurídicas. Y en este no hay que olvidar que el entendimiento del común de las gentes pregona y entiende como delito *pasional* al uxoricidio por causa de adulterio. Todo ella conduce a robustecer dialécticamente el criterio de que, implícitamente, el tribunal popular plasmó en su veredicción los planteamientos y peticiones del fiscal y el defensor del procesado, en todo lo respectante a la cuestionada norma penal. Otra interpretación no puede dársele a la respuesta. Imposible sostener que el aspecto 'pasional' hace referencia a la circunstancias de menor peligrosidad que estatuye el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal, precisamente porque de ello no se hizo ni las más leve o tangencial mención en el curso del debate judicial, tanto oral como escrito".

b. La falta de aplicación de la ley sustancial es manifiesta. Se dejó de aplicar el artículo 382 que no comporta una sanción por asesinato que sí, como bien dilucidado lo tiene la doctrina, una pena con base en el artículo 362 del C. Penal.

c. "No pudiendo ser el veredicto proferido en el caso a que se contrae la presente demanda, respuesta clara y específica conforme al cuestionario, al acto de pro-

ceder y las peticiones del acusador privado, por que -vuelve a repetirse, y por última vez- para ello hubiera bastado un rotundo 'Sí es responsable'; y en el entendimiento de que podría ser interpretado en el sentido de que acogió las peticiones del Fiscal y la defensa, en punto al inciso segundo del artículo 382 del Código Penal, o también en el sentido de que en esto no fue tampoco lo suficiente explícito y claro, provocando, para aprehender su exacto sentido, un proceso sólido de análisis conceptual, sería el caso de considerarse que es equívoco y confuso, y que sus términos están ausentes de la claridad y nitidez que le son demandables para la elaboración de un juicio concreto, sin asaltos de la duda, sobre el tipo de responsabilidad que se pretendió poner en cabeza del justiciable.

"Finalmente, se advierte, como especie de atentado en contra de la estructura del veredicto en comento, que en el texto de la respuesta mayoritaria suscrita por dos jurados (Fl. 175), que es la esgrimida como veredicto en la sentencia, resalta una *tachadura* o *enmendatura* de la primera palabra integrante de la larga frase presuntamente explicativa del grado de responsabilidad que trató de atribuirse al procesado, que lleva confusión a la misión interpretativa. En efecto: *'Icto óculi'* se ofrece ilegible. Hasta el presente se ha entendido escrito allí el vocablo 'porque', por ser el que puede ocurrírsele entender a cualquiera que lea el texto del veredicto; aunque bien podría entenderse allí escrito un vocablo diferente. Todo por acción de la *tachadura* o *enmendatura,* que conspira contra la claridad de la respuesta y es, lógicamente, censurable su presencia en piezas procesales de tanta trascendencia en el juzgamiento. La respuesta del tercer jurado (Fl. 176) si está escrita en forma nítida y legible, pero ésta no es la tenida y juzgada como veredicto en la motivación de la sentencia acusada.

"Las razones anteriores dan asidero suficiente para llegar a la conclusión de que se está en presencia de una nulidad supralegal, por violación del artículo 26 de la Carta, ya que el procesado fue juzgado y condenado sin la observancia de una forma propia del juicio penal, como lo es el veredicto en los procesos en que interviene el jurado de conciencia; y porque el veredicto es el fundamento de la sentencia, que debe proferirse de acuerdo con él, según las claras voces del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal.

"No existiendo, por las ya escritas razones, veredicto jurídicamente en el proceso a que se refiere la presente demanda, entonces no se obedeció, no se cumplió una forma propia del juicio, al proferirse la sentencia recurrida. La inobservancia de una forma esencial e imprescindible, configura la violación del mandamiento constitucional que demanda la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio".

Dos peticiones cierran sus reflexiones críticas:

"1. Si prosperan, como lo creo, las causales segunda y primera de casación, dictar nueva sentencia en que se condene a mi representado a la pena mínima de dos (2) años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del homicidio previsto en el artículo 382, inciso segundo, del Código Penal, en relación con el artículo 362 del mismo texto. Esta pena mínima es viable porque (artículo 39 del C. Penal), sólo concurren circunstancias de menor peligrosidad buena conducta anterior y embriaguez voluntaria calificada como grave.

"2. Si prospera el cargo hecho al amparo de la causal cuarta de casación, que la demanda presenta como subsidiario, declarar que es nulo el juicio, a partir de la diligencia de audiencia pública, inclusive, y devolver el negocio para que se reponga el procedimiento".

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO

Le basta, a los fines de la pretención perseguida por el censor, advertir la demostración de la causal 2ª del Art. 580 del C. P. ("Cuando la sentencia ... esté en desacuerdo con el veredicto del jurado").

Al efecto comenta: es opinión dominante que las respuestas del jurado, por provenir de personas que no son versadas en

las disciplinas jurídico-penales, deben interpretarse para buscar su alcance verdadero en el campo técnico, sin que le sea dado al juzgador prescindir de este esfuerzo. De ahí que se procure desentrañar su intención y significado más valedero, para la cual le sirven eficazmente los temas debatidos por las partes y las cuestiones por éstas formuladas, así como la que más armonicen con estas peticiones.

En el caso analizado bien puede decirse que el fiscal, a pesar de su confusa intervención o de la oscura trascripción que de sus comentarios se hizo en el acta respectiva, propugnó por la aplicación del artículo 382 del C. Penal. Y el defensor, aunque equivocando los términos pertinentes a la cuestión jurídica controvertida (por exceso de intención o por desconocimiento del asunto), no pudo ser menos enfático en proponer una veredicción que coincidiera con las tesis del Ministerio Público. El jurado, por los términos empleados, tan acomodables a la cuestión sugerida por la defensa, aceptó ese planteamiento.

Esta situación debió llevar al juez superior a profundizar sus enfoques jurídicos para poder desestimar una respuesta de esta índole. No ocurrió así, pues se limitó a destacar el valor de la responsabilidad admitida, para fundar su fallo condenatorio. Y todavía fue más omisivo y superficial el Tribunal, al punto que con razón se tenga que decir que "causa alarma a esta Procuraduría Delegada la molicie intelectual de los sentenciadores de instancias, reflejada en los respectivos fallos, que a su vez acusan impresionante pobreza jurídica, siendo de mayor censura el proferido por el *ad quem* por cuanto sobre él recae mayor responsabilidad por su jerarquía que le obliga a corregir los vicios del inferior, enderezar su errado criterio y fortalecer la deficiencia de sus conocimientos, como también llamarle la atención sobre el desmedro en el cumplimiento de sus obligaciones. No mereció para el H. Tribunal Superior ninguna importancia el estudio del veredicto cuestionado, el cual ni siquera tangencialmente se refiere en la sentencia repudiada por el recurrente, motivo que inhibió a este Despacho para referirse a ella en el concepto que se ha emitido controvertiendo sus planteamientos jurídicos pues que, lógicamente sólo se pueden refutar los existentes que es, justamente, lo que no se encuentra en la sentencia impugnada. Respetuosamente esta Procuraduría Delegada le llama la atención a la H. Corte sobre tan censurable situación, con la esperanza de que casos como el presente no se pasen por alto ya que ellos son los que contribuyen a desdibujar la imagen majestuosa de la justicia, en inquietante erosión ante la opinón nacional".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Hay dos aspectos en el veredicto emitido que permiten apoyar las consideraciones del Ministerio Público y, en buena parte, del censor. El uno es la alusión a la infidelidad de Marlene Pico de Plaza y la otra la mención del estado pasional que conmovió a su esposo cuando dirigió contra ella su homicida acción. Estos dos aspectos, que ciertamente no constituyen un molde de claridad jurídica ni menos una traducción exacta del sui géneris instituto del artículo 382 del C. Penal, permiten por sí y de modo principal por las alegaciones del Ministerio Público y de la Defensa, estructurar la atenuante allí consagrada.

Esta disposición recoge el fenómeno de la traición a los deberes matrimoniales, circunstancia que al conocerse de modo directo por el cónyuge, le llevan a una reacción que nuestra legislación entiende de modo muy particular y benigno, aunque sin justificarla plenamente. Pero conviene recoger, una vez más, la tendencia de una doctrina que en su tiempo fue inobjetable molde de interpretación de estas conductas y que ahora el impugnador recuerda con abundantes citas de la jurisprudencia y de los autores. El llamado uxoricidio honoris causa, *institución que tantos debates ha suscitado universalmente pero que hoy en día acusa una notoria decadencia, llegó a reconocerse sobre la base de suposiciones, conjeturas, sospechas y referencias indirectas. Tal vez en la abusiva extensión concedida a estos preceptos, que en su letra y espíritu traducían un contenido y*

alcance bien diferentes, resida su actual repudio y deterioro. El texto alude al sorprendimiento *en ilegítima acceso carnal y a la reacción homicida o lesionadora concomitante con esta visualización (inciso primero) o la misma reacción pero diferida en el tiempo pero siempre condicionada a que el enteramiento de la infidelidad se hubiera causado en una percepción directa, que a ello equivale el verbo sorprender. La ley no estimó relevante, a los trascendentes efectos de esta benigna institución, la simple información, así fuera esta la más calificada, esto es, la suministrada por el cónyuge infiel, el conocimiento tardío obtenido a través de noticias de terceros, o por inferencias basadas en factores indiciarios, o en fundadas convicciones personales. Exigió, se repite, el* sorprendimiento. *Las otras formas de enteramiento no dan lugar a la aplicación del artículo 382 que sí, conforme a su grado de certeza, a la genérica diminuente del artículo 28 del C. Penal.*

Por eso ha dicho la Sala en reciente decisión:

"Fundamentalmente el citado artículo (382 C. P.) comprende dos eventos referidos al homicidio y a las lesiones que se cometen por el cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana de vida honesta, sorprendidos efectuando el acceso carnal ilegítimo, o contra el copartícipe de tal acto, bajo estas condiciones:

"a. Cuando, según el inciso primero, el victimario 'sorprende' a una cualquiera de aquellas personas en ilegítimo acceso carnal.

"Requiere, esta parte de la norma, la inmediación objetiva, de actos constitutivos o indicativos del acceso carnal, es decir, de una percepción sensorial de esa situación y de la reacción instantánea del agente, quien abrumado por la magnitud de la ofensa, por la ira o el intenso dolor que ésta le produce, pierde el control sobre sí mismo y desborda sus mecanismos inhibitorios.

"b. Cuando, según el inciso segundo, el victimario obró determinado 'por tal ofensa',

"Exige, esta parte del precepto, que el agente cometa el homicidio o las lesiones 'aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal', esto es, después de haber descubierto la impostura. Se trata de una reaccción a posteriori, *de efecto demorado, en el que la ira o el intenso dolor afloran tardiamente. Pero lo fundamental, como lo ha dicho la Corte, es '... que no se trata de un consentidor, de quien, no soportando, sino aceptando y quizás hasta disfrutando del agravio, se convierte en lo que Sighele llamó 'contrabandista moral' y de repente reacciona, no por la ira o el dolor que le produce el hecho, sino por cualquier otro medio ajeno al honor o a la moral' (Sent. 16 de enero 1951, LXIX, 95).*

"En ambos casos la flagrancia es elemento sustancial de la atenuante. No basta que por vía de inferencia se llegue a la convicción o a la certeza de que la ofensa se produjo, es necesario que la atenuante nazca de una realidad tangible y no de una conformación subjetiva del hecho, sujeta a la caprichosa evaluación de lo que se piensa conduce a demostrarla.

"Así, en el ejemplo más crítico, la confesión del acto reprobable, por sí sola, no permite encajar la conducta en el artículo 382 del Código Penal, porque no logra la evidencia que presenta el hecho cuando ha sido percibido, cuando cae bajo el imperio de los sentidos, situación ésta que no demanda juicios de existencia. Tal es la claridad meridiana que precisa la atenuante en cualquiera de sus formas, de aquí que tenga por fundamento la ofensa real u objetiva y no la presunta o conjetural como lo han pretendido ciertas interpretaciones que han trasladado sus alcances a los terrenos de la mera sospecha, rebasando los imperativos de la norma". (Proceso por homicidio contra Jahir Antonio Ortiz Soto. Mag. Ponente: Fabio Calderón Botero. Marzo 17/77. Acta Nº 14. Expediente Nº 22.950).

Entonces, si al jurado se le propuso, aunque en terminología inadecuada, el reconocimiento de la infidelidad conyugal, asentada esta en una valoración de las pruebas allegadas al proceso que permitían sostener que PLAZA GALVAN "sor-

prendió" a su legítima esposa en actos de verdadera índole sexual, preludio del contacto carnal, con su hermano Efrén, por qué negarle al veredicto esta finalidad y mérito? Acaso puede dudarse que los jurados, por los términos empleados, los mismos que malusaron el Ministerio Público y el defensor, dejaron de reconocer la específica atenuación del artículo 382 del C. Penal? A la Sala la respuesta se le presenta clara y fácil. Esa "creencia racional" no debe comentarse en el sentido de suposición, conjetura, sospecha, sino como convencimiento de la traición conyugal por el sorprendimiento en posición y acciones que revelaban la ilícita conjugación de sexos. No supuso PLAZA GALVAN el acceso carnal, sino que lo percibió, al menos en su comienzo, sin que la ley exija su incipiente, avanzada o completa ejecución. No obró sobre conjeturas, sino sobre realidades visuales, no actuó impedido por una sospecha, que sí por físicas sensaciones, que no daban margen a la equivocación.

La conducta del procesado, tal como es dable detectarla en la respuesta del jurado, en alegaciones triunfantes en la audiencia y en la prueba susceptible de ser estimada en este sentido por el jure, *corresponde a la exigencia legal que consagra el citado artículo 382.*

Conviene recalcar otro aspecto influyente en esa apreciación, vale decir, que el proceso presenta elementos de convicción que permiten considerar a PLAZA GALVAN como perceptor directo, inmediato, visual, de la infidelidad sexual de su esposa. Que tales pruebas (confesión y testimonio de Efrén Plaza) no merecieran esta valoración, es aspecto que pudo propiciar en su oportunidad procesal una declaratoria de contraevidencia, pero que ahora resulta eficaz para respaldar una decisión como la tomada por el jurado, interpretable en el sentido que demanda el impugnador y que la Sala se ve obligada a aceptar.

En refutación de estos argumentos ningún valor tiene la reflexión consignada por el juez de primera instancia y que se apoyó de modo exclusivo en la locución "es responsable", empleada por el jurado. Nadie discute que, en los casos del artículo 382, se parte de un presupuesto de responsabilidad. Muy acertadamente el jurado lo estableció así, sin que tal requisito equivalga a la eliminación de las otras circunstancias relacionadas con la atenuación de la pena, sobre las cuales nada se dijo y que por su importancia y realidad debieron analizarse.

Prospera el cargo.

No es necesario analizar las otras censuras.

Procede, tal como lo solicitan el recurrente y el Procurador Delegado, dar aplicación al aparte 1º del artículo 583.

Se trata, pues, de admitir la diminuente establecida por el artículo 382, que por sus circunstancias de comisión y las condiciones personales del sentenciado no alcanzan a generar el otorgamiento de un perdón judicial, aspecto reconocido por el jurado de conciencia y que la sentencia impugnada omitió considerar en su debido sentido y alcance. La disposición en referencia señala que en estos casos "... se impondrá las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes". La referencia no debe hacerse al artículo 363 sino al 362 del C. P. Sobre este punto la Corte recogió hace buen tiempo doctrinas que afirmaban lo contrario. Debe citarse principalmente la contenida en el fallo de 22 de noviembre de 1971, la cual contiene un estudio completo de la cuestión. Conviene repetir este aparte de esa sentencia: "El propio artículo 383 aleja por completo la idea de que el 382 configura una conducta principal, creadora de un tipo de esta clase, pues habla apenas de "atenuantes" y las atenuantes no son figuras autónomas sino siempre subordinadas o accesorias de un tipo penal (al caso el señalado en el artículo 362). Además, una misma circunstancia como es la vinculación parental no puede referirse simultáneamente a dos tipos accesorios diversos y opuestos, el uno agravado y el otro atenuado, pues ello sería faltar a la verdad real y a la lógica jurídica" (G.J. tomo CXXXIX, Nº 2346 a 2351, Págs. 519 y ss.).

Insistiendo en este comentario conviene anotar lo siguiente: si la causal de agravación que trae el artículo 363, 1, del C. P. (la relación parental), se funda en el respeto que tales nexos suponen, los mismos que generan múltiples y graves obligaciones de carácter moral, jurídico y patrimonial, cómo puede tenerse en cuenta tal situación para circunstancias y acciones en las cuales su desconocimiento atrae precisamente un tratamiento de excepcional benevolencia en el campo penal? En otras palabras, la ley califica el homicidio si el nexo mantiene su naturaleza y consecuencias, esto es, si la persona ofendida ha sabido responder al compromiso jurídico que él entraña, pero no es dable conservar tal agravación, sobre ese factor, cuando se le quebranta en forma tan grave que la sanción se disminuye notablemente y llega, en especialísimas condiciones, a permitir la aplicación del perdón judicial. Mal haría la ley al considerar, contra el principio de no contradicción, como fenómeno de aumento de pena lo que al mismo tiempo y por el mismo aspecto es causal aminorante de la sanción.

El artículo 362 del C. Penal señala una pena de ocho a catorce años de presidio. Conforme a las indicaciones hechas y a ciertas peligrosas facetas que se insinuan en la personalidad del sentenciado, se impondrá una sanción de cinco años de presidio a PLAZA GALVAN.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA. —SALA DE CASACION PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA el fallo impugnado, indicado ya en su fecha, origen y naturaleza y en su lugar CONDENA a MANUEL ANTONIO PLAZA GALVAN, de las condiciones civiles conocidas en autos, a la pena de CINCO (5) AÑOS DE PRESIDIO, por el delito de homicidio en la persona de su legítima esposa Marlene Pico de Plaza. Además, a la pérdida de la patria potestad, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por período igual al señalado y al pago de los perjuicios ocasionados con su delito.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PECULADO POR APROPIACION

Elementos del Decreto 1858 de 1951

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril veinte de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez.*

Aprobado: Acta Nº 19 de abril 14/77.

V I S T O S

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el auto de sobreseimiento temporal que profirió su Sala Penal al calificar el sumario seguido contra HERNANDO CASTELLANOS NAVAS por un delito de peculado cometido cuando desempeñaba el cargo de Juez Penal Municipal de Chigorodó (Antioquia).

ANTECEDENTES

1. HERNANDO CASTELLANOS NAVAS fue designado Juez Penal Municipal de Chigorodó por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín mediante el Acuerdo Nº 20 de 12 de mayo de 1971. Tomó posesión el 5 de junio siguiente, habiendo desempeñado el cargo hasta finalizar noviembre o principios de diciembre, pues para el 7 de ese mes ya estaba al frente del Juzgado el doctor Gamaliel Rodríguez Echavarría, como consta en la diligencia que recogió la denuncia verbal presentada por FABIO GONZALEZ HOYOS contra el ex-juez HERNANDO CASTELLANOS NAVAS.

2. Según lo relata en la denuncia, Carlos Augusto Isaza giró un cheque a favor de FABIO GONZALEZ HOYOS por diez y ocho mil pesos ($ 18.000.00), a cargo de la Caja Agraria Industrial y Minero de Medellín, para ser cobrado siete días después de haber sido emitido. Cumplido el plazo convenido, el cheque no fue pagado por carecer de fondos la cuenta sobre la cual fue girado. Formulada la denuncia contra Isaza, primero en la Inspección de Policía de Apartadó, y después en el Juzgado Penal Municipal de Chigorodó, el Juez Hernando Castellanos Navas se trasladó en dos oportunidades a la finca del sindicado, con quien convino recibir abonos para la cancelación del monto del cheque.

3. En su indagatoria, el ex-Juez confiesa que el 28 de noviembre de 1971 recibió un mil pesos ($ 1.000.00) de manos de CARLOS ISAZA, a buena cuenta del cheque por diez y ocho mil pesos. Reconoció como suya la firma que aparece en el documento que forma el folio 2, en el cual hace constar el recibo del abono de los mil pesos, suma que no depositó en la cuenta de Depósitos Judiciales en la Caja Agraria de Chigorodó, porque dizque se la hurtó una muchacha con quien tuvo devaneos amorosos, auncuando tal suceso lo ocultó porque no formuló la respectiva denuncia penal.

4. Al folio 3 se lee el siguiente documento: "JUZGADO PENAL MUNICIPAL Chigorodó, nueve de octubre de mil novecientos setenta y uno. Recibí del señor Juan Bautista Bobea Vidal, administrador de la Finca Villa Lia, de propiedad del señor Carlos Augusto Isaza, la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) m. l., parte de la suma que por el cheque Nº 197095, fuera girado a favor del señor Fabio González, comprometiéndose a presentarse a este Despacho el próximo lunes 11 de los corrientes, para dar aviso sobre la fecha en que hará entrega del remanente y den-

tro del sumario que por violación del Decreto 1135/70 se le adelanta en este Despacho al señor Isaza, El que entrega, (firmado) Juan Bautista Bobea Vidal. C. C. Nº 1.702.868 de Ciénaga (Magdalena). El que recibe, (Firmado) Oscar Gutiérrez Arango. Secretario". Hay un sello que dice: "República de Colombia, Departamento de Ant. Juzgado Penal Municipal. Chigorodó. Secretaría".

5. En su indagatoria, el ex-juez afirma que desconocía el recibo de los diez mil pesos por parte de su Secretario, a quien sindica de haberse sustraido un revólver que estaba vinculado a un proceso, y que sólo mediante la intervención de un agente de policía, que viajó a Medellín para tal objeto, pudo conseguir la devolución de dicha arma. También sostiene que lo destituyó porque habiéndole concedido permiso por cinco días para ausentarse de Chigorodó, no se reintegró al Juzgado durante los siguientes veinticuatro. Pero al proceso no se trajo ningún elemento de información ni sobre el extravío y recuperación del revólver, ni acerca de la destitución del secretario Oscar Gutiérrez Arango. Tampoco pudo conseguirse la comparecencia de éste para que explicara lo relacionado con el recibo en que consta que le entregaron diez mil pesos para abonar al cheque girado por Carlos Augusto Isaza a favor de Fabio González Hoyos.

6. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por auto del 25 de noviembre de 1975 sobreseyó temporalmente a favor del ex-juez HERNANDO CASTELLANOS NAVAS, por considerar que faltaban practicar varios medios probatorios. Tal providencia no la consultó con esta Corporación.

7. Posteriormente, el 29 de noviembre de 1976, el Tribunal volvió a expedir otro sobreseimiento temporal, que es la providencia consultada, la cual se funda en la circunstancia de que no se trajo al sumario ninguna de las pruebas cuya práctica había sido ordenada en el primer auto de sobreseimiento temporal.

8. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que el ex-juez debe ser llamado a juicio como autor de un peculado en cuantía de un mil pesos ($ 1.000.00) pero no en cuanto a los diez mil pesos ($ 10.000.00), por la razón que expresa en los siguientes términos:

"Si en relación con la suma de mil pesos que no niega el sindicado haber quedado en su poder por cuenta del cuestionado cheque, la situación aparece claramente comprometedora para él, no acontece lo propio respecto de la desaparición de la cantidad de $ 10.000.00, que si es cierto fue depositada en el Juzgado, hay una constancia escrita de que la recibió el secretario Oscar Gutiérrez Arango y no existe prueba que lo infirme ni permita deducir que llegó a las manos del juez y en las mismas desapareció. Lamentablemente en este negocio no ha sido posible oír a Gutiérrez Arango ni a Bobea Vidal, quienes figuran como principales protagonistas del hecho y constituyen pruebas fundamentales para aclararlo". (Folio 11 del cuaderno de la Corte).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Resulta plenamente probado que HERNANDO CASTELLANOS NAVAS recibió, en su carácter de Juez Municipal Penal de Chigorodó, la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) por concepto de abono que hizo Carlos Augusto Isaza Posada al cheque que por diez y ocho mil pesos había girado a favor de Fabio González Hoyos, por haber sido impagado por falta de fondos. Tal hecho surge del documento que suscribió en que hizo constarlo, visible al folio 2º, lo mismo que de su indagatoria (Folios 25 al 28)

Y de la confesión del procesado surge la plena prueba de que no consignó los mil pesos en la Caja Agraria de Chigorodó ni los entregó a su sucesor en el Juzgado, alegando que se los había sustraído una dama con quien estuvo refocilándose la noche del día en que los recibió. Por su parte, el secretario de la Caja Agraria mencionada informó que entre el primero de octubre y el 11 de diciembre de 1971, no se hizo ninguna consignación por $ 10.000.00 ni por $ 1.000.00 a nombre del Juzgado Penal Municipal de Chigorodó.

En cuanto a los $ 10.000.00 que aparece recibiendo de Juan Bautista Bobea Vidal el ex-secretario del Juzgado, Oscar

Gutiérrez Arango, el proceso aporta medios de información de suma importancia:

El denunciante afirma que el ex-juez, en compañía de dos carabineros, se trasladó a la finca Villa Lía, situada en Carepa, donde hizo un arreglo con Isaza en el sentido de que éste le llevaría el dinero al Juzgado (Folio 1).

Tal aserto encuentra confirmación en la indagatoria del ex-juez: "...fui hasta su finca con una comisión de agentes de la Policía; no estaba; y que hacía varios días se había ido para Medellín; entonces con el mayordomo le dejé recado de que tratara de legalizar ese cheque con el señor Fabio para que evitara problemas. Al fin no se supo nada de Isaza. Un domingo, a finales de noviembre del año de 1971, y ante la insistencia de Fabio, bajé hasta la finca del citado Isaza; tampoco lo encontré. Regresé al pueblo y en las horas de la tarde él me buscó y me hizo entrega de la suma de un mil pesos en efectivo. Estos mil pesos lo recibí en el Juzgado, pues era costumbre mía de que debido muchas veces al exceso de trabajo, los domingos iba al Juzgado una o dos horas. Por concepto del dinero le firmé un recibo, e Isaza me rogó que él iba abonando el cheque, que en todo caso no fuera a capturarlo porque era un elemento de mucho compromiso y que de ninguna manera pretendía no cancelar el cheque". (Folio 25 vuelto).

Por su parte Isaza Posada, el girador del cheque, suministra información de excepcional significación: "...yo mandé de Medellín con el señor Bobea, que es capataz mío, la suma de diez mil pesos, para que se los entregara al señor Juez de aquí de esta localidad; esto fue el 9 de octubre de este año (1971). Yo tenía otros treinta días más de plazo para el resto de la plata. Bobea entregó la plata aquí a la oficina bajo recibo, que más tarde los traeré para adjuntarlo a esta declaración. Hace por ahí 15 días, me mandó el señor Juez una cita para que me presentara a la oficina. Entonces yo vine. El juez me dijo que le fuera haciendo abonitos de la plata que le debía a Fabio. Entonces yo le aboné mil pesos; también me dio recibo, pero lo tengo en la casa, que traeré también. El señor juez era quien recibía la plata que yo estaba abonando a la cuenta que le debía a Fabio Gozález... Estos diez mil pesos los entregué yo mismo aquí en la oficina del señor juez, y los recibos están con el sello del Juzgado. Yo había quedado en traerle más plata al señor juez, pero como no tenía plata no pude venir, y ahora resulta que a ese señor lo cambiaron y no entregó la plata que yo dejé para Fabio González. No me explico qué pasó. Según cuentas el juez se guardó la plata para él, y ahora me tiene perjudicado con Fabio". (Folios 4 vuelto y 5).

Fabio González Hoyos ha explicado que el ex-juez prometió devolverle el dinero, le puso una cita, pero no la cumplió:

"Del domingo último a esta parte he conversado con el señor Hernando Castellanos Navas, el que era juez aquí, una sola vez que fue ayer que bajó a la casa de nosotros a Carepa, y me dijo a mi papá y a mí que viniéramos a las dos de la tarde aquí a Chigorodó, para darnos la plata, que lo encontrábamos en la residencia la Bastilla; él llamó primero a mi papá y después me llamó a mí y nos dijo que ayer mismo a los dos de la tarde nos daba la plata; yo estuve por la mañana por allí y a los dos y media me encontré con él, me invitó a tomar tinto, me dijo, o mejor dicho cuando estábamos tomando el tinto, era como asustado entonces llegó mi papá allí y yo le dije que el señor juez actual me había dicho que esa plata no la podía recibir yo por allá en la calle que teníamos que venir aquí al Juzgado para que me la entregara allí, entonces él se quedó callado; eso ocurrió como dije antes de las dos y media que estábamos tomando tinto en esa heladería que quedaba a todo el frente de la Residencia donde él vive, que anteriormente llamaban La Bastilla. Al ratico se paró y nos dijo que si la Caja estaría abierta, pero seguro que no estaba abierta porque no la abrían sino hasta la una, que porque la plata tenía que traerla en efectivo, ya en esas bajaba el señor juez actual con el otro señor y nos vinimos para acá. El siguió para su residencia y nos dijo que ya bajaba, entonces nos vinimos a esperarlo aquí y no llegó, porque

lo esperamos hasta las cinco de la tarde y no llegó". (Folios 7 y 7 vuelto).

La indagatoria del ex-juez ofrece amplio respaldo al dicho de González, aunque dándole un sesgo exculpativo en relación con los diez mil pesos:

"...Entregué el Juzgado a Gamaliel Ramírez actual juez. Yo seguí en Chigorodó como 8 días o más y entonces el papa de Fabio y Fabio González a la vez, se acercaron hasta el apartamento en donde estaba yo, y me dijeron que cómo iba a arreglar el asunto de los diez mil pesos que había depositado el señor Isaza y de los mil pesos que yo había recibido. Yo al principio me sorprendí mucho y entonces dijeron ellos que iban a hablar con el nuevo juez y fueron y volvieron otra vez; ya sentí yo como una especie de incertidumbre; el mismo Fabio me dijo que los diez mil pesos los había entregado este señor Isaza a Oscar mi secretario, más me sorprendí yo, me decía pero cuándo, si yo no había recibido sino mil pesos, entonces tratando de transar esta situación ya más grave para mi, le dije a estos señores que yo me presentaría al Juzgado para depositar los mil que me había entregado el señor Isaza y tratar de conseguir a Oscar o aclarar el asunto de los diez mil pesos. Yo pensaba acercarme al Juzgado prácticamente con los mil pesos que me había dado Isaza porque yo por los diez mil pesos no debería por qué responder, no conseguí los mil pesos prestados". (Folio 26 vuelto).

De los elementos probatorios de que se ha hecho mérito se desprende la consecuencia de que el ex-juez no cumplió con su deber de iniciar investigación penal contra Carlos Augusto Isaza Posada, por el delito de giro de cheque contra cuenta sin fondos suficientes. sino que orientó toda su actividad a obtener que Isaza le entregara el valor del cheque, haciendo uso de medios coercitivos de tanta entidad como lo fue el empleo de la fuerza pública, según lo confiesa, al trasladarse a la finca del sindicado en asocio de dos agentes de Policía con el fin de hacerle saber "de que tratara de legalizar ese cheque con el señor Fabio para que evitara problemas". (Folio 25 vuelto).

Esta es conducta delictuosa del ex-juez porque su obligación consistía en iniciar sumario contra Isaza por el delito de giro de cheque sin fondo. La exigencia a Isaza de que tratara de legalizar el cheque, para que evitara problemas, está indicando que estaba procediendo dolosamente, como quedó comprobado al apropiarse los once mil pesos entregados por el girador del cheque. La circunstancia de haber ido, en la segunda oportunidad, en un día domingo a la finca de Isaza, a exigirle abonos, y el hecho de que confiesa haber recibido ese mismo día, en el despacho del Juzgado, los mil pesos, sirve para demostrar que el ex-juez se dedicó a actuar fuera del ámbito de sus funciones, que no podían ser otras que la de iniciar sumario contra Isaza por el delito de giro de cheque sin fondos.

El hecho de que el ex-secretario del juzgado hubiera firmado el documento sobre recibo de los diez mil pesos, no descarta la responsabilidad del ex-juez, quien los recibió efectivamente, de conformidad con la declaración de Carlos Augusto Isaza, y quien prometió devolverle al denunciante los once mil pesos, según los términos de su declaración antes transcrita.

Si a lo anterior se agrega que cuando el ex-juez rindió indagatoria ante el Juez Primero Penal Municipal de Turbo, se encontraba detenido en la cárcel del Circuito de dicho lugar (Folio 25); que el Juez Penal Municipal de Chigorodó notició al Tribunal Superior de Medellín que para el 19 de febrero de 1975 el ex-juez se "encuentra detenido en Bogotá a órdenes del señor Juez 14 Superior de la mencionada ciudad". (Folio 38), y que el Juez 16 Superior de Bogotá informó que el ex-juez "encuéntrase sindicado de delito de falsedad donde es denunciante Miguel Camacho Carbonell". cuyo proceso está radicado bajo el número 2691, resulta obvio concluir que existe un muy serio indicio de capacidad para delinquir, lo cual viene a robustecer la cadena indiciaria que señala al acusado como autor de un peculado en cuantía de once mil pesos.

Todos los elementos descritos por el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, para configurar el delito de peculado por apro-

piación en provecho suyo de dineros que el ex-juez Hernando Castellanos Navas, por razón de sus funciones estaba obligado a guardar, se encuentra plenamente demostrados, como ha quedado expuesto a lo largo de esta providencia. Como el cuerpo del delito está fehacientemente establecido, y la responsabilidad del acusado fluye tanto de su confesión como de los varios testimonios que se han analizado, los requisitos sustanciales que para dictar auto de proceder se requieren, se encuentran establecidos (artículo 481 del Código de Procedimiento Penal), por cuya razón será revocado el sobreseimiento temporal consultado, y en su lugar, se llamará a responder en juicio al acusado como autor de un delito de peculado doloso.

Auncuando los elementos probatorios que echa de menos el Tribunal no se requieren para producir el llamamiento a juicio, en la etapa probatoria de esta etapa del proceso debe ordenarse su práctica, aún oficiosamente, a fin de que no quede ningún aspecto de los hechos sin esclarecer en forma clara y completa.

AUTO DE DETENCION

La prueba para enjuiciar también lo es para decretar la detención preventiva del procesado, precisamente por estar probado el cuerpo del delito y resultar contra el acusado pruebas incriminatorias como lo son su confesión y varios testimonios que lo señalan como autor de la infracción. Por ello se proferirá también auto de detención en su contra.

LA DECISION

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

RESUELVE

1. Revocar el auto de sobreseimiento temporal dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en favor de HERNANDO CASTELLANOS NAVAS, nacido el 27 de enero de 1944 en Barcelona (Quindío), con cédula de ciuladanía Nº 7.498.293 expedida en Armenia (Quindío), y en su lugar llamarlo a juicio como autor de un delito de peculado doloso que cometió cuando ejercía las funciones de Juez Penal Municipal de Chigorodó (Antioquia), conforme al Capítulo I, Título III, Libro II, del Código Penal, en relación con el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951.

2. Decretar la detención preventiva de HERNANDO CASTELLANOS NAVAS como autor del delito de peculado a que se refiere esta providencia. Expídanse las órdenes de captura pertinentes.

Notifíquese personalmente esta providencia y hagásele al procesado las prevenciones a que se refiere el artículo 485 de Código de Procedimiento Penal.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

IMPEDIMENTOS

Causal prescrita en el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 21.

Expediente Nº 23.555

V I S T O S

Procede la Corte a decidir de plano el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Penal, doctor Carmelo Martínez Conn, en el asunto contra Arnoldo Vélez Suárez, Juez Segundo Penal del Circuito, por los presuntos delitos de Abuso de Autoridad y Prevaricato que denunció ante aquella Corporación el abogado Pedro P. Vargas Vargas.

LA MANIFESTACION DE IMPEDIMENTO

En su memorial el denunciante expresa: "...Hace algunos meses, como de público conocimiento es, denuncié penalmente al doctor CARMELO MARTINEZ CONN, quien, precisamente, sostiene en el cargo de Juez Segundo Penal del Circuito, al doctor Vélez Suárez. No quiero, ni someramente, creer que el dicho Magistrado Martínez Conn maneje, como dócil instrumento, al doctor Vélez Suárez, para que éste, por lógica gratitud, realice, contra mis legítimos intereses profesionales, insólitas represalias o inauditas venganzas. Pero, cierto es, que desde que presenté la mencionada denuncia, he venido siendo víctima, por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito, como si la circunstancial relación MARTINEZ CONN-VELEZ SUAREZ ejerciera sobre esto arcánicas influencias, de reiteradas injusticias sutilísimamente disfrazadas de legalidad...".

Esta manifestación del doctor Pedro P. Vargas Vargas determinó al Magistrado Martínez Conn a declararse impedido, con fundamento en ella y en la circunstancia antecedente de que el citado profesional lo había denunciado, asunto que la Corte resolvió con auto inhibitorio.

Es así como concluye:

"...pongo de presente la enemistad grave y manifiesta que existe entre dicho profesional y el suscrito Magistrado, la que ahora es mayor por las afirmaciones de su memorial, y en consecuencia, me declaro impedido para conocer del negocio que debe pasar al siguiente Magistrado en turno...".

EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

Los dos Magistrados restantes, que con el doctor Martínez Conn integran la Sala de Decisión, calificaron de impedimento como infundado, con este argumento:

"...la Sala no podrá aceptar el impedimento impetrado con fundamento en la causal 5ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, la enemistad grave invocada por el H. Magistrado debe ser con una de las partes que interviene en el proceso; y en el caso de autos el denunciante doctor Pedro P. Vargas Vargas no se ha constituido legalmente como parte civil dentro de la presente actuación, no

obstante haber presentado memorial en tal sentido...".

SE CONSIDERA

Previamente hay que definir, por ser esta la situación concreta, si procede impedimento cuando aún no se ha dictado auto cabeza de proceso; para poder entrar, en caso afirmativo, a determinar si la causal aducida resulta fundada.

Primer aspecto: *Ninguna duda se presenta para aceptar que los impedimentos pueden surgir y prosperar dentro del proceso, pero parece que no sucede lo mismo cuando estos surgen antes del auto cabeza de proceso. Sinembargo, el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal despeja esa incógnita con toda claridad. La aludida norma textualmente dispone:*

"Auto inhibitorio. *El juez instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse. Tal decisión se tomará en providencia motivada contra la cual proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público y del denunciante o querellante".*

En consecuencia, frente a una denuncia el juez tiene dos caminos: abre la investigación, esto es, inicia proceso; o bien, dicta auto inhibitorio. Cualquiera de estas determinaciones es trascendente; no obstante esto, la ley le da más importancia a la última, porque implica una decisión anticipada sobre el fondo de la cuestión que motiva al denunciante para exigir que, los mecanismos represivos del Estado, se pongan en marcha contra el posible delito y su presunto autor. Esa prelación se hace ostensible en el hecho de que el precepto demanda una "providencia motivada", pero más cuando autoriza los recursos ordinarios contra ella "por parte del Ministerio Público y del denunciante o querellante".

Precisamente esa permisión para interponer los recursos ordinarios a personas que no han adquirido la calidad de sujetos procesales ni pueden obtenerla todavía, tiene un profundo significado: la atribución legal del poder de gravamen que de suyo implica el reconocimiento de que ellas tienen interés jurídico en los resultados de la notitia criminis, *interés que, a no dudarlo ,pues así lo pregona la lógica, también las habilita para recusar, si fuere necesario.*

Si esto se predica del Ministerio Público, del denunciante y del querellante, con mayor razón debe reconocerse al Juez la capacidad de proponer impedimento como representante del Estado, verdadero titular de la acción penal, a fin de no comprometer su imparcialidad en el servicio de justicia.

Segundo aspecto: *En el asunto que se examina, el Magistrado Martínez Conn se declara impedido por existir entre él y el doctor Pedro P. Vargas Vargas enemistad grave, porque dicho profesional lo denunció en anterior oportunidad y porque ahora, en estas diligencias, "...sugiere maliciosamente que el doctor Vélez Suárez es dócil instrumento mio para satisfacer venganzas...", afirmación que considera inexacta y contraria a la verdad.*

La causal invocada, prevista en el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, estatuye:

"Existir enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado".

Ha dicho la Corte que la enemistad grave debe ser mutuo o recíproca para que prospere como motivo de recusación, pero igualmente ha sostenido que, como razón de impedimento, basta que provenga ese sentimiento negativo de parte del funcionario y que sea verosímil. Distinción que hace la jurisprudencia, porque entiende que la recusación nace del interés individual de las partes; y que, en cambio, el impedimento brota del interés social a una justicia sin mácula.

De suerte que si el Juez o Magistrado denuncia esa enemistad grave hacia una de las partes y su confesión tiene algún apoyo razonable, es suficiente para conformar el impedimento de que se trata. Si, como sucede en el presente caso, el Magistrado no sólo lo manifiesta sino que lo respalda con hechos que la propia parte admite no cabe duda de que el impedimento es fundado.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, *DECLARA FUNDADO* el impedimento manifestado por el doctor Carmelo Martínez Conn, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, para conocer de este proceso contra el doctor Arnoldo Vélez Suárez, Juez Segundo Penal del Circuito de aquella ciudad, por los delitos de Abuso de Autoridad y Prevaricato denunciados por el doctor Pedro P. Vargas Vargas. Por tanto, se dispone devolver el expediente al Tribunal de origen para los fines legales consiguientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

ERROR ESENCIAL DE HECHO

En qué consiste

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez.*

Aprobado: Acta Nº 19, de abril 14/77.

V I S T O S

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Penal de Decisión, dictó la sentencia de dos de agosto de 1976 mediante la cual condenó a HERENIA SALAZAR GALLO a la pena principal de cuatro años de presidio como autora de un delito de aborto, que acarreó el fallecimiento de OFELIA GALLEGO CASTAÑO víctima de las maniobras abortivas.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación, y habiéndose cumplido el trámite legal, se procede a dictar sentencia.

ANTECEDENTES

1. El quince de septiembre de 1975 falleció en el Hospital Universitario de Manizales OFELIA GALLEGO CASTAÑO, de 21 años de edad, como consecuencia del uso de una sonda para provocarle el aborto.

2. Practicada la investigación, el Juez 2º Superior de Manizales la calificó el 16 de enero de 1976 con un auto de proceder en contra de HERENIA SALAZAR GALLO, como autora del delito de aborto.

3. Adelantado el juicio, el Juez del conocimiento absolvió a la procesada mediante sentencia del 28 de abril de 1976, fundándose en la consideración de que la única prueba incriminatoria es la confesión de la acusada, en la cual admitió haber colocalo una sonda en los órganos sexuales de OFELIA GALLEGO CASTAÑO, pero que lo hizo en la creencia de que tenía la finalidad de hacerle venir la menstruación, que tenía suspendida desde dos meses antes. El Juzgado considera que se trata de una confesión calificada, que hay que aceptar en todas sus partes, no sólo en cuanto acepta el hecho de haber ejecutado dicha maniobra, sino también en cuanto a la causal de inculpabilidad alegada de que la acusada no sabía que la colocación de una sonda en la matriz de una mujer tiene la finalidad de causar un aborto, porque ella actuó engañada por la víctima, quien le hizo creer que lo que buscaba era la regularización de la menstruación interrumpida.

El Juzgado concluyó que la acusada procedió sin dolo, por lo cual " su conducta encajaría dentro de la norma del artículo 23 del Código Penal, que la exime de responsabilidad".

4. La Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, al revisar la sentencia de primera instancia, por haber sido consultada, la revocó con la suya del 2 de agosto de 1976 y condenó a la acusada, como responsable del delito de aborto a la pena principal de cuatro años de presidio, y a las accesorias de ley.

DEMANDA DE CASACION

Para sustentar el recurso incoado, fue presentada la respectiva demanda de casación, en la cual se aduce la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en su segundo inciso.

El cargo se enuncia así: "El Tribunal Superior de Manizales, violó en la sentencia, la ley por apreciación errónea de la confesión de la procesada, habiendo incurrido en error de derecho, que aparece manifiesto en los autos". Estima que ese error radica en haber dividido la confesión, teniéndola por verídica en cuanto acepta haberle colocado a OFELIA GALLEGO CASTAÑO la sonda, pero rechazándola en lo atinente a la alegación de que la acusada no sabía para que se utilizaba dicho aparato, por haber actuado ella en la creencia errónea de que era para que se reanudara la menstruacción, según las indicaciones que le hizo la occisa.

Señala como textos legales infringidos los artículos 215, 264, 216 y 229 del Código de Procedimiento Penal y 23 del Código Penal.

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que se debe rechazar el recurso de casación, porque el error alegado por la acusada resulta contradicho por el acervo probatorio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La acusada, para la época en que rindió indagatoria, tenía 50 años de edad, siendo su profesión la de enfermera, que ejerció en el Hospital de La Dorada, auncuando se retiró para trabajar por su cuenta como partera, según lo acepta en su indagatoria al decir: "pero más que todo me llaman para ir a las fincas para atender partos".

Bastaría la información relacionada con el oficio de la acusada para excluir la causal de inculpabilidad que alega, tanto por error esencial de hecho, como por tener ignorancia invensible sobre el empleo de la sonda.

El Tribunal hace un certero análisis sobre los conocimientos de enfermería que tiene la procesada, especialmente respecto del empleo de determinados instrumentos médicos y la virtualidad curativa de los remedios que se encontraron en su casa de habitación cuando fue capturada. Asimismo, analiza pruebas de tanta importancia como el testimonio de OSVALDO ALVAREZ DURANGO, quien afirma haber tenido relaciones sexuales con OFELIA GALLEGO CASTAÑO, y haber acompañado a ésta en dos oportunidades a la casa de la procesada HERENIA SALAZAR, en donde ambas mujeres entraban juntas a una de las piezas de dicha casa, donde demoraban de 5 a 10 minutos. Tal declarante informa que por las conversaciones que había tenido con su amante había llegado a la conclusión de que "ella pensaba abortar", pero que él le reprochó ese propósito.

No obstante que la acusada alega desconocer que OFELIA GALLEGO CASTAÑO estaba embarazada, ella se encarga de desmentir tal aserto por que en su indagatoria expresa que la occisa le solicitó que le pusiera una inyección porque tenía dos meses de embarazo, y que como con dicha inyección no se interrumpió el embarazo, procedió a colocarle la sonda a petición de Ofelia, quien dizque le dijo que era con la finalidad de que se le reanudara el ciclo menstrual.

El oficio de la acusada y su larga experiencia como partera son circunstancias que sirven para descartar la ignorancia invencible que alega sobre el empleo de la sonda, y de las maniobras abortivas en general. Es incuestionable que la acusada procedió dolosamente a ejecutar la torpe maniobra abortiva que causó la muerte de OFELIA GALLEGO CASTAÑO, porque su oficio es el de enfermera obstétrica, conforme ella misma lo acepta en su indagatoria, hasta el extremo de que no es una simple auxiliar, como cuando trabajaba en el Hospital de La Dorada, sino que por su cuenta y riesgo atiende partos en los campos.

No podría alegar error esencial de hecho sobre el uso de la sonda, porque siendo enfermera de profesión, habría sido negligente al no averiguar cuál era el empleo correcto de la sonda y para qué se empleaba. Tampoco podría aceptársele que procedió por ignorancia invencible, precisamente porque su oficio era el de comadrona, y tal circunstancia implica conocimientos prácticos sobre todo el pro-

ceso de la gestación, el parto y el puerperio.

Las razones expuestas indican que el Tribunal fallador procedió jurídicamente al revocar la sentencia absolutoria del Juez para reemplazarla por la condenatoria acusada en sede de casación. La confesión se entiende cualificada cuando la excusa o circunstancia de aminoración de la responsabilidad que se esgrime, tiene una íntima vinculación con el núcleo central de lo confesado. Pero cuando una comadrona, dedica al oficio a lo largo de sus 50 años de edad, procede a insertar una sonda en los órganos sexuales femeninos, lo hace para interrumpir la gestación con lo cual se obtiene la reanudación de la menstruacción interrumpida por el embarazo. De manera que cuando la enfermera acusada afirma que el empleo del aparato abortivo tuvo la finalidad de obtener la reanudación del proceso menstrual, no está alegando la causal de inculpabilidad de haber actuado con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho, no proveniente de negligencia, sino que está confesando plenamente que su conducta era delictiva, máxime cuando ella asegura que la occisa acudió a sus servicios para que le pusiera unas inyecciones para que se le renovara el ciclo menstrual, debido a que tenía dos meses de embarazo, y que como la inyección aplicada no tuvo el efecto deseado, entonces procedió a aplicarle una sonda, dizque por petición de OFELIA GALLEGO CASTAÑO.

En tal virtud, por no haber prosperado el cargo formulado, no se casará la sentencia impugnada.

LA DECISION

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

RESUELVE

No casar la sentencia acusada.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 21, de abril 21/77.

V I S T O S

Decide esta Sala de la Corte acerca del recurso de apelación interpuesto por el defensor de oficio de ALFONSO SALINAS CLAVIJO, contra la providencia de fecha 7 de abril de 1976 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja le llamó a responder en juicio criminal como autor responsable del delito de concusión cometido entre el 3 y el 30 de marzo de 1971, en su condición de Juez Promiscuo Municipal, encargado, de Villa de Leiva, cuyo carácter de tal se encuentra debidamente comprobado.

HECHOS

En el auto enjuiciatorio son resumidos por el Tribunal así:

El expresado Tribunal Superior de Tunja "declaró insubsistente el nombramiento del universitario Alvaro Carvajal como Juez Promiscuo Municipal de Villa de Leiva y nombró para ejercer el cargo al secretario Alfonso Salinas Clavijo quien se posesionó el tres de marzo de mil novecientos setenta y uno y ejerció las funciones encomendadas hasta el treinta del mismo mes.

"Durante el lapso comprendido en la referencia anterior, se presentó al Juzgado de Villa de Leiva la señorita María Teresa Buitrago Franco con el propósito de enterarse del estado en que se encontraba un proceso de lanzamiento que había iniciado desde el año del mil novecientos setenta y nueve contra el señor Tobías Torres. Hallado el proceso y enterado el juez encargado de que en la Caja Agraria del lugar se había depositado por el demandado la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00) a favor de la demandante y con el objeto de abonar a los cánones de arrendamiento debidos y suspender de esta manera el lanzamiento, abusando de sus funciones, Salinas Clavijo exigió a la Buitrago Franco que debía sacar la suma depositada a su favor y llevarla al Juzgado a fin de proseguir el proceso de lanzamiento, pues si no se hacía de esa manera no podía entenderse que el demandado estuviera en mora.

"La demandante cumplió la orden del Juez, se presentó a la Caja Agraria a reclamar el dinero que estaba depositado a su favor, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1943 de 1956 y, obteniendo el pago, lo entregó luego a Salinas Clavijo quien habiéndolo (sic) apropiado, no dejó, sin embargo, constancia de ello en el expediente ni entregó documento alguno a la enterante en el cual constara ese hecho.

"María Teresa, sin embargo, obtuvo información de que Salinas Clavijo iba a ser removido del empleo y por esta circunstancia se presentó nuevamente al Juzgado habiendo sido informada de que el titular era otra persona y que la Secretaría a la sazón era ejercida por Pedro Preciado quien, con los datos recibidos de la Buitrago, no halló el negocio. Esta circunstancia fue puesta en conocimiento de la Procuraduría Regional del Distrito Judicial de Tunja, oficina que determinó la práctica de una visita de donde resultó

el cargo contra Salinas Clavijo de haberse apropiado del dinero en referencia.

"De las primeras diligencias practicadas por la Procuraduría tuvo conocimiento posiblemente el interesado y sorpresivamente se recibió a nombre de Pedro Preciado un giro por la suma de cuatrocientos pesos que el beneficiario entregó luego a María Teresa Buitrago. La oficina visitadora averiguó sobre el remitente y lo único que pudo obtener fue el dato consistente en que el giro había sido hecho a nombre de Alvaro Carvajal Buitrago".

Tres años después, el 15 de mayo de 1974, a pesar del tiempo transcurrido desde el primer relato de los hechos, María Teresa Buitrago, bajo juramento ante el Juez comisionado describe la conducta del juez Salinas así:

"Resulta que en este Juzgado tenía un juicio de lanzamiento contra TOBIAS TORRES de una finca rural ubicada en el vecindario de Sáchica, y en el requerimiento que le hicieron al tal Tobías declaró que tenía consignados en la Caja Agraria de esta localidad cuatrocientos pesos consignados por concepto del arrendamiento del lote, el señor Juez Salinas me dijo que había que retirar esa plata y consignársela aquí en el Juzgado y como estaba consignada a mi cuenta yo fuí y la traje y se la entregué personalmente al señor Juez Salinas y como a los ocho o quince días de haberle dejado la plata supe que se había ido, porque la señora que le lavaba la ropa me contó que se había ido, en vista de eso yo vine aquí al Juzgado y ya no le encontré al señor Juez Salinas y encontré al señor Pedro Preciado, y se lo pregunté porque le conté el asunto y él me dijo que lo iban hacer venir porque había quejas contra él, problemas, después quedó así no volví, otro día me mandó venir don Pedro y me dijo ya hay un cheque aquí para pagar esa deuda, otro día me mandó llamar y me dio los cuatrocientos pesos y ahí paró y no fue más" "..... ".

Lo expuesto anteriormente se confirma con el testimonio juramentado de Carlos Escobar Páez quien, en lo pertinente, manifiesta:

"Sí es cierto, que acompañé a MARIA TERESA BUITRAGO, al Juzgado de esta ciudad a percibir un contrato, en un juicio de lanzamiento que había iniciado ésta contra un señor TORRES, igualmente vine a aclarar en presencia del Juez Titular de esa época de apellido SALINAS, que yo no tenía dinero alguno proveniente de un depósito judicial como lo había afirmado el señor SALINAS, a la señora BUITRAGO. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si usted tuvo conocimiento si la señora MARIA DEL CARMEN (sic) BUITRAGO, reclamó el dinero en la Caja de Crédito Agrario de la localidad, y si tomó esos dineros para sí o los devolvió al Juzgado? CONTESTO: Según me dijo MARIA TERESA BUITRAGO, el dinero depositado en la Caja Agraria lo había retirado el señor SALINAS, y a éste le dijo que a mí me lo había entregado y es por eso que fuí al Juzgado con el fin de aclarar este asunto, porque yo no había recibido ningún dinero. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si en su presencia la señora MARIA DEL CARMEN (sic) BUITRAGO, manifestó que el dinero lo tenían aquí en el Juzgado y si indicó qué empleado lo había cogido? CONTESTO: Al estar en el Juzgado aclarando la situación anteriormente dicha, el señor SALINAS, se retractó de que yo tuviera el dinero y prometió a MARIA TERESA BUITRAGO, reintegrárselo a más tardar en tres días, y se que posteriormente SALINAS, giró dicho dinero a MARIA TERESA BUITRAGO, según ésta me informó". (Fl. 93).

El doctor Alvaro Carvajal Buitrago, Juez 3º de Instrucción Criminal de Villavicencio (ambulante), antiguo superior del sindicado Salinas y a quien éste hizo aparecer como girador de la suma de dinero, expresa en certificación jurada en lo pertinente:

"...y menos que yo haya hecho giro alguno al señor Pedro Preciado, pues yo en ninguna forma y en ningún momento le quedé debiendo plata a ese señor, ni dispuse de platas pertenecientes a depósitos judiciales del Juzgado que estuvo a mi cargo en Villa de Leiva; pues no entiendo cómo figuro como remitente de un giro, que yo nunca he hecho" (Fl. 144). Da

cuenta además el Juez en su exposición juramentada de la conducta irregular de quien fue su secretario en el Juzgado Promiscuo Municipal de esa localidad, "habiéndolo hecho víctima de sus maniobras ilícitas para hacer retiros de los depósitos judiciales; además, que en estos puntos recibe igualmente amplia ratificación con las constancias de los Juzgados sobre antecedentes o conducta anterior del sindicado (Fls. 133, 148 v., 150, 156 y 157)".

En los términos del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal al sindicado Alfonso Salinas Clavijo, se le declaró reo ausente ante la imposibilidad de hacerlo comparecer a fin de oírlo en indagatoria.

Se considera:

Las siguientes conclusiones a que llegó el colaborador Fiscal, representado ahora por el señor Procurador Tercero Delegado Penal son motivadas así:

"Según la actividad criminal desarrollada por el ex-juez Alfonso Salinas Clavijo, dos son las conductas que pueden imputársele:

"CONCUSION: (*Artículo 156 del C. P.) "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".*

"En su carácter de juez y abusando de esa calidad y valiéndose de hábiles maniobras engañosas, como fueron las de convencer a la señorita María Teresa Buitrago de que retirara de la Caja Agraria los $ 400 depositados en su nombre por su demandado Tobías Torres, en el juicio de lanzamiento que cursaba en el Juzgado, pues según Salinas, era el único modo de asegurarle éxito a la acción judicial porque así podría probarse al demandado la mora en el pago de los cánones de arrendamiento; y que además era indispensable que ese dinero hiciera parte del juicio; consiguiendo que la víctima, con los comprobantes que el sindicado extrajo del expediente, retirara y posteriormente le hiciera entrega del dinero del cual se aprovechó ilícitamente.

"Naturalmente, la posición de Salinas, le permitía conocer o estar al tanto de la situación procesal de cada una de las partes en el juicio; merced a esta situación y apelando a su habilidad y malicia urdió el medio más propicio y que él sabía no le fallaría, como era el de asegurar que las pretensiones de la demandante de recuperar un terreno sólo las alcanzaría ésta, entregándole el dinero que estaba depositado en la Caja Agraria de Villa de Leiva, dejando constituida la mora de pago en el arrendamiento; procedimiento que sirvió para engañar a la víctima, a quien ocultó desde luego cuidadosamente sus reales y criminosos propósitos.

"Así, los medios empleados por el exjuez para inducir a la víctima a darle los $ 400.00, como era su avieso propósito, haciéndole creer como cierto un hecho falso, de que si no le entregaba el dinero no tendría objeto su pretensión, configuran la infracción indicada; no es que se hubiera aprovechado el funcionario simplemente de un error de la denunciante. Por tanto, no podría calificarse la actividad del ex-juez Promiscuo Municipal de Villa de Leiva como Peculado en la modalidad anotada (Art. 159 C. P.), alegación que presenta el señor defensor.

"FALSEDAD. *Se habla en el proceso de la pérdida o extravío del proceso de lanzamiento, así como también de haberse extraído con antelación la prueba fundamental del juicio o sea el contrato de arrendamiento y los comprobantes de la Caja Agraria agregados al mismo; hechos que dan margen a posible implicación del sindicado, por la relación que existe entre este ilícito y el de concusión; sinembargo a pesar de la constancia secretarial que obra al folio 92, no hubo diligencia probatoria al respecto; de ahí, la escasez de elementos de juzgamiento sobre la autoría de dicha irregularidad y la decisión tomada por el Tribunal* a quo *de establecerla al reabrir la investigación.*

Observa además el Ministerio Público que, "encuentra una ostensible demora o retardo entre la fecha del llamamiento a juicio, la declaratoria de Reo Ausente y la excesiva tregua de ésta, con la posesión y consiguiente notificación al defensor de

oficio, habiendo transcurrido casi un año desde que se profirió el auto de proceder. De esta incidencia se considera necesario que la Procuraduría haga las indagaciones del caso para establecer responsabilidades, conociéndolas, mediante el envío de copias de lo pertinente por el Tribunal a quo *y haciendo la remisión al señor Procurador Regional de Tunja".*

Concluye su acertado criterio el señor colaborador Fiscal, solicitando "la confirmación de la providencia apelada, con la adición propuesta".

Esta Sala prohíja los anteriores razonamientos del señor Procurador Delegado; sinembargo y no obstante estar comprobado que el ex-juez Salinas, abusando de sus funciones, transgredió la ley penal (Art. 156), del estudio de las diligencias se aprecia también que la actividad delictiva tuvo ocurrencia en el mes de marzo de 1971 y de esa fecha a la actual, abril de 1977, han transcurrido 6 años desde entonces.

Estando, pues, reprimida la conducta ilícita, según el expresado artículo 156 del Código Penal, con una sanción máxima de 6 años de prisión, esto quiere decir que en el presente caso la acción correspondiente ha prescrito. Por lo tanto se hace imperativa la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, concordante con el artículo 105 del Código de las penas.

En consideración a lo anterior, la providencia objeto de apelación, habrá de revocarse, para, en su lugar, decretar la respectiva prescripción.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema -Sala Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el proveído de 7 de abril último, dictado dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior de Tunja, en cuanto llamó a responder en juicio criminal a Alfonso Salinas Clavijo, ex-Juez Promiscuo Municipal -encargado- de Villa de Leiva; en su lugar, DECRETA la prescripción de la acción penal por el delito de concusión y, como consecuencia ordena cesar el procedimiento con relación al mismo.

Por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja se expedirán las copias con destino a esa Procuraduría Regional, a las cuales se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase, cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

VEREDICTO

"Ira e intenso dolor". "Provocación"

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril veintiuno de mil novecientos sententa y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez.*

Aprobado: Acta Nº 19 de abril 14/77.

VISTOS

Cumplido el trámite legal, se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por AQUILEO SANABRIA AMAYA contra la sentencia de 7 de julio de 1976 dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, confirmatoria de la de primera instancia, que lo condenó a la pena principal de ocho años de presidio como autor del homicidio de Luis Alfonso Cubides.

ANTECEDENTES

1. Alrededor de las tres de la tarde del día 18 de julio de 1975, AQUILEO SANABRIA AMAYA mató a LUIS ALFONSO CUBIDES en el sitio "Gordural", Vereda Pamplona, Municipio de San Vicente, Departamento de Santander. Según la autopsia, la muerte fue causada por dos heridas hechas con proyectiles disparados por un revólver.

2. El Juez Segundo Superior de Bucaramanga, por providencia fechada el 27 de septiembre de 1975, abrió causa criminal contra AQUILEO SANABRIA AMAYA por el homicidio de que fue víctima LUIS ALFONSO CUBIDES. El llamamiento a juicio se hizo por homicidio intencional, "sin atenuantes ni agravantes de ningún género". (Folio 71 del cuaderno principal).

3. Al jurado de conciencia se le sometió la siguiente cuestión:

"El acusado AQUILEO SANABRIA, es responsable de haber ocasionado la muerte a LUIS ALFONSO CUBIDES, mediante las heridas causadas con arma de fuego, descritas por el médico legista en la correspondiente diligencia de autopsia (Fl. 23); y en su ejecución obró con el propósito de matar, según hechos ocurridos en el sitio 'Gordural', Vereda Pamplona del Municipio de San Vicente, el diez y ocho (18) de junio de mil novecientos setenta y cinco". (Folio 96 del cuaderno principal).

4. A dicho cuestionario recayó esta veredicción: "Si, en estado de ira e intenso dolor". (Folio 96).

5. El 15 de marzo de 1976, el Juez del conocimiento profirió sentencia condenatoria contra el acusado, a quien impuso ocho años de presidio como pena principal.

6. La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante su fallo del 7 de julio del citado año, confirmó la sentencia de primera instancia.

DEMANDA DE CASACION

Dos causales de casación se han invocado contra la sentencia del Tribunal fallador, que se enuncian en el mismo orden en que se exponen en la demanda.

CAUSAL SEGUNDA

"La sentencia se encuentra en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Formula un cargo al amparo de esta causal, que hace consistir en que habiendo contestado al Jurado el cuestionario que se le sometió sobre la responsabilidad de AQUILEO SANABRIA AMAYA, por el homicidio de LUIS ALFONSO CUBIDES, con la frase: "Sí, en estado de ira e intenso dolor", el Tribunal fallador desconoció la intención que tuvo el juez de hecho de conceder la atenuante de la grave e injusta provocación que condujo al estado de ira e intenso dolor del acusado. En efecto, la sentencia impugnada confirmó el fallo de primera instancia que condenó a SANABRIA a la pena principal de ocho años de presidio, como autor de un homicidio simple, sin atenuantes.

La impugnación se sintetiza en los siguientes términos:

"Es el caso, que existe un desacuerdo entre la sentencia proferida por el Juzgador de derecho con el veredicto del jurado y se condenó a mi defendido a la pena de ocho (8) años de presidio muy superior a la indicada por la ley en el artículo 362 en concordancia con el artículo 28 del Código Penal. Esto quiere decir que el fallo o sentencia se encuentra en abierta rebeldía con el veredicto del jurado y por consiguiente la causal segunda invocada se encuentra justificada para que se case el fallo y se dicte el que debe de reemplazarlo". (Folio 9 del cuaderno de la Corte).

Causal primera: "La sentencia es violatoria de la ley sustancial, por errada aplicación de la misma".

Para sustentar este motivo de casación, enuncia un cargo:

"Esta causal alegada se basa en no haber aplicado la disposición contenida en el artículo 28 del Código Penal pues el Tribunal dio aplicación únicamente al artículo 362 del mismo Código sin tener en cuenta las circunstancias atenuantes que se especifican en aquella disposción".

"Al no tener en cuenta el artículo 28 del Código Penal, el Tribunal violó la ley sustancial por errónea aplicación de la misma, cuando ha debido interpretar y tener en cuenta el veredicto del Jurado cuya finalidad e intención fue atenuarle la pena al procesado conforme aparece de su veredicto". (Folios 10 y 11 del cuaderno de la Corte).

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha emitido un concepto muy bien fundamentado, para refutar las argumentaciones de la demanda. Concluye con la solicitud de que no se case la sentencia acusada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se procede a estudiar las impugnaciones planteadas por el censor, en el orden en que fueron propuestas.

Causal segunda: *En múltiples oportunidades ha examinado la Corte el mismo planteamiento que la demanda formula respecto de la interpretación del veredicto cuando se emite en los términos del pronunciado en la causa contra AQUILEO SANABRIA AMAYA: "Sí es responsable, en estado de ira e intenso dolor". En constante jurisprudencia esta Corporación ha sostenido la tesis de que la interpretación de la veredicción debe respetar su exacto contenido, sin que le sea permitido al intérprete suplantar al jurado, desatendiendo el tenor literal de la respuesta dada, para conjeturar posibles intenciones que desbordan el marco de la misma. La interpretación debe orientarse a la exclusiva finalidad de tratar de descubrir cuál es el verdadero pronunciamiento del Jurado, interpretación que se justifica solamente cuando su tenor literal puede prestarse a equívocas soluciones. Pero, cuando la veredicción está expresada de manera clara, es de forzosa aplicación el principio de hermenéutica consagrado por el artículo 27 del Código Civil para la interpretación de las leyes: "cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".*

Ha sido constante el criterio de la Corte para la fijación del exacto sentido de la circunstancia modificadora de la responsabilidad establecida por el artículo 28 del Código Penal. Ha venido repitiendo que la atenuante proviene de la provoca-

ción de la víctima, quien con su comportamiento, de hecho o de palabra, induce y estimula para que se produzca la reacción delictuosa protagonizada por el autor. Pero se requiere que la provocación revista cierta gravedad para que pueda tener significación jurídica. La provocación debe ser objetiva, porque si alguien se cree provocado por falsas apariencias, producto de ilusiones o alucinaciones, no se estaría en presencia de esta circunstancia modificadora, sino posiblemente de otras situaciones de consecuencias jurídicas diversas. Por último, la provocación debe revestir el carácter de injusta, vale decir, que el provocado no esté obligado a sufrirla, como sería el caso de mutuas ofensas.

Para que la provocación que reúna las características de la gravedad e injusticia llegue a integrar condición modificadora de la responsabilidad, es indispensable que ella haya tenido tal repercusión en el provocado, que su equilibrio emocional se haya quebrantado hasta el punto de que sea presa de un estado pasional de ira, o o de que un sentimiento de dolor lo haya invadido de manera tan intensa, que la personalidad permanente se desquicie.

No es la ira o el intenso dolor lo que encarna la circunstancia modificadora descrita por el artículo 28 del Código Penal, sino la provocación grave e injusta que haya causado en el autor reacción inusitada debido al turbión pasional de la ira o el anonadamiento proveniente de un intenso sentimiento de dolor. Si la ira o el dolor sirvieran de atenuantes, el ladrón podría alegarlos siempre que el delito contra la propiedad se frustrara como consecuencia de la resistencia y defensa que le hubiera opuesto la víctima.

Cuando el Jurado declara la responsabilidad del homicida, pero agrega que actuó en estado de ira e intenso dolor, no se está refiriendo propiamente a la circunstancia modificadora de la responsabilidal que describe el artículo 28 del Código Penal, porque ha omitido mencionar el núcleo central de ese atenuante, que es la provocación que tenga características de injusticia y gravedad.

Tan es así, que el artículo 38 incluye entre las circunstancias de menor peligrosidad el obrar por intenso dolor o en ímpetu de ira provocada injustamente. Se trata de una simple circunstancia de menor peligrosidad, y no de la atenuación contemplada por el artículo 28, debido a que la provocación no tiene la característica de la gravedad que exige aquél texto.

Cuando el Jurado se limita a expresar que el homicida actuó en estado de ira e intenso dolor, lo que ha tratado de hacer no es otra cosa que reconocer la existencia de una circunstancia de menor peligrosidad, contra el expreso mandato del artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho".

Las razones expuestas son suficientes para concluir que la sentencia acusada está de acuerdo con el veredicto del Jurado, debido a que el Tribunal Popular no reconoció la atenuante de la provocación injusta y grave, que describe el artículo 28 del Código Penal. So pretexto de interpretar el veredicto, el Juez de derecho carece de facultades para adicionarlo. Hacer tal cosa equivale a sustituir la veredicción por determinaciones del juez de derecho, lo cual implicaría proferir la sentencia en desacuerdo con el veredicto. Cuando, como en el caso de autos, la sentencia ha reflejado exactamente el contenido de la veredicción, resulta injurídico sostener que el fallo debe ser casado porque la intención recóndita del Jurado fue la de situar la responsabilidad del autor dentro del marco del artículo 28 citado.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

Causal primera: Funda este motivo de impugnación la demanda en el acerto de que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, por errada aplicación de ella.

La Procuraduría conceptúa que es improcedente este cargo a través de la causal primera porque "de acuerdo con su naturaleza corresponde concretamente a la causal segunda en que fue presentado".

Por otra parte, como la impugnación se orienta a discutir el acervo probatorio en relación con la atenuante de la provocación grave e injusta, resulta improcedente la censura debido a que en los procesos en que interviene el Jurado, por actuar éste en conciencia, no puede discutirse el fundamento probatorio de la veredicción, según lo exige la técnica de casación.

En consecuencia, tampoco prospera esta causal.

Por no haber resultado probados los cargos que se esgrimieron para fundar las dos causales alegadas, se desechará el recurso.

LA DECISION

En tal virtud, La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por orden de la Ley, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

RESUELVE

No casar la sentencia acusada.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CASACION. TECNICA

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

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 21 de abril 21/77.

V I S T O S

Contra la sentencia de 21 de septiembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó la parte de la proferida por el Juzgado Primero del Circuito Penal de esa ciudad en la que se le condenó a Alvaro Meneses Pabón a la pena de tres años y medio de prisión y revocó aquélla en que se absolvía a Laureano Meneses Pabón a quien, en cambio condenó a la pena de siete (7) años de presidio y siete mil pesos de multa así como a las sanciones accesorias correspondientes, interpuso este último, en tiempo oportuno, y le fue concedido, recurso extraordinario de casación, que, declarado admisible por la Corte se tramitó hasta ponerlo en estado de dictar sentencia a lo cual se procede.

La providencia objeto del recurso recayó en los procesos acumulados que por infracción al Decreto 1188 de 1974 se ha venido adelantando contra las mencionadas personas o virtud de conductas que tuvieron ocurrencia en Bogotá y en Medellín.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

PRIMER HECHO: El 26 de enero de 1975 el Juzgado 53 de Instrucción Criminal, a virtud de petición escrita que le fuera formulada por la División de Policía Judicial del DAS, practicó una diligencia de allanamiento en el apartamento 32-01 del Hotel El Parque ubicado en Bogotá, carrera 5ª Nº 26-57 lugar en donde fueron encontradas cinco bolsas que contenían una sustancia blanca la cual, al ser examinada posteriormente por peritos, resultó ser cocaína por un total de mil seiscientos diez gramos con grados de pureza que iban del 93 al 97%, así como también otra bolsa con una yerba que, en el examen posterior, dio resultado positivo para marihuana con peso de 21 gramos.

En la misma habitación donde se hizo ese decomiso fueron aprehendidos Laureano Meneses Pabón, Arnulfo León Meneses, Alvaro Meneses Pabón y Raúl Trujillo Hernández.

Abierta la investigación se interrogó sin juramento, entre otros, a Alvaro Meneses Pabón quien manifestó ser adicto a la marihuana y a la cocaína, por lo cual se relacionó con un sujeto de nombre Carlos Ramírez (quien no pudo ser identificado dentro del proceso, ni menos, capturado e interrogado) que lo invitaba continuamente a bares y griles, sujeto que le entregó, para que se lo guardara, un baúl que contenía una libra de cocaína y una balanza, prometiéndole pagar tres mil pesos. Esos elementos, continúa diciendo al indagado, fueron puestos por él en el apartamento de su hermano Laureano cuya esposa había viajado al exterior y que no dormía en esa pieza sino en otra del mismo hotel. Termina diciendo que el único culpable de la tenencia de esos estupefacientes era él, esto es, el indagado.

Al someterse a Laureano Meneses, abogado de profesión, a indagatoria manifestó no saber de la existencia en el cuarto suyo pero ocupado por su hermano Alvaro, de los estupefacientes allí encontrados por el DAS agregando que si bien guardaba en aquella habitación su ropa, no dor-

mía en ella desde que su esposa había viajado a Londres. Termina diciendo que apoderó con anterioridad a varios infractores de la Ley 17 de 1973.

Dentro de dicho proceso se llevó a cabo una diligencia de inspección ocular y se recibieron entre otras, las declaraciones de Daniel Bernal Ortega y Pedro Julio Beltrán Escobar quienes intervinieron en la captura de las personas que se vienen citando y quienes afirman que en el momento de producirse ese hecho Laureano Meneses se hallaba en la habitación en donde fueron encontrados los estupefacientes y que hablaba por teléfono con una persona a quien dijo "olvídese de eso, eso se dañó".

Asimismo declaró Guillermo León León quien dijo que Laureano Meneses había admitido ser dueño de las prendas de vestir que se hallaban en la habitación mencionada.

SEGUNDO HECHO: Tuvo ocurrencia en Medellín el 15 de marzo de 1975 cuando varios agentes del DAS prevenidos de antemano sobre la posible ocurrencia de una transacción de cocaína y que marcharon desde Bogotá con el propósito de sorprender a sus actores, puestos aquel día en aviso de que aquélla iba a ocurrir en el restaurante "Manhattan" de la capital antioqueña, se apostaron estratégicamente en varios sitios de ese establecimiento y cuando lo creyeron oportuno cayeron sobre los traficantes, uno de los cuales huyó, pero el otro fue aprehendido, resultando ser Laureano Meneses Pabón quien en el curso de los hechos había tratado de ocultar bajo una mesa una bolsa que, examinada posteriormente, resultó contener dos paquetes de cocaína con un peso de mil catorce (1.014) gramos con pureza entre el 90 y el 100%.

Al ser interrogado sin juramento, Meneses Pabón dijo haber ido a Medellín para atender un cliente suyo con quien estaba en el momento de producirse su captura.

En el primer proceso mencionado, el Juzgado 29 Penal del Circuito de Bogotá, llamó a Laureano y a Alvaro Meneses Pabón a responder en juicio por violación del Decreto 1188 de 1974 por medio de auto calendado el 29 de septiembre de 1975.

Por su parte el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín profirió, el 17 de junio del mismo año, llamamiento a juicio contra Laureano Meneses por otra violación de dicho ordenamiento.

Acumulados los dos procesos, se llevó a cabo en Medellín audiencia pública en la cual declararon el Jefe de la Seccional de Instrucción Criminal de Antioquia, Noel Berdugo, y los detectives Javier Alfonso Castaño y José Valentín Gutiérrez, así como Manuel Salvador Bedoya, empleado del restaurante "Manhattan".

En la sentencia que se deja mencionada al comienzo de la presente, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín absolvió a Laureano Meneses Pabón por el hecho ocurrido en Medellín y lo condenó por el sucedido en Bogotá a tres años de presidio y multa de cinco mil pesos.

Apelaron Laureano y Alvaro Meneses de la decisión ameritada y el Tribunal desató el recurso por medio de la sentencia que es ahora objeto de casación.

En esta providencia y refiriéndose al hecho ocurrido en Bogotá el *ad quem* manifestó que los dos hermanos obraron de común acuerdo en complicidad previamente concertada, que la confesión de Alvaro en el sentido de ser el único responsable por la tenencia de los estupefacientes hallados en la habitación del hotel "El Parque" es inaceptable por cuanto no resultó cierto que fuera el único ocupante de ella sino que, además de hallarse allí y en el mismo armario donde estaban aquéllos, la ropa de Laureano, éste fue sorprendido en la misma cuando hablaba por teléfono y pronunciaba una frase muy comprometedora. Asimismo expresa el Tribunal que no puede aceptarse la manifestación hecha por Alvaro de que la cocaína le había sido entregada por un tal Carlos Ramírez, persona desconocida y que, de haber existido, no tendría la suficiente confianza con aquél para poner en sus manos un elemento de tanto valor económico como era el decomisado. De todo ello concluye que la manifestación de Alvaro no tenía otro objeto que un fallido intento de proteger a su hermano.

Por lo que hace el hecho acaecido en Medellín dice el Tribunal que por las declaraciones de los detectives ya citados y del empleado del restaurante, se estableció que la bolsa con la cocaína la tenía Laureano Meneses Pabón quien durante la captura trató de ocultarla. Desecha la alegación del procesado en el sentido de que la droga pertenecía a otros y que los hechos obedecieron a una conjura en su contra llevada a cabo por el general Matallana, jefe por entonces del DAS.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Expresa, en primer término, aquélla que la sentencia es 'violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, causal contemplada en el inciso primero (1º) del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante procede a formular dos cargos contra la providencia recurrida, ambos por violación indirecta de la ley penal el primero de ellos por considerar que las pruebas determinantes para dictar sentencia no fueron legalmente producidas y el segundo por cuanto, según estima la demanda, se violó la ley sustancial por falta de apreciación de determinadas pruebas. A continuación se resumen las censuras:

Primer cargo: Sostiene que no fueron legalmente producidas las pruebas que se sintetizan a continuación y que la demanda considera determinantes de la condena:

a. La de incautación, pesaje y guarda de la cocaína y de la marihuana en el proceso iniciado en Bogotá diligencia en la cual no intervino el agente del Ministerio Público violándose así lo dispuesto por el Art. 71 del Decreto 1188 de 1974.

La Procuraduría, luego de hacer notar que la demanda desconoce la técnica propia del recurso de casación ya que comienza invocando la violación directa de la ley sustancial para luego alegar que hubo infracción indirecta sin que, por otra parte, aparezcan claros los conceptos de error de hecho y error de derecho manifiesto en los autos, ni cuál de los dos se cometieron en la sentencia, ni se invoquen las normas reguladoras de las pruebas que se dicen vulneradas, ni se demuestren tales errores, ni la incidencia que ellos tuvieron en la sentencia acusada, hace notar que si bien es cierto que el representante de la sociedad no estuvo presente en la diligencia mencionada, ello no esta constituido en causal de nulidad ni esa omisión tuvo incidencia alguna en el fallo.

b. Alega la actora que la declaración de los miembros del DAS que aparece a Fl. 153 del cuaderno principal dentro del proceso iniciado en Bogotá, se produjo *"a fortiori"* (sic) pues no fue pedida por las partes ni ordenada por el juez, y sin embargo, se le dio tanta trascendencia que ella fue el fundamento para que el Tribunal de Bogotá no solo revocara la libertad incondicional concedida a Laureano Meneses sino que lo consideró responsable, por negligencia, de la conducta descrita por el Art. 44 del ordenameinto atrás citado y lo detuvo preventivamente.

Contesta la Procuraduría diciendo que el documento en mención no fue tomado en cuenta para el fallo recurrido el cual, por el contrario, se basó en las declaraciones juradas de los agentes secretos Daniel Bernal, Pedro Julio Beltrán, Ramón Antonio Martínez, Guillermo León, José De Jesús Castañeda, José Vicente Sánchez, Marco Tulio Cadena e Ismael García de las que aparece claramente que el apartamento objeto de la requisa estaba ocupado por Laureano Meneses lo que afirmaron en presencia de éste y los demás sindicados en la diligencia realizada el 22 de marzo de 1975.

c. La declaración de Laura Lee Omby rendida en Seattle (Washington) contra Laureano Meneses carece (según la demanda de requisitos de autenticidad y, además, no fue pedida por las partes ni decretada por el Juez. De otro lado es anterior a la detención de Meneses y por ello no probaba contra éste.

El Procurador Segundo Delegado Penal observa que esa prueba no fue tenida en cuenta, de modo alguno, en la sentencia recurrida.

d. Censura la demanda a la sentencia recurrida que diga haberse encontrado en la habitación de Laureano Meneses y concretamente en el closet (proceso de Bogotá) cinco bolsas que contenían cocaína. En concepto de la actora tal cosa no fue demostrada por la diligencia de allanamiento sitada por el *ad quem*.

La Procuraduría replica que de la declaración del propio Alvaro Meneses aparece claramente que la habitación la ocupaba su hermano Laureano Meneses.

Segundo cargo: Encierra las omisiones en que, según la demanda, incurrió el Tribunal al dejar de estimar determinadas pruebas por lo cual, dice, incurrió en error de derecho.

a. No se tuvo en cuenta, expresa la demandante, la confesión de Alvaro Meneses quien manifestó ser adicto a las drogas. Tal afirmación no fue contrarrestada en el proceso pues no se ordenó la práctica de un examen de sangre a dicho sindicado. No obstante, el Tribunal consideró dicha confesión como una simple "cortina de ingenuidad" y solo la estimó en lo desfavorable al confesante.

Dice la Procuraduría que omite la demanda expresa el propósito de la censura el cual no aparece claro ya que la situación jurídica de Alvaro Meneses no influye en la de su hermano por tratarse de comportamientos diferentes y observa que aquél no es recurrente en casación y que, además, el Tribunal sí se ocupó de dicha confesión en la sentencia.

b. Censura la actora que la sentencia no se hubiera ocupado del hecho que considera cierto consistente en que Laureano Meneses apoderó a Kathleen Diaire Steeves por infracción de la Ley 17 de 1973 por cargos relacionados con el Decreto 1188 de 1974 lo que ocurrió en proceso seguido contra aquélla en el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Bogotá.

c. Asimismo censura la providencia recurrida por no haber tomado en cuenta el patrocinio del doctor Meneses en referencia a William Lee Sowell. Estas dos pruebas, afirma la demandante, servían para comprobar la presencia de aquél en Medellín, de acuerdo con su indagatoria en la que dice que en el momento de ser aprehendido estaba conversando con el último de los nombrados.

El Procurador Segundo Delegado Penal responde conjuntamente estas dos censuras diciendo que los hechos son ciertos pero que la parte actora nada demuestra con base en ellos en orden a la casación de la sentencia pues se limita a enunciar los cargos sin entrar a desvirtuarla.

d. Finalmente alega la actora que el Tribunal ignoró como prueba los recortes de prensa presentados por el recurrente así como el testimonio de Edmarth Pabón Pabón, y el hecho de haber sido trasladado aquél de Medellín a Bogotá no obstante que los procesos se hallaban en esta última ciudad, hechos que aquélla considera demostrativos de la persecución desatada contra Laureano Meneses por el entonces Jefe del DAS General Matallana.

Replica el Procurador que "en casación no es suficiente formular invocaciones o sugerencias sino que es absolutamente necesario entrar en concreto a demostrar el error de derecho o el error de hecho manifiesto en los autos en que incurrió el fallador al ignorar un determinado elemento de convicción u otorgarle un valor que legalmente no le corresponde" a lo que debe agregarse la mención de las normas reguladoras de la prueba que se consideran violadas, todo lo cual, se infiere, falta en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Esta Sala manifiesta su total acuerdo con los argumentos del Procurador Segundo Delegado Penal que se dejen resumidos en los apartes anteriores y, por lo tanto lo hace suyos para llegar a la misma conclusión, o sea la de que debe desecharse el recurso.

La demanda, en efecto, se ha elaborado más como un memorial de instancia que como una pieza destinada a lograr se case la sentencia y se absuelva al procesado, como lo expone en la petición final.

No sólo se planteó inicialmente en un marco equivocado al decir que se había violado, por el sentenciador, en forma directa y por aplicación indebida la ley sustancial para en seguida presentar una se-

rie de planteamientos dentro del ámbito de la violación indirecta sino que aún en este campo, los argumentos expuestos carecen de base sólida y no obedecen el imprescindible precepto de técnica que es el de mostrar cómo los presuntos errores en la apreciación de las pruebas fueron un medio para la lesión de normas sustantivas, cuya mención, por supuesto, no se hizo en el libelo petitorio.

Es decir que los planteamientos no enseñaron la manera como esas posibles interpretaciones erróneas habrían producido indebidas aplicaciones de la ley sustancial pues por sí los errores de hecho y de derecho en la interpretación de la prueba no son sino equivocados caminos que conducen a aplicaciones equivocadas de las normas sustanciales, según claramente se desprende de la forma como está redactado el segundo aparte de la primera causal de casación.

Por otra parte los pretendidos dislates en que se dijo había incurrido el Tribunal en la interpretación de las pruebas fueron calificados como errores de derecho siendo así que, de haber existido, lo habrían sido de hecho pues ninguna de las pruebas que se dijeron erroneamente interpretadas tiene en la ley una determinada valoración sino que su interpretación está sujeta a la crítica, es decir, al sano criterio del juzgador, ni aparece que se hubiera violado las normas procesales sobre aducción de la prueba. La única prueba en que se alegó, con justa calificación el error de derecho, en su aspecto de indebida asunción fue la declaración de Laure Lee Omby pero ya se vio que ésta no había sido tenida, para nada en cuenta por el sentenciador.

Las otras, esto es, aquellas en que éste fundó su decisión fueron adecuadamente interpretadas por el Tribunal dentro de un correcto criterio y sin que por parte alguna se incurriera en error al hacer esa interpretación.

Se refiere la Sala a la confesión de Alvaro Meneses justamente rechazada por el Tribunal en cuanto pretendió, vanamente, eximir de responsabilidad a su hermano Laureano echando sobre sí la autoría del hecho, situación que no resiste la menor crítica pues evidente aparece que el último de los nombrados ocupaba, fuera solo o en compañía de Alvaro, la habitación en que se encontraron las drogas, tenía sus vestidos en el closet en que estas habían sido ocultadas y estaba hablando por teléfono desde ella en el momento de irrumpir los detectives.

Lo que, teniendo en cuenta sus antecedentes en el tráfico de drogas, permite llegar a la conclusión, clara, directa e inmediata, de que era partícipe principal en la tenencia de esos elementos.

Esa interpretación que, se repite, mana en modo claro del conjunto de pruebas que obra en el expediente de Bogotá, no puede llamarse, en forma alguna, errónea.

Otro tanto ocurre con la conclusión a que llegó el sentenciador respecto a la actitud de Laureano Meneses en el establecimiento "Manhattan" de Medellín. Los testigos ya mencionados, no solo los detectives que tomaron parte en la operación sino el empleado del grill lo vieron tratando de ocultar una bolsa debajo de una mesa y cuando el contenido de la misma se examinó se llegó a la conclusión de que estaba traficando con cocaína.

Aceptar esto y no la alegación del procesado de que estaba conversando con un cliente en ejercicio de su profesión de abogado, no es erróneo sino correcto y no puede desvirtuarse alegando que si ejercía dicha profesión y que tenía clientes norteamericanos ya que no está demostrado que la persona que huyó fuera uno de éstos.

Menos se ha establecido que fuera víctima de un auto de persecución por el entonces director del DAS pues esta aseveración no pasa de ser un recurso defensivo huérfano de pruebas adecuadas.

En síntesis, ni errores de hecho ni errores de derecho en la interpretación de la prueba se observan en la sentencia recurrida. Mucho menos violación directa de la ley sustancial, errónea interpretación o indebida aplicación de la misma ya que ni siquiera se intentó demostrar que las hubiera.

No prosperan, en consecuencia, los cargos.

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.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PECULADO

Aplicación oficial diferente de los caudales que tiene bajo su administración el empleado

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal
Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 21 de abril 21/77.

V I S T O S

El ciudadano Rafael Carbonell por medio de escrito de fecha 17 de diciembre de 1975 y que fuera recibido en la Corte el 20 de enero de 1976, presentó denuncia criminal, que posteriormente ratificó bajo juramento, contra el doctor GONZALO VALLEJO RESTREPO, Gobernador del Departamento de Risaralda por acto ejecutado en ejercicio de las funciones propias de tal cargo y que el denunciante hizo consistir en haber dictado, sin facultad para ello, el Decreto 4187 de 5 de diciembre de 1975 por medio del cual aumentó los gastos de representación de los diputados de la Asamblea Departamental.

Al ratificarse en su denuncia, el denunciante agregó que a los diputados se les pagaron sueldo y gastos de representación hasta el 31 de diciembre del mismo año siendo así que sólo sesionaron hasta el 18 del mismo mes y año.

Llevada a cabo una averiguación preliminar, se dictó, con fecha 23 de abril de 1976, auto cabeza de proceso ordenándose la práctica de varias pruebas que, una vez examinadas, arrojan el siguiente resultado:

a. El doctor Gonzalo Vallejo fue designado Gobernador del Departamento de Risaralda por Decreto 2383 de 4 de noviembre de 1975 y se posesionó del cargo el 13 del mismo mes.

b. El 28 de ese mes convocó la Asamblea de Risaralda a sesiones extraordinarias por diez y seis días, al cumplirse los cuales y por medio del Decreto 4208, prorrogó por dos días más las sesiones la última de las cuales se celebró el 18 de diciembre.

c. Por el Decreto 4187 de 5 de diciembre del año que se viene mencionando, el Gobernador de Risaralda, doctor Vallejo Restrepo, autorizó el pago de gastos de representación a los diputados por la suma de diez y seis mil seiscientos ($ 16.600.00) pesos mensuales a cada uno en el período correspondiente del primero (1º) de octubre hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 1975.

d. Esos gastos de representación eran, hasta ese momento, de nueve mil seiscientos pesos mensuales ($ 9.600.00) suma en que los había fijado el Dto. 3145 de enero de 1975, dictado por el entonces gobernador de Risaralda, Hernando Uribe Angel quien, por el mismo decreto, había fijado en ocho mil cuatrocientos ($ 8.400.00) el sueldo mensual de los diputados.

e. Para pagar el aumento de los gastos de representación a que se refiere el aparte anterior, el gobernador Vallejo Restrepo dictó los Decretos 4184 de 5 de diciembre por el cual se contrae a crédito la suma de $ 735.000.00, 4221 de 19 de diciembre contracreditando la suma de $ 1.294.225.00 y 4235 de 24 de diciembre por el que se contracreditaban $ 30.000.00.

En la parte motiva de los mismos se menciona como disposición que faculta a dictarlos el artículo 8º del Decreto 3274

de 1974, la resolución Nº 10 de 28 de noviembre del mismo año, proferida por la Asamblea Departamental y la Ordenanza Nº 23 de diciembre del año en referencia.

f. La primera de las normas mencionadas dice:

"Los créditos, contracréditos y traslados presupuestarios que sean necesarios para el normal funcionamiento y la correcta ejecución presupuestaria, se trasladarán por conducto de la Oficina Administrativa y estas operaciones serán adoptadas por decreto del gobernador, así como las aclaraciones sobre rubros, partidas asignadas o correcciones numéricas".

La segunda, o sea la Resolución Nº 10 de 28 de noviembre de 1975, reza:

"Autorízase al Gobierno Departamental para hacer los traslados necesarios en el presupuesto de la actual vigencia fiscal, con el fin de atender al funcionamiento de la Asamblea Departamental".

Y la tercera, en su artículo primero, es del siguiente tenor:

"Se autoriza al Gobierno Departamental para verificar los traslados presupuestales que sean necesarios a fin de pagar los aumentos salariales para el Jefe de Supervisores de Educación Media del Departamento, establecidos en el Decreto 03906 del 5 de septiembre de 1975".

El otro artículo de que consta dicha ordenanza se refiere al pago de la prima técnica de un funcionario.

g. Algunos de los diputados a la Asamblea, al ser interrogados sobre la autorización que dicha entidad hubiera dado al Gobernador para aumentar los gastos de representación, citaron el artículo 3º de la Ordenanza Nº 7 de 1974, que dice:

"Facúltase al Gobierno Departamental para hacer los aumentos de sueldos y salarios al personal de empleados y obreros a su servicio durante la vigencia fiscal de 1975 y arbitrar los recursos necesarios para el cumplimiento de ese objetivo".

h. Otros diputados mencionaron, como fundamento para el aumento a que se ha venido haciendo referencia, la Ordenanza 25 del 24 de diciembre de 1975.

En ella se faculta al Gobierno Departamental para que proceda a realizar la reforma administrativa del departamento y se le señalan los objetivos de la misma.

Pero en ninguna parte de la misma se autoriza al Gobernador para el aumento de gastos de representación. Además es posterior al que aquí se examina.

i. El Código de Régimen Fiscal del Departamento (Ordenanza Nº 65 de 1968) en la parte pertinente expresa:

"Artículo 304. Si durante la ejecución de presupuesto fuere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones para gastos, bien para complementar partidas insuficientes ya para establecer nuevos servicios autorizados por ordenanza, podrán abrirse créditos adicionales por la Asamblea o por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes:

"Artículo 305. Los créditos son:

a. ORDENANZALES: Los que abre la asamblea por medio de ordenanza, mediante iniciativa propia o a solicitud del gobernador, por conducto de la oficina administrativa y con aprobación previa del Consejo de Gobierno, y

b. ADMINISTRATIVOS: Los que en receso de la Asamblea abre el Gobierno".

Artículo 306. Los créditos, ordenanzales o administrativos, se clasifican en suplementales y extraordinarios. Los primeros tienen como objetivo aumentar las apropiaciones incluidas en el presupeusto vigente.

Los segundos, atendender a pagos urgentes o imprescindibles, no previstos en el presupuesto, pero autorizados por ordenanza o decretados por sentencia judicial. Como también aquéllos destinados a pagar gastos ocasionados por calamidad pública o conmoción interior".

"Artículo 323. Si estuviere reunida la Asamblea, la solicitud de traslaciones se presentará por la oficina administrativa, previa aprobación del Consejo de Gobierno, acompañada de certificación sobre suficiencia y disponibilidad de partida o partidas que se proyecta trasladar".

j. Interrogado sin juramento el doctor Gonzalo Vallejo Restrepo manifestó que no hubo convenio entre él, el Jefe de la Comisión de Presupuesto de la Asamblea Departamental ni ninguno de los diputa-

dos para aumentar los gastos de representación de estos y que consideró que el artículo 3º de la Ordenanza Nº 7 de la Asamblea Departamental, expedida el 28 de noviembre de 1974, complementado por el artículo 8º del Decreto 03274 de 20 de febrero de 1975 dictado por la misma Gobernación del Departamento lo autorizaban para hacer el referido aumento.

En una segunda intervención, posterior el sobreseimiento temporal con que se había calificado el mérito del presente sumario, el doctor Vallejo Restrepo, expresó:

"Fuera de las normas que hice mención en la indagatoria que rendí anteriormente, yo no recuerdo haber estudiado ninguna otra disposición, porque en la Gobernación del Departamento y muy especialmente al dictar decreto, el Gobernador de la idea o mejor ordena lo que debe mencionarse en la parte dispositiva del decreto. En el caso particular mío, yo ordené a una de las oficinas de la Gobernación elaborar el decreto, porque a mi particularmente no me queda tiempo para dictarlo en su forma textual; igualmente corresponde a la oficina a la cual se le encomienda la redacción del decreto, estudiar los fundamentos legales".

Más adelante agrega que siempre le pareció que era insuficiente para vivir en forma decorosa la suma que recibían los diputados por concepto de dietas y gastos de representación, habida cuenta de que muchos residían en provincia y debían dejar sus ocupaciones para ir a servir al departamento por lo cual tomó la determinación de mejorar sus asignaciones mediante el aumento de los gastos de representación y que, como ya faltaban pocos días para clausurarse las sesiones de la Asamblea, resolvió hacer retroactivo ese aumento.

En orden a averiguar si la Asamblea había expedido alguna forma de autorización al gobernador Vallejo Restrepo para que aumentara los gastos de representación de los diputados, se recibió declaración a cada uno de éstos, con el siguiente resultado:

Fabio Flórez Cardona (Fls. 114 vto., 1er., cdno.). No recuerda si hubo alguna autorización.

Gonzalo Granada Gómez (Fls. 114 vto. id.). Afirma que la Asamblea dio facultades al Gobernador para que pusiera en marcha la reforma administrativa y que, además, procedió con las que le son propias.

Carlos Arturo López Angel (Fls. 116 vto.) asevera que en el presupuesto del año 1975 se autorizó al Gobernador para fijar asignaciones civiles y para modificarlas. Respecto a los traslados presupeustales la Asamblea dictó una resolución en que autorizaba al gobernador para hacerlos. No cita el número de tales disposiciones.

Gilberto Bedoya Casadiego (Fls. 175 id.) Expresa que parece que hubo un acuerdo entre el gobernador y la comisión de presupuesto de la Asamblea para hacer el aumento premencionado.

Néstor José Arango Giraldo (Fls. 176 vto.) Dice que al gobernador se le dieron facultades extraordinarias para hacer el aumento de los gastos de representación y que tal cosa se hizo por medio de una ordenanza.

Colombia López Serna de Holguín, miembro de la comisión de presupuesto de la Asamblea de Risaralda en 1975, (Fl. 177 vto.), cree que tal vez las autorizaciones para el alza le fueron dadas al gobernador por medio de una Ordenanza. Agrega que ella y el diputado Jairo Montoya fueron comisionados por la Asamblea para que hablaran con el gobernador y le pidieran que aumentara los gastos de representación.

Mario César Pineda Gutiérrez, también de la comisión de presupuesto, manifiesta que ésta tramitó el alza de dietas pero que no sabe si se hizo con base en un decreto.

César Mejía Duque expone que la Asamblea expidió una ordenanza en que facultaba al gobernador para realizar una reforma administrativa pero que no sabe de una autorización concreta para el aumento de gastos de representación (Fl. 186).

Juan Bautista Rozo Alcalá declara (Fl. 187) diciendo que las dietas eran aumen-

tadas por presupuesto y que al aumentar éste, automáticamente lo hacian aquéllas. También menciona que la Asamblea concedió al gobernador autorización para reformar las asignaciones civiles y para llevar adelante la reforma administrativa.

Líliam Palacio de Alzate (Fl. 191) recuerda que la Ordenanza Nº 7 facultó al gobernador para hacer ajustes de nóminas en el departamento incluidas las de los diputados.

Arnulfo Caicedo C. cita la reforma constitucional de 1968 para decir que la iniciativa de aumentar las dietas correspondía al gobernador pero que el aumento debía ser aprobado por la Asamblea (Fl. 326) y agrega más adelante que si bien ésta aprobó el presupuesto de rentas y gastos no hubo proyecto de aumento de sueldos para el personal del Departamento (Fl. 326 vto.).

Gilberto Cano Saavedra (Fl. 327) manifiesta no estar enterado de los decretos sobre aumento ni los de traslados.

Con posterioridad al sobreseimiento temporal mencionado (auto de siete de octubre de 1976) se oyó en ampliación a los declarantes doctor Granada Gómez, Arango Giraldo, Carlos Arturo López, doctor Mario César Pineda Gutiérrez, Fabio Flórez Cardona, Gilberto Bedoya Casadiego, Colombia López de Holguín con el objeto de inquirir sobre la autorización dada por la Asamblea al gobernador del departamento para el aumento de los gastos de representación, siendo negativos los resultados de tal averiguación.

k. Se trajeron a los autos en copia las actas de las sesiones llevadas a cabo por la Asamblea en los días 13 y 18 de noviembre de 1975 y 18 de diciembre del mismo año.

l. Asimismo se adujeron las copias auténticas de los Decretos 004235 de 24 de diciembre de 1975, 04208 de 16 de diciembre del mismo año, 4187 de 5 de diciembre, también de ese año; 04165 de 28 de noviembre del mismo año, 03274 de 20 de febrero de 1975 (liquidación del presupuesto para la vigencia fiscal del año citado), 03145 de enero de 1975.

ll. Obran igualmente las copias de los acuerdos de ordenación de gastos Nos. 17 y 19 de diciembre de 1975, y de las Ordenanzas 065 de 1968 (Código de Régimen Fiscal del Departamento de Risaralda).

m. En una diligencia de inspección judicial que se llevó a cabo en la Contraloría del Departamento de Risaralda, se constató, entre otras cosas la existencia de los traslados presupuestales necesarios para atender el aumento en los gastos de representación(Fl. 205 cdno. Nº 1).

Dentro de esa diligencia se interrogó a varios funcionarios de dicha dependencia entre ellos al Contralor Departamental, doctor Luis Alberto Sánchez Duque quien al ser preguntado por la autorzación que permitió al gobernador hacer los aumentos precitados, dijo que ella estaba contenida en la ordenanza de presupuesto, o sea la 07 de 1974 en la cual se le facultaba para fijar las asignaciones civiles (Fl. 243 vto.).

n. A Fl. 192 del cdno. Nº 1 obra una comunicación del subsecretario de la Asamblea Departamental en respuesta a un oficio del investigador en el cual se le pregunta, entre otras cosas, por la lista de las ordenanzas aprobadas en dicha corporación por medio de las cuales se hubieran concedido autorizaciones al gobernador del departamento.

El comunicado en mención hace la lista referida y termina diciendo.

"En relación con el punto b) de su oficio, me permito informarle que la Asamblea no expidió expresamente ninguna resolución en ese sentido; aprobó la 010 por medio de la cual autoriza traslados presupuestales para cubrir gastos de funcionamiento de la duma, en el año de 1975".

Ese punto b) a que se refiere el comunicado preguntaba por "la resolución por medio de la cual la misma Asamblea autorizó al señor gobernador realizar los traslados necesarios para el pago de los gastos de representación de los señores diputados". (Fl. 182).

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El Procurador Segundo Delegado Penal quien lleva la voz del Ministerio Público en las presentes diligencias luego de hacer un resumen de los hechos y una proli-

ja mención de las pruebas que obran en el proceso; analiza estas para llegar a la conclusión de que el gobernador del Departamento de Risaralda, doctor, Gonzalo Vallejo Restrepo, carecía de facultades para aumentar los gastos de representación de los diputados de la Asamblea, que, además, lo llevó a cabo contra la expresa prohibición contenida en el artículo 5º de la Ley 6ª de 1968, norma que está vigente y que fija los límites máximos de las dietas de los diputados, según el monto del presupuesto departamental que en Risaralda excede de los cincuenta millones de pesos por lo cual dicha asignación diaria no puede sobrepasar de ciento veinte ($ 120.00) pesos o sea un total por mes de tres mil seiscientos ($ 3.600.00) pesos.

Señala, además, la Procuraduría, que los gobernadores no tienen facultad para aumentar tales dietas por sí mismos sino que solo pueden hacerlo por medio de Ordenanzas que las normas citadas por el doctor Vallejo Restrepo en sus intervenciones o bien no contienen tal autorización o no son ordenanzas sino resoluciones o decretos que tampoco le deban esa facultad.

Asimismo expresa el Procurador que el gobernador Vallejo Restrepo carecía de facultad legal para ordenar créditos, contracréditos, traslados presupuestales para pagar el aumento de los gastos de representación de los diputados ya que tal cosa solo se puede hacer por medio de Ordenanzas cuando se encuentra reunida, como en el caso de autos, la Asamblea Departamental la cual, por otra parte, no puede autorizar al gobernador para hacer, por medio de simples resoluciones, tales traslados.

Al dar calificación jurídica a tales hechos, el Procurador Segundo Delegado Penal conceptúa que el gobernador Vallejo Restrepo cometió los delitos de prevaricato y peculado.

El primero de ellos porque el decreto por medio del cual aumentó los gastos de representación de los diputados, es, a su juicio, evidentemente ilegal.

Y el de peculado "porque mediante un acto contrario a la ley dispuso indebidamente de caudales del Estado en beneficio de los diputados de Risaralda en el año de 1975".

"El gobernador Vallejo Restrepo no tenía facultad legal para ordenar créditos, contracréditos o traslados presupuestarios estando reunida la Asamblea y, de otro lado, esta Corporación no lo autorizó para verificar esas operaciones por ordenanza".

"Se trata por tanto de una indebida disposición de los caudales públicos en beneficio de terceros que tuvo plena realización, porque los dieciseis diputados de Risaralda recibieron el aumento de siete mil ($ 7.000.00) pesos en los gastos de representación y en la prima de navidad de 1975".

Agrega que la culpabilidad de tal conducta es evidente pues el aumento de dietas ha sido debatido públicamente desde hace muchos años y las autoridades han invalidado las Ordenanzas por las que se ha pretendido burlar la prohibición legal.

Tampoco interviene, dice el Ministerio Público, circunstancia que la justifique.

Solicita, además, que como el anterior gobernador de Risaralda doctor Hernando Uribe Angel aumentó las dietas de los diputados por medio de Decreto 3145 de 1975, sin autorización legal para ello, debe investigarse su conducta.

Termina pidiendo que se llame a juicio al doctor Gonzalo Vallejo Restrepo por los delitos que se dejan mencionados y que se ordene la expedición de copias para investigar la conducta del doctor Hernando Uribe Angel.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Esta demostrada de autos la calidad de funcionario público del doctor Gonzalo Vallejo Restrepo en la época de los hechos a que se refiere el presente proceso en su calidad de gobernador del Departamento de Risaralda.

2. Asimismo se halla comprobado que, por Decreto Nº 4187 de 5 de diciembre de 1975 autorizó el pago de gastos de representación a los diputados de la Asamblea de dicho departamento a partir del 1º de octubre hasta el 31 de diciembre del mismo año por la suma de diez y seis mil seiscientos pesos ($ 16.600.00) a cada uno y

dispuso hacer los traslados correspondientes.

3. Con el fin de atender a dichas traslados al pago de los referidos gastos de representación, dictó los decretos que se dejen mencionados en la parte narrativa de los hechos de la presente providencia.

4. El presupuesto del departamento de Risaralda pasa de los cincuenta millones de pesos. Los ingresos fueron calculados para el año de 1975 en $ 163.935.260.00 y en la misma suma se aforaron los gastos.

5. Dice el artículo 5º de la Ley 6ª de 1968, vigente en la actualidad:

"La asignación diaria de los diputados a las Asambleas Departamentales, por concepto de dietas, viáticos y gastos de representación en conjunto o separadamente, no podrá exceder de sesenta pesos ($ 60.00) en aquellos departamentos cuyos presupuestos sean inferiores a veinte te millones de pesos ($ 20.000.000.00) al año: de ochenta pesos ($ 80.00) en aquellos cuyo presupuesto oscile entre veinte y cincuenta millones ($ 20.000.000.00 y $ 50.000.000.00) de pesos y de ciento veinte pesos ($ 120.00) en aquéllos cuyo presupuesto exceda de cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.00).

"Quedan, en estos términos, reformado el artículo 1º de la Ley 47 de 1945, y derogado el Decreto Legislativo número 659 de 22 de marzo de 1956".

"Parágrafo: Las Asambleas no podrán apropiar anualmente para los dos meses de sesiones ordinarias, y por concepto de gastos en el personal de secretarías, viáticos y demás erogaciones relacionadas con el funcionamiento de ellas, sino hasta la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) en aquellos departamentos cuyos presupuestos sean inferiores a veinte millones de pesos ($ 20.000.000.00); hasta la cantidad de veintitrés mil pesos ($ 23.000.00) para aquellos cuyo presupuesto exceda de veinte millones de pesos $ 20.000.000.00) sin llegar a cincuenta (50); y hasta la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) en los demás departamentos. En caso de sesiones extraordinarias, el presupuesto de gastos de secretaria, viáticos y demás, para el funcionamiento de las asambleas, deberá guardar proporción con lo dispuesto en el parágrafo anterior, en relación con el número de días que se empleen en dichas sesiones".

6. Teniendo en cuenta la norma que se viene de transcribir, se tiene que la remuneración mensual total por concepto tanto de dietas como de gastos de representación, no podían exceder en el departamento de Risaralda de $ 3.600.00 mensuales, o sea $ 120.00 diarios.

7. Al ordenar el gobernador Vallejo Restrepo una asignación mensual que por el solo concepto de gastos de representación excede la suma mencionada, estaba obrando con violación de la norma que se deja reproducida o sea del Art. 5º de la Ley 6ª de 1958.

8. Además, dicho funcionario, al decretar el aumento en cuestión lo hizo sin estar autorizado, no ya por la ley, pero tampoco por ninguna ordenanza.

9. El número de diputados de la Asamblea de Risaralda, según aparece de autos (Fl. 121 cdno. Nº 2) era, en 1975, de dieciséis (16).

Significa lo anterior que, como los gastos de representación estaban fijados en nueve mil seiscientos pesos mensuales, ($ 9.600.00) hubo un exceso de siete mil pesos ($ 7.000.00) por diputado y por mes o sea un total de trescientos treinta y seis mil pesos ($ 336.000.00) en los tres meses que abarcó el aumento.

10. De esta suma dispuso indebidamente el gobernador del departamento tomándola por medio de traslados, créditos y contracréditos ordenados por él, del presupuesto del departamento.

O sea que a los fondos oficiales cuya destinación estaba fijada en los respectivos capítulos y artículos contracreditados, les dio otra diferente, aunque también de carácter oficial ya que los empleó en el pago de funcionarios públicos igualmente al servicio del departamento de Risaralda.

11. Esta actuación no puede calificarse de culposa ni de accidental. No fue lo primero porque se trató de una conducta dirigida a los fines concretos que el agente se proponía obtener, o sea aumentar, como él mismo dijo, asignaciones que le parecían muy bajas. No hubo un fin diferente a ese por conseguir el cual se hubie-

ra violado una disposición de carácter penal que es lo que sucede en la culpa, modalidad subjetiva de la culpabilidad en que el agente se propone un fin lícito pero su comportamiento, sin intención de aquél, quebranta una norma penal.

En el presente caso propósito, comportamiento y fin conseguido, se identifican, por lo que no puede hablarse, se repite, de culpa.

Tampoco se trata de un caso, en que la voluntad hubiera sido doblegada por coacción o en que la mente hubiera caído en error. Por el contrario, la actuación del doctor Vallejo Restrepo fue, en todo momento consciente tanto en su motivación como en su desarrollo.

Significa lo anterior que existe en dicha conducta el elemento subjetivo que permite calificarla como dolosa y que, como no intervinieron los factores que exoneren al actor de responsabilidad, debe responsabilizarse penalmente por ella.

El comportamiento examinado se adecúa a la descripción hecha por el Art. 150 del C. Penal que dice:

"Art. 150. El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente a aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público, de uno a seis meses.

"Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa de diez a quinientos pesos".

En el caso de autos se llenan, a cabalidad, los requisitos que menciona esa norma pues el sujeto activo es un funcionario público ya que se trata del gobernador de un departamento, cargo de carácter oficial.

Además, aun cuando no tenga bajo su inmediata esfera de acción los caudales del departamento sí posee la facultad legal de disponer de ellos por medio de decretos.

No cabe duda, además, de que en el presente caso los caudales de que se ha hablado en los apartes anteriores, tenían destinaciones oficiales determinadas.

A esos caudales dio el funcionario aludido una destinación oficial distinta. Esto se exteriorizó por medio de los decretos de contracréditos y traslados que se mencionan atrás y que no dejan duda sobre el hecho de que se desvió el uso de esos dineros para afectarlos a fines no previstos por la Asamblea Departamental.

Por lo que hace al delito de prevaricato por el cual la Procuraduría pide que también se llame a juicio al doctor Vallejo Restrepo, esta Sala se aparta de tan autorizado concepto pues considera que ese ilícito queda, en el presente caso, absorbido por el peculado descrito con anterioridad.

En efecto, los Decretos 4187 y 3145 de 1975 por medio de los cuales fueron aumentados los gastos de representación de los diputados, y se hicieron los traslados correspondientes tienen un carácter puramente instrumental ya que fueron los medios de que se valió el gobernador para llevar a cabo la actuación que se deja comentada.

Sancionar, por aparte, ese episodio de la misma sería violar el principio "*non bis in idem*".

CONCLUSION

De lo expresado hasta aquí se deduce rectamente que debe llamarse a juicio al doctor Gonzalo Vallejo Restrepo por el delito de peculado en su modalidad de aplicación oficial diferente de los caudales administrados por él en su carácter de gobernador del departamento de Risaralda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. ABRIR CAUSA CRIMINAL contra el doctor Gonzalo Vallejo Restrepo, de las condiciones civiles mencionadas en su indagatoria por el delito de PECULADO de que trata el Capítulo I del Título III del Libro II del Código Penal,

En el momento de notificar esta providencia el enjuiciado se le hará las prevenciones de ley.

No hay lugar a detención preventiva por no estar sancionado con pena privativa de la libertad el ilicito por el cual se llama a juicio.

SEGUNDO. Ordenar que se saquen copias de lo pertinente para que se investigue si el doctor Hernando Uribe Angel pudo cometer infracción penal por la conducta que se menciona en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD

En qué consiste la falta de defensa del procesado

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 21 del 21 de abril de 1977.

V I S T O S

Procede la CORTE a resolver el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia del 24 de enero de 1974, emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este proceso que se ha seguido a la mujer llamada Ana Inés Flórez Muñoz (quien aparece también con los nombres de "Elena López Gutiérrez", "Magdalena Rodríguez", "Flor Soto Suárez" y "Carmen o Flor Sopó", según constancias del expediente) por un delito de homicidio con agravantes en la menor Diana Jaramillo Jiménez, y robo imperfecto concursante según el auto de proceder, por hechos ocurridos en esta ciudad en las horas de la tarde del día 26 de agosto de 1971. El Ministerio Público, representado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, es partidario de que no se case la sentencia impugnada.

1. Los hechos que originaron el proceso, se resumen así:

Ana Inés Flórez Muñoz fue recibida como empleada del servicio doméstico en la casa de los esposos Jaime Jaramillo Robledo y Gloria Inés Jiménez de Jaramillo, quienes vivían en compañía de su hija única, Diana Jaramillo Jiménez, de seis (6) años de edad, que por aquella época guardaba cama por enfermedad. En las primeras horas de la tarde del día 26 de agosto de 1971, la dueña de casa se vio precisada a salir para efectuar unas compras y dejó a su hija en compañía de la doméstica recientemente contratada. Al regresar, y cuando pudo entrar a la casa con la ayuda de vecinos que escalaron la tapia divisoria, no encontró ni a la doméstica ni a su hija. Una revisión más minuciosa emprendida en compañía de una amiga permitió encontrar el cadáver de la niña, con varias cuchilladas, tras la cortina del cuarto de baño de la alcoba matrimonial. Para entonces ya había regresado el señor Jaramillo Robledo. Abierta la investigación correspondiente se buscó a la doméstica y ésta se presentó ante las autoridades y dijo que en la tarde de los hechos había tratado de violentar el "closet" de la alcoba de sus patronos y al ser sorprendida en dicha actividad por la menor, que le recriminó su conducta y le dijo que la revelaría a sus padres, trató de amordazarla pero como no pudiera hacerlo, la emprendió a cuchilladas hasta dejar sin vida a la menor, ocultarla tras la cortina del baño principal y huir de la casa.

2. La actuación procedimental subsiguiente:

Ana Inés Flórez Muñoz fue indagada el día 14 de septiembre de 1971 (Fl. 55) y reveló que utilizaba también el nombre de Elena López Gutiérrez y que se colocaba en las casas como empleada del servicio doméstico con el solo propósito de apoderarse de los bienes de sus patronos. Recorrido su pasado judicial se le encontró una sentencia del Juzgado 61 Penal Municipal de Bogotá, con fecha del 26 de julio de 1969, por la cual se le condenó

por robo a la pena de 27 meses de prisión. Esta sentencia fue confirmada el 21 de mayo de 1970 por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá. Tiene otra sentencia de condena, también por robo, a la pena de cuatro años y cuatro meses de presidio, emitida esta vez el 22 de julio de 1970, por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Bogotá y confirmada, con reforma de pena que quedó en treinta y cuatro meses de prisión, por el Tribunal de Bogotá en providencia del 15 de octubre de 1970.

Se le dictó auto de detención el día 20 de septiembre de 1971 (Fl. 101) y se le llamó a responder en juicio por los delitos de homicidio con agravantes y robo imperfecto en providencia del 13 de abril de 1972 (Fl. 252). Realizada la audiencia pública, el jurado contestó, para el cuestionario relacionado con el homicidio: "Sí es responsable por el delito de homicidio agravado con el numeral 6º que lo eleva a la categoría de asesinato". El juzgador había incluido en la pregunta dos circunstancias de agravación: la relacionada con el abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima, y el ejecutar el hecho con el fin de suprimir las pruebas del delito contra los intereses económicos de los padres de la menor, Esta recibió once (11) cuchilladas que ocasionaron la muerte por anemia aguda consecutiva a las perforaciones pulmonares, cardíacas y hepáticas producidas por arma cortopunzante, según la autopsia que aparece al folio 25. Para el cuestionario por robo imperfecto los jurados contestaron: "No es responsable". Sobre estas bases se emitió la sentencia de primera instancia en el Juzgado 19 Superior de Bogotá para condenar por homicidio agravado a la procesada a la pena total de veinticinco (25) años y seis (6) meses de presidio. El Tribunal de Bogotá, en la sentencia impugnada, bajó esa pena a un total de veintitrés (23) años y tres (3) meses de presidio. En primera y segunda instancia se la absolvió por el delito de robo. Se le impusieron las sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal y se le condenó, en forma genérica, al pago de perjuicios. El recurso de casación que interpuso el apoderado especial de la procesada fue debidamente concedido en auto del 13 de diciembre de 1974.

3. La demanda de casación y la causal que allí se invoca:

El doctor Jaime Rafael Pedraza sustentó el recurso mediante la demanda de rigor. Criticó la actuación del defensor de oficio de la procesada, doctor Edgar Carol Tobaría, y dijo de él que "evidentemente alegó en pro de la procesada en cuanto al delito de robo, pero en cuanto al delito de homicidio, según el acta de audiencia (Fl. 303 del cuaderno principal) dijo: "De otra parte y recordando la gravedad del hecho y lo atinente al homicidio, dados los antecedentes y las dos reincidencias comprobadas dentro del proceso, la enjuiciada podría ser condenada por el señor juez hasta por treinta (30) años de presidio, pero que en su denominación de asesinato no se le puede presentar sino el numeral 6º del artículo 363". Cita luego publicaciones de la prensa según las cuales la procesada no tuvo defensa. Y también cita un párrafo de la sentencia de segunda instancia que califica de "antológico" y que dice así: "Así, pues, si el señor abogado defensor, obrando de acuerdo con su conciencia, solicitó la condena por un delito determinado, este hecho, en sentir del Tribunal, no puede en manera alguna llevar a concluir que no existió defensa en cuanto al juicio de la procesada", para para concluir que lejos de defender, el doctor Tobaría "solicitó la condena de su 'defendida' por el delito de homicidio agravado". Afirma que el anterior es "el hecho fundamental de la demanda de casación".

Invoca el recurrente la causal 4ª del artículo 580 del C. de P. P. para solicitar que se case la sentencia porque se emitió en un juicio viciado de nulidad. Esta nulidad consiste en la ausencia o carencia de defensa con transgresión del precepto del artículo 26 de la Constitución nacional. Luego de hilvanar algunos fragmentos extraídos de la sentencia de segunda instancia, allí donde se cometa la actuación del defensor de oficio en la audiencia, dice: "Por consiguiente, Ana Inés Flórez Muñoz no pudo hacer oír su voz, así fuera al menos (sic) solicitando clemencia, porque su pro-

pio "defensor" se encargo (sic) de pedir para ella, en pocas palabras, condena por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO!!!" (las mayúsculas y los signos de admiración también son del original). Después transcribe varios fragmentos de distintas jurisprudencias de la Corte que cita en profusión. Y comenta y alega: "Por ende, podemos afirmar -siguiendo a la Honorable Corte- que cuando el "DEFENSOR DE OFICIO" de ANA INES FLOREZ MUÑOZ friamente pidió para su "*defendida*" que la condenaran por el delito de HOMICIDIO EN FORMA AGRAVADA, no tuvo "intervención efectiva en pro de la causa de la acusada", no "mantuvo un razonable equilibrio con la función de acusación en guarda de los derechos e intereses de la procesada" -por el contrario, multiplicó infinitamente el peso de la acusación, al convertirse el propio "defensor" en implacable acusador- privó a ANA INES FLOREZ MUÑOZ de la posibilidad de "demostrar su inocencia o explicar su conducta"; no dio "asistencia jurídica"; no aportó "elementos de convicción"; no "hizo la crítica del caudal probatorio"; ni se opuso "con medios juridicamente adminisbles" a la condena de la procesada sino que, sórdidamente, la empujó a la pena máxima". Se advierte que las mayúsculas, los guiones, las comillas, el subrayado, etcétera, son del original, incluso la transposición mecanográfica en la palabra "admisibles".

Finalmente, en cuatro páginas de transcripciones de jurisprudencia sobre la interpretación que debe darse al artículo 26 de la Constitución Nacional, concluye por decir que en este caso no hay observancia de las formas propias del juicio porque "el defensor, lejos de defender, sorprendentemente pidió la condena de su "defendida".

4. La contestación del Ministerio Público.

El Ministerio Público, representado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal como ya se dijo, se opone a que se case la sentencia impugnada. Encuentra adecuadas las citas que trae sobre la misión del abogado en el proceso y aporta toda una serie de consideraciones sobre el tema. En cuanto a la demanda, apunta: "Se queja y eleva protesta el señor demandante porque la procesada Ana Inés Flórez Muñoz, no fue oída ni vencida en juicio', 'ya que el defensor, lejos de defender, sorprendentemente pidió la condena de su ofendida'. Ni es afortunada ni verídica la queja si se analiza la situación en su forma integral, ya que no parcialmente, como también si se consulta al proceso y no a la 'crónica roja' de los periódicos como lo hizo el actor".

En este orden de cosas destaca la labor de la defensa al obtener la eliminación, por parte del jurado, del delito de robo que se había impugnado a la procesada en el auto de proceder, y el haber logrado que el delito de homicidio agravado (asesinato) quedara con una sola circunstancia de agravación, con lo cual quedó "la procesada en posición diferente a aquella que se le señaló en la calificación del mérito del sumario, pues que en mucho se reducía la pena privativa de la libertad". Concluye por decir que se desvirtúa el cargo y se desquician sus bases en forma total.

Finalmente, recuerda el Ministerio Público que la carga de la prueba en la impugnación de la sentencia corre a cargo del demandante y, por tanto, no basta enunciar un cargo sino que, en el caso concreto, lo indicado es concretar en qué debió consistir la defensa que se dice no existió y cuál "el ordenamiento legal que, de haberse invocado y defendido razonadamente por el defensor hubiera sido aceptado por el Tribunal Popular, derrumbado íntegramente la carga de la imputación". Luego, y con el interrogante final consiguiente, esboza algunas posibilidades de defensa que, hipotéticamente, podría haber alegado el recurrente o expuesto aquí para sustentar el cargo.

5. Las consideraciones de la SALA:

Una sola es la causal de casación que formula y sustenta el apoderado especial de la sentenciada Ana Inés Flórez Muñoz; la que consiste en afirmar que la sentencia impugnada se emitió en un juicio viciado de nulidad porque el defensor ofi

cioso no defendió y esto contraviene el precepto del artículo 26 de la Constitución Nacional. Ninguna otra argumentación contiene la demanda a la cual se opuso el Ministerio Público para desembocar en la petición de que no se case la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá al revisar en segunda instancia la que emitió el Juzgado 19 Superior de Bogotá. LA SALA no encuentra comprobación alguna del cargo enunciado y, por tanto, previos los análisis y razonamientos que siguen, no casará dicho proveído.

Si se ataca la sentencia por ausencia de defensa debe recordarse que Ana Inés Flórez Muñoz fue llamada a responder en juicio por dos (2) delitos. El primero y más grave, el de homicidio en la menor Diana Jaramillo Jiménez, con dos circunstancias de asesinato: a) la prevista en el numeral 6º del artículo 363 del C. P., porque, según se dijo en el auto de proceder, abusó de las condiciones de inferioridad personal de la víctima, y b) la prevista en el numeral 4º del mismo artículo 363 del C. P. porque mató a la menor para suprimir las pruebas de su atentado contra la propiedad de los progenitores de la misma, o, si se prefiere, para ocultar dicho atentado. El segundo delito que se le imputó fue el de robo imperfecto pues según se dijo en la providencia de calificación, empleó violencia contra las seguridades del "closet" de la habitación de los esposos Jaramillo-Jiménez, con el propósito de apoderarse de bienes de propiedad de éstos, y en esa labor fue sorprendida por la menor.

Al recordar la situación en que llegó a la audiencia pública la procesada nadie puede negar que el defensor de oficio que tuvo, la defendió en forma efectiva pues logró, contra lo que sostuvo el respectivo Fiscal, que el jurado eliminara una de las circunstancias de agravación, la del numeral 4º, y reconociera únicamente la del numeral 6º, y en cuanto al delito imperfecto de robo logró un veredicto de absolución que fue luego acogido por el juzgador de derecho en determinación que el superior confirmó. Al eliminar el segundo de los delitos que contra la procesada se dedujeron en el auto de calificación destruyó el concurso material de infracciones (artículo 33 del C. P.) que, como es bien sabido, influye en la tasación de la pena, pues permite tomar la del delito más grave, en este caso el de homicidio-asesinato, y aumentarla "hasta el doble". Y al lograr que de las dos circunstancias de agravación deducidas en el auto de proceder se reconociera únicamente la que se relaciona con el abuso de las condiciones de inferioridad personal de la víctima (se trataba, como lo revela la prueba recogida, de una niña enferma a la cual se propinaron once cuchilladas en el corazón, en los pulmones y en el hígado), obtuvo una base menor para la dosificación de la pena que debía imponerle el juzgador al aceptar el veredicto y montar en él la sentencia correspondiente. No podía el defensor quitar la reincidencia de la procesada pues le era imposible borrar su tormentoso pasado. Y fueron esas reincidencias y las circunstancias de mayor peligrosidad que se le dedujeron las que permitieron llevar la pena hasta un total de veintitrés (23) y tres (3) meses de presidio al enmendar el Tribunal Superior la pena mayor que se dedujo en la primera instancia. En definitiva, forzoso es aceptar que el defensor oficioso, tan injustamente atacado por el demandante, logró eliminar un delito en la cuenta de la procesada y con esto eliminó no sólo una doble condenación sino la posibilidad de concursar las dos infracciones con el consiguiente aumento de la pena, y, al desbaratar una de las dos circunstancias de agravación deducidas en el enjuiciamiento, forzó al juzgador a partir de una pena menor para aumentarla con base en circunstancias de mayor peligrosidad y en la innegable reincidencia.

Sobran, en consecuencia, todas las consideraciones, muy atinadas por cierto, que se han hecho aquí para explicar la conducta del defensor que ha sido blanco de las infundadas críticas del demandante. Y al lado de todos los fragmentos de jurisprudencia que se citan se olvida una que es exacta en cuanto se refiere a la tarea que se le encomienda al defensor y que dice así: "El defensor en manera alguna está obligado a pedir la absolución del

reo, sino a buscar que su situación sea lo menos gravosa, tratando de obtener del jurado el reconocimiento de determinadas modalidades que atenúen la responsabilidad". (Sentencia de 18 de septiembre de 1963, G. J. t. LXXVI, 438). Y resalta mucho más la labor cumplida por el defensor oficioso si se piensa cuál hubiera sido la pena imponible a la procesada si el jurado hubiera contestado un escueto "sí" a uno y otro cuestionarios.

Finalmente, debe consignarse aquí que si se buscan nulidades, oficiosamente, tampoco se encuentran en la actuación cumplida aunque ésta no sea un dechado de perfecciones. Se apunta lo anterior, porque es indudable que no aparece de autos la providencia en virtud de la cual se le designó defensor oficioso a la procesada ante la manifestación que en tal sentido hizo al momento de ser notificada del enjuiciamiento. Pero, inmediatamente está el acta mediante la cual el mismo juez que debía nombrarlo le da posesión del cargo. Y luego le acepta a todo lo largo y ancho de la audiencia pública. Debe concluirse que se trata de una simple irregularidad que no genera nulidad alguna ante la comprobación plena de que la procesada estuvo asistida por un defensor, que es lo que prevé el artículo 485 del C. de P. P., y que éste, como se ha dicho y demostrado, la defendió con eficacia. De esta manera no se desconoció ningún derecho a la procesada y, por tanto, no se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional como lo dice el demandante.

Por lo anteriormente dicho, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y oído el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia del 24 de enero de 1974 emitida por el Tribunal Superior de Bogotá en este proceso por "Homicidio y Robo" que se ha seguido a la mujer llamada Ana Inés Flórez Muñoz.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez (con Salvamento de Voto), *Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., (Secretario).

SALVAMENTO DE VOTO

Por no compartir el fallo de la H. Sala de Casación Penal emiti voto negativo al ser discutido.

Las razones jurídicas que tengo para estimar que el fallo ha debido ser distinto al aprobado por mayoría de votos constan en el proyecto de sentencia que inicialmente había sometido a consideración de la Corte, pero que no fue acogido.

V I S T O S

Por haberse cumplido la tramitación correspondiente, se procede a decidir el recurso de casación que interpuso ANA INES FLOREZ MUÑOZ contra la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que la condenó a la pena principal de veintitrés años y tres meses de presidio como autora del homicidio agravado de la menor Diana María Jaramillo Jiménez (seis años de edad).

ANTECEDENTES

1. El 26 de agosto de 1971, alrededor de la una de la tarde, ANA INES FLOREZ MUÑOZ mató a Diana María Jaramillo Jiménez, menor de apenas seis años de edad, a quien le propinó once puñaladas, para eliminarla como posible testigo, por haberla sorprendido cuando trataba de violentar la puerta del armario de la alcoba principal de la residencia del ingeniero civil Jaime Jaramillo Robledo, situada en esta ciudad en la calle 135 Nº 19-09.

2. Con fecha 13 de abril de 1972, el Juzgado 19 Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario con providencia enjuiciatoria contra ANA INES FLOREZ MUÑOZ por los delitos de homicidio de la menor Diana María Jaramillo y robo imperfecto que trató de consumar en bienes de propiedad de la familia Jaramillo-Jiménez. Como circunstancias de agravación del homicidio, el auto de proceder enumera las descritas por los numerales 4º (procurar la impunidad del robo que intentó perpetrar cuando fue descubierta por la menor Diana María) y 6º (abuso de las condiciones de inferioridad personal de la ofendida) del artículo 363 del Código Penal.

Al serle notificado el auto de proceder, la acusada dejó la siguiente constancia en la respectiva diligencia de notificación: "manifestando que el Juzgado le nombre defensor de oficio". (folio 268 vuelto del cuaderno principal).

4. Sin que ni en el original, ni en las copias del proceso, aparezca providencia del juzgado mediante la cual hubiera designado defensor de oficio de la acusada, conforme a la petición de ella, se lee en el anverso del folio 269 del original y en el anverso del folio 206 de las copias, el acta de posesión del doctor Edgar Carol Tobaría, fechada el 5 de mayo de 1972.

5. El mismo día de la posesión, se le notificó personalmente al defensor de oficio el auto de proceder, el cual consintió por no haber interpuesto recurso de ninguna clase contra esa providencia (Folio 269 del cuaderno principal).

6. Ejecutoriado el auto de proceder, se abrió a pruebas el juicio mediante auto del 9 de mayo del año citado (folio 270). Esa providencia le fue notificada personalmente al Fiscal del Juzgado y a la procesada y por anotación en estado a las partes, lo cual significa que el defensor de oficio no tuvo noticia de la apertura a pruebas.

Fue la acusada quien de manera directa solicitó la práctica de dos pruebas, consistiendo la una en que se pidiera al Médico Psiquiatra de la Cárcel Nacional de Mujeres de Bogotá copia de la hoja clínica del tratamiento a que ella había estado sometida en el mencionado establecimiento carcelario, y la otra consistía en que se ordenara

un examen médico legal para determinar su estado psíquico.

El juzgado del conocimiento negó la práctica del examen psiquiátrico de la acusada, fundándose en que el Instituto de Medicina Legal, durante la etapa del sumario, produjo un experticio sobre su personalidad y estado, según el cual ella "no presenta al examen signo alguno de perturbación de sus facultades mentales ni de anomalía psíquica grave, ni de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia". (Folio 219 del cuaderno principal). Y negó también la solicitud sobre la petición de la copia de la hoja clínica de la acusada porque "tampoco se hacen necesarios los resultados del tratamiento que esté recibiendo por parte del psiquiatra dentro del establecimiento carcelario, toda vez que con ello no se cambiaría en lo mínimo el experticio rendido por los facultativos del Instituto de Medicina Legal, y que se relaciona al estado psíquico de la procesada al tiempo y momento de cometer el asesinato". (Folio 274).

7. Se dispuso el sorteo de jurado por auto del 31 de mayo de 1972, el cual le fue notificado personalmente a la procesada y al Fiscal colaborador, y por anotación en estado a las demás partes.

8. Según el acta de sorteo total de jurados, compareció la acusada pero no el defensor de oficio (Folio 276).

9. Durante la audiencia pública, el defensor de oficio afirmó que "en vista de la gravedad del caso que se estudia, no podrá, por impedírselo su ética, solicitar un veredicto absolutorio". Hizo algunas argumentaciones con la finalidad de que se descartara la tentativa de robo, agregando que no se le podría condenar a la acusada por tal delito.

En cuanto al homicidio, el acta de la audiencia relata en los siguientes términos la intervención del defensor de oficio:

"De otra parte y recordando la gravedad del hecho en lo atinente al homicidio, dados los antecedentes y las dos reincidencias comprobadas dentro del proceso, la enjuiciada podía ser condenada por el señor juez hasta por treinta años de presidio, pero que en su denominación de asesinato no se le puede presentar sino el numeral 6º del artículo 363, ya que en cuanto al 4º, es decir al del encubrimiento de otro delito, ello no ha podido ser probado además de que en ningún momento se le puede endilgar la tentativa de robo y por lo mismo solicita al jurado contestar negativamente la cuestión segunda del cuestionario". (Folio 303).

10. El jurado respondió el cuestionario relacionado con el homicidio de Diana María Jaramillo Jiménez así: "Sí es responsable por el delito de homicidio agravado con el Num. 6º que lo eleva a la categoría de asesinato". Y la pregunta sobre el robo la contesto diciendo que "No es responsable". (Folios 297 y 298).

11. El Juzgado 19 Superior acogió la veredicción y por sentencia del 18 de junio de 1973 condenó a ANA INES FLOREZ MUÑOZ a la pena principal de veinticinco años y seis meses de presidio por el homicidio de Diana María Jaramillo Jiménez, y la absolvió por el delito de robo.

12. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia del 24 de enero de 1974, confirmó la sentencia de primera instancia pero rebajando la pena principal a veintitrés años y tres meses de presidio.

DEMANDA DE CASACION

Para sustentar el recurso de casación que interpuso la acusada contra la sentencia de segunda instancia, fue presentada por el nuevo defensor con la respectiva demanda, en la cual aduce la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, consistente en que la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad.

Señala como violado el artículo 26 de la Constitución, y para fundamentar la impugnación hace el cargo de que la procesada careció de una defensa idónea, hasta el punto de que durante la audiencia pública el defensor de oficio manifestó que su patrocinada podría ser condenada a treinta años de presidio.

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que debe rechazarse la demanda, por considerar que la procesada tuvo defensa adecuada, como se desprende del hecho de que por virtud de la intervención del apoderado de oficio, el Jurado de Conciencia la absolvió por el delito de robo y eliminó la causal 4ª de agravación, habiéndola condenado únicamente por el homicidio cometido con el abuso de la inferioridad personal de la ofendida (causal 6ª de agravación). También alega la Procuraduría que en la demanda de casación no se expresa cuál habría sido la defensa que hubiera adelantado el censor, sino que se limita a decir que no hubo defensa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La defensa idónea de los acusados es forma principalísima en todos los juicios, por ser garantía indispensable para que la presunción de inocencia tenga completa operancia. El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que hace parte de la legislación nacional, por haberle impartido su aprobación la Ley 74 de 1968, así lo consagra:

"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Como ésta no puede hacerla el propio acusado, debido a que se requieren conocimientos jurídicos para adelantarla con eficacia, la ley procesal, en desarrollo del principio consagrado por el artículo 40 de la Constitución, de que "nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito", ha determinado que todo procesado debe estar asistido de un apoderado o defensor ... quien "tomará posesión de su cargo, jurando ante el funcionario instructor o el juez del conocimiento y su secretario cumplir con los deberes que le incumben, asistirá al procesado en las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley, y lo representará en todos los actos del proceso" (artículo 118 del Código de Procedimiento Penal). Siendo la libertad un derecho de mayor entidad que los que son susceptibles de discutirse ante los estrados civiles, laborales o administrativos, la ley procesal obliga a los acusados por infracciones penales a que recurran a la asistencia de un abogado inscrito en el Ministerio de Justicia, auncuando el acusado sea abogado inscrito.

Cuando se ha proferido pliego de cargos, mediante el auto de proceder, el acusado debe notificársele personalmente dicha providencia y se le hará saber "el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio", y "si no lo nombrare, lo designará el Juez" (artículo 485).

"El defensor nombrado será reconocido por el juez si reuniere las condiciones para desempeñar el cargo" (artículo 485, segundo inciso), como lo sería la de que es abogado con tarjeta profesional expedida por el Ministerio de Justicia.

El artículo 22 del Decreto Ley 191 de 1971 así lo manda: "Quien actúe como abogado deberá exhibir su tarjeta profesional al iniciar la gestión de lo cual se dejará testimonio escrito en el respectivo expediente. Además, el abogado que obre como tal, deberá indicar en todo memorial el número de su tarjeta. Sin el cumplimiento de estas formalidades no se dará curso a la solicitud".

En el proceso en estudio, los autos dan cuenta de que la procesada ANA INES FLOREZ MUÑOZ manifestó en la diligencia de notificación del auto de proceder que se le nombrara por el Juzgado defensor de oficio (Folio 268 vuelto), lo cual no ocurrió. En efecto, en el folio 269 figura el acta de posesión del doctor Edgar Carol Tobaría, sin que el Juzgado lo hubiera designado como defensor, y sin que en el expediente se haya dejado constancia de que posee tarjeta profesional de abogado. En el acta de posesión debió hacerse mención de la cédula de ciudadanía del posesionado, para los efectos de su identificación, y del número de su tarjeta profesional de abogado, para com-

probar que reúne las condiciones para desempeñar el cargo de defensor, según la exigencia del segundo inciso del artículo 485 del procesal penal, pero esa diligencia no menciona ninguno de esos dos documentos.

No obstante tan pronunciada irregularidad, sin haber sido designado como tal, sin haberse identificado y sin que conste que tiene tarjeta profesional de abogado expedida por el Ministerio de Justicia, el doctor Edgar Carol Tobaría desempeñó, de hecho, el cargo de defensor. Se ha dejado de cumplir una formalidad esencial, como lo es la relacionada con la exhibición de la tarjeta profesional "al iniciar la gestión", como lo exige el artículo 22 del Decreto 191 de 1971. Y también se ha violado otra formalidad importante: el juez no nombró defensor de oficio al doctor Edgar Carol Tobaría, como lo dispone el artículo 485 citado. Se trata de un defensor de facto.

El doctor Edgar Carol Tobaría sería un agente oficioso dentro del proceso, porque ni la acusada lo nombró, ni el juez lo designó como defensor de oficio. El artículo 47 del Código de Procedimiento Civil autoriza para "promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedida para hacerlo", pero se trata de demanda sobre asuntos civiles. Lo cual impediría trasladar el ámbito del proceso penal dicha institución, pues son aplicables al procedimiento penal las disposiciones que rijan el procedimiento civil, en cuanto no se opongan a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal o en leyes especiales (artículo 8º del Código de Procedimiento Penal). La agencia oficiosa procesal no tiene cabida en el proceso penal porque si el acusado no nombra apoderado o defensor, el funcionario instructor o el juez del conocimiento tiene la la obligación de designar uno de oficio (artículos 117, 118, 431, 382, 482 y 485 del Código de Procedimiento Penal). Por lo tanto, cuando el procesado se abstiene de proveerse de un letrado que lo asista como apoderado o defensor, que le asegure su defensa, no es a los terceros a quienes compete llevar a cabo su asistencia técnica, como en el caso de la agencia oficiosa procesal en materias civiles, sino que el funcionario instructor o el juez del conocimiento tiene la obligación de designar el apoderodo o defensor del procesado ausente, o del que estando presente no hace dicho nombramiento.

El Juez, cuando nombra defensor de oficio, o cuando acepta el nombrado por el procesado, debe cerciorarse de que el defensor reúne las condiciones para desempeñar el cargo. Y en los autos no aparece el auto por medio del cual hubiera sido designado el doctor Edgar Carol Tobaría como defensor de oficio de ANA INES FLOREZ MUÑOZ, ni tampoco consta en el expediente que el nombrado hubiera cumplido con la formalidad esencial de "exhibir su tarjeta profesional", al tomar posesión del cargo de defensor. Auncuando el Código de Régimen Político y Municipal establece que, en tratándose de empleados públicos, la posesión hace presumir el nombramiento, lo mismo que su ejercicio, tal principio no tiene aplicación al caso de autos porque el defensor no es un funcionario público y lo atinente a su nombramiento y posesión tiene reglamentación especial en el Código de Procedimiento Penal, que es de aplicación preferente porque "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general", según lo expresa el artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

Si lo expuesto no fuera suficiente para predicar que hubo violación de formas sustanciales del juicio, que afecta la garantía constitucional de una defensa adecuada, el proceso acusa en el defensor una conducta que riñe con la obligación que debió cumplir en defensa de la acusada, auncuando se considerara como agente oficioso o defensor de oficio. En efecto, desaprovechó la etapa probatoria del juicio para solicitar la práctica de pruebas. El juicio se abre a pruebas para darle oportunidad al acusado de que solicite la práctica de las que considere que pueden rebatir o modificar la acusación formulada en el auto de proceder.

El auto de apertura a pruebas no se le notificó personalmente al defensor de

facto, lo cual demuestra que éste no estuvo pendiente de seguir el curso de la tramitación del juicio.

Fue la procesada quien utilizó el término probatorio para solicitar dos pruebas, que le fueron denegadas.

De lo cual se deduce que el defensor de facto no cumplió con la obligación de solicitar la incorporación al proceso de las pruebas que pudieran fundar un medio defensivo para la acusada.

Esa falta de asistencia técnica se pone de manifiesto también en el hecho de que la providencia que dispuso el sorteo de los jurados tampoco le fue notificada personalmente al defensor de oficio, quien no concurrió a dicha diligencia, como tampoco lo hizo cuando se llevó a cabo un sorteo parcial de jurado.

Y durante la audiencia pública, después de hacer manifestaciones contrarias al interés jurídico que se entiende estaba perentoriamente obligado a defender, hizo la expresa afirmación de que a su defendida el juez podría condenarla a treinta años de privación de su libertad: "De otra parte, y recordando la gravedad del hecho en lo atinente al homicidio, dados los antecedentes y las dos reincidencias comprobadas dentro del proceso, la enjuiciada podría ser condenada por el señor juez hasta por treinta años de presidio, pero en su denominación de asesinato no se le pueden presentar sino el numeral sexto del artículo 363, ya que en cuanto al cuarto, es decir al del encubrimiento de otro delito, ello no ha podido ser probado, además de que en ningún momento se le puede endilgar la tentativa de robo y por lo mismo solicita al jurado contestar negativamente la cuestión segunda del cuestionario" (relacionada con la tentativa de robo) (Folio 303 del cuaderno principal).

Tal clase de manifestaciones lindan con la deslealtad profesional, máxime cuando la acusada es una mujer sin instrucción de ninguna clase, cuya actividad permanente, según su confesión, radicaba en el robo a las casas donde prestaba servicios domésticos, alternando con la prostitución que ejercía concurriendo a casas de citas. Como la procesada es persona de íntima significación social y de nulos recursos económicos, quien desde muy temprana edad el padre tuvo que llevarla varias veces ante el Juez de Menores para su internamiento en establecimiento de readaptación social, la defensa tenía que haberse llevado a cabo con mayor rigor profesional, precisamente porque la acusada necesitaba de mayor protección. La libertad debe ser defendida con especial esmero en tratándose de personas que, como la procesada, carecen de una formación intelectual o afectiva que las capacite para morar dentro del seno de la sociedad de manera normal. Las dos condenaciones por delitos contra la propiedad de que dan cuenta los autos, la forma como llevó a cabo el homicidio de la menor Diana María Jaramillo Jiménez, sus antecedentes de vida licenciosa y su comportamiento carcelario, que la presenta como persona insociable y peligrosa no sólo para sus compañeras sino para la misma directora de la Cárcel Nacional de Mujeres (oficio 205 de 26 de abril de 1973 visible al folio 286 del cuaderno principal), pone de presente que ella fue abandonada a su suerte, que, en verdad fue muy mala, cuando es el propio defensor quien alega que podría ser condenada a treinta años de presidio.

Resulta lógico concluir que ANA INES FLOREZ MUÑOZ careció de defensa eficaz, por cuya razón fue quebrantada la forma procesal de mayor significación, como lo es el de la defensa de ella, lo cual acarrea nulidad constitucional del juicio, a partir de la diligencia de notificación del auto de proceder, exclusive, a efecto de que se le designe un defensor de oficio, tal como la procesada lo expresó cuando se le notificó personalmente la providencia enjuiciatoria, si es que todavía persiste en esta determinación.

LA DECISION

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, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal,

RESUELVE

Casa la sentencia acusada y declara la nulidad del proceso, a partir de la notificación del auto de proceder, exclusive, para que el juzgado del conocimiento designe defensor de oficio, que reúna las condiciones legales indispensables para desempeñar el cargo, tal como lo manifestó la acusada ANA INES FLOREZ MUÑOZ, si es que ésta insiste en tal solicitud.

Julio Salgado Vásquez.

JURADOS DE CONCIENCIA

Su integración. No constituye nulidad el hecho de que un principal sea reemplazado por un suplente, cuando el primero alega una excusa que el Juez la acepta

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero.*

Aprobado: Acta Nº 21

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado FULGENCIO TOLOSA CACERES, contra la sentencia de 31 de julio último dictada por el Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual confirmó la de primera instancia y condenó al incriminado a la pena de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Publio Antonio Mora Vaca.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El Tribunal de Tunja los sintetiza así:

"En la tarde del diez de octubre de mil novecientos setenta y tres, Fulgencio Tolosa Cáceres, muchacho que no llegaba a los dieciocho años de edad, permaneció ingeriendo cerveza con unos amigos en la cantina que tenían sus padres en la población de Macanal. De un momento a otro, quizás por la embriaguez en que estaba, resolvió tomar su caballo y retirarse para continuar con la juerga, lo que le valió la reprimenda cariñosa de su señora madre.

Fulgencio, pese a la amonestación materna, siguió a otro establecimiento en donde se encontró con Publio Antonio Mora Vaca, quien le debía alguna suma de dinero. Vino entonces el cobro de la deuda, en medio de un cambio de frases de macabra vulgaridad, propias de personas incultas, que buscan en el vocablo de mal gusto la manera de ofender a los demás.

Fulgencio se retiró del lugar, mientras Publio Antonio Mora siguió con Otoniel González a dar un paseo por las calles del pueblo con el fin de localizar a su novia, Zoila Pilar Franco Melo, con quien había terminado momentáneamente unos amores. Un cuarto de hora después, regresó Fulgencio y acercándose a donde estaba Publio le dirigió una injuriosa frase, tomando a la vez una escopeta y abriéndole fuego. El infortunado Publio se desplomó y de allí fue recogido y trasladado al hospital de Garagoa donde dejó de existir horas más tarde".

Mediante auto de octubre 11 de 1973, el Juzgado Promiscuo Municipal de Macanal, inició la correspondiente investigación penal, recibió indagatoria al sindicado y dictó en su contra auto detentivo.

Por resolución de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá, se comisionó al Juez 4º de Instrucción para llevar a cabo todas las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos. Oyó al inculpado en ampliación de indagatoria y recibió varias pruebas enderezadas al perfeccionamiento de la investigación.

Mediante proveído de fecha 24 de abril de 1974, el señor Juez Cuarto Superior, otorgó el beneficio de libertad al sindicado, de conformidad con el artículo 453 inciso 9º del Código de Procedimiento Penal.

El funcionario del conocimiento, por auto de junio 20 de 1974, declaró cerrada la investigación. Calificó el mérito del sumario, y llamó al sindicado a responder en juicio criminal con intervención del jurado de conciencia, por homicidio agravado.

Recurrido el auto de llamamiento a juicio por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Tunja mediante providencia de abril 28 de 1975, calificó los hechos como homicidio simplemente voluntario.

Transcurrida la etapa probatoria del juicio, se llevó a cabo la audiencia pública, y el jurado contestó el cuestionario afirmativamente.

El defensor del procesado, solicitó al juzgado nulidad de la audiencia pública por haberse sustituido un jurado principal por el primer suplente, pero dicho pedimento fue negado por el fallador en sentencia de marzo 12 de 1976, en la cual se acoge el veredicto del *Jurí* y se condena a Fulgencio Tolosa Cáceres.

Nuevamente el defensor del procesado, interpuso el recurso de apelación contra la referida sentencia y el Tribunal Superior de Tunja, la confirmó en todas sus partes.

El recurso de casación se admitió mediante auto de fecha 7 de octubre último.

LA DEMANDA

El recurrente invoca la causal primera de casación y hace tres cargos a la sentencia del *a quem:*

Pimer cargo: "El Tribunal sentenciador, quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque en esta norma se establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio. Pues bien, el Tribunal al confirmar la sentencia dictada por el Juzgado 4º Superior, le da tácita validez a un veredicto proferido por tres ciudadanos, uno de los cuales no podía actuar válidamente como jurado, por este motivo, realmente, no hubo veredicto. Consecuencialmente no podía dictarse sentencia condenatoria, ni muchos menos ser confirmada ésta por el Tribunal. Al hacerlo, la Sala Penal del Tribunal, pasó por alto el principio constitucional de que para ser juzgada una persona deben observarse la plenitud de las formas (sic) propias del juicio".

Segundo cargo: "El Tribunal sustanciador al proferir su sentencia el 31 de julio de 1976, vulneró el derecho de defensa consagrada en el artículo 26 de la C. N., ya que la nulidad que yo interpuse no fue examinada, se analizó otra diferente a la invocada y tal error desquicia el derecho de defensa que ampara a toda persona".

Tercer cargo: "El Tribunal al proferir sentencia el 31 de julio de 1976, incurrió en la causal de nulidad primera del artículo 210 del C. de P. P., la incompetencia del juez, porque ya con anterioridad, el 13 de mayo de 1976, había dictado sentencia, la cual fue notificada por edicto que se fijó por cinco días desde el 22 de mayo del mismo año, y ya habían pasado los quince días que da la ley como término para formular el recurso extraordinario de casación, y ya se había interpuesto éste, luego lo jurídico era conceder el recurso y sería la Corte Suprema de Justicia la encargada de anular dicha sentencia, pero nunca el mismo Tribunal que la profirió. Por este aspecto la sentencia materia del recurso de casación esta viciada de nulidad y viola también el Art. 26 de la Carta que exige el juzgamiento por Tribunal competente".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita que se rechace la demanda.

En su concepto analiza el primer cargo que hace el recurrente, y lo refuta con

base en reiteradas decisiones de la Sala, y dice: "Ha precisado la H. Corte en diferentes oportunidades que el quebranto del artículo 26 del Código Máximo, en lo atinente a la inobservancia de las formas propias del juicio, hace relación inconfundible a la tramitación fundamental y general que da fisonomía al proceso penal, como también cuando alude al específico modelo del juicio, agotado con el fallo recurrido".

No se detiene el Procurador en cuanto al segundo cargo por considerarlo una repetición del anterior toda vez que sus argumentos en nada difieren de las ya estudiadas en el primer cargo.

Tampoco el tercer cargo lo acepta el Ministerio Público, por considerar que el recurrente confundió la facultad del artículo 212 del Código de Procedimiento Penal con la oportunidad que da el artículo 213 *ibídem* a las partes para alegar las nulidades. Por otro lado hace un llamamiento en cuanto a la conducta del Magistrado Numa Pompilio Hernández Moreno, por considerarla contraria al cumplimiento de sus deberes como Magistrado, incluso advierte que su comportamiento puede generar proceso disciplinario contra el funcionario.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero y segundo: *Se cuestiona en ellos la ocurrencia de nulidad constitucional -violación de las formas propias del juicio- con insidencia en el artículo 26 de la Carta, con base en que uno de los jurados que emitió veredicto, la señorita Ligia López, no podía legalmente hacerlo porque la señora Elisabeth de Jiménez, jurado principal, obtuvo excusa informal del juez, para ausentarse del acto de audiencia pública, alegando ocupaciones urgentes. Y se argumenta que no obstante haber alegado el recurrente en las instancias nulidad de carácter constitucional, el Tribunal de Tunja la resolvió con fundamento en las prescripciones del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, y anota la confusión del Tribunal al referirse a la renuencia del jurado Aurelio Villate Rodríguez y no a la de Elisabeth de Jiménez, que fue la persona sorteada como principal y que no concurrió a integrarlo.*

Como acertadamente lo advierte el Procurador Primero Delegado en lo Penal, las censuras que postula el recurrente al través de los cargos primero y segundo, no alcanzan las dimensiones de una irregularidad.

Con efecto. La finalidad perseguida por el artículo 520 y concordantes del Código de Procedimiento Penal, es la de facilitar la integración del jurado.

Si llegado el día de la celebración de la audiencia se presentan a él la totalidad de los jurados sorteados como principales y suplentes y en alguno de los primeros concurriere razones atendibles para excusarlo de servir el cargo, si el juez lo reemplaza con uno cualquiera de los segundos, no por ello se configura nulidad de naturaleza constitucional. Pero tampoco de orden legal. Elisabeth de Jiménez cumplió con el deber de acudir a la audiencia, y antes de su instalación, hizo valer excusa aceptada por el juez. El Tribunal se integró con quien igualmente exhibía calidades para formar parte de él. Con ello no sufrió menoscabo el derecho de defensa. Ni esto ha sido alegado por el impugnador.

Ciertamente los artículos 526 y 527 del Código de Procedimiento tratan de las excusas absolutas y relativas. El artículo 525 dice que las primeras deben alegarse ante el Tribunal y las segundas ante el respectivo juzgado.

Pero ninguno de los supuestos contemplados en los artículos anteriores, coincide con el caso que motiva la censura.

La señora Elizabeth de Jiménez, no alegó ante el Tribunal de Tunja que alguna de las circunstancias previstas por el artículo 526 le impidieran servir el cargo de jurado. No lo hizo tampoco en el momento de notificársele que debía servir el cargo de jurado en la vista pública en el proceso seguido contra Fulgencio Tolosa Cáceres. Por lo contrario. Concurrió al acto y solicitó que le permitiera ausentarse a cumplir ocupaciones urgentes. Pero el jurado se integró de inmediato, y su ausencia fue llenada con quien tenía capa-

cidad legal y moral para suplirla sin mengua para la justicia.

Las formalidades del juicio se observaron en forma estricta, y el jurado cumplió sus funciones dentro del marco de sus competencias.

Los cargos no prosperan.

Cargo tercero: Cuando el negocio estaba en el Tribunal para decidir si era pertinente conceder el recurso de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia de segundo grado, se advirtió que había sido dictada con la participación de uno de los Magistrados que, en su hora, fue separado del conocimiento. De oficio, el Tribunal declaró nulo lo actuado en ella, por incompetencia, acogiéndose al numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

El problema consiste en saber si el Tribunal sentenciador podía anular la sentencia que dictó con el concurso del Magistrado que había sido separado del conocimiento, cuando el fallo -notificado debidamente- era recurrido de casación por la defensa.

No se discute que el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal prescribe que los jueces deberán decretar las nulidades previstas en los artículos 210 y 211 del mismo estatuto, en el momento que las adviertan, sin que importe el estado del proceso.

Para proceder en la forma que lo hizo el Tibunal de Tunja tuvo en especial consideración la circunstancia de que el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado dejó en suspenso la ejecutoria del fallo, y motivó la sentencia que profirió en su reemplazo diciendo que solamente la ejecutoria de aquélla impide al juez decretar de oficio las nulidades que advierta, o su reclamo por las partes.

Observa la Sala que la nulidad entrañada en la sentencia condenatoria, anulada por el Tribunal de Tunja, corresponde a la causal primera establecida por el artículo 210, o sea, la incompetencia del juez, La competencia la tenía la Sala de Decisión. Y uno de sus integrantes, el Magistrado Numa Pompilio Hernández Moreno, carecía de ella, pues había sido separado del conocimiento.

El error era enmendable, sin lugar a dudas, antes que la sentencia causara ejecutoria. Dentro del término que las partes tienen a su disposición para interponer recursos, la sentencia puede aclararse en auto complementario, de oficio o a petición de parte, siempre que en sus conclusiones contenga conceptos o frases que ofrezcan serios motivos de duda, o errores aritméticos, (artículos 207 del Código de Procedimiento Penal, 309, 310 y 311 del Código de Procedimiento Civil). Pero no es revocable ni reformable por el mismo juez que la pronunció. Ni anulable tampoco, por obvias razones.

Son tan claras las disposiciones citadas que su entendimiento excusan todo raciocinio.

Con la notificación de la sentencia comienza a correr el término de que las partes disponen para interponer recursos. Durante él (antes que se interpongan los recursos de ley), puede el juez del pronunciamiento hacer las aclaraciones de que tratan los artículos 207 del Código de Procedimiento Penal y 309, 310 y 311 del Estatuto Procesal Civil. Vencido dicho término, el sentenciador restringe su competencia a los efectos de conceder o negar los recursos de ley que se hubieren interpuesto a la sentencia cuya ejecutoria se cumple definitivamente cuando los recursos reciben solución.

Con lo dicho hasta aquí, puede concluirse ya que el Tribunal de Tunja carecía de competencia, lo mismo para dictar que para anular la sentencia del 13 de mayo de mil novecientos sententa y seis. Cuando lo hizo los términos de ejecutoria se encontraban vencidos. Correspondía así a la Corte resolver la nulidad con oportunidad del recurso extraordinario de casación interpuesto por el personero de la defensa.

Y como las nulidades de carácter absoluto comunican su invalidez a los actos subsiguientes del proceso, sobra decir que es igualmente nula la sentencia que motiva este recurso extraordinario, sin per-

juicio de que la Corte decrete *motu proprio* la nulidad de aquélla.

Lo anterior, porque una vez admitido el recurso de casación y tramitado legalmente, surge una fase nueva en el proceso dentro del cual la Corte debe actuar sus competencias judiciales propias, pero también las que, por imperativos constitucionales, (artículo 26 de la Carta) le correspondan en armonía con el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal. Procederá en consecuencia a decretar de oficio la nulidad absoluta que con carácter manifiesto advierte en la sentencia de fecha 13 de mayo de mil novecientos setenta y seis, dictada por el Tribunal de Tunja con el concurso del Magistrado Numa Pompilio Hernández Moreno, separado del conocimiento.

Sin otras consideraciones, 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 rccurrida y DECLARA NULO todo lo actuado en este proceso, a partir de la sentencia, inclusive, de fecha 13 de mayo de mil novecientos setenta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el proceso seguido contra Fulgencio Tolosa Cáceres, por homicidio, y ordena reponer el procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

REVISION

Inexistencia del delito como hecho nuevo en revisión

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E. abril veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 21, abril 21/77.

VISTOS

Agotada la tramitación legal, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por JAIME PINZON SANTOS, por medio de apoderado, con relación al proceso adelantado en su contra y en la de otros por el delito de peculado, en el cual fue condenado a la pena principal de dos años de presidio, como cómplice no necesario, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los primeros fueron presentados en la sentencia de segunda instancia de la siguiente manera:

"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 sgt. cfr. Cuaderno principal Fls 419 ss).

El 28 de junio de 1973 el Juzgado 20 de Instrucción Criminal dictó auto cabeza de proceso fundamentándose en las diligencias adelantadas por la Policía Judicial. Practicadas algunas pruebas el 14 de julio siguiente el mismo funcionario decretó la detención preventiva de Bernardo Duarte Grau, Gustavo Antonio Ocampo Pineda, Jaime Pinzón Santos y José Emilio Castilla Vanegas. El 5 de noviembre del mismo año el Juzgado 28 Penal del Circuito de Bogotá declaró cerrada la investigación; el 26 de diciembre siguiente sobreseyó definitivamente en favor de Manuel Salazar, temporalmente en favor de Bernardo Duarte Grau y llamó a responder en juicio a José Emilio Castilla, Gustavo Antonio Ocampo y Jaime Pnzón

Santos por el delito de peculado, siendo de advertir que el último fue llamado en calidad de cómplice necesario. Cumplida en su integridad la tramitación correspondiente, por sentencia de primera instancia de 7 de junio de 1974, los tres procesados fueron absueltos. Pero el Tribunal, al conocer en segunda de esa providencia, la revocó para, en su lugar, condenar a Castilla Vanegas y a Ocampo Pineda a la pena principal de cuatro años de presidio, cada uno, "como autores responsables del delito de peculado en bienes de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, de propiedad del Estado", para condenar a Jaime Pinzón Santos "a la pena de dos años de presidio como cómplice no necesario" por el mismo delito y para imponer las accesorias de rigor correspondiente y condenar, en abstracto, al pago de los perjuicios ocasionados por el delito.

Esta sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por el defensor de los afectados José Emilio Castilla Vanegas y Gustavo Antonio Ocampo Pineda y la Corte por la suya de 8 de abril de 1976 la casó y, en su lugar, absolvió a Castilla Vanegas y a Ocampo Pineda "por todos los cargos que se les formularon dentro de estas diligencias".

DEMANDA DE REVISION

El apoderado especial constituido por el sentenciado Jaime Pinzón Santos invocó la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal y la argumentó así:

De acuerdo con reiterada doctrina de la Corte "Cuando no hay delito, no puede apreciarse la existencia de cómplices, porque la complicidad reclama para su existencia en cualquiera de las formas en que pudo producirse, el elemento jurídico de ser conexa con un delito". El Tribunal de segunda instancia erróneamente consideró que había delito de peculado, que sus autores eran Vanegas y Ocampo y que Pinzón había prestado una ayuda "no esencial -pero también punible- para la ejecución del ilícito". Pero como la Corte proclamó que no hubo delito, no puede hacer autores responsables de él ni 'cooperadores penalmente responsable de un hecho material y jurídicamente inexistente".

Luego continúa el demandante: "SEGUNDA. Con posterioridad a la condena de Jaime Pinzón Santos como cómplice no necesario de delito de Peculado, apareció un hecho nuevo y se presenta una prueba no conocida a tiempo del debate judicial cumplido en las instancias, que demuestra la total inocencia de mi representado Jaime Pinzón Santos: el hecho nuevo es la declaración judicial que como Supremo Tribunal de la Justicia hizo la H. Corte, según la cual no existió el delito de Peculado contra los intereses de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones por cuanto no hubo apropiación alguna de sus bienes, y por tanto no hay autores penalmente responsables de un hecho inexistente y de un delito no cometido; y la prueba que hoy se presenta es precisamente la sentencia del 8 de abril de 1976 en la que la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia sienta esa verdad incuestionable y, como consecuencia lógica, absuelve a los dos procesados que a título de autores principales de un delito que no tuvo existencia había condenado el Tribunal Superior.

"Si, como está dicho por la H. Corte Suprema en fallo ejecutoriado que hace tránsito a cosa juzgada, no hubo apropiación indebida ni delito de peculado ni autores principales responsables penalmente, queda demostrada a plenitud la inocencia de Jaime Pinzón Santos. No existió delito ni hay autor de delito, por lo cual -repitiendo la doctrina atrás citada- "si no hay autor de delito es imposible jurídicamente que pueda haber cómplices del mismo, donde no hay lo principal no puede haber lo accesorio".

"TERCERA. Auncuando la H. Corte Suprema de Justicia no podía ocuparse ni se ocupó de la situación jurídica de Jaime Pinzón Santos -pues respecto de éste no se interpuso el recurso de Casación los fundamentos de su fallo definitivo deben ampararlo para que su juicio sea revisado. La H. Corporación ante la cual comparezco dejó nitidamente establecido

que no hubo faltante en los combustibles de Telecom y que no obró en el proceso prueba alguna de responsabilidad penal.

"Jaime Pinzón Santos fue condenado por el Tribunal Superior estimando acreditada su responsabilidad pues -dijo- 'la prueba contra él es la misma a que se ha hecho referencia en los apartes anteriores', es decir la que militaba contra los autores principales del pretendido Peculado. Pero como la H. Corte Suprema desechó esa prueba con respecto a los autores principales -recurrentes en casación-, queda de hecho descartada con respecto al condenado como cómplice no necesario puesto que, se repite, la prueba contra todos los tres procesados era la misma: destruida como lo fue con relación a dos, queda automáticamente destruida con relación al tercero". (Cuaderno de Revisión, Fls. 55 ss.).

Dentro de las pruebas que fueron anexadas a la demanda, se encuentran aquellas exigidas en la parte final de la regla 585 del estauto procesal penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Reafirmando un concepto anterior,, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal luego de recordar los términos de la causal 5ª invocada, expone: "Segundo. Ordinariamente el motivo de revisión que se comenta se refiere a elementos de juicio desconocidos en el proceso o conocidos después y los cuales corresponden a medios probatorios contemplados en la legislación penal. En el presente asunto el hecho nuevo invocado es la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia que casó la sentencia condenatoria y absolvió a los acusados que habían interpuesto ese recurso extraordinario.

"Estima el Ministerio Público que aunque ordinariamente se identifican los conceptos de hechos y pruebas pues se arguye que aquéllos tienen trascendencia jurídica en cuanto son reconocidos por la ley como pruebas, sin embargo, se distinguen en el sentido de que pueden existir hechos con consecuencias jurídicas que no corresponden estrictamente a medios probatorios. Creemos que el presente caso es un ejemplo típico pues si bien la sentencia de casación es un documento público conforme al artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, a nuestra manera de ver, no responde exactamente a esa prueba ya que nos atrevemos a pensar que en una providencia judicial el fallador no da fe de hechos sino que conforme a su criterio jurídico, resultado de la confrontación de los hechos probados en el proceso y la ley aplicable al caso, absuelve o condena.

"De ceñirnos a ese estricto criterio la sentencia de casación pronunciada en este asunto no sería una prueba y por tanto no podría considerarse como motivo de revisión.

"Estimamos por tanto que la ley adjetiva se ha referido no solamente a los hechos constitutivos de pruebas sino a un concepto más amplio: a toda modificación del mundo externo que implica consecuencias jurídicas. Más claro: toda transformación del mundo exterior realizada por el hombre de transcendencia jurídica auncuando en hipótesis no constituye prueba, debe tenerse en cuenta para efectos del recurso de revisión.

"Tercero. Las consideraciones anteriores cobran mayor importancia si se tiene encuenta que la legislación colombiana no comtempla como motivo de revisión la condena fundada en sentencia posteriormente revocada, como lo recordó nuestro más alto Tribunal de Justicia en su fallo del 8 de mayo de 1953 (G. J. Nº 2.129 Pág. 206), ya que el desacuerdo de fallos tan sólo se refiere al motivo primero de revisión pero en un campo muy estrecho: cuando el delito no se haya podido cometer sino por una persona o por un número menor de las sentenciadas. Sería aberrante que a pesar de la contradicción entre una sentencia condenatoria y una posterior absolutoria subsistiera la primera. En el presente caso la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá se casó y los recurrentes fueron absueltos. No sólo aparece contrario a elementales principios de justicia sino a la simple equidad de quienes no recurrieron en casación o no

sustentaron el recurso sigan condenados por un hecho que la Corte Suprema de Justicia declaró no ser constitutivo de delito".

"A más de las consideraciones anteriores debe tenerse muy en cuenta el motivo que determinó la casación del fallo condenatorio dictado por el Tribunal Superior de Bogotá contra los señores Castilla y Ocampo: la inexistencia del delito de peculado. Si el hecho ilícito atribuido a los autores principales no existió, esta declaración debe extenderse a quien fue señalado como partícipe dado el carácter accesorio de la complicidad". (id. Fls. 70 ss.).

CONSIDERACIONES

Como se indicó al reseñar la actuación procesal, la sentencia de primera instancia fue absolutoria para los tres sindicados que habían sido llamados a juicio. La de segunda fue condenatoria para Castillo Vanegas y Ocampo Pineda como autores responsables del delito de peculado y para Pinzón Santos como "cómplice no necesario" del mismo ilícito. Recurrida ésta en casación por los dos primeros sentenciados nombrados, la Corte casó la impugnada y, en su lugar, los absolvió. La razón primordial consistió en que se llegó a la conclusión de la inexistencia del delito por el cual fueron sentenciados. Jaime Pinzón Santos, ahora recurrente en revisión, no lo fue en casación.

Ciertamente que el fallo favorable a uno o varios de los comprometidos en una conducta delictuosa, concretamente la prosperidad de un recurso de casación que reconozca la inexistencia del delito, no constituye estricto sentido "hecho nuevo", porque apenas es la distinta apreciación de los mismos elementos de convicción o diferente interpretación de un comportamiento o de una figura penal, aspectos que nunca se ignoraron y siempre pudiéronse conocer con tal significado. Pero ante la imposibilidad de un procédimiento que permita instrumentalizar esta situación y extender a todos los sentenciados la declaratoria de no constituir delito su conducta, tiene que acudirse, así sea forzando la causal, al recurso de revisión, el mismo que ofrece la debida seguridad para mudar los efectos de la cosa juzgada.

Lo dicho es suficiente para que la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ORDENE LA REVISION de la causa seguida contra JAIME PINZON SANTOS a la cual se ha hecho referencia en la parte motiva y señale para tal fin de acuerdo con las normas procesales vigentes. al Juzgado Penal del Circuito de Bogotá que corresponda en reparto, distinto del que ya conoció y decidió del asunto. Al efecto se enviarán todos los autos al Juzgado antes dicho (repartimiento) por conducto de la oficina de origen.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CONCUSION

Concusión implícita. ¿Cuándo se presenta?

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 21 de abril 21/77.

V I S T O S

Consulta el Tribunal de Buga su providencia de 29 de julio del año pasado por medio de la cual absolvió al doctor ISRAEL MORENO ex-Juez Primero Penal Municipal de Tuluá por los cargos que en auto de 10 de marzo del año citado le formuló como responsable por el delito de concusión cometido cuando desempeñaba las funciones mencionadas.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Contra Eulises Fajardo se adelantaba en el Juzgado Tercero Superior de Tuluá un proceso por los delitos de homicidio y lesiones personales que en el mes de octubre de 1975 se hallaba a despacho del Fiscal de dicho Juzgado para concepto de fondo.

Manifiesta el denunciante Eulises Fajardo que el 17 de septiembre de 1974 se encontraba en un taller de mecánica que posee en la población de Andalucía cuando se le acercó, el doctor Israel Moreno, paisano suyo y amigo desde su infancia, quien le dijo que dicho proceso había sido abandonado por el defensor quien se había radicado en Cali pero que él, Moreno, podía hablar con el Juez doctor Heli Valdez, para tratar de ayudar a Fajardo. Días después y por cita previa se volvieron a entrevistar, esta vez en el "Café Hípico" de Tuluá donde Moreno le expresó, según dice Fajardo, que el juez Valdez pedía diez mil pesos por la ayuda de los cuales una parte era para el Fiscal. Sospechando que querían sacarle dinero, Fajardo se puso en comunicación con su abogado y le contó lo que estaba ocurriendo y éste le aconsejó que lo diera al juez con quién, en verdad, se entrevistó pero sin atreverse a decirle nada. Volvió a verse con Moreno quien esta vez le dijo que había conversado con el fiscal y con el juez y que habían accedido a que el pago de los diez mil se hiciera por cuotas de dos mil. Volvió a conversar con el doctor Giraldo quien lo instó a que narrara al doctor Valdez lo que estaba pasando. Siguió una nueva entrevista con Moreno el cual quedó de entregarle una copia del trabajo que estaba haciendo pero como el denunciante le manifestara su deseo de entrevistarse con el juez, aquél lo desanimó diciendo que éste era muy severo y muy rígido. Con todo, Fajardo puso al doctor Valdez al corriente de lo que estaba ocurriendo y en compañía de éste y el abogado Giraldo fueron a Buga en donde presentaron, ante el vice-presidente del Tribunal, la denuncia.

Con posterioridad a ésta y por convenio con el funcionario últimamente citado, Fajardo convino con Moreno un nuevo encuentro en el Café Hípico en donde aquél debía entregar a éste la suma de mil quinientos pesos y Moreno le daría una copia de la Vista Fiscal.

El encuentro tuvo lugar el 3 de octubre de 1975 y como previamente se hubiera prevenido al DAS, los agentes destacados

aprehendieron al entonces juez Israel Moreno a quien encontraron, en el bolsillo izquierdo de la camisa, una pequeña bolsa de papel que contenía $ 1.500.00 pesos.

También llevaba consigo una revista dentro de la cual había unas copias.

Declararon, bajo juramento, los tres agentes del DAS que intervinieron en los hechos a que se refiere el aparte anterior. Uno de ellos, Justo Pastor Cruz, expresó (Fl. 56) refiriéndose al momento culminante de la entrevista dice que vio cuando el acompañante de Eulices (sic) es decir, el juez Moreno "mandó la mano al bolsillo de la camisa e intentó sacar un paquete pequeño envuelto en papel y oí que dijo a Eulises 'esto qué' y yo inmediatamente arrimé y le cogí el paquete que lo estaba sacando del bolsillo, al mismo tiempo que el compañero mío Laverde le quitó la revista que tenía el señor Eulises en la mano la que había cogido de la mesa".

Otro de dichos agentes, saúl Laverde Galeano, narra así lo ocurrido en ese mismo momento: "Los movimientos de la entrega del paquete no tuve conocimiento visual de ellos pues estaba dando completamente la espalda hacia ellos, posteriormente cuando yo regresaba del orinal vi que el ofendido hacía señas que del bolsillo, se señalaba el bolsillo, entendimos que el señor que regresaba del orinal tenía algo en el bolsillo de la camisa, entonces se procedió a requisarlo, lo requisó el dragoniante Cruz y le sacó un envoltorio del bolsillo de la camisa no recuerdo de que lado, donde había un dinero envuelto, la suma de mil quinientos pesos, el juez en aquel momento dijo que para qué le habían echado eso allí, todo confundido, que como le hacía esto refiriéndose al señor que nos había señalado el bolsillo del juez". (Fl. 62 vto).

El tercer agente del DAS, Edgar Mosquera, expresó que él se había situado en las afueras del Café Hípico y que cuando entró a dicho establecimiento ya el agente Laverde y el dragoniante Cruz habían actuado (Fl. 63 vto.).

Indagado el doctor Israel Moreno luego de narrar algunos antecedentes de su amistad con Ulises o Eulises Fajardo dice que éste le habló una vez en Tuluá del proceso que se le estaba adelantando en el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad y le manifestó su deseo de conocer el concepto del fiscal a lo cual respondió el indagado que no veía inconveniente en eso pues era muy amigo de Jaime Sarmiento habiéndole insistido varias veces después Fajardo en que le mostrara la Vista Fiscal hasta que finalmente y ante una llamada apremiante de este último, el indagado fue a la Fiscalía donde le pidió al secretario que le prestara la Vista Fiscal prometiéndole que después hablaría con el titular, Sarmiento, sobre ello y, habiendo obtenido dicho documento se dirigió al Café Hípico donde ya lo esperaba Fajardo con quien conversó sobre su situación jurídica y luego sintió que dicho individuo le introducía en el bolsillo de la camisa un paquetico, y al percatarse de ello reaccionó pero en ese mismo momento se le fue encima otro individuo, quien le dijo que era del F-2 y le sacó del bolsillo el paquete en cuestión. Insiste en que le tendieron una celada y como le reclamara sobre el particular a Eulises éste le dijo que no había tenido la culpa de lo ocurrido.

Jaime Marmolejo, citado por Moreno en su indagatoria, expresa que éste llegó el día 3 de octubre de 1975 al despacho de la fiscalía del Juzgado Tercero Superior y le dijo que había hablado con el doctor Jaime Sarmiento, el Fiscal, quien le mandaba razón de que él entregara la copia de un concepto fiscal que había emitido en el sumario contra Eulises Fajardo, lo que el declarante procedió a hacer aunque posteriormente, a la llegada de su jefe, a quien comunicó lo ocurrido, se dio cuenta de que la orden en cuestión no había existido.

En careo llevado a cabo entre el sindicado Moreno y el denunciante Fajardo, éste sostuvo a aquél los cargos y Moreno repitió que se trataba de una conjura.

Al ratificarse en un informe el sargento segundo de la policía y miembro del F-2 Gilberto Salazar Mejía manifestó que fue él quien dirigió, por petición que le hiciera el Tribunal de Buga, la operación en que fue capturado el doctor Moreno

dice haber presenciado cuando el agente Cruz se acercó a éste y le pidió que le entregara lo que había guardado en el bolsillo izquierdo de la camisa, al oír lo cual el sindicado llevó la mano a ese sitio para no dejar sacar lo que estaba allí por lo cual el declarante le repitió la orden y entonces el doctor Moreno asccedió a hacer lo que se le pedía poniendo en manos del testigo un paquete pequeño que contenía mil quinientos pesos en billetes de cien. En seguida el sindicado le dijo al declarante que no le fuera a perjudicar, que "cuadraran" eso, que hicieran un arreglo que, pensara que él (el sindicado) era nuevo en la carrera y que como le iba a acabar con ella, a nada de lo cual accedió el testigo (Fl. 232 vto.).

Por auto de 10 de marzo de 1976, el Tribunal calificó el mérito de la investigación llamando a responder en juicio al doctor Israel Moreno Z., por el delito de concusión. En la misma providencia sobreseyó definitivamente en favor del doctor Jaime Sarmiento Otero quien había sido indagado.

En la parte de esa providencia que se refiere al doctor Moreno Z., dijo el Tribunal que existía "a no dudarlo una concusión implícita ya que el doctor Moreno, haciéndose conocer como Juez y exponiendo sus influencias ante los funcionarios que tramitaban el negocio penal contra Eulises Fajardo Peña, influencia que tenía dada la solidaridad de los empleados oficiales, a su cargo, y la amistad que conservaba con los doctores Valdés y Sarmiento, habilidosamente dio razones y estableció ante el denunciante la posibilidad de una decisión favorable en la investigación que por Homicidio se adelantaba en el Juzgado 3º Superior de Tuluá todo lo cual era medio o modo para inducir en error a Fajardo y obtener provecho ilícito".

Con anterioridad, en la misma providencia, al analizar las declaraciones del denunciante, concede entero crédito al dicho de éste de quien dice que no tenía ningún interés en perjudicar al procesado y que si bien se notan discrepancias entre los diversos dichos del ofendido "no alcanzan a desvirtuar un hecho real, éste de tener el doctor Moreno en su bolsillo de la camisa el dinero que portaba Fajardo...".

También descarta el *a quo* la existencia de una conjura contra el doctor Moreno, como afirmó éste en sus intervenciones y que si bien pudiera encontrar cierto apoyo en algunas declaraciones, no tuvo franca demostración en el proceso, "solo se descubre, dice el Tribunal, la sombra de una sospecha" (Fl.316).

Hace hincapié dicha providencia en que se trata de una concusión implícita es, decir, en que aparece en primer término no el constreñimiento sino la inducción en error. Y además insiste en que no hubo por parte del procesado abuso de funciones sino del cargo de juez que desempeñaba por entonces.

No se produjeron pruebas en el plenario de la causa y así, una vez verificada la audiencia, que tuvo lugar el 12 de mayo del año pasado, se profirió la sentencia que se revisa.

En esta, el Tribunal examina las alegaciones del defensor quien criticó las declaraciones del denunciante y alegó que ellas fueron la única base del llamamiento a juicio y aseveró, además, que existió nulidad por errónea denominación jurídica del delito pues la conducta del doctor Moreno más se parecía a un delito de estafa que al de concusión.

El Tribunal rebate esta última aseveración haciendo ver que el llamamiento a juicio se hizo por concusión implícita con abuso, no de las funciones, sino del cargo.

Pero aceptó la primera conviniendo en que no existe la prueba suficiente para condenar pues el único, dice, que atestigua la culpabilidad del doctor Moreno es el denunciante.

Al analizar el dicho de éste el Tribunal afirma que existen contradicciones respecto a la manera como el procesado lo abordó por cuanto mientras el primero dice que la iniciativa partió del segundo, éste sostiene que fue aquél quien le trató el asunto en primer término. A ese detalle atribuye el Tribunal singular importancia porque dice que la mentira en que incurrió el denunciante "desvalora su testimonio pues quiere negar una circuns-

tancia que en cierta forma lo perjudica porque esas visitas a Tuluá podrían entenderse como la demostración del afán de dialogar con el doctor Moreno para seguirlo interesando en su problema penal. Y así no sería el procesado el que tuviera el propósito de atemorizar en los paliques al señor Fajardo para conseguir un lucro futuro" (Fl. 364).

También examina el *a quo* lo ocurrido en el Café Hípico para señalar que las narraciones que el denunciante hace respecto al momento en que entregó el dinero al doctor Moreno han variado a lo largo del proceso lo cual, sumando al hecho de que los detectives también relatan de diverso modo ese episodio hace, a juicio del Tribunal "confusa la situación vivida en ese momento y confusa también la declaración que al respecto hace Fajardo", de todo lo cual concluye que el dicho de éste se desacredita o desmejora "y como ese testimonio único es el tenido en cuenta por el Tribunal para determinar el aspecto subjetivo o anímico del delito, mejor, la responsabilidad del procesado, por carecer de un eficiente valor probatorio de plena prueba no sirve para fundar legalmente esa responsabilidad".

Y concluye que, no existiendo la prueba plena o completa de la responsabilidad del acusado, debe absolvérsele por el cargo que se formuló en el auto de proceder.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Sostiene, en síntesis, el Procurador Segundo Delegado Penal quien lleva la voz del Ministerio Público en el presente grado de jurisdicción, que sí hay en los autos elementos de juicio suficiente para condenar al doctor Israel Moreno como autor del delito de concusión por el cual se le comprometió en este proceso.

Asevera, de acuerdo con el *a quo*, que en el presente caso no hubo abuso de funciones por parte del procesado sino abuso del cargo ya que el doctor Moreno se valió de su posición de juez y de su amistad con el denunciante para obtener sus fines.

Respecto a la situación probatoria afirma que si bien es cierto que la única versión existente en los autos sobre al conducta ilicita del procesado proviene del ofendido Fajardo no lo es menos que éste se muestra, a través de sus intervenciones, uniforme, coherente y firme lo que abona su credibilidad.

Aparte de eso, llama la atención el Procurador sobre las circunstancias en que el ex-juez Moreno fue sorprendido con el dinero y desecha la posibilidad de una conjura por no tener tal eventualidad respaldo en el proceso.

Acepta que las versiones de los agentes del F-2 sobre las circunstancias en que fue sorprendido el procesado discrepan en algunos detalles pero afirma que coinciden en lo fundamental.

Por todo ello termina solicitando que se revoque la sentencia consultada y que, en su lugar, se condene al procesado como autor del delito por el cual se le residenció en juicio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Asevera el Tribunal que el aspecto subjetivo o espiritual del hecho *sub judice* no pudo ser comprobado de manera plena o completa ya que no logró demostrarse que el propósito que impulsara al procesado fuera el de obtener, para sí o para tercero, un lucro ilícito:

Examinada la sentencia se ve que la conclusión que se acaba de mencionar no corresponde al razonamiento del *a quo* pues sus afirmaciones se dirigen a demostrar que el juez pudo ser víctima de una conjura, que no exigió dinero al denunciante y que éste, sorpresivamente le introdujo en el bolsillo de la camisa un paquete con dinero.

Es decir, no sólo es el elemento subjetivo del ilicito el que se niega sino la autoría material pues se pone en tela de juicio que las cosas hubieran ocurrido como dice Fajardo y se admite que bien pudieron suceder como dice el doctor Moreno Z.

Ahora bien, la situación tal como la plantea el *a quo* presupone la existencia de un complot para perjudicar al procesado porque sino se admite esto, habría que convenir que la conducta del denunciante es perfectamente irracional.

Pero se pregunta; complot para disponer de su cargo de Juez Municipal? Para perjudicar su incipiente carrera? Para deshacerse de un enemigo? Cuáles fueron, en definitiva, las causas y las finalidades de ese complot? El proceso no ofrece respuesta a estos interrogantes. Más aún: todo lo que hay a este respecto son vagas insinuaciones, pruebas sumamente débiles de la existencia de un plan para perjudicar al doctor Moreno Zapata.

Para darle algún asidero a esa presunta situación analiza nuevamente el Tribunal las declaraciones del denunciante que en el auto calificatorio del sumario no habían merecido ninguna duda al juzgador que, no obstante haber observado algunas discrepancias se refirió a ellas diciendo que no alcanzaban a desvirtuar el hecho real de que Moreno tenía el dinero en el bolsillo de su camisa, pero que al volverlas a estudiar se le presentan como contradictorias en forma tal que le quitan todo valor probatorio al dicho del ofendido.

Más aún: la situación presentada en el Café Hípico también sufre la misma suerte, pues declara como había sido considerada en el auto vocatorio a juicio pasa a convertirse en confusa para apoyar en ella la sentencia.

Todo ello para concluir, en primer término, que la única prueba acriminatoria está constituida por el dicho del denunciante y, en segundo lugar, que no merece crédito por lo cual no se puede condenar al procesado.

Esta Sala de la Corte se aparta de las conclusiones del Tribunal vertidas en la sentencia y acata las que consignó en el auto de proceder que son las mismas consignadas por la Procuraduría.

En efecto: partiendo de la base de que no aparece acreditada en los autos, en forma seria y atendible, la existencia de una conjura contra el ex-juez Moreno Z., y que, por lo tanto, los hechos hay que examinarlos tal como aparecen en el proceso, es necesario aceptar que el procesado se entrevistó varias veces con el denunciante no importa si la primera de esas entrevistas fue por iniciativa de éste o de aquél. Que en el curso de ellas Moreno se comprometió a intervenir en favor de su amigo Fajardo. Que con ese propósito fue a la Fiscalía del Juzgado Tercero Superior que engañando al secretario de dicha dependencia, obtuvo copia de la Vista Fiscal, que con este documento acudió a la cita que le había puesto Fajardo y le entregó dicha copia.

En este momento es cuando aparece Moreno con la suma de mil quinientos pesos en el bolsillo de su camisa. Nadie vio que el denunciante los pusiera allí. La afirmación en tal sentido del procesado carece por completo de base probatoria.

Nadie discute la existencia de este hecho. La discrepancia radica en la forma como el dinero llegó allí. Pues mientras el auto de proceder asevera que lo entregó Fajardo a Moreno y lo mismo sostiene la Procuraduría, el Tribunal, en la sentencia, pone la procedencia de esa suma en el plano de la duda y cobija la situación con el calificativo de "confusa". Es decir, ni niega ni afirma que Fajardo la entregara al procesado.

Para la Corte la aseveración del procesado no tiene asidero alguno en los autos. La supuesta conjura en su contra, ya se dijo, carece de los antecedentes necesarios para hacerla siquiera remotamente probable y no es más que un recurso defensivo puesto en juego por aquél como un modo de explicar el hecho incontrovertible de que el dinero fue encontrado en su poder.

En consecuencia la Sala encuentra probados de autos tanto los elementos objetivos o materiales de la concusión como los subjetivos.

Demostrado está que el procesado ocupaba, en la época de los hechos, el cargo de Juez primero Penal Municipal de Tuluá.

También lo está que se aprovechó de su investidura, esto es, abusó del referido cargo para despertar en el ánimo del denunciante por una parte el temor de que el proceso que se seguía contra él tuviera un final contrario a sus intereses y, por la otra, la convicción de que dando dinero al procesado le sería posible evitar tal cosa.

Hubo como se dijo en el auto de proceder y se expresa también por el Ministerio Público, no un constreñimiento es decir una supeditación de la voluntad ajena por medio de violencias o amenazas, sino una inducción, esto es, una persuación por medio de engaños, en este caso, falsas promesas, mención de propósito de lucro, también inventados por el actor, de parte del Juez y del Fiscal de la causa seguida contra Fajardo.

Este aparato de persuación se apoyó en hechos exteriores como la copia de la Vista Fiscal, obtenida también por medio de engaños al secretario de la Fiscalía.

Se configuró en los autos la llamada concusión implícita o por inducción que se perfecciona cuando el sujeto activo, consigue por medio de artificios, que una persona dé o prometa dar, al funcionario o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad (Art. 156 C. P.).

Como se ha dicho en repetidas ocasiones, este es un delito que se perfecciona cuando se produce en el ánimo del sujeto pasivo la determinación a dar o prometer sin que sea necesario que se haga entrega del dinero o de cualquier otro bien valuable económicamente.

Desde luego que, cuando tal entrega se produce, como ocurre en el caso de autos, no queda duda sobre la eficacia de la inducción ya que por medio de ella no sólo se determinó el ánimo del sujeto pasivo hacia la entrega sino que fue aquella de tal naturaleza que se materializó en un acto bien fuera una dávida, bien una prestación de servicios modo también puede producirse el agotamiento de este ilícito.

También está presente en el proceso otro elemento del delito que se deja mencionado, a saber, la ilicitud de la entrega. No estaba obligado legalmente el sujeto pasivo a prometer ni, mucho menos, a entregar al procesado dinero ni ninguna otra utilidad.

Esta ilicitud abarca no solamente el objeto de la promesa sino los medios de que se valió el agente quien engañó a su víctima con la fingida participación del Juez y del Fiscal y le presentó como prueba de su intervención copia de la vista emitida por este último.

No hay duda, finalmente, de que el procesado procedió en forma dolosa, con el dolo propio de este ilícito, es decir, con el conocimiento de la ilicitud de su conducta, así como de la efectividad de los medios puestos en acción y del resultado que esperaba obtener operando en la forma como lo hizo. Se trata, en consecuencia, del llamado dolo genérico consistente en la voluntad libremente dirigida a la consecución de una utilidad sabiendo que ésta es indebida.

De todo ello se desprende que existen en los autos los elementos necesarios para condenar al procesado Israel Moreno por el delito de concusión de que trata el artículo 156 del Código Penal.

La pena imponible debe graduarse en el mínimo, habida cuenta de los buenos antecedentes del procesado y, por lo tanto, su falta de peligrosidad social.

Se le concederá por iguales razones, la condena condicional ya que se cumplen los demás requisitos para el otorgamiento de ese subrogado penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría Segunda Delegada Penal,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia consultada.

SEGUNDO. CONDENAR a ISRAEL MORENO, de las condiciones civiles mencionadas en el auto de proceder, a la pena principal de un año de prisión que pagará en el lugar que designe la Dirección General de Prisiones.

Asimismo se le condena a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

Se le condena, además, al pago de los perjuicios causados con la infracción.

TERCERO. SE OTORGA al procesado Israel Moreno Z., el beneficio de condena condicional. Por consiguiente, se suspende la ejecución de las penas antedichas por un período de prueba de dos (2) años

contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

Para disfrutar de ese beneficio deberá prestar caución de buena conducta por cuantía de mil ($ 1.000.00) pesos y comprometerse a presentarse cada dos meses ante la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal de Buga o la autoridad que este designe.

Para asentar la diligencia de promesa y calificar la fianza, se comisiona a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Interpretación de los artículos 105 y 107 del Código Penal. Interpretación de la prescripción por el auto de proceder. Su interpretación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., abril veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero*

Aprobado: Acta Nº 21

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Buga, contra la sentencia de dieciocho de junio pasado, por medio de la cual se confirmó la de primera instancia que condenó a HORACIO LOAIZA OROZCO, a la pena de ocho (8) años de presidio y accesorias de rigor, por el delito de homicidio en la persona de Gabriel Durán Bedoya.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El juez de primera instancia los sintetiza de la siguiente manera:

"El delito se llevó a cabo el 6 de abril de 1957 en la cantina de Evangelina Triana situada en la calle 4ª Nº 9-56 de la zona de tolerancia de la ciudad. En los hechos perdió la vida el joven Gabriel Durán Bedoya a consecuencia de herida con arma de fuego que le interesó gravemente los pulmones y el corazón provocando la consiguiente anemia aguda que acabó con la vida en breve tiempo, según aparece en el dictamen médico legal que se encuentra en folio 15 y que constituye, con la diligencia de levantamiento del cadáver folio 1, la referida necropsia folio 75 y la copia del registro de defunción folio 20, la estructura formal del cuerpo del delito o aspecto material de la infracción, según los términos del artículo 310 del C. de P. P. El autor del homicidio fue identificado plenamente antes de darse a la fuga, responde al nombre de Horacio Loaiza Orozco de 20 años de edad".

La Inspección Tercera Superior de Cartago, inició la investigación, oyó en declaración a los testigos presenciales del hecho y a otros.

El mismo funcionario decretó la detención preventiva de HORACIO LOAIZA OROZCO, lo declaró reo ausente y remitió el informativo al Juez Primero Superior de Cartago (Valle) por competencia.

Clausurada la etapa investigativa, mediante providencia de fecha julio 30 de 1975, se calificó el mérito del sumario, de conformidad con el artículo 363 numeral 5º del Código Penal.

Recurrida esta decisión, el Tribunal Superior de Buga, en proveído de fecha octubre 24 del mismo año, confirmó integralmente el auto calificatorio. Se prosiguió la etapa del juicio,y se convocó al jurado para el juzgamiento. Profirió veredicto, así: "Sí es responsable de homicidio intencional".

Agotada la causa, se dictó la sentencia objeto de este recurso extraordinario, que fue declarado admisible por auto de fecha 19 de agosto pasado. Dentro del término legal, el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Buga presentó demanda que la Sala declaró ajustada a los requisitos formales de ley el 9 de diciembre último.

LA DEMANDA

Con apoyo en las causales primera y segunda de casación, el censor precisa:

Causal primera: Cargo único: En estos términos lo anuncia el recurrente:

"El Tribunal Superior de Buga violó directamente la ley sustancial porque no dio aplicación al artículo 105 del Código Penal que puntualiza una de las maneras de extinción de la acción penal, derivada del transcurso del tiempo, y porque aplicó, consecuencialmente, en forma indebida el artículo 362 del Código Penal, no siendo el caso de hacerlo.

SUSTENTACION DEL CARGO

El recurrente se expresa así:

"Constituye el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, en el fondo, una especie de reconocimiento expreso del Estado a su negligencia o impotencia para deducir responsabilidad al extremo activo de la infracción penal. Busca evitar al procesado la carga de esa negligencia e incapacidad del Estado para castigar el hecho delictuoso'.

"La prescripción de la acción penal opera para cada especie de delito, en forma separada y autónoma, sin tener en cuenta el género a que pertenece; está referida, tal como reclama el artículo que la desarrolla, a la 'respectiva disposición violada" '.

Transcritos por el recurrente apartes de sentencias de la Corte, concluye:

"Para redondear lo expuesto es necesario señalar que el auto de proceder no puede interrumpir la prescripción de lo ya prescrito".

Causal segunda: Cargo único: Lo anuncia así:

"...invoco también la causal segunda de casación que procede '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" '.

"En el acto de audiencia pública celebrado el 18 de marzo del presente año fue propuesto al jurado de conciencia el siguiente cuestionario: 'Digan los miembros del jurado...'. La respuesta llana, aunque no lo pareció tanto para el juzgado de primer grado ni para el *ad quem*, esta contenida en estas palabras: 'SI ES RESPONSABLE DE HOMICIDIO INTENCIONAL'. Que se sepa, con excepción del homicidio culposo y del preterintencional y tal vez de otros que no puedo asir ahora, todas las especies de homicidio son intencionales: El imperfecto... El jurado al responder que Loaiza Orozco era responsable del homicidio intencional a un cuestionario correctamente formulado, no hizo más que contestar afirmativamente al grado de responsabilidad por el que se le cuestionaba".

En cuanto a este cargo concluye el recurrente:

"De acuerdo con lo anotado al *ad quem* soslayó la aplicación del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto gobierna la consonancia que debe existir entre el veredicto emitido por los jueces populares y la sentencia que lo desarrolla.

La indebida aplicación de esta norma provocó, a su vez, la del 363 del Código Penal ya que Horacio Loaiza Orozco fue llamado a responder en juicio por homicidio agravado y los jueces de conciencia contestaron afirmativamente a este grado de responsabilidad.

RESUMEN DE LA DEMANDA

El Fiscal recurrente, resume así su demanda:

1º El auto de proceder en el negocio a examen interrumpió la prescripción de la acción penal solo de la entidad delictiva o infracción especifica por la cual fue llamado a juicio el procesado Horacio Loaiza Orozco. No podía ni puede interrumpir la prescripción de la acción penal del homicidio simple o de propósito o intencional porque a la fecha de tal providencia la acción estaba extinguida por prescripción.

2º La inadmisión de la calificación del hecho realizada por el jurado como acto jurídico destinado a proyectarse en forma retrospectiva, rompe la unidad del delito y la unidad de responsabilidad po-

niendo al procesado en el terreno de la arbitrariedad. Resulta insólito por ejemplo, que a determinada persona la condenaran después de transcurrir más de veinte años, por un delito culposo, solo porque días antes se le había llamado a responder en juicio por el delito de asesinato con el solo fin de interrumpir la prescripción.

3º La sentencia del Tribunal violó el principio de favorabilidad en lo atinente a la interpretación de la ley naturalmente que para esta Agencia todo es diáfano), al soslayar la aplicación del artículo 45, *in fine*, de la Ley 153 de 1887.

4º El delito, en sus efectos prescriptivos, es tanto ultraactivo como retroactivo, pues, de no ser así, rompería la unidad del delito y la unidad de responsabilidad.

5º Interpreto erróneamente el artículo 107 del Código Penal y aplicó inpertinentemente el 362 *ibídem*. La primera norma debe guardar armonía con el texto del artículo 105 *ibídem* que indica, en forma clara, la manera como produce la prescripción de la acción penal. Este se refiere a la especie del delito, no al género, vale decir, para el presente caso sólo se interrumpió la prescripción respecto del delito de asesinato, especie de homicidio, más no para el homicidio simple o voluntario o intencional o de propósito.

6º Pero, muy especialmente aplicó en forma indebida el artículo 105 del Código Penal y lo interpretó erróneamente, por cuanto el 31 de octubre de 1975, fecha de ejecutoria del auto de proceder, habían transcurrido dieciocho (18) años, seis (6) meses, y veinticinco (25) días desde el momento en que se realizó el hecho delictuoso (6 de abril de 1957), tiempo que supera con creces la pena máxima imponible al homicidio de propósito o intencional o voluntario como lo denomina la doctrina.

7º El *ad quem* violó directamente la ley sustancial al dejar de aplicar el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal que habla de la concordancia que debe existir entre la sentencia y el veredicto emitido por el *juri*, aspecto normativo elevado a la categoría de causal de casación, lo que a su vez ocasionó la violación en el mismo grado, del artículo 363 del Código Penal.

Mediante auto de fecha 2 de noviembre pasado, se dispuso correr traslado de la demanda formulada por el Fiscal Primero del Tribunal de Buga, al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a fin de, si lo consideraba pertinente, procediera a su ampliación de conformidad con el artículo 571 del estatuto procesal.

MINISTERIO PUBLICO

En vista procedente, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, además de no compartir los planteamientos del Fiscal recurrente, se abstiene de ampliar la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero: Para los efectos de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Buga, el mehollo de la cuestión radica en saber si cuando se dictó el auto de proceder que comprometió al procesado en juicio por el delito de homicidio con los caracteres de agravación, la acción del Estado, por homicidio simplemente intencional, se encontraba prescrita. O dicho en otras palabras: si, aquella providencia, podía interrumpir la prescripción por el delito de homicidio -genéricamente- sin atender a sus modalidades específicas.

El jurado le fue sometido el cuestionario que a continuación se transcribe:

"Digan los miembros del jurado si el acusado HORACIO OROZCO LOAIZA (sic), hijo de Nicasio y Evangelina, de 38 años de edad, soltero, agricultor, natural de Samaria (Caldas), analfabeto, es responsable. SI o NO conforme al auto de proceder, de haber ocasionado intencionalmente la muerte a Gabriel Durán Bedoya mediante una herida ocasionada con arma de fuego localizada tres dedos abajo de la tetilla izquierda que lesionó pulmón y corazón, situando a la víctima en condiciones de indefención, hecho que realizó en la mañana del 6 de abril de 1957 en la cantina de propiedad de Evangelina

Triana, situada en la calle 4ª Nº 9-56 de esta ciudad? (Fl. 77)".

El jurado popular lo contestó en la forma que sigue:

"SI ES RESPONSABLE DE HOMICIDIO INTENCIONAL".

Reza el artículo 105 del Código Penal:

"La acción penal prescribirá:

En treinta años para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más.

En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte.

En cinco años para los demás delitos".

Y el artículo 107:

"La prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder.

Interrumpida la prescripción principiará a correr de nuevo desde el día de la interrupción; pero en este caso el término de la prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105".

Comentando las disposiciones anteriores, de tiempo atrás ha dicho la Corte, reiteradamente, que para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal se busca el máximo de la pena señalada por la ley para el delito sub-judice, *pero, según el caso, relacionando este máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenúan la responsabilidad del agente por el hecho criminoso. Lo que prescribe es la acción penal que nace de un hecho concreto o individualizado y no de un delito en su tipo genérico. Es claro que si del resultado de las operaciones aritméticas se obtiene un máximo de pena inferior a cinco años, conforme al apartado final del artículo 105 del Código Penal, la prescripción no puede darse en menos de cinco años.*

Cuando el inciso segundo del artículo 105 del Código Penal dice que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo fijado en la respectiva disposición, contrae sus imperativos a la norma aplicable en cada caso concreto, y como la sanción se fija definitivamente en la sentencia, resulta ineludible concluir que cuando la prescripción se decreta por el juez, oficiosamente, en uno cualquiera de los momentos del proceso, artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, antes de la sentencia, corre a cargo suyo verificar sus presupuestos. Dictada la sentencia de segundo grado, la calificación que en ella se dé al hecho delictuoso, adquiere carácter definitivo, salvo las modificaciones que eventualmente reciba con ocasión del pronunciamiento final, por la Corte, en sede de casación.

El Tribunal sentenciador arguye que como al tenor del artículo 107 del Código Penal la prescripción se interrumpió por el auto de proceder, con su ejecutoria, comenzó a correr un nuevo término, igual al del máximo de la pena prescrita para el delito de homicidio y el fenómeno prescriptivo surtió efectos plenos, sin que para nada incida en el caso que se estudia la calificación de homicidio simplemente intencional que dieron a los hechos los jueces populares, logos en materias jurídicas. Así lo manifestó expresamente para oponerse a las pretensiones del Ministerio Público en la segunda instancia.

Piensa la Corte, contrariamente a lo argumentado por el sentenciador, que si el veredicto del jurado fue compartido por él, sin reservas, la solución del proceso no podía ser la condena por homicidio intencional, a ocho años de presidio, sino la declaratoria de prescripción de la acción penal, dando aplicación al artículo 105 y ordenando cesar el procedimiento, (artículo 163 del Código de Procedimiento Penal).

Es evidente que en los juicios por jurados la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto, cuando no se declara su contradicción ni su contraevidencia. Pero la validez del proceso es presupuesto mínimo de la sentencia. La extinción de la acción penal limita la competencia del juzgador a los efectos de su declaratoria. Y no es discutible que el pronunciamiento del sentenciador, en este caso concreto, excedió su competencia.

El auto de proceder fue dictado para comprometer en juicio al procesado como autor de homicidio, con caracteres de agravación, después que habían corrido 18 años y más desde la fecha de su comisión.

En la sentencia recurrida en casación se le condenó a ocho años de presidio como responsable de homicidio simplemente intencional.

La máxima pena que podía imponérsele por este concepto era la de catorce años de presidio. Vencidos, sin que se le hubiere llamado a juicio, la acción penal estaba extinguida, para los efectos de una calificación de homicidio intencional. (Art. 105 del Código Penal, inciso segundo).

La ejecutoria del auto de proceder fija el límite dentro del que debe moverse la acusación en el plenario. Pero sus prescripciones no obligan al jurado de conciencia ni son imperativas para el juez que acoge el veredicto.

Los actos del proceso, sin excepción, se concatenan y confluyen a su resolución por absolución o condena, salvo los casos en que el proceso cesa, antes de la sentencia, por Ministerio de ley.

La sentencia ejecutoriada contiene la calificación definitiva.

En los juicios por jurados califica la responsabilidad del sindicado el Tribunal Popular. Si el Juez o Tribunal, aceptan su veredicto, dictan sentencia de acuerlo con él. Ratifican por este modo que la calificación específica contenida en la sentencia es la que correspondía a los hechos desde el comienzo, y se presume que en sus términos refleja con exactitud el hecho incriminado y la responsabilidad del agente, como síntesis y culminación del juzgamiento de instancia.

Amparada por esta presunción de veracidad, ha llegado a casación la sentencia recurrida pronunciada por el Tribunal Superior de Buga contra Horacio Loaiza Orozco.

El Ministerio Público solicita que se case por haber sido dictada con violación directa, por falta de aplicación, del artículo 105 del Código Penal en concordancia con el 163 del Código de Procedimiento Penal, y por aplicación indebida del artículo 362 del estatuto respectivo. Se dictó, de veras, ya enervada la acción penal, pues el auto de proceder data de fecha en que el tiempo para su prescripción estaba cumplido y rebasado en más de cuatro años. Y por obvias razones, carecía de mérito para interrumpirla. dentro de la precisa modalidad de homicidio intencional.

En estas condiciones, sus efectos, son definitivos y valederos para la totalidad del proceso, que no ha de fraccionarse para sostener como hace el Tribunal de Buga, que las prescripciones del auto de proceder corresponden al homicidio agravado, y que, por ello, interrumpió la prescripción desde la fecha de su ejecutoria, sin restricciones distintas de las que pudieron desprenderse de la absolución del procesado.

Las conclusiones de la sentencia, modificatorias del auto de proceder, informan la plenitud del proceso, y valen igualmente respecto de la competencia que el juzgador tenía, inequívocamente, para dictar dentro de él los autos pertinentes.

La pluralidad de actos que unifican el proceso culminan con la sentencia. Si sus motivaciones contienen circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente, que la atenúan dentro del mismo género delictivo, de forma que determinen una modalidad distinta, sus conclusiones serán condenatorias solamente después de confrontar si para el tiempo en que dictó el auto de proceder (habida su cuenta del fenómeno prescriptivo, artículo 105 del Código Penal), hubiera sido posible al juez de conocimiento comprometer en juicio al sindicado con la calificación final que a los hechos correspondería en la sentencia. Caso contrario, la decisión judicial deberá concluir con la declaratoria de prescripción y la consecuente cesación del procedimiento. Pues lo que prescribe en cada caso concreto -se repite- es la acción del Estado para perseguir un hecho delictuoso, en la modalidad específica determinada en la providencia que pone fin al proceso. Las prescripciones de la sentencia definitiva revierten sobre la totalidad de los actos que conforman el plenario y que en ella se

armonizan para encontrar cabal expresión y entendimiento. Así lo exige la unidad del proceso y de la responsabilidad singularizada que por el delito, en su modalidad precisa, corresponde al autor.

Dicho en otras palabras. Cuando el Juez Primero Superior de Cartago comprometió en juicio criminal a Horacio Loaiza Orozco, la acción penal por el delito de homicidio simplemente intencional estaba prescrita. Y con esta calificación no podía comprometerlo en juicio sin incurrir en violación directa del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 105 del estatuto represivo.

El juzgador exhibía competencia exclusivamente para dictar el auto de proceder en la forma que lo hizo, es decir, por homicidio agravado. Sino que el jurado negó las circunstancias de agravación y restringió la responsabilidad del procesado a la que pudiera caberle por homicidio voluntario. Si el juez del conocimiento y el Tribunal Sentenciador acogieron su veredicto y pronunciaron sentencia en concordancia con él, es absolutamente cierto que su decisión de condena excedió sus competencias pues tenían aptitud sustancialmente y en forma privativa para declarar prescrita la acción y cesar el procedimiento.

De todo lo cual fluye por modo ostensible y manifiesto que el auto de proceder proferido en contra del sindicado podía interrumpir no más que la acción penal por el delito de homicidio en su modalidad de asesinato. Negada por el jurado, resulta necio decir que en el caso concreto que se examina la prescripción por el delito de homicidio intencional había tocado y sobrepasado límite cuatro años y cinco meses antes que el Juez Superior de Cartago emitiera el auto calificatorio. Si para entonces el fenómeno prescriptivo, por homicidio voluntario era hecho cumplido, la sentencia que condenó a Horacio Loaiza Orozco, con esa calificación, violó asimismo el principio universal de derecho según el cual en materia criminal cuenta el fenómeno de la retro-actividad siempre en favor del acusado, y desconoce el principio de legalidad del delito, pues vale lo mismo condenar a una persona sin ley preexistente, que hacerlo cuando la acción penal se ha extinguido en su caso.

Resumiendo: El Juez Primero Superior de Cartago, cuando dictó el auto de proceder y calificó los hechos como homicidio agravado, tenía competencia para hacerlo, y sustancialmente para declarar prescrita la acción penal y ordenar cesar el procedimiento lo que se hizo a todas luces evidente una vez que el sentenciador de 2º grado confirmó en la suya la sentencia por medio de la cual el juez del conocimiento acogió el veredicto y profirió sentencia en igualdad con el jurado. Si por inadvertencia pronunció fallo condenatorio, su decisión es violatoria de las normas sustanciales señaladas por el censor, en la forma y con los alcances indicados en el cargo subexamine, *que está llamado a prosperar. El auto de proceder no podía impedir la prescripción de la acción penal que en la fecha de su expedición se encontraba extinguida, como resulta lógico concluir atendida la calificación contenida en la sentencia.*

Como el cargo primero prospera con amplitud suficiente y satisface las pretenciones del recurrente, la Sala no estudia el cargo segundo. . . . . .

DECISION

Por las razones anteriores. 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 y DECLARA prescrita la acción penal en el proceso adelantado por el Juzgado Primero Superior de Cartago contra Horacio Loaiza Orozco con sindicación de homicidio en la persona de Gabriel Durán Bedoya.

En consecuencia ordena cesar el procedimiento y dispone su libertad incondicional.

Por la secretaría, se librarán los despachos pertinentes.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CONCUSION

Elementos básicos al tenor del artículo 156 del Código Penal

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo dos de mil novecientos sententa y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 22 de abril 27/77.

V I S T O S

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en sentencia que consulta y fechada el 16 de diciembre de 1976, condenó a GUSTAVO ORDOÑEZ VASQUEZ (Juez Superior de Aduanas) y DAVID ANTONIO BONILLA SUAREZ (Juez del Distrito Penal Aduanero) a un año de prisión, cada uno, por el delito de concusión. Al primero se le concedió el subrogado de la condena condicional, beneficio negado al segundo.

Se surte la consulta.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, estima procedente el fallo y no cuestiona ninguna de sus apreciaciones y consecuencias. El concepto presenta un acertado resumen de las apreciaciones emitidas en anteriores ocasiones (apelación del auto de detención y de proceder), destacando los elementos de prueba que constituyen suficiente apoyo a una condena como la proferida.

Como esta Sala ha tenido igual oportunidad de analizar el contenido de esta investigación y señalar no pocas interpretaciones, con las cuales se confrontaron las alegaciones de la defensa, se ve obligada a volver sobre tales consideraciones y a reproducirlas, máxime cuando el término probatorio de la causa, las intervenciones de la audiencia y el escrito que ahora presenta el doctor Hugo Briceño Jáuregui, no expresan circunstancias que impliquen una variación de criterio sobre los diversos puntos que plantea este proceso.

De los hechos se anota:

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 Cúcuta el 17 de enero de 1975, conduciendo cuatro camiones Mercedes Benz, en los cuales transportaban mil cincuenta y nueve (1059) 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 Sanmiguel y les solicitó 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 pun-

to 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 ($ 65.000.00) pesos que debía entregarse por conducto del abogado Oscar Reyes Monsalve, sujeto de confianza de los aludidos funcionarios. Mientras se discutía y convenía acudió al Procurador del Distrito, doctor Holger Enrique Vanegas, 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 Oscar Monsalve. acudiera al sitio convenido para la entrega del dinero. Agentes del DAS, debidamente apostados, sorprendieron a Osorio y Monsalve 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 Oscar 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 a un eficaz aviso sobre el fracaso de la ilícita operación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No hay duda alguna en tener el dicho 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.

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 especial que desencaje o denote un ánimo perverso de adulterar la verdad con fines personales. En 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 puede 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 Suárez? No dificultaba o impedía la consecusión 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 vehículos. Este abogado demostró plausible y constante actividad (indagatorias, memoriales, etc., Fls. 43, 71, 99 C. 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 huiera sido conseguir "el paz y salvo" de Sánchez Chacón, el mismo que no procuró porque el interés de fondo de Osorio Bonilla era mantenerle y solo acceder aparentemente a la pretensión de los enjuiciados.

5. BONILLA SUAREZ en su indagatoria Fl. 56 C. 1 termina por reconocer, aunque introduciendo variantes exculpantivas que resultan forzadas e inatendibles, su interés porque alguien distinto a Suárez Chacón actuara. Nótese cómo a instancias suyas aparece el doctor Oscar Monsalve Mora y bajo el supuesto afán de lograr sus servicios profesionales, se les contacta, a Monsalve y Osorio, en el despacho del juez Bonilla y se presiona para que éste adquiera el poder de Monsalve 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 aún 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 Monsalve Mora y la forma como lo hizo constituye un vertebrado 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, Oscar 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, conforma a la comodaticia 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 indagatoria de BONILLA Fl. 63 y 64; y Monsalve Fl. 40 y vto.). Cómo pretender que la recepción del dinero se hizo a título de servicios profesionales? Abundan las circunstancias para descartar tan inverosí-

mil idea, que a las claras revela su condición de pretexto. En efecto, a compromiso tan cuantioso no se llega por acuerdo directo (Monsalve-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 que 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 pago 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 Monsalve 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, protegiéndose de algo que necesariamente revelaba no la realización de acto lícito sino la ejecución de punible designio (ver testimonio de Monroy Arenas. Fl. 103).

Estos inquietantes aspectos, que tenían sobresaliente valor indiciario, se esclarecieron con la final explicación de Oscar Monsalve Mora, en la audiencia realizada en su causa. El *a quo* ha destacado esta circunstancia y fijado el gran mérito que representa la cuestión como elemento incriminatorio. Valga transcribir el reconocimiento que este intermediario hiciera de su conducta, manifestación que de por sí revela todo el fondo del asunto y permite afianzar la responsabilidad deducida a ORDOÑEZ y a BONILLA.

"Como lo expresé anteriormente es mi deseo manifestar a fin de que sea tenido en cuenta en el momento de pronunciamiento de fondo los siguientes hechos los cuales si bien es cierto no había expresado con anterioridad habían sido precisamente por considerar que al hacerlo me encontrarían incurso y confeso en el delito de encubrimiento. Ahora ya conocedor del pronunciamiento del Juzgado en el auto calificatorio del mérito del sumario expreso con relación a los hechos investigados que en efecto mi vinculación fue motivada por la solicitud que de mi servicio personal me hubiera hecho el doctor Bonilla quien para la época desempeñaba el cargo de Juez del Distrito Aduanero, en el sentido de que por haber realizado él un negocio con una persona determinada debía recibir la suma de $ 65.000.00. Como quiera que en el desempeño de mi profesión más que todo esta era ejercida en el ramo aduanero y sin entrar en más detalles consideré poco prudente investigar al doctor Bonilla sobre la naturaleza del negocio de que me hablaba, me pareció simplemente sencillo prestarle el favor de ir y recibir la suma que él había acordado con esa persona a quien yo desconocía. Fue así como el doctor Bonilla el día anterior a los hechos que originaron mi captura me presentó a un señor de apellido Bonilla quien debía ser el encargado de entregarme la suma acordada por él. Quiero anotar que está claramente establecido el desconocimiento que tenía de la transcacción efectuada por ellos y repito que me pareció imprudente entrar a preguntar al doctor Bonilla la naturaleza o motivo de la transacción. Demostrado está la carencia del conocimiento que tenía del producto de la negociación, cuando inclusive en el momento de ir a recibir la suma en mención invite a mi padre y al doctor Alvaro Hernández Bermúdez a fin de que me acompañaran al acto de entrega, demostrando así la falta de prevención que se pudiera haber originado en otras circunstancias. Deso (sic) recalcar el hecho que acabo de mencionar, se originó o fue motivado por considerar que al hacerlo quedaba incurso y confeso en el delito de encubrimiento y repito igualmente que en este momento procesal por ya conocer el pronunciamiento del Juzgado hago la anterior aseveración. Es todo lo que tengo que decir".

7. Osorio Bonilla deduce que Oscar 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), 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 incriminado. Y basta este revelador aspecto: el maletín en el cual llevaba el dinero Monsalve Mora 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, Monsalve no se procuró, desde la víspera, una bolsa de manila, portafolios o elemento similar? Por qué no se previno para esto 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 judial (y por qué estaba abierto el mismo), cuando precisamente tenía la cita con Osorio? Aquí se revela el contacto de ORDOÑEZ VASQUEZ con Monsalve. Este juez se mostró cauto 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 Filippis (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 Filippis 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 ilícita maniobra.

9. Cuando Osorio Bonilla advierte la actividad de los jueces acusados y precisa la 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 requisitos tan 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 conserban 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 reflexiones sobre el delito cometido.

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 permitió 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. Basta 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 persuación 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 disponía 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 enjuciados toda duda sobre la posibilidad económica que tenían entre sí. Por eso de manera injusta 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 procurarle 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 recibieron 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.

ASPECTOS FINALES DE LA DEFENSA

El doctor Hugo Briceño Jáuregui recibió poder del doctor GUSTAVO ORDOÑEZ VASQUEZ para asumir su defensa en esta segunda instancia. Este profesional ha dirigido una última alegación que recoge los planteamientos formulados por quienes le antecedieron en el cargo, pero no replica valiéndose de las probanzas, las consideraciones que esta Sala concretó en el auto de confirmación del auto de proceder. Limita su labor a constituir una narración de hechos de acuerdo a su personal concepto y toca en ella tangencialmente la prueba adversa a su patrocinado: pero, se repite, acude más a la simple enunciación de una creencia o un modo de concebir la conducta del doctor ORDOÑEZ VASQUEZ, que a la concreta desvirtuación de esos invocados elementos de convicción.

En la parte central de su escrito insiste en que el "eje principal y único soporte" de la incriminación "se reduce al testimonio deficiente y contradictorio del traficante y contrabandista Luis Eduardo Osorio Bonilla". Mas pasa por alto refutar las explicaciones suministradas por la Sala para destacar como tales mundanzas

son más aparentes que reales y como es posible encontrar en sus varias manifestaciones una línea severa de incriminación. De otro lado, descuida analizar y contradecir los aspectos complementarios que sacan avante esa testificación, lo cual a la postre constituye la garantía de su versión y logra superar el factor negativo que ofrecen sus dudosas condiciones personales .Si no existieran esos complementos circunstanciales, estaría bien desacreditar su atestación por la oscura personalidad que afecta al deponente, pero existiendo aquéllos no puede pararse miente en este último aspecto porque, además, bien se sabe que esta clase de sucesos y propuestas suelen ocurrir con sujetos de esta criticable índole. Por último, el restarle mérito a la confesión de Oscar Monsalve Mora por no comprometer en la misma a ORDOÑEZ VASQUEZ, el memorialista olvida otros aspectos de relación que ya implican su responsabilidad. En otras palabras, que de reconocerse una actividad lícita o inocente en el señor Monsalve Mora, el compromiso para los sentenciados decrece; pero si acontece lo contrario, aquél tiene que ganar tascendencia. De otro lado, obsérvese bien el aparte séptimo de las consideraciones de la Sala y se advertirá que Monsalve sí estuvo en contacto con ORDOÑEZ VASQUEZ momentos antes de salir a entrevistarse con Osorio Bonilla.

CONCLUSIONES

Está debidamente demostrada la calidad de jueces de los sentenciados, para la época de los hechos, como puede advertirse por las informaciones de folio 26 a 29 y 148 a 151.

La prueba exigida por el artículo 215 del C. de P. P., para pronunciar sentencia condenatoria, se reúne a cabalidad.

La Sala estima procedente la dosificación de pena privativa de la libertad dispuesta para GUSTAVO ORDOÑEZ VASQUEZ pero se nota la ausencia de las siguientes accesorias: publicación especial de la sentencia, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término y suspensión de la patria potestad por el término de la condena. No hay reparo al otorgamiento de la condena condicional subrogado que comprende, en su efecto de suspensión, igualmente las penas accesorias señaladas.

En cuanto al otro sentenciado, el señor DAVID ANTONIO BONILLA SUAREZ, el mínimo de la pena impuesto (Art. 156 C. P.) no corresponde a la personalidad que revelara en la ejecución de su delito, pues fue él el principal promotor del mismo y quien ha esquivado en todo momento la acción de la justicia. Esto lleva intensificar la sanción adecuadamente. De ahí que se le condene a dos (2) años de prisión y además se le imponga interdicción del ejercicio de derecho y funciones públicas por un término de cuatro años publicación, especial de la sentencia y suspensión de la patria potestad por tiempo igual al de la interdicción. No hay lugar, como bien lo dijo el *a quo*, a beneficiarle con la condena condicional.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA, —SALA DE CASACION PENAL—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo consultado con las siguientes REFORMAS:

1. Se condena a GUSTAVO ORDOÑEZ VASQUEZ a un (1) año de prisión y además a las siguientes penas accesorias: publicación especial de la sentencia, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la condena principal y suspensión de la patria potestad por este mismo término. El subrogado de la condena condicional que se le otorga, suspende la aplicación igualmente de las penas accesorias indicadas; y,

2. Se condena a DAVID ANTONIO BONILLA SUAREZ a dos (2) años de prisión y además a las siguientes accesorias: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de

cuatro años; a la suspensión de la patria potestad, por igual término; y a la publicación especial de la sentencia. No hay lugar a la condena condicional.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CAUSAL PRIMERA DE CASACION

La casación obedece a una técnica precisa y debidamente delimitada, que permita a la Corte adelantar el estudio del juicio sin dudas ni vacilaciones acerca de los cargos formulados

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo dos de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 22, abril 27/77.

V I S T O S

Cumplida la tramitación legal correspondiente procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados GONZALO y REYNALDO VESGA GOMEZ contra la sentencia de 12 de marzo de 1976 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad condenó a Reynaldo Vesga a la pena principal de siete años, ocho meses de presidio y a Gonzalo Vesga a la de siete años, diez meses, también de presidio, a más de las accesorias de rigor, por los delitos de "robo, lesiones personales e infracción a la Ley 21 de 1973".

HECHOS

En la sentencia impugnada y, tomados del auto por medio del cual se confirmó el de proceder, acertadamente se presentan así:

"El día lunes veintiuno de enero de mil novecientos setenta y cuatro en las primeras horas de la mañana, salió el señor Helí Ballesteros Badillo, comerciante de Villanueva en donde tiene una tienda almacén ubicado en dirección a esta ciudad de San Gil, conduciendo un camión de su propiedad, y con el objeto de consignar en una entidad bancaria, los dineros recogidos en el mercado del domingo anterior en su establecimiento comercial. En el perímetro urbano de Villanueva y durante el recorrido hacia esta ciudad, el vehículo del señor Ballesteros recogió varios pasajeros, y cuando el camión entraba a una curva de la región denominada "El Guayabal" correspondiente a la vereda "El Choro", del municipio de Villanueva fue interceptado y abaleado por tres sujetos enmascarados, quienes salieron de una profunda alcantarilla en la margen izquierda de la carretera y mediante amenazas de muerte obligaron al conductor del vehículo a detener la marcha de la máquina, quedando semi-atravezada en la vía. Los enmascarados ordenaron al conductor del camión y a los pasajeros, que decendieran del vehículo, sin oponer resistencia, y procedieron a despojar al señor Ballesteros y a los pasajeros, de todos los dineros y objetos que llevaban consigo, habiendo propinado a Marco Aurelio Bueno, algunos golpes de culata con las armas de fuego, que llevaban, cuando este ciudadano pretendió oponerse a la acción delictuosa de los delincuentes, causándole heridas que le ocasionaron seis días de incapacidad.

"Más o menos a la misma hora en que el señor Helí Ballesteros salía en su camión de Villanueva en dirección a esta ciudad, la buseta conducida por el señor

Antonio Díaz salía de San Gil, hacia Villanueva, con algunos pasajeros, entre los cuales se encontraba el señor Efraín Enrique Zambrano, Juez Promiscuo Municipal en esa época, de dicha localidad. Al llegar la buseta al sitio 'El Guayabal', sus pasajeros se dieron cuenta del asalto al camión, a tiempo que tres individuos armados cruzaban una cerca de alambre perdiéndose después en sus inmediaciones".

ACTUACION PROCESAL

El mismo día en que ocurrieron los hechos el Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva en atención a las denuncias formuladas por Benito Jaimes Jiménez (Fl. 1) y Helí Ballesteros Badillo (Fls. 1 vto. y sgt.), dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (Fl. 3). Practicó algunas pruebas y luego continuó la investigación al Juez Noveno de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de San Gil, quien fue comisionado para tal efecto (Fl. 25). Dentro del diligenciamiento se oyó en indagatoria a Gilberto Jiménez (Fls. 31 ss.), Reynaldo Vesga (Fls. 35 ss.), Vidal Vesga (Fl. 39 sgt.) y Gonzalo Vesga (Fls. 53 ss.). Por auto de diez de febrero de 1974 el Juez de Instrucción Criminal decretó la detención preventiva de Gonzalo y Reynaldo Vesga Gómez y la libertad de Gilberto Jiménez Sánchez y Vidal Vesga Gómez, quedando estos últimos obligados a presentarse a la autoridad dos veces por semana (Fls. 125 ss.). El 17 de junio siguiente se clausuró la etapa investigativa (Fl. 278) y el 26 de julio el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Gil llamó a responder en juicio criminal a Gonzalo y Reynaldo Vesga Gómez como autores responsables de los delitos de robo y lesiones personales y sobreseyó definitivamente en favor de Gilberto Jiménez, Vidal Vesga Gómez y Jorge Sarmiento (a. 'Jorge Negro') por los cargos que les aparecieron en la investigación (Fls. 280 ss.), siendo de advertir que a este último se le vinculó al proceso al recibírsele indagatoria el 11 de febrero de 1974 (Fls. 151 ss.). Apelada la providencia, fue rebocada por el Superior (Cuaderno Nº 2, Fls. 17 ss.).En nueva determinación de fecha 26 de diciembre de 1974, el Juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio criminal a los hermanos Gonzalo y Reynaldo Vesga Gómez como autores "de los delitos de ROBO, LESIONES PERSONALES e INFRACCION A LA LEY 21 DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES" y sobreseyó definitivamente en favor de Gilberto Jiménez, Vidal Vesga y Jorge Sarmiento por los cargos que les fueron formulados (id. Fls. 35 ss.). Por apelación subieron de nuevo las diligencias al Tribunal respectivo el cual, por auto de 30 de abril del año siguiente confirmó el de primera instancia, con la modificación referente a la norma concreta que debe tenerse en cuenta relativa al delito contra la propiedad (Fls. 119 ss.). Abierto el juicio a pruebas (Fl. 146), no se hizo uso del término a ello correspondiente (Fl. 150 vto.). Con sometimiento a las disposiciones legales, se celebró la audiencia pública (Fls. 150 vto. ss.) y luego se produjeron las sentencias de primera y segunda instancia a las cuales se ha hecho referencia en los Vistos de ésta y se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

LA DEMANDA

El apoderado de los sentenciados luego de hacer un resumen de los hechos que sigue las líneas generales de los presentados en la providencia impugnada y de formular algunas consideraciones en torno a la investigación, al amparo de la causal primera de casación que consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal hace un solo cargo contra la sentencia, enunciándolo en los siguientes términos: "Aduzco como causal para pedir la infirmación del fallo objeto del presente recurso, la *primera* del artículo 580 del C. de P. P.. en relación directa con el apartado segundo de este mismo precepto.

"Alego violación por aplicación indebida de las normas sustanciales contenidas en los artículos 33 -concurso real de delitos-, 404 -robo agravado- y 372, inciso 1º -lesiones personales leves- del C. P. y del

artículo 2º de la Ley 21 de 1973, disparos de arma de fuego contra vehículo ocupado por personas.

"Hay también infracción directa del artículo 11 del C. P., que trata de la responsabilidad por violación de la ley penal.

"Sostengo que la violación de esas normas sustanciales proviene de apreciación errónea de la única prueba testimonial de cargo aportada al proceso y de algunos hechos tenidos como indicios sin serlo, todo lo cual indujo a violación directa de los artículos 215 -norma sustancial-, 216, 217, 229, 230, 234, 235 y 236 del C. de P. P.

"Demostraré que los juzgadores de instancia al darles a las pruebas un valor que no tienen incurrieron en error de hecho que aparece manifiesto en los autos, asimismo, error de derecho manifiesto.

b. *La causal se expone así:* Se violaron las normas citadas del C. P. al deducirles responsabilidad a mis defendidos por un concurso real de delitos, (artículo 33), los de robo (artículo 404), lesiones personales (artículo 372) y disparos a un vehículo ocupado por personas (artículo 2º Ley 21 de 1973), hechos criminosos de cuya autoría por parte de los hermanos Gonzalo y Reinaldo Vesga Gómez no hay prueba válida en el proceso, menos *la plena o completa* que para condenar exige el artículo 215 del C. de P. P., lo que produjo a su vez violación directa de esta norma y también de la que en el C. P. establece que solo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable (artículo 11).

"Violaciones —las anteriores— de leyes sustanciales que se produjeron como consecuencia de la apreciación errónea de la única prueba de cargo aportada al proceso (el testimonio del Juez de Villanueva) y de algunos hechos a los que la sentencia recurrida concedió un valor indiciario de que carecen, violando además las citadas normas reguladoras de esos medios de prueba (artículos 216, 217, 229, 230, 234, 235 y 236 del C. de P. P.)".

Para sustentarle expone: Sobre el testimonio de Enrique Sambrano Ochoa, Juez Promiscuo Municipal de Villanueva, se levantan los fallos condenatorios. Advirtiendo que no trata de oponer su criterio al del Juzgador de instancia, se detiene a criticar adversamente la declaración de Zambrano Ochoa para afirmar que el juzgador le dio "un mérito del que carece por completo, le asignó un grado de credibilidad de que se halla enteramente desprovisto, incurriendo en error de derecho y de hecho manifiesto", lo cual surge de que no se hizo en la sentencia recurrida el examen de una serie de circunstancias, necesario para tener una visión total de proceso que permita el pronunciamiento de un fallo justo. Sobre este particular critica el testimonio de Zambrano porque, de acuerdo con una constancia dejada primero, de la cual se desprende que no pudo reconocer a ninguno de los asaltantes, viene afirmar posteriormente, en su declaración, que sí pudo reconocer a dos; le critica la manera como recibió la declaración de una de las víctimas, Helí Ballesteros, porque le faltó perspicacia investigativa; el que en el auto cabeza de proceder hubiera ordenado la captura de algunos ciudadanos, de tal manera que la investigación la empezó condenando. Luego hace algunas consideraciones acerca del ambiente de Villanueva. Reconoce la honorabilidad de Zambrano, pero nuevamente le critica su testimonio y dice que él influyó de manera definitiva en la investigación y en la sindicación concreta de los sentenciados. Repite que el testimonio del juez Zambrano no resiste la más ligera crítica, por lo cual "no sirve para apoyar una persuación racional de responsabilidad" y pide a la Corte que repare la injusticia. Luego se detiene a combatir lo que denomina "supuestos indicios", partiendo de la base de que a sus defendidos "se les vinculó al proceso presumiendo su responsabilidad" con lo cual "el universal principio de derecho todavía no derogado -aquí se aplicó al revés"-. Sobre los indicios, manifiesta:

"Pasado tormentoso de Gonzalo Vesga Gómez": acepta que lo tiene porque "purgó pena por homicidio cometido en exceso de legítima defensa, y aparece sindicado de otro por el cual se encontraba huyendo". Pero éste no es indicio de responsabilidad en el presente caso, sino agravante de la pena del delito, si se comprueba su respon-

sabilidad. El consistente en que Gonzalo trató de huir cuando iba a ser capturado por este ilícito, tampoco lo es de responsabilidad, pues ese intento se explica porque era prófugo buscado por la justicia por la comisión de otro. El consistente en falla de la coartada lo considera manifestando que en aquel ambiente, algunos creen que "todos los sindicados acuden a mentirosos testimonios para probar sus coartadas". Luego para los hermanos Vesga la coartada vendría a perjudicarlos en caso de establecerse, lo mismo que si no se probara. Se detiene a considerar las prendas de vestir que llevaban los acusados el día de los hechos que se dicen son las mismas que usaban al ser capturados y "las huellas de unos zapatos con estrías que algunos testigos advirtieron en el lugar donde se ocultaron los delincuentes para asaltar el vehículo, y la circunstancia de que los zapatos que calzaba Gonzalo Vesga al ser aprehendido tenían estrías", para comentar que hay divergencia sobre "el estado, clase y color de la indumentaria que llevaban los asaltantes" y que no se hizo ningún cotejo entre los zapatos de Gonzalo y la huella advertida, se pregunta si es verosímil que no se hubieran cambiado de vestidos y que sólo el juez zambrano hubiera hablado del supuesto parecido de las vestiduras. Los hechos constitutivos de los indicios no están plenamente probados, por lo cual el apreciarlos como de responsabilidad, "fue un error manifiesto y violación directa del artículo 235 del C. de P. P.". De todo lo expuesto concluye que se impone la sentencia absolutoria que solicita para sus defendidos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el emitido por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de hacer la presentación de los hechos, un resumen del desarrollo procesal y de la demanda de casación, la cual encuentra defectuosa ante la técnica propia de esta clase de recursos con fundamento en reiteradas jurisprudencias de esta Corporación, finaliza solicitando que se deseche la impugnación en estudio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primer lugar ha de tenerse en cuenta, a pesar de la prudente observación del censor que, en el fondo, su libelo, más que todo se ocupa en presentar sus propios puntos de vista y opiniones en torno al, para en su concepto única prueba de cargo: el testimonio del juez Zambrano. Su pieza, en realidad viene a constituir un análisis probatorio de instancia, con el cual viene a contraponer su propio criterio al expuesto por el fallador y no solamente en cuanto a tal prueba testimonial se refiere, sino también en cuanto al estudio de la prueba indiciaria. Y la Corte en varias oportunidades ha observado cómo tal método crítico que solamente contrapone criterios subjetivos de apreciación enfrentados, no es suficiente para lograr la prosperidad de un recurso.

De otra parte, como lo anota el colaborador fiscal con fundamento en reiterada doctrina de esta Sala, una de las cuales transcribe a espacio, la casación obedece a una técnica precisa y debidamente delimitada, que permite a la Corte adelantar el estudio del juicio sin dudas ni vacilaciones acerca de los cargos formulados.

Como lo recuerda el colaborador la Corte ha sostenido: "La violación indirecta de la ley sustancial se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea 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 C. de P. P. 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 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, 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 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 H. 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 interpreta erróneamente, más 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 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' ".

Del planteamiento de la causal de casación invocada, de su estructuración y desarrollo, al igual que de la manera de razonarla, según se ha dejado sintetizado al hacer su presentación, se llega a la nítida conclusión de que el censor no tuvo

en cuenta las directrices que rigen el recurso cuando de este motivo de impugnación se trata, por lo cual le está vedado a la Corporación, como lo anota el Procurador, tomar "una decisión a fondo en razón de no saberse a ciencia cierta cuál es el pensamiento de la censura o, dicho en otras palabras, no poderse identificar cuál de las dos violaciones a la ley penal sustancial se produjo con el fallo recurrido, si la directa o la indirecta, sin poder oficiosamente en casación llenarse los vacios que el acusador deja en sus planteamientos, en razón a que en el campo de la causal que se analiza la H. Corte Sólo puede estudiar y pronunciarse sobre el tema preciso y claro que se le plantea en la demanda".

Lo dicho es suficiente para que se dé aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, puesto que no se encuentra justificada la causal de casación que ha sido invocada.

Por lo expuesto la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, oído el concepto del colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 12 de marzo de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, devuélvase las diligencias a la oficina de origen. Cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

VIOLACION DIRECTA, VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

a) Infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea
b) Error de hecho y error de derecho

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo dos de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero*

Aprobado: Acta Nº 22

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el defensor del procesado MARIO ARIAS ARENAS, contra la sentencia de 8 de julio último, dictada por el Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual revocó la de primera instancia y en su lugar condenó al procesado a 26 meses de presidio, como responsable de los delitos de falsedad y estafa, en perjuicio de la señora Socorro Campuzano.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal lo sintetiza así:

"En el mes de septiembre de 1974, Socorro Campuzano formuló denuncia contra Mario Arias Arenas, con quien había hecho vida conyugal por varios años, por cuanto habiéndole expedido éste cheques por la suma de cincuenta y siete mil pesos ($ 57.000.00) en seguridad de préstamos hechos por ella, los cuales se abstuvo de cobrar por insinuación o exigencia de aquél y dadas las relaciones existentes, los envió a Rodrigo Londoño -persona de su confianza- para que en atención o sugerencia de Arias Arenas, los presentara a éste y obteniendo su pago, se lo entregara; con el resultado de que hecha la mencionada presentación por el recomendado indicado, Arias Arenas retuvo los cheques y se limitó a dar o expedir una constancia de recibo de fecha 14 de septiembre de 1974 y otra constancia del día anterior, conforme a lo cual reconocía deber al menor Mario Arias Campuzano, nacido de la unión de hecho mencionada, la expresada suma y se comprometía a depositar los intereses correspondientes a esta entidad bancaria a favor del menor; informada de este hecho, Socorro Campuzano procedió a formular la denuncia por considerar defraudados sus intereses".

Mediante auto de septiembre 18 de 1974, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Pereira, abrió la correspondiente investigación penal. Por comisión del Juez Primero Superior del lugar, el Juez Séptimo de Instrucción Criminal, recibió indagatoria al sindicado Mario Arias Arenas, y, mediante auto de fecha 20 de octubre de 1975, el Juez Primero Superior decretó la detención del sindicado por el delito de falsedad en documentos, cometido en perjuicio de Socorro Campuzano.

El apoderado de Arias Arenas, solicitó al juzgado de instancia la revocatoria del auto de detención, pedimento que le fue denegado el 30 de octubre del mismo año. En curso la investigación al Juez Pimero Superior de Pereira, declaró cerrada la investigación el 4 de diciembre de 1975, y residenció al sindicado en juicio criminal ordinario por el delito de Falsedad en documentos el 29 de diciembre del mismo año. Recurrida la decisión judicial, previo concepto favorable del Ministerio

Público, el Tribunal Superior de Pereira confirmó el auto encausatorio el 19 de febrero de 1976, adicionándolo en el sentido de llamarlo a juicio por el delito de estafa en concurso con el de falsedad.

Practicada las pruebas solicitadas por la defensa en la causa, el 19 de abril de 1976 se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública, y con fecha 24 del mismo mes y año, el Juzgado Primero Superior absolvió al procesado de todos los cargos y le otorgó el beneficio de libertad provisional. Recurrida la sentencia por el fiscal del Juzgado, llegó al Tribunal Superior de Pereira y el Ministerio Público solicitó revocatoria de la absolución y que se condenara al sindicado por falsedad y estafa, como había sido llamado a juicio.

El 8 de julio de 1976, el Tribunal de Pereira condenó a Mario Arias Arenas a la pena de 26 meses de presidio, como responsable de los delitos mencionados y a las accesorias de rigor.

El recurso de casación interpuesto por el defensor fue admitido el 2 de septiembre último.

LA DEMANDA

El recurrente invoca la causal primera de casación y hace un cargo a la sentencia del *a quem:*

Cargo único: Violación de la ley sustancial por error en la apreciación de la prueba.

Transcribe el recurrente apartes de la sentencia impugnada y sostiene que se dictó sin respaldo probatorio alguno y que no se determinó en el proceso la fecha exacta de los cheques girados por Mario Arias Arenas y que de su indagatoria y de la declaración del testigo Angel Custodio Zapata Galvis (Fls. 204 y 205) se desprende que en dichos documentos se operó el fenómeno de la caducidad de conformidad con el artículo 729 del Código de Comercio, razón por la cual los títulos valores habían perdido su vigencia para los efectos civiles y penales. Como consecuencia de lo cual Mario Arias, no era pasible de los delitos de falsedad y estafa por los que se le llamó a responder en juicio.

Solicita a la Corte case la sentencia y absolver al procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita negar prosperidad a la demanda.

En efecto, el colaborador fiscal sostiene que la alegación presentada por la defensa ante el Tribunal de Instancia, y denegada con argumentos valederos, vuelve a tomar vigencia en el recurso de casación para solicitar la absolución del incriminado.

Observa el Procurador que el testimonio de Zapata Galvis, no es concluyente y la indagatoria de Arias Arenas, no presta respaldo probatorio suficiente por haber sido rectificada en el sentido de negar la acusación de su denunciante. Lo dicho por ésta merece credibilidad, por cuanto su versión, en términos generales, quedó demostrada, no obstante negativa del procesado.

Y concluye:

"Conforme a las normas del Código de Comercio, para que opere la caducidad con ocasión de la falta de presentación del cheque, se refiere además de haber tenido el librador fondos suficientes para su pago, que deje de cubrirse 'por causa no imputable al librador...' Art. 729 C. de Co.); condición o exigencia que conforme a lo expuesto y como lo consideró el Tribunal, no se demostró en el presente caso y sin que por lo tanto, pudiera tenerse en cuenta dicho fenómeno jurídico; en lo cual se apoyó la Corporación, citada para rechazar los argumentos examinados, que son los mismos en que se apoya la demanda como ha quedado dicho".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al amparo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente formula a la sentencia acusada un solo cargo, por error de derecho.

El censor no expresa el concepto de la violación, ni señala norma sustancial al-

guna que se hubiere infringido por el sentenciador. . . . . .

El numeral primero del artículo 580 citado por el recurrente, contiene, en su primer inciso, tres conceptos de violación de la ley sustancial: Infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. Y dos en su inciso segundo: Error de hecho, y error de derecho.

Los primeros corresponden a la violación directa de la ley. Los segundos a la violación indirecta.

La impugnación parece enderezada a demostrar un presunto error de derecho, al tener el sentenciador como demostrados los hechos del proceso con prueba insuficiente, y dice:

"Al escogerse en la sentencia recurrida por el Tribunal Superior la conclusión, sin fundamento probatorio alguno, la no caducidad de los cheques, desechándose el acervo probatorio no infirmado, que demostraba, que los susodichos cheques habían sido girados antes del año de 1970 dicha valoración conculca la norma consagrada en el artículo 236 del C. de P. P., y se incurrió por tanto en un error de derecho al respecto.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto y demostrada como se encuentra en la sentencia recurrida la causal 1ª de casación, de que trata el artículo 580 del C. de P. P., con todo respeto y con base en dicha causal, de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, me permito solicitar: . . ."

El error de derecho proveniente de errónea apreciación de pruebas, según lo tiene dicho reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, exige la demostración fehaciente de que el sentenciador, por exceso o defecto, negó un determinado medio probatorio sus precisos alcances. No dice el recurrente cual es el valor probatorio asignado por el legislador a la prueba que él juzga mal apreciada por el sentenciador. Es más. No señala una prueba concreta. Se refiere al acervo probatorio, en conjunto, y opone su personal criterio al criterio del sentenciador.

Por último. Si lo que pretendía el recurrente era demostrar error de derecho en la apreciación de pruebas, ha debido individualizar cuál o cuáles de ellas fueron desconocidas por el sentenciador en sus alcances demostrativos e indicar a la vez la norma o normas reguladoras de las mismas y la forma en que fueron violadas en la sentencia acusada, señalando al tiempo las normas sustanciales infringidas por el fallador como consecuencia de la indebida interpretación de las primeras, y si la infracción tuvo ocurrencia por aplicación indebida o por falta de aplicación. Todo esto, sin perjuicio de la obligación a cargo del recurrente de hacer patente a la Corte la incidencia del error de derecho en las conclusiones de la sentencia.

Carece así la demanda sub examine *de los requisitos de fondo inexcusables para su prosperidad.*

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia -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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Alfonso Reyes Echandía (Con-juez).

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD

Para la instalación de la audiencia no es indispensable la presencia del procesado detenido

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo tres de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 23 mayo 2/77.

V I S T O S

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de ABEL GARCIA CARVAJAL contra la sentencia de 11 de octubre de 1975 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la cual, al confirmar la proferida por el Juzgado 17 Superior de la misma ciudad, de fecha 16 de julio de 1975, adicionándola en el sentido de aplicar como pena accesoria la publicación especial de la sentencia, condenó al procesado a la pena principal de noventa y seis (96) meses de presidio, como autor responsable del delito de homicidio en Efraín Robledo Puentes.

HECHOS

Aproximadamente a las 2 de la mañana del 28 de mayo de 1973, frente a la cantina localizada en la calle 5ª entre carreras 5ª y 6ª de la población de Agua de Dios, Efraín Robledo recibió un disparo de revólver que le produjo la muerte por anemia aguda, por destrozos causados a grandes venas y arterias. Su deceso ocurrió en la Clínica Restrepo de la ciudad de Bogotá.

ACTUACION PROCESAL

Con fundamento en las primeras diligencias practicadas por la Alcaldía Municipal del lugar en donde se presentó la tragedia, el Juzgado Promiscuo Municipal de esa localidad al día siguiente dictó el auto cabeza de proceso (Fl. 16). Se practicaron numerosas pruebas. Fueron oídos en indagatoria Epaminondas Salazar García (Fls. 25 ss.), Idolfo Cubillos Triana (Fls. 31 ss., 34 ss., 72 ss.), José Edgar García García (folios 50 ss.) y Orlando Salazar Carvajal (folios 56 ss., 77 ss.), todos los cuales por auto de 14 de junio de 1973 por no encontrarse mérito para decretar la detención preventiva fueron puestos en libertad, con la obligación de presentarse semanalmente al despacho, bajo pena de multa de $ 1.000.00 (Fls. 81 ss.).

El 9 de noviembre del año últimamente indicado, rindió indagatoria ante el Juzgado 17 Superior de Bogotá Abel García (Fls. 143 ss.). Y por auto proferido tres días más tarde, el mismo despacho decretó su detención dentro de esas diligencias (Fls. 148 ss.). Se practicaron nuevas pruebas, dentro de ellas una diligencia de reconstrucción de los hechos (Fls. 171 ss.). Clausurada la etapa investigativa (Fl. 190 vto.), el Juzgado del conocimiento, por auto de 23 de abril de 1974 llamó a responder en juicio criminal a Abel García Carvajal por el delito de homicidio en Efraín Robledo y sobreseyó definidamente en favor de Epaminondas Salazar García, Idolfo Cubillos Triana, José Edgar García García y Orlando Salazar Carvajal (Fls. 204 ss.). Recurrida la providen-

cia en apelación, el Tribunal la confirmó (Fls. 246 ss.). Las partes no hicieron uso del término probatorio del juicio (Fls. 256 ss.). Previos los requisitos de ley, se celebró la audiencia pública (Fls. 265 ss.). Al cuestionario que fue sometido a su consideración, el Jurado por unanimidad contestó: "Sí es responsable pero por homicidio preterintencional" (Fl. 283). El juzgado del conocimiento, por auto de 6 de noviembre de 1974, decretó la contraevidencia de tal veredicción (Fls. 287 ss.). El Tribunal confirmó la determinación anterior (Fls. 300 ss.). Se celebró nueva audiencia (Fls. 324, 332 ss.). A la cuestión única sometida a su consideración, el tribunal popular contestó: "Sí es responsable. Deseamos ser tenido en cuenta el hecho de no tener pasado judicial y su buena conducta en la prisión" (Fl. 331).

Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia a las cuales se ha hecho referencia en los Vistos de la presente y se interpuso contra la última de ellas el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

LA DEMANDA

Después del resumen de los hechos y de la actuación procesal, el censor formula cuatro cargos contra la sentencia recurrida: dos bajo el amparo de la causal primera y otros dos bajo el de la cuarta de casación, consagradas por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. El orden lógico indica y, así lo ha sostenido esta Corporación, que debe empezarse el estudio por los que implican solicitud de nulidad.

Causal cuarta: Primer cargo: Enunciado: La sentencia impugnada fue dictada en un juicio viciado de nulidad constitucional.

Sustentación: Según el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, "Cuando la ley exija expresamente para la validez de un acto, que se llenen ciertas formalidades, y éstas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado".

El artículo 508 del mismo Código hace imperativa la presencia del procesado en la audiencia. El 19 de mayo de 1975 se inició la vista sin que concurriera el procesado. Entonces es inexistente el acto y también el juramento que se tomó a los jurados. Luego se fijó fecha y hora para continuarla, ya con concurrencia del acusado. Pero era la continuación de una inexistente y en la nueva no se juramentó al tribunal popular. Además, entre la iniciación y la continuación transcurrieron más de dos días, lo que está prohibido por el artículo 563 del estatuto procesal penal.

Tampoco se cumplió el artículo 549 que ordena entregar a los jurados copias del auto de proceder al ser notificados de su nombramiento.

Luego se violó el artículo 26 de la Constitución "en razón de que: Nadie podrá ser juzgado... sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Y como en este juicio a García Carvajal, no se observaron, "es viable decretar la nulidad constitucional".

Causal cuarta: Segundo cargo: Enunciando: "Nulidad proveniente de la violación del numeral cuarto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal".

Sustentación: La primera acta de audiencia dice que "Se firma... por quienes en ella intervinieron". La firman: el juez, el fiscal, el defensor, quien dejó constancia de haberse iniciado la audiencia fuera de la hora judicial", los jurados y el secretario *ad-hoc*. No el procesado porque no concurrió a esa audiencia ya que "el juzgado no lo citó ni lo solicitó a la Cárcel Modelo".

Entonces, en atención a los artículos 508 y 214 del Código de Procedimiento Penal, "dicha acta es inexistente no tiene valor alguno y por ello el auto de 22 de abril que aparece a folio 320 y que fijó fecha y hora para la celebración de esa audiencia, no fue cumplido". La que se realizó posteriormente, "es la continuación de una audiencia inexistente y así la otra se verificó "fuera de la hora y la fecha que se había fijado en el auto del 22 de abril de 1975".

Luego todas las audiencias son inexistentes y "de esta forma se violó el nume-

ral cuarto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal al no celebrarse la audiencia pública el dia y la hora señalados". Se impone la nulidad.

SE RESPONDEN LOS DOS CARGOS ANTERIORES

La presencia del enjuiciado detenido en la celebración de la audiencia pública tiene por objeto garantizar mejor su derecho de defensa, en cuanto allí, al ser interrogado, puede exponer las circunstancias favorables que crea pertinentes, así como también darse cabal cuenta de cómo su defensor cumple los deberes propios del cargo y de cómo se le administra justicia. Mas con relación al primer punto, no puede perderse de vista que una vez verificado el interrogatorio, asume una actividad de mera expectativa.

Dando cumplimiento al auto que lo ordenó, el 19 de mayo de 1975, se inició la respectiva audiencia. De acuerdo con el Acta que constituye el folio 324 de estas diligencias, se reunieron el juez, su secretario, el fiscal del juzgado, el defensor del encausado y los jurados. Estos, previo el cumplimiento de los requisitos de ley, fueron juramentados. Luego continúa diciendo el Acta: prestado el juramento, "el señor defensor del encausado solicita se pronuncie un receso con el fin de dar espera a que el procesado GARCIA CARVAJAL llegue del centro de reclusión, puesto que pese a haber sido solicitado con antelación, hasta el presente momento no se ha enviado por la Dirección de la Cárcel Modelo. El señor juez en vista de lo anterior ordena un receso de una hora, para así dar espera a que el encausado llegue. Transcurrido el tiempo anterior y pese a la insistencia por teléfono para el envio oportuno del detenido, el señor director de la Cárcel no fue localizado y por tanto, se demoró el envio del citado GARCIA CARVAJAL. En vista de lo anterior ,el juez declara suspendida la presente diligencia de Audiencia, indicando que oportunamente se señalará fecha para la continuación de la Audiencia Pública". Firman los intervenientes y el defensor "deja constancia que la audiencia se inició después de pasada la hora judicial. Bogotá, julio 3/75" . . . . . .

De la relación del Acta se deduce: Que no es cierto que el procesado no hubiera sido citado a tal diligencia; que durante ella, fuera de juramentar a los jurados y de esperar pacientemente, a petición del defensor, la reclamada presencia del acusado, en atención a que esta no se produjo en un término más que prudencial, se suspendió la audiencia para continuarla más tarde. Y que, de acuerdo con el encabezamiento del Acta, que constituye un documento público al cual, hasta ahora no ha sido tachado de falso, la diligencia se inició "siendo la hora de las diez de la mañana, dentro de la hora judicial de la fecha señalada para celebrar la diligencia de AUDIENCIA PUBLICA. . .".

Posteriormente se continuó la Audiencia con la presencia del procesado quien fue sometido al debido interrogatorio y de todas las demás partes que tenían derecho a intervenir en ella.

En atención a todo lo expuesto no se ve por parte alguna de dónde puede concluirse la inexistencia de la primera sesión, para sacar de allí la pretendida nulidad. Lo anterior no constituye ni siquiera reprochable irregularidad, como tampoco el lapso transcurrido entre las dos sesiones, los cuales en forma alguna pueden considerarse como factores generantes de nulidad alguna, ya que con ello no se afectó en lo más mínimo el derecho de defensa del procesado.

En consecuencia, estos dos cargos conjuntamente examinados, no prosperan.

Causal primera: Primer cargo: Enunciado: "Violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida, al incurrir en manifiestos errores de hecho (artículos 362, 3º del Código Penal y 216 del Código de Procedimiento Penal".

Argumentación: Dice: "El sentenciador fundamentó su fallo en lo que hace relación a la responsabilidad del procesado, en declaraciones de personas que no observaron los hechos; que estuvieron implicados en los hechos y los negaron en sus indagatorias, para posteriormente contradecirse en sus versiones; y se desconoció que en la audiencia pública se pu-

sieron a consideración de los jurados de conciencia, dos cuestionarios, uno por parte de la defensa en el cual se pidió que se declarara la responsabilidad del procesado, por el homicidio del señor EFRAIN ROBLEDO, pero sin la intención de matar; otro cuestionario el del juzgado en que se pidió la responsabilidad del sindicado, pero con el propósito de matar".

Manifiesta que "en lo que hace a la imputabilidad y responsabilidad del sindicado (folios 364 a 370 cuaderno principal) simplemente el juzgador transcribió parte de las declaraciones de los testigos, pero no hizo un estudio crítico de sus exposiciones, por lo que desconoció de ellas, al incurrir en manifiestos errores de hecho, las siguientes cuestiones:". A continuación entra a presentar las críticas que en su opinión le merecen algunas pruebas. Luego hace una curiosa alusión a la presunta existencia de dos cuestionarios uno formulado por el Juzgado y otro por la defensa, para concluir que se había desconocido este último, en el que se solicita la declaratoria de responsabilidad del procesado "pero sin intención de matar". El desconocimiento de este cuestionario y el acogimiento de el del juzgado, implica error manifiesto de hecho.

Por todos los errores anotados, se violaron las siguientes normas: 362 del Código Penal, puesto que se "consideró indebidamente" que el homicidio había sido de propósito; 3º del mismo Código y 26 de la Constitución, porque ante un veredicto dudoso, ya que no se sabe si se trataba de un homicidio de propósito o culposo, ha debido aplicar el principio de favorabilidad. Así se violó el artículo "370 del Código Penal", por aplicación indebida del 362. Violación "por falta de aplicación de manera indirecta y en razón de los errores de hecho manifiestos anotados".

Por todos estos errores se violó el 216 del Procedimiento Penal, pues por no aplicarse, tampoco le fue el principio de *in dubio pro reo* que ha debido tenerse en cuenta en relación con el veredicto, pues no habiendo prueba de intencionalidad, debe interpretarse en el sentido de homicidio culposo.

Solicita se acoja el veredicto y se condene al mínimo por homicidio culposo, según el 370 del Código Penal.

Causal primera: Segundo cargo: Enunciado: "Violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida, por apreciación errónea al incurrir en manifiestos errores de derecho" (Art. 362, 3º del Código Penal y Art. 26 de la Constitución Nacional)".

Argumentación: En la audiencia el fiscal pidió condenación por homicidio intencional, pero en el análisis de las declaraciones no demostró cómo éstas podían establecerlo, por lo cual violó el artículo 519 del C. P. P., según el cual "La sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate", lo que limita la soberanía del jurado a "los hechos sobre los cuales ha versado el debate. Luego ahí se incurrió en error manifiesto".

Se refiere a la distancia a que fue hecho el disparo, para destacar que según la inspección judicial y algunos declarantes fue a más de tres metros y, a pesar de ello se habló en la autopsia de tatuajes. Dice que algunas declaraciones no dan datos sobre responsabilidad pues sólo se refieren a la detonación. Sigue haciendo observaciones sobre varios testimonios y manifiesta que se violó el artículo 264 del C. de P. P. porque no habiendo prueba en contrario de la confesión ha debido aceptarse también en el sentido de que el hecho no fue intencional. De ahí la aplicación indebida del artículo 362 del Código Penal por falta de aplicación del 370.

Finaliza solicitando se case la sentencia y se dicte por homicidio culposo.

Respuesta a los cargos formulados bajo el amparo de la causal primera:

Los enunciados de los dos cargos coinciden. También en el desarrollo de los dos se plantea de nuevo una crítica testimonial por el censor, para sacar de ella conclusiones adversas a la sentencia impugnada.

Prescindiendo de la forma antitécnica como están presentados, es suficiente para desecharlos tener en cuenta que la sentencia se levantó sobre el veredicto del

jurado, al cual se dio plena acogida en cuanto declaratorio de responsabilidad. De ahí que, como lo recuerda el señor Procurador Primero Delegado en el acápite correspondiente de su concepto, "Antigua y permanentemente reiterada es la doctrina de la H. Sala de Casación Penal con la cual se prohíbe, abundando en razones y lógica jurídicas, el empleo del apartado segundo del motivo casacional primero que cataloga el artículo 580 del C. de P. P., o sea la violación indirecta a la ley penal sustancial, cuando el juzgamiento se ha hecho con intervención del Tribunal Popular. Se ha dicho y es la constante doctrinal, que la soberanía con que el Legislador ha revestido a esa institución no sólo dificulta sino que lo impide, cuestionarse a través de la Casación los hechos que fueron debatidos en la Audiencia Pública pues que ya ellos han recibido el finiquito definitivo con la veredicción, máxime cuando ella no fue sancionada en las instancias con la contraevidencia, ni es protestada por la contradicción en sus declaraciones".

Si se aceptara el razonamiento escogido para censurar, se tendría que a través de un análisis probatorio, en caso de prosperar el cargo, la Corte tendría que entrar a declarar la contraevidencia del veredicto, labor que le está prohibida, ya que ella sólo corresponde a los juzgadores de instancia.

Ningún comentario puede hacerse acerca del ataque fundamentado en que se desconoció el cuestionario sometido a la consideración del jurado por el defensor sobre homicidio culposo, ya que se ignora de dónde pudo salir tan peregrino engendro, toda vez que según las voces del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, sólo al juez de la causa compete la elaboración de los cuestionarios y su sometimiento a la consideración del tribunal popular.

Por tanto este cargo no prospera.

Y no habiendo salido airosa ninguna de las censuras propuestas, la Corte habrá de desechar el recurso, dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

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, NO CASA la sentencia de fecha 11 de octubre de 1975, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PRUEBAS

Cuando la capacidad para la estimación valorativa de la prueba se agota sin contradecir los textos legales que la disciplinan no puede el impugnador respaldar el cargo al fallo, únicamente contraponiéndole su criterio personal, por cuanto debe primar el del sentenciador

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo nueve de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 24, mayo 5/77.

VISTOS

Cumplidos los trámites de ley procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JUAN FRANCISCO FERRREIRA GARCIA contra la sentencia de 17 de marzo de 1976 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual, al reformar la de primera instancia de 25 de noviembre del año inmediatamente anterior, condenó a Ferreira García y a otros acusados, a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias de rigor, a más de otras determinaciones, "como responsable del delito de SECUESTRO en las personas de ANDRES URIBE CAMPUZANO, GLORIA ZEA DE URIBE y ADOLFO NIÑO GARCIA".

HECHOS

En la sentencia impugnada han sido presentados con fidelidad a las pruebas de la manera que a continuación se indica y que el recurrente considera aceptables:

"Andrés Uribe Campuzano y su distinguida esposa señora Gloria Zea de Uribe, se suman a las víctimas de la tristemente denominada "Industria del Secuestro". Fue el domingo diecisiete de junio del año 1973, cuando de regreso de la hacienda 'Resolana', comprensión del municipio de Suárez en el departamento del Tolima, fue interceptado su vehículo automotor por otro carro, a la altura del sitio donde funcionan las casetas del peaje. Luego, cuatro sujetos armados con ametralladora, pistola y revólver se bajaron del carro en que viajaban y obligaron a los citados esposos a permanecer dentro del carro, ya que el conductor de los mencionados esposos señor Adolfo Niño había sido reducido a la impotencia. Acto seguido cambiaron de rumbo y en otro sitio de la carretera que de Silvania conduce a Bogotá comunicaron a los esposos Uribe-Zea de que se trataba de un 'SECUESTRO' y procedieron a entrar en conversaciones sobre el precio del rescate, fijando los asaltantes la suma de cinco millones de pesos, dinero que recibieron una vez dieron en libertad a doña Gloria Zea de Uribe, hecho que ocurrió el 19 de los mismos mes y año, cuando ya el doctor Andrés Uribe Crane había tenido conocimiento de lo ocurrido, ya que doña Gloria le comunicó".

ACTUACION PROCESAL

Con fundamento en las diligencias previas adelantadas por el Departamento de Policía "Bogotá" -SIPEC F-2- Jefatura, el Juzgado 78 de Inspección Penal Militar,

debidamente comisionado al efecto (Cuaderno Nº 1 Fl. 29), el 17 de octubre de 1973 dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (Fl. 30). Se practicaron numerosas pruebas de distinta naturaleza y, por medio de indagatoria fueron vinculados a estas diligencias Pedro Antonio Hernández Corredor, Bertha Corredor de Hernández, Manuel Antonio Castro, Adela Hernández Corredor, Pedro María Hernández Castro, Ramiro Guevara Romero o Alberto González Romero o Alberto Linares Romero (a. "El Mexicano"), Jaime Daza o Daniel Marín (a. "El Sargento"), Isabel Gutiérrez de Guevara, Jesús Jiménez Pérez, Elerbán Silva Restrepo, Luis Valerio Escobar Acero, Jorge E. Pinillos Amaya, Ricardo Zambrano García, Guillermo Martínez López (a. "el Chino Guillermo"), Juan Francisco Ferreira García, recurrente en casación, Luis Francisco García y María Elsa Ortega viuda de Romero, Clausurada la investigación el 1º de agosto de 1974 (Cuaderno Nº 2 Fl. 1.079) y, no habiéndose accedido a su reposición (id. Fls. 1.120 ss.), por auto de 30 de septiembre del mismo año, el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, al cual correspondió el conocimiento de estas diligencias, llamó a responder en juicio criminal, "como responsables del delito de "SECUESTRO" a Ramiro Guevara Moreno, Jaime Daza, Guillermo Martínez López, Elerván Silva Restrepo, Pedro María Hernández Castro, Juan Francisco Ferreira García, Luis Francisco García y Elsa María Ortega viuda de Romero; sobreseyó definitivamente en favor de Pedro Antonio Hernández Corredor, Bertha Corredor de Hernández, Manuel Antonio Castro, Adela Hernández Corredor, Isabel Gutiérrez de Guevara y Jesús Jiménez Pérez y, temporalmente, en favor de Luis Valero Escobar Acero, Jorge Eliécer Pinillos Amaya y Ricardo Zambrano García, habiendo tomado también las demás medidas correspondientes (Cuaderno Nº 3, Fls. 1 ss.).

Subidas las diligencias al Tribunal en consultas de los sobreseimientos definitivos y en apelación, la entidad, por auto de 6 de mayo de 1975, revocó el llamamiento a juicio en cuanto a Elerván Silva se refiere y ordenó sacar copias para que con relación a él se investigara su posible violación del artículo 199 del Código Penal, confirmó los demás llamamientos a juicio y los sobreseimientos definitivos consultados (Cuaderno Nº 3 Fls. 1.537 ss.).

Se hizo uso de la etapa probatoria del juicio y dentro de ella, a más de otras pruebas, se verificó el avalúo de daños y perjuicios, habiéndose fijado como "perjuicios materiales en los conceptos de daño emergente y lucro cesante..., la cantidad de SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE. ($ 6.678.000.00)" y los materiales se dejaron al criterio del juez, "con aplicación de lo dispuesto por el artículo 95 del C. Penal" (id. folios. 1627 ss.). Puesto en conocimiento de las partes, el dictamen pericial no fue objeto por lo cual, hallándose en firme, se señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública (id. Fl. 1644). Previos los trámites de rigor, se dictaron las sentencias de primera y de segunda instancia, habiendo recurrido en casación contra la última de estas, solamente el procesado Juan Francisco Ferreira García.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado del recurrente formula cinco cargos contra la sentencia, "por violación indirecta de la ley sustantiva penal, puesto que con manifiesto error de hecho en la estimación de las pruebas, lo cual llevó a tener como plenamente probada la responsabilidad penal del señor FERREIRA GARCIA, sin que exista esa plena prueba, se aplicó el artículo 293 del Código Penal, modificado por la Ley 21 de 1973".

Primer cargo: Enunciado: "Con infracción de preceptos legales atinentes a la prueba, artículos 205, 216, 264, 310, 407, 408 y 413 del Código de Procedimiento Penal, lo que constituye error de derecho en ese alcance dado a los elementos de juicio, puesto que no se tuvieron en cuenta las normas que legalizan la manera de

cumplir un reconocimiento mediante fotografías, se tuvo como indicio de responsabilidad esa diligencia cumplida en las dependencias del F-2, de la Policía Nacional".

Argumentación: El reconocimiento sobre fotografías de Ferreira, llevado a término el 4 de diciembre de 1973 por Andrés Uribe Campuzano, a pesar de que a éste se le hace aparecer como testigo, se verificó, como allí se dice, sin juramento. Siendo ese reconocimiento un testimonio, ha debido ser bajo juramento, de acuerdo con el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, puesto que Uribe Campuzano no era sindicado. Según el 407, quien reconoce obra en calidad de testigo y, en consecuencia, debe ser juramentado. Como aquí se omitió el juramento, "la diligencia carece de valor", se trata de una simple versión, sin alcance de prueba. Este yerro de "estimar como legal el reconocimiento en fotografías ... sin ese requisito fundamental del juramento del reconocedor, llevó a que se tomara como indicio ceñido a la ley ese reconocimiento, carente de validez legal, y de ese indicio desprenden una responsabilidad de mi mandante, que no tiene en el delito averiguado".

Segundo cargo: Enunciado: "Se concedió credibilidad al denunciante, en hechos que no lo permiten".

Sustentación: Uribe Campuzano afirma que reconoció a Juan Francisco Ferreira por haber observado su fisonomía cuando fui secuestrado y también durante el secuestro, cuando me quitaron la venda".

Cuando el sentenciador acepta ese reconocimiento, peca contra todo examen racional. Porque en esos momentos de desquiciameinto psicológico, angustia y miedo, el secuestrado no podía tener tranquilidad ni debida atención para reconocer a una persona, menos al verla en breves instantes. Ese reconocimiento, al menos, es sospechoso y sobre ese indicio no puede condenarse a una persona.

Entonces, con yerro de derecho, el juzgador "le atribuyó al denunciante un alcance probatorio de su dicho que no tiene, lo cual llevó a tener como comprobada la responsabilidad de mi mandante en un delito que no ha cometido".

Tercer cargo: Enunciado: "Incurrió el Tribunal en ostensible y manifiesto error de hecho, al no tener en cuenta las explicaciones dadas a la justicia por el procesado en su indagatoria, mediante las cuales predicó su inocencia, y con ello violó la norma del artículo 264 del C. de Procedimiento Penal, lo cual llevó al juzgador a aplicar sin fundamento el artículo 293 del C. Penal".

Fundamentación: Juan Francisco Ferreira en su indagatoria explica su conducta, sin que existan "elementos de juicio que la contradigan, sino que, antes bien, resulta sincera". Así, debe atribuírsele credibilidad. La explicación consiste en que fue violentado para que confesara.

Cuarto cargo: Enunciado: Se atribuyó al alcance de plena prueba a hechos que no constituyen indicios graves ni necesarios, "con lo cual incurre en evidente y manifiesto error de derecho en cuanto a los requisitos legales para tener un indicio" (que esté plenamente probado: Art. 235 C. de P. P. y del que se infiera la responsabilidad penal, lo que no ocurre aquí (artículo 229).

Sustentación: El desconocimiento de esas normas llevó a tomar como indicios hechos que no lo son por no estar plenamente probados "y darles un valor que no tienen, por ausencia de inferencia en la responsabilidad de mi representado".

Los hechos consistentes en que Ferreira García apareciera con buenos saldos bancarios y con adquisiciones patrimoniales, serían pruebas indirectas; pero Ferreira los explica diciendo que "esos dineros los trajo desde México y los tenía desde el año de 1973, cuando empezó a abrir esas cuentas". Esa explicación ha debido ser tenida en cuenta y esos asuntos de índole patrimonial no implican responsabilidad penal por el secuestro.

Quinto cargo: propuesto en forma susbsidiaria: Enunciado: "Error de derecho, por aplicación indebida del artículo 33 del C. Penal, pues incurrió el sentenciador en violación del principio *'non bis in idem'*".

Sustentación: El Tribunal incurrió en error de derecho porque aplicó dos veces el artículo 33 del Código Penal, "puesto que al partir del mínimo previsto para el delito, tomar en cuenta el artículo 33 para incrementar ese mínimo, y luego también lo aplica para tomar en cuenta el concurso de delitos".

Por tanto, subsidiariamente solicita que si la sentencia no es casada en su integridad, le sea de manera parcial, para modificarla, a fin de que" se fije la pena que legalmente corresponde".

Se responden los cuatro primeros cargos:

1º *Como directriz general debe tenerse en cuenta con relación a la sustentación de cada uno de los cuatro primeros cargos que, bien estudiada la demanda, se llega a la conclusión de que lo que el censor pretende es enfrentar su propio y personal criterio subjetivo acerca de la apreciación de las pruebas, al que guió al* ad quem *en el fallo impugnado. El demandante formula adversas críticas al método empleado por el juzgador para concluir que su valoración de la prueba indiciaria es errónea. Mas debe recordarse que la Corte ha sostenido con toda razón el que "cuando la capacidad para la estimación valorativa de la prueba se agota sin contradecir los textos legales que la disciplinan, no puede el impugnador respaldar el cargo al fallo únicamente contraponiéndole su criterio personal o juicio crítico de la misma prueba, por cuanto debe primar la del sentenciador".*

De otra parte. fácil es desvertebrar el valor que pueda brindar la prueba indiciaria, si aisladamente se toman los hechos que la constituyen para someterlos al tamiz de la crítica, como lo hace el censor. Pero la lógica y la razón indican que los indicios no pueden considerarse aisladamente, sino en su conjunto, de tal manera que del haz probatorio por ellos constituido, puedan sacarse las consecuencias de rigor, método éste que con tino desarrolló el juzgador en la sentencia impugnada.

Con relación a cada uno de los cargos que se vienen considerando, es pertinente observar en concreto:

A. El artículo 289 del Código de Procedimiento Penal en su número 11, señala entre las atribuciones de la Policía Judicial: "Practicar el reconocimiento fotográfico para verificar la identidad de un sospechoso; esta diligencia se hará sobre un número no menor de diez fotografías y de ella deberá dejarse constancia escrita firmada por quien realiza el reconocimiento y por el funcionario que lo practica...".

Los requisitos exigidos por la disposición que viene de transcribirse, fueron cumplidos a cabalidad, según consta en la respectiva "DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO", visible a los folios 495 y siguientes. Y ese reconocimiento se encuentra revestido de cantidad de trascendentales detalles, que no dan lugar a dudas ningunas acerca de su fidelidad. Por lo demás, en ninguna parte exige la ley que se verifique bajo la gravedad del juramento, por lo cual el cargo en consideración no puede prosperar, tanto menos cuanto que la regla 306 del estatuto procesal penal dispone que "Las diligencias de indagación realizadas por la Policía Judicial, tienen el mismo valor probatorio que las practicadas por el juez".

B. *Con relación al segundo cargo, a más de lo dicho en la parte general de estas respuestas, lo cual por sí solo sería suficiente para desecharlo, cabe agregar que el señor Uribe campuzano, como detalladamente lo expone, por lo menos en dos ocasiones se encontró en magníficas condiciones de percibir al sindicado Ferreira García, por lo cual bien pudo reconocerlo posteriormente. Llama poderosamente la atención la cantidad de detalles precisos que apreció con relación a la persona de este acusado y que posteriormente correspondieron a él. De manera que bien pudo darle el sentenciador el valor de plena prueba de responsabilidad a este reconocimiento. Por tanto, no prospera este cargo.*

C. *La pretendida presunción de veracidad con la cual quiere el censor amparar la confesión de su patrocinado con fundamento en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, que considera violado, no puede aceptarse, en primer lugar*

porque ella en el fondo no constituye pieza de tal naturaleza, ya que negó cualquier clase de participación en los ilícitos investigados, y, en segundo término, porque contra sus manifestaciones surgen pruebas que vienen a desvirtuarlas. Además, la presunta coacción a la cual se refiere, no aparece probada por parte alguna.

Luego este cargo debe desecharse.

D. *Consta en el expediente que a partir de la fecha en que fue pagado el rescate por valor de $ 5.000.000.00, se presentó un incremento inusitado en las cuentas bancarias de Juan Francisco Ferreira García y también en otras adquisiciones patrimoniales.*

Su explicación de que tales haberes eran anteriores y productos de actos ilícitos ejecutados en el extranjero, no es de necesaria ni imperiosa aceptación, toda vez que el juzgador, teniendo en cuenta las falsedades consignadas en la indagatoria, las cuales fueron claramente establecidas, bien podía prescindir de darles credibilidad. Se trata de crítica probatoria en la cual, como ya se dijo, desde que se ciña a la lógica y a la razón y no choque abiertamente contra las disposiciones de ley, hacen que prime el criterio del sentenciador.

Por tanto este cargo tampoco prospera:

Respuesta al quinto cargo: El Ministerio Público representado en esta ocasión por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en orden a rebatir esta censura con relación a la graduación de la pena, expone: "No resulta demostrado el cargo; efectivamente, se expresa en aquella, después de anotar que no se encuentra que pueda señalarse en relación con los autores del hecho el mínimo de la sanción dada"....

...la capacidad moral para delinquir de éstos, que los coloca como sujetos altamente peligrosos para la sociedad...", lo siguiente que se considera oportuno transcribir:

"Por ello no son merecedores a que se les aplique el mínimo de la sanción prevista en la respectiva disposición penal violada, sino que debe aumentarse este mismo en dos (2) años, teniendo en cuenta la facultad que confiere al fallador el artículo 36 de la ley punitiva. Ahora bien: como contra los mismos procesados existen las circunstancia de mayor peligrosidad previstas en los numerales 5º, 9º y 13 del artículo 37 *ibídem*, fuera de las especialísimas contenidas en los numerales 2º, 4º y 5º de la Ley 21 de 1973 en su artículo 6º, la pena fijada como mínima debe aumentarse en la mitad o sea en cuatro (4) años, lo que da un total de doce años de presidio. Pero conforme al artículo 33 de la ley punitiva, esta sanción punitiva puede aumentarse 'hasta en otro tanto', aumento que la Sala fija en tres (3) años. Siendo por consiguiente la pena principal imponible de quince años de presidio para los procesados..." (Fl. 138, 139, Cuad. 9º).

"De conformidad con lo anterior no se comprueba el cargo, porque el Tribunal aumentó inicialmente el mínimo en atención a la personalidad de los procesados, según el proceso; hizo también aumento en relación con las circunstancias de peligrosidad que encontró existían y finalmente tuvo en cuenta el artículo 33 referido en cuanto al concurso de delitos, sin que aparezca en consecuencia que esta última norma se tuvo en cuenta doblemente.

"Por demás, con base en la personalidad de los acusados que se revela indudablemente como lo estima el Tribunal de alta peligrosidad, la existencia de circunstancias agravantes contempladas por la norma respectiva y que se trató de tres delitos de secuestro, se concluye que la pena fue adecuadamente señalada".

En consecuencia este cargo no prospera.

Habiéndose llegado a la conclusión de que ninguno de los cargos sale airoso, es preciso desechar el recurso de casación en estudio, dando aplicación al artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

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, NO CASA la sentencia proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá el 17 de marzo de 1976, por medio de la cual Juan Francisco Ferreira García fue condenado junto con otros, por el delito de secuestro.

Cópiese, notifíquese, devuélvanse las diligencias a la Corporación de origen. Cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

NULIDADES

Cómo se pueden alegar y sus motivos

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

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero.*

Aprobado: Acta Nº 24.

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado CAPITOLINO HERRERA MEDINA, contra la sentencia de 16 de julio último dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual confirmó la de primera instancia y condenó al incriminado a la pena de dieciséis (16) años de presidio como responsable de la muerte de Aristides Aldana Arévalo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Se hallan consignados en el proceso así:

"Ocurrieron en las primeras horas de la noche del 19 de octubre de 1974, dentro de la finca 'Pasto Azul', situada en el paraje de 'Barreto', jurisdicción de Nocaima, Cundinamarca donde fue muerto violentamente ARISTIDES ALDANA AREVALO, mediante numerosos golpes y contusiones".

"Por tales hechos ridieron indagatoria en este proceso LUIS ANTONIO MONTEJO ROA, hijo de Martín y Hercilia, natural de la Capilla de Tenza (Boyacá), vecino de Nocaima, de 20 años de edad, soltero, con grado de instrucción hasta segundo año de primaria, jornalero de profesión, y CAPITOLINO HERRERA MEDINA, hijo de Trinidad Herrera y Polonia Medina, natural y vecino de Nocaima, casado, de 60 años de edad, alfabeto en grado elemental, agricultor de profesión, según constancias del expediente".

Por auto de 23 de octubre de 1974, el Juzgado Promiscuo Municipal de Nocaima, inició la correspondiente investigación Penal. Recibió declaración a Luis Acuña, Adela Acuña de Romero, Antonio Romero y Gabriel Enciso. Vinculó a los sindicados Capitolino Herrera y Luis Antonio Montejo Roa, decretándoles la detención por auto de 5 de noviembre de 1974.

Practicadas varias diligencias tendientes al perfeccionamiento de la investigación, el Juzgado Promiscuo Municipal remitió las diligencias al Juzgado Cuarto Superior de Bogotá funcionario que por auto de 17 de abril de 1975 declaró clausurada la investigación.

Calificado el mérito del sumario mediante proveído de 20 de mayo de 1975, en la modalidad de agravado, fue recurrida la decisión y confirmada en cuanto al procesado Capitolino Herrera Medina. Luis Antonio Montejo Roa, fue sobreseído temporalmente y puesto en libertad provisional.

Tramitada la causa en cuanto al primer sindicado, se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública, y al cuestionario sometido al *juri*, éste respondió "Sí es responsable".

En sentencia de 8 de abril de 1976, el juez de instancia acogió el veredicto del jurado y lo condenó a la pena principal

de dieciséis (16) años de presidio. Confirmada la sentencia por el Superior, fue recurrida en casación y se admitió el recurso el 30 de septiembre pasado.

LA DEMANDA

Con fundamentos en las causales cuarta y primera, el censor formula tres cargos. Uno en la primera.

Causal cuarta: Cargo primero: Dice el censor:

"Impugno la sentencia recurrida con fundamento en la nulidad supralegal consagrada en el artículo 26 de la Constitución Política en razón de que en el auto calificatorio del proceso se le dio una inexacta calificación en derecho a diversas circunstancias las que en su conjunto no configuraban sino un solo indicio probable, revistiendo todas estas circunstancias del valor de varios indicios graves con lo cual se incurrió en evidente error de derecho en la apreciación de la prueba tomada para dictar el auto de llamamiento a juicio, quebrantando en forma ostensible y manifiesta el artículo 481 del C. de P. P. en armonía con el artículo 216 de la misma obra que manda apreciar por su estimación legal las diferentes pruebas aportadas al proceso.

Una de las formalidades esenciales de las cuales deberá estar revestido el proceso penal es la de que a las pruebas se las estime en su exacto valor legal para evitarle al procesado las prolongadas molestias dimanadas del yerro en cuanto a la valoración de las pruebas pueden haber incurrido los falladores de instancia. Y cuando se ha incurrido en una equivocación como la en que incurrieron los falladores de instancia en este proceso en la elaboración del auto procesatorio, se puede afirmar sin vacilación alguna que el juzgamiento no estuvo rodeado de la plenitud de las formas propias del juicio, informalidad que genera una nulidad supralegal con arraigo en el artículo 26 de la Constitución Política".

Cargo segundo: "Al incluirse en el cuestionario sometido a la consideración del *juri*, se quebrantó el artículo 533 del C. de P. P., norma que prohíbe al juez incluir términos jurídicos en el cuestionario, quebrantamiento que adquiere mayor relieve cuando en el curso del debate oral en la audiencia pública no se ilustró al jurado sobre el verdadero significado de los términos 'sevicia', 'asechanza'. En consecuencia, no hubo observancia plena de las formas propias del juicio penal y se generó una nulidad de carácter constitucional".

Causal primera: Cargo único: "Incurrió el Tribunal sentenciador en evidente error de derecho al deducir al procesado en su doble aspecto, una circunstancia calificadora, primero para agravar el delito de homicidio y luego para dosificarle la pena, violándose el principio *'non bis in idem'*. La norma sustancial violada por parte del Tribunal fue el artículo 363 del C. Penal, pues no expresó el Tribunal cuál de las dos circunstancias calificadoras tomaba en cuenta para calificar el delito de asesinato. Violó el Tribunal el artículo 36 del C. Penal por aplicación indebida, en razón de que la pena impuesta al procesado se salió de los límites fijados por la ley al tomar en cuenta una misma circunstancia calificadora, primero para agravar el delito de homicidio y luego para dosificar la pena.

Por falta de aplicación del ordinal 1º del artículo 38 del C. Penal por evidente error de derecho violó el Tribunal en forma directa la ley sustancial, al negarle al procesado el reconocimiento de una circunstancia de menor peligrosidad debidamente demostrada en el proceso como era la buena conducta anterior".

Y concluye:

"La violación en que incurrió el H. Tribunal sentenciador se denomina violación directa de la ley sustancial por error de derecho".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, responde en los siguientes términos la demanda:

Causal cuarta: Cargo primero: Transcribe apartes de la sentencia de 4 de di-

ciembre de 1974 de esta Sala, relacionada con la naturaleza del auto de proceder, la forma como ha de confeccionarse, los lineamientos y bases de sus esquemas. Y responde:

"De lo que se viene de transcribir es preciso deducir, como aplicación al caso en estudio, que el cargo no puede ser recibido por cuanto el auto de proceder censurado demuestra que su creación se hizo satisfaciendo a cabalidad las condiciones que al calificar el mérito del sumario le impone al artículo 483 del Estatuto Procesal Penal pues que todos los requisitos formales que se conjugan holgadamente en dicha pieza procesal. Y no solamente se cumplió con los cánones indicadores de la forma como ha de hacerse su redacción, tanto para dar forma a su parte motiva, como a su resolutiva, sino también que su forma íntegra se ajusta al molde de tal norma adjetiva.

La censura contra el repudio al vocatorio a juicio en razón al proceso intelectual seguido por el juez para valorar la prueba llegada al sumario, tenida como suficiente, completa, legal, e incuestionable para sostener el peso de la imputación levantada contra Herrera Medina como autor responsable del delito de homicidio con las agravantes específicas que le obligaron a presentar ante el Tribunal Popular o responder de su ilegal comportamiento, por el cual se le hizo el juicio de reproche en la demanda de cargos.

Critica el colaborador fiscal, la forma como fue presentado el cargo consignado: "Así, es un desatino lo que ocurre en el caso presente al emplear las vías que conducen a demostrar la violación indirecta de la ley sustancial, para garantizar la presencia de la causal 4ª, es decir, formular el reclamo de nulidad en el proceso so pretexto de haber incurrido el sentenciador en yerros fácticos o jurídicos en la evaluación de la prueba y no precisamente para dictar la sentencia impugnada, sino para montar en auto de enjuiciamiento".

"Extraviado es el criterio del señor demandante al crear, *motu propio*, una causal al margen de las matriculadas en el artículo 580 del C. de P. P., cruzando la primera con la cuarta en híbrida gestación ya que no es otra cosa lo que efectuó al mezclar la esencia que sustenta el quebranto indirecto a la ley penal sustancial con la naturaleza vivificante de la nulidad que únicamente puede cuestionarse sobre la invocación de la causal cuarta. Con este procedimiento lo que se hace es revestir con burdo ropaje el reimplanteamiento en Casación de los hechos que fueron debatidos ante el *juri* en la audiencia pública, así con resonancia que no puede tener eco en la Casación se agravie el fallo impugnado por haberse dictado en culminación de un juicio que traspasó inamovibles mojones que le fijan ordenamientos constitucionales".

Cargo segundo: "El tema que se expone como núcleo racional del segundo cargo queda desvirtuado con el siguiente pasaje de sentencia dictada por la H. Corte, y que por lo antigua no deja de tener vigencia para rechazar esta nueva face de la censura, toda vez que en ella se dio respuesta, a perfección, a idéntico cuestionamiento. Se dijo en tal oportunidad lo siguiente:

"No constituye violación del artículo 28 de la ley 4ª de 1943, ni hay, por consiguiente, lugar a nulidad por quebranto del artículo 26 de la Constitución, el hecho de que al redactar los cuestionarios sometidos al jurado se emplearan términos jurídicos, si por otra parte está demostrado en el proceso que el jurado dio sus respuestas con pleno conocimiento de lo que significan esas palabras o términos jurídicos, y no hay en el mismo proceso fundamento alguno para creer que por falta de conocimientos jurídicos hubiera incurrido en equivocación, porque, aunque es verdad que a los jurados se les interroga generalmente sobre hechos, por no ser versados en la ciencia jurídica, hay sin embargo, ciertas expresiones propias del lenguaje forense que son del conocimiento general de las gentes y sobre las cuales puede aludirse en el cuestionario. Aún más: es el mismo legislador quien obliga a interrogar a los jueces de conciencia con el empleo de vocablos técnicos, de gran significación científica, como los de 'responsabilidad', 'enajenación

mental', 'intoxicación crónica' y 'grave anomalía psíquica' (artículos 28 y 29 de la citada Ley 4ª). Y en estas circunstancias, corresponde a las partes durante la audiencia explicarle al jurado el alcance de esos términos, para que puedan comprenderlos y dar un veredicto acorde con la realidad y con las exigencias de la justicia. G. J. T. LXVIII, Pág. 300. 1950".

Causal primera: Cargo único: "El núcleo central del cargo consiste, según el resumen que hace el actor, en haber incurrido el *ad quem* 'en evidente error de derecho' por cuanto se tuvo en cuenta 'una circunstancia calificadora, primero agravar el delito de homicidio y luego para dosificar la pena, violándose el principio *'non bis in idem'*, y, ello agravia el artículo 363 del Estatuto de los delitos y de las penas 'pues no expresó el Tribunal cual de las dos circunstancias calificadoras tomaba en cuenta para calificar el delito de asesinato".

Como se ve, la censura es curiosamente planteada, toda vez que el sentenciador no es quien crea en el fallo las circunstancias que agravan el delito tipo, sino que lo son por el jurado en su veredicto, limitándose la actividad del juez a desarrollarlo en legal adecuación a la respectiva norma legal. Además, la doble función que en el cargo se le hace desempeñar a la "circunstancia calificadora" es confusa y reñida con la verdad procesal pues es lógico que de haberse declarado la presencia de una o unas circunstancias, no calificadoras, sino agravantes, ella o ellas trazan la pauta legal al sentenciador para dosificar la pena, es decir, es una sola la función que cumple en razón, se repite, a que la calificación de la delincuencia apareja la respectiva penalidad.

LA SENTENCIA ACUSADA

Analizada por el Tribunal de Bogotá la prueba recogida en el plenario, hace especial referencia al cuestionario sometido al *juri*, y dice:

"En el caso de autos el cuestionario elaborado por el juzgado está acorde con el auto procesatorio y ceñido a la jurisprudencia y a la doctrina. Los términos 'sevicia', 'asechanza', "insidia" no son exclusividad del Derecho Penal, sino también lo son del léxico común. El cuestionario fue leído al comienzo de la vista pública por el señor juez (Fl. 246) y el señor fiscal de la primera instancia al concluir su exposición pidió al *juri* que "el cuestionario debía ser contestado afirmativamente como homicidio agravado". Por consiguiente, no se vislumbra por ningún lado nulidad de orden constitucional o de las demás previstas en el Estatuto Procesal Penal, las que, como se sabe, son taxativas y no pueden crearse por analogía. En tales condiciones es viable la sentencia condenatoria, dado que se reúnen las exigencias para ello por la calidad e idoneidad de las pruebas.

Respecto a la dosificación de la pena impuesta a Capitolino Herrera Medina, así como a las demás declaraciones hechas en la sentencia que se revisa, no cabe hacer observación alguna, pues atendiendo a su personalidad y demás circunstancias concomitantes, resultan ajustadas a derecho, en razón de lo cual se debe confirmar, tal como lo hace en una de sus peticiones el señor fiscal de la instancia".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero: *El recurrente discute nulidad de carácter constitucional, con fundamento en el artículo 26 de la Carta (Violación de las formas propias del juicio) pero no dice si alguno de sus trámites obligatorios fue omitido por los jueces que conocieron en el proceso, o si actuaron en él sin competencia, o si, en fin, su esquema rector fue ignorado por ellos.*

Como conclusión de un bien elaborado alegato de instancia, el censor pretende la prosperidad de sus planteamientos, aduciendo que el Tribunal sentenciador incurrió en error en la valoración de las pruebas, y que consecuencialmente violó las normas que gobiernan la redacción del auto de proceder, sin que pesara en contra del procesado declaración de testigo digno de crédito, ni la demostración del cuerpo del delito.

Como es fácil advertirlo, los requisitos de forma que el artículo 483 prescribe como obligatorios en la redacción del auto de proceder, son exigencias que el funcionario debe cumplir, en cada caso, inexcusablemente, sin omitir ninguna de las formalidades a que se contrae el artículo 483.

Le impone, por ejemplo, la obligación de analizar las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado. Pero el valor legal de las mismas no siempre coinciden con su apreciación por el juez.

Diversos son asimismo la estructura del auto de proceder y su contenido real. Su forma y su fondo no son idénticas.

Las fallas formales pueden comportar errores en el procedimiento, nulidades. Pero los conceptos y apreciaciones críticas del juzgador son posibles en el justiprecio de un medio probatorio o en los alcances del ordenamiento legal. En el caso primero, si la equivocada apreciación de pruebas no importa errada denominación jurídica de los hechos delictuosos, no se deben reclamar en casación al amparo de la causal cuarta.

Y en el caso segundo, es igualmente diverso de la causal cuarta el camino a seguir en la impugnación de la sentencia.

En otras palabras. el censor no afirma que el auto de proceder carece en su formación de alguno de los requisitos consagrados en el artículo 483. Critica el alcance que el sentenciador dio a las pruebas de que hizo mérito para derivar sus conclusiones. Y, en este caso, lo aconsejable era acudir a los motivos de la causal primera de casación, inciso segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues los desaciertos del juzgador en la valoración del acervo probatorio o su infortunio en la escogencia de las leyes que son imperativos del caso concreto, son errores de juicio -se reitera- y constituyen nulidades solamente cuando llevan al sentenciador a desconocer la legalidad del delito o de la pena, del procedimiento, o el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.

En estos casos, de suyo constitutivos de nulidad, se pueden invocar los errores de juicio del sentenciador dentro del marco de la causal cuarta, por entrañar violaciones ciertas en los derechos de la defensa, de tanto momento, como que son, al tiempo, garantías fundamentales del juicio (artículo 26 de la Carta).

No son estos los supuestos que mantienen la censura contenida en el cargo que se estudia y no está llamada a prosperar.

Cargo segundo: Se alega nuevamente nulidad de carácter constitucional, con arraigo en el artículo 26 de la Carta, porque -se dice- el contenido de los cuestionarios sometidos al veredicto del jurado se caracteriza por su elevado tecnicismo, ajeno a la sabiduría popular, de los jueces de conciencia.

Sóbre el particular observa el Procurador Primero Delegado en lo Penal, que las palabras de la ley traducen generalmente el sentido natural que les adscribe el lenguaje corriente, sin que se ignore que, ocasionalmente, exhiben connotación específica.

En el caso concreto, el juez preguntó por la responsabilidad del acusado en el delito de homicidio, con circunstancias de asechanza y sevicia. Es decir, si actuó cautelosamente y con crueldad excesiva. Al contrario de lo que asegura el recurrente, asechamiento y sevicia, son vocablos que pertenecen al habla cotidiana. Sirven para especificar el delito y lo agravan. Son modalidades suyas. Y no es lo mismo, de veras, matar, con intención de hacerlo, que suprimir intencionalmente una vida cautelosamente y en forma cruel.

El recurrente no pone en discusión la forma como ocurrieron los hechos, pero asegura que la inteligencia de los jurados, en los alcances de la ley, no superior a la que exige el común entendimiento de lo vulgar, requería de especiales explicaciones, que no se les hicieron, para que pudieran decidir a conciencia sobre el significado de las palabras "asechanza" y "sevicia" que acentúan el homicidio y lo convierten en asesinato.

Son voces del lenguaje corriente, se repite, absolutamente claras, que no devienen distintas en el lenguaje jurídico, de donde fluye que su inclusión en los cuestionarios sometidos a la decisión de los

jurados, no irrogó agravio a la defensa del procesado, que en la audiencia pública tuvo ocasión para debatir con amplitud suficiente el auto de llamamiento a juicio. Si a pesar de ello la respuesta del *juri* fue contraria a sus demandas, el fallo que acogió su veredicto no se afectó de nulidad. El cargo no prospera.

Cargo tercero: Violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 363 del Código Penal, por cuanto una misma circunstancia de agravación del delito se tuvo en cuenta, igualmente, para agravar la pena en un año.

Con acierto apunta el Procurador Primero Delegado en lo Penal que la asechanza o la sevicia, modalidades del hecho delictuoso atribuido al procesado, cualquiera de las dos, independientemente considerada, y con mayor razón, analizadas en conjunto, presta mérito suficiente para sustentar la pena impuesta al recurrente. El juzgador se mueve dentro de sus facultades discrecionales y habida consideración de los móviles determinantes del delito, fija la pena dentro del mínimo y el máximo prescritos legalmente. En el caso de autos, se impuso al condenado un año sobre el mínimo de la pena establecida para el homicidio agravado, lo que por ningún modo resulta excesivo ni por fuera de las competencias del juzgador. Ni se da así la violación de norma sustancial alguna y menos la reclamada por el censor. El cargo no prospera.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia -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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PREVARICATO

Conducta comisiva u omisiva. Su estructura jurídica

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

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón.*

Aprobado: Acta Nº 26.

VISTOS

Por auto de quince (15) de Octubre del año pasado, el Tribunal Superior de Tunja llamó a responder en juicio criminal por el delito de prevaricato al ex-Juez 3º Civil del Circuito de Cartagena, doctor MARIANO JOSE GARRIDO.

En la misma providencia se tomaron otras determinaciones a saber:

1. No se accedió a la excarcelación del ex-funcionario enjuiciado;

2. Se negó la solicitud elevada por el Fiscal Segundo del Tribunal "en el sentido de solicitar al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena para que suspenda el juicio ejecutivo de José Antonio Pérez Muñoz y Teresita Fernández de Pérez en contra de POLYMER S. A.".

3. Se dispuso, en cambio, que "una vez ejecutoriado y en firme este auto, notificar al juzgado que adelante esa ejecución, acompañándole copia de esta providencia"; y,

4. Ordenar copias para que investigue penalmente la conducta del abogado Antonio de la Vega Vélez.

Contra esta decisión interpusieron, en la oportunidad legal, recurso de apelación tanto el defensor de oficio del procesado como el Fiscal Segundo de la Corporación.

HECHOS

Los que dieron origen a la investigación son suficientemente conocidos por la Sala dado que en ocasiones anteriores debió ocuparse de este mismo proceso al resolver sobre providencia dictadas por el Tribunal Superior de Cartagena, y al resolver sobre el cambio de radicación que determinó que el proceso fuera trasladado al Distrito Judicial de Tunja.

Por lo anterior, se hará una síntesis de los mismos así:

1. Como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en el mes de julio del año de 1972 con un vehículo automotor conducido por el ingeniero al servicio de la compañía "Polymar S. A.", Domingo Manuel Sampayo, se ocasionó la muerte al joven José Antonio Pérez Fernández y graves lesiones a su compañero Jorge Grau;

2. El ingeniero Sampayo fue condenado por el Juzgado Superior de Cartagena, mediante sentencia confirmada por el Tribunal, a la pena principal de ocho meses de prisión y al pago *-in genere-* de los perjuicios causados con el delito;

3. Debe tomarse en cuenta que los padres del joven José Antonio Pérez Fernández se constituyeron en parte civil dentro del proceso penal y su abogado solicitó una indemnización de perjuicios que avaluó en la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) por concepto de los materiales y en dos mil pesos por los morales $ 2.000.00).

4. Más tarde, en octubre de 1974 y dentro del incidente de liquidación de los perjuicios, éstos fueron calculados no en la suma antes relacionada, sino en la can-

tidad de $ 5.485.000.00. El incidente culminó con una liquidación definitiva por la suma de $ 202.000.00;

5. Estando en trámite el incidente que culminó con la liquidación definitiva de que se hizo mérito, los padres del joven Pérez Fernández, mediante poder otorgado al abogado Antonio de la Vega Vélez, demandaron por la vía ejecutiva a la firma "Polymer S. A." para el pago de los perjuicios, que entonces se calcularon en cantidad superior a los cinco millones de pesos.

6. El mencionado profesional presentó como título ejecutivo para hacer valer los derechos de sus poderdantes los siguientes documentos: copias de las sentencias de primero y segundo grado dictadas contra el ingeniero Sampayo Covo, en las que como se anotó, respecto a los perjuicios se hizo una condenación *in-género;* certificado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en que se hace constar la calidad de empleado de "Polymer S. A." del ingeniero autor del delito; certificado de las autoridades de Circulación de Cartagena en que se hace constar que el vehículo que conducía el ingeniero Sampayo Covo era de propiedad de la firma "Polymer S. A.", y los demás documentos -civiles y ecleciásticos- para demostrar la personería de los demandantes

7. La demanda se sometió a reparto y le correspondió al Juez Tercero Civil del Circuito de Cartagena a cargo del procesado Mariano José Garrido García, quien la aceptó, y al día siguiente, dictó el correspondiente auto de mandamiento ejecutivo contra la firma "Polymer S. A.", por suma superior a los cinco millones de pesos, y decretó el embargo y secuestro de las cuentas corrientes de la compañía, así como el embargo y secuestro del automotor, todo en cuantía superior a los ocho millones de pesos.

Con vista de esto, la compañía solicitó la intervención de la Procuraduría General de la Nación, y el señor Procurador General consideró que se había violado la ley y que la responsabilidad por tal violación recaía sobre la persona del titular del juzgado y de ese modo presentó la correspondiente denuncia penal por el delito de prevaricato, que comenzó a tramitarse ante el Tribunal Superior de Cartagena, hasta cuando fue cambiada de radicación por el Ministerio de Justicia, previo concepto favorable emitido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

I. DELITO ATRIBUIDO Y SU PRUEBA

Ya se anotó que la conducta ilícita que se imputa al ex-juez Garrido García es la consagrada en el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 que modificó el artículo 168 del Código Penal, y que describe y sanciona el delito de prevaricato.

Se comprobó plenamente dentro de la investigación no sólo la calidad de funcionario público en la persona del acusado, sino también el ejercicio de la función pública cuando produjo la providencia que se ha tomado como ingrediente material del delito de prevaricato.

En cuanto a la responsabilidad que se deduce al sindicado dice el Tribunal en el auto objeto de la apelación:

"El mandamiento de pago dictado por el doctor Garrido García.... en escasos treinta y cuatro renglones, sin motivación fundamental alguna, resulta manifiestamente injusto, es contrario a la ley, ya que los documentos que se le presentaron como presunto título ejecutivo, en jamás de los jamases, tienen esa calidad conforme al artículo 488 del Código de Procedimiento Civil. Háganse todas las lucubraciones jurídicas que se quieran, acúdase a cuantas especulaciones en derecho se deseen, búsquese expedientes de distinto orden, y jamás podrá concluirse, sin atropellar la lógica más elemental y sin retorcerle el cuello a la justicia que, los documentos que se esgrimieron en contra de POLYMER S. A.", prestan mérito ejecutivo en contra de tal compañía...".

Y el enfrentamiento frontal, radical, terminante de la providencia dictada por el encausado, con las normas del Código de Procedimiento Civil, la evidencia el Tribunal en el auto recurrido, recordando que la ley exige para la existencia del llamado título ejecutivo que autoriza la iniciación de un proceso de esa natura-

leza, entre otros requisitos esenciales los que dicen con la existencia de una obligación que debe ser CLARA, EXPRESA y EXIGIBLE en el momento en que se pretende hacer efectivo el derecho, o que, provenga del deudor o de su causante y que constituya PLENA PRUEBA contra el ejecutado; o también las que emanen de una sentencia que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley. En el caso de autos, es incuestionable que ninguno de los documentos esgrimidos por el demandante como título ejecutivo provienen de la compañía contra la que se dictó el mandamiento ejecutivo y cuyo patrimonio fue arbitrario e ilícitamente embargado y secuestrado.

Para reforzar la anterior argumentación y demostrar ampliamente la ilicitud en el proceder del juez acusado, el Tribunal recuerda como los padres de la víctima del accidente, habían iniciado con dos meses de antelación, y el correspondiente incidente de liquidación de los perjuicios, con fundamento en la sentencia condenatoria dictada por el Juez Superior de Cartagena, y siguiendo entonces si, el procedimiento señalado en el Art. 308 del Cód. de Procedimiento Civil. Por suerte que, si el abogado ejecutante, presentó ante el juez acusado toda esta prueba, mal podía ignorar la existencia del incidente de liquidación, la cuantía que se discutía en tal incidente y, por sobretodo, la persona contra quien se había dictado la sentencia de condena que serviría de título legal para obtener el resarcimiento de los perjuicios. De modo que si el juez con plena conciencia de que contra la compañía "Polymer S. A." no se había dictado sentencia de condena, por la simple y llana razón de que no había sido *parte* en el proceso penal, jamás se podía legalmente y a través de un proceso ejecutivo, perseguir sus bienes para embargarlos y secuestrarlos, como ocurrió en este proceso, gracias a la actuación ilícita del juez acusado.

Todo lo anterior respalda la afirmación del Tribunal en cuanto se dice que en el presente proceso se han acreditado suficientemente los presupuestos que el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal exige para que se pueda dictar un auto de llamamiento a juicio, -contra el inculpado-.

Es necesario examinar también la decisión tomada por el Tribunal en cuanto que dispone que se examine la conducta del abogado Antonio de la Vega Vélez profesional que con poder de los padres de José Antonio Pérez Fernández -víctima del accidente- adelantó el proceso ejecutivo contra la compañía "Polymer S. A.".

Fundamenta el Tribunal su determinación en el hecho incuestionable de que la actuación del ex-juez que se ha calificado de prevaricadora, no fue propiamente espontánea, sino provocada, estimulada y aún determinada por el profesional, que, como el ex-juez, sabía que la empresa comercial no había sido parte en el proceso penal y por lo mismo no se le podía ejecutar, además de que, en el proceso penal se ha demostrado "que luego del embargo de los bienes a la empresa por suma superior a los cinco millones de pesos" inexplicablemente, la parte demandante, por conducto del doctor Antonio de la Vega Vélez, ha buscado una transacción, primero rebajando esa cantidad a unos tres millones de pesos y últimamente a un millón de pesos", y de acuerdo con pruebas aportadas al proceso.

Todo lo anterior da base al Tribunal para ordenar se investigue la conducta del profesional en cuanto puede hipotéticamente encajar dentro de los lineamientos de la complicidad delictuosa, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, y por cuanto el abogado de la Vega carece de fuero especial que haga justiciable su conducta por la Corte.

II. ALEGACIONES DE LA DEFENSA Y DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA INSTANCIA

El defensor de oficio designado para representar al ex-juez Garrido García, plantea, en defensa de su patrocinado, varias cuestiones, unas referentes al aspecto substancial del asunto sometida al examen del Tribunal y otra relativa a la

prueba existente para dictar auto enjuiciatorio.

En cuanto al primer aspecto, sostiene el defensor, que en el ordenamiento civil vigente en la legislación colombiana existe un título, precisamente el que se refiere a la responsabilidad civil extracontractual, que fue precisamente "la que interpretó el ex-juez Garrido García al dictar el mandamiento de pago materia de la investigación". Aquí, dice el defensor, se está en presencia de una "responsabilidad directa por parte de la empresa que tenía a su servicio el (sic) infractor de la ley penal señor Sampayo Covo (sic)". Que, contrariamente a cuanto afirma el Tribunal, esa "responsabilidad directa" de la compañía, como su misma denominación lo indica, puede intentarse en forma directa contra la empresa, sin necesidad de que previamente se haya tramitado el proceso ordinario declarativo, porque dicho proceso quedó derogado por el nuevo Código de Procedimiento Civil, en el que no se señala ningún procedimiento especial para la regulación y liquidación de los perjuicios.

Entra, luego, la defensa al examen de los elementos del delito de prevaricato que es el que se le imputa al ex-juez Garrido García, para afirmar que la prueba aportada a los autos, no demuestra la existencia de la infracción, y que la responsabilidad que se deduce al acusado "se fundamenta en meras conjeturas", ya que el ex-juez, al dictar el auto de mandamiento ejecutivo, no hizo cosa diferente que interpretar las normas del Código Civil relativas a la llamada "responsabilidad directa" que según el defensor autorizaban al ex-juez para tomar la medida que se ha calificado como ilícita.

Por lo anterior, afirma, que el acusado pudo haber incurrido en error "al tratar de aplicar unas normas que creía aplicables al caso que se le planteaba", con lo que, se eliminaría el delito, por ausencia del elemento subjetivo característico de la figura del prevaricato.

Con fundamento en lo anterior solicita: se revoque el auto objeto de la apelación y se "declare terminado el proceso", por cuanto se ha demostrado la inexistencia del delito y de la responsabilidad, y, subsidiariamente, se reemplace con un sobreseimiento temporal; y, finalmente, que se conceda al procesado el beneficio de la libertad, provisional.

Por su parte, el colaborador fiscal del Tribunal además de pedir que fuera llamado a juicio el sindicado, solicitó al Tribunal que se ordenera al Juzgado Civil del Circuito de Cartagena la suspensión del proceso ejecutivo que se adelanta contra los intereses de la compañía "Polymer S. A.", disponiendo el levantamiento de las medidas preventivas. El Tribunal, como se anotó, negó esta solicitud, y ello dio ocasión para que el fiscal interpusiera recurso de apelación, por este aspecto, contra el auto calificatorio.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal al emitir concepto de fondo sobre el proceso, se refiere, por separado, a las diversas determinaciones tomadas por el Tribunal así:

1. En cuanto a la existencia del delito de prevaricato y su prueba, el Delegado solicita a la Corte confirmación del auto, por cuanto está demostrado fehacientemente la materialidad de la infracción imputada y la prueba que exige la ley para tomar la decisión objetada.

Expresa el Procurador que los documentos que se acompañaron a manera de "título ejecutivo" contra la compañía "Polymer S. A.", en ningún momento, o/y por ningún aspecto se acomodan a las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil. Menos aceptable resulta la tesis esgrimida por la defensa y relativa, como se vio, a la llamada "responsabilidad civil directa" porque aquí también, y tal como lo anota el colaborador, no existía ninguna sentencia de condena contra la empresa comercial cuyos intereses fueron embargados, so pretexto de la existencia de una responsabilidad civil extracontractual que jamás le fue deducida en forma legal.

Además, anota el Procurador, el Tribunal Superior de Tunja y su fiscal, pudie

ron comprobar la forma irregular como se hizo el reparto de la demanda ejecutiva presentada por el abogado De la Vega Vélez, para que ella le correspondiera precisamente al ex-juez acusado" y de esta manera se buscaba el despacho judicial que convenía a la parte demandante".

No participa el colaborador de las tesis de la defensa relativas a la exculpación del encausado, por cuanto habría obrado en error. Dice el Procurador, que el dolo en la conducta del ex-juez Garrido se evidencia cuando se advierte que tomó una determinación -dictar auto de mandamiento ejecutivo- "con desconocimiento absoluto de lo que es título ejecutivo —simple o compuesto— las vías ejecutivas y ordinarias y la responsabilidad civil extracontractual y la tasación de los perjuicios causados por el delito, fulminó mandamiento de pago contra "Polymer S. A." sin tener en cuenta ninguno de los factores anotados y tampoco el de que esta persona jurídica era ajena al proceso penal y no fue vencida en juicio civil. Y como si fuera poco lo expuesto, desconoció también el hecho de que la parte demandante en sede penal pidió la liquidación de perjuicios al autor del delito de homicidio en la persona de José Antonio Pérez Fernández";

2. Respecto a la suspensión del proceso ejecutivo que se adelantó contra la compañía, el Procurador solicita se revoque la determinación del Tribunal en cuanto dispone solicitar la suspensión del mismo, por cuanto que se tiene informaciones, y ellas se evidencian con las copias de la providencia dictada por el Tribunal de Cartagena, y que trajo a los autos la defensa -que la Corporación "declaró probada la excepción perentoria de ineficacia del título ejecutivo", con lo cual se dio por concluido el proceso, situación que hace innecesaria la solicitud de suspensión decretada en el auto recurrido;

3. Solicita el Procurador confirmación del auto en cuanto se refiere a la investigación de la conducta del abogado ejecutante, ya que ella se la considera como "inspirador (a) del juicio ejecutivo contra la empresa mencionada", fuera de que, en providencia de esta Sala, se ordenó investigar disciplinariamente la actuación del mencionado profesional, y de otra parte, habiendo concluido el proceso ejecutivo, se ha cumplido también la condición a que se refiere el artículo 13 del Decreto 1137 de 1971.

4. Referente a la solicitud de libertad provisional el Procurador solicita sea negada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 sustitutivo del 168 del Código Penal, define el delito de prevaricato como la conducta 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 deniege un acto propio de sus funciones" y reprima dicha conducta dolosa con sanción de prisión hasta por cinco años en la hipótesis de que no se presente la circunstancia específica de agravación consagrada.

En el caso de autos, se afirma que la conducta tenida por el ex-juez Garrido García, al dictar auto de mandamiento ejecutivo contra los intereses de la compañía "Polymer S. A.", contrariando en forma expresa y terminante las normas relativas a los presupuestos procesales y sustanciales necesarios para tomar una medida de esos alcances y con tales consecuencias, violó la ley penal, y precisamente la norma que expresamente sanciona conductas de ese tipo, bajo la denominación de prevaricato.

Según la descripción de la figura delictiva, se requiere, para la subsistencia del prevaricato, desde el punto de vista objetivo, no sólo la presencia de la calidad de funcionario o empleado público, o el ejercicio transitorio de la función pública, en el autor, factores esenciales que para el caso, están probados suficientemente, sino también, que dicho sujeto calificado profiera -modalidad comisiva- dictamen, resolución, auto o sentencia las que, también objetivamente, deben ser contrarias a la ley. *Entonces, por este aspecto se evidencia ya una característica propia del prevaricato cual es la de que la conducta*

oficial que se manifiesta a través de una decisión respaldada en el ejercicio de la función pública, debe ser objetivamente contraria a la ley, viniendo luego a darle el colorido definitivo a esa contrariedad, el elemento subjetivo del delito que no es otro que el dolo.

Del análisis hecho por el Tribunal y de los conceptos emitidos por el Delegado, a los que se hizo referencia, queda claramente establecida esa contrariedad objetiva en la decisión del ex-juez Garrido García cuando al dictar un auto de mandamiento ejecutivo, se apartó indefectiblemente de los presupuestos teóricos que exige la ley (artículo 488 del C. de P. C.), para que se de el título ejecutivo. *No es necesario, porque su contrariedad aparece a ojos vistos, examinar los papeles que se esgrimieron como "título ejecutivo" que, aún con el calificativo que se les quiso dar de "complejos" o "compuestos", en forma alguna reúnen los exigidos por la ley procedimental civil que el ex-juez y el abogado conocían suficientemente, como que aquel, era nada menos que profesor de la materia en una de las universidades de Cartagena, y el otro, profesional del derecho con amplia trayectoria profesional.*

Pero si por el aspecto de la naturaleza del título *es incuestionable como se ha dicho, que se advierte la contrariedad del auto con la ley civil, mucho más protuberante resulta esa contrariedad objetiva si se toma en cuenta que la persona -en este caso jurídica- contra quien se dictó el auto de mandamiento ejecutivo, era completamente ajena a la situación jurídico procesal que originó la responsabilidad que se pretendía hacer valer con semejante título ejecutivo.*

Está ampliamente demostrado en los autos, que la empresa comercial "Polymer S. A.," no fue demandada, ni vinculada en forma alguna, directa, ni indirecta al proceso penal que se adelantó en el Juzgado Superior de Cartagena con ocasión de la muerte del joven José Antonio Pérez y las lesiones a su compañero Jorge Grau. Y, si por lo demás, el ex-juez Garrido García supo, porque así se lo hizo saber el abogado De La Vega al acompañar los papeles con los cuales pretendió configurar un "título ejecutivo compuesto", supo, se repite, que la correspondiente liquidación in concreto *de los perjuicios causados con el delito y a los cuales fue condenado el ingeniero Sampayo, y no la firma "Polymer S. A.", se adelantaba mediante el incidente procesal de ley, por este otro aspecto resulta, y por tercera vez, que la conducta del ex-juez Garrido García fue contraria a la ley.*

Y no son aceptables en forma alguna, ni las alegaciones del sindicado ni las de la defensa, por cuanto las del sindicado evidencian, más que ignorancia de la ley, conocimiento de la misma, situación que viene a reforzar, como se verá inmediatamente, la presencia del dolo que inspiró su conducta ilícita. Por las mismas razones, no pueden admitirse como exculpatorias las tesis del error de que nos habla la defensa. No. El doctor Garrido García al dictar el auto de mandamiento ejecutivo contra quien no había sido vinculado al proceso penal, y por lo mismo era extraño a él, y no había sido por ello oido ni vencido en juicio, no erró, sino que obró en forma consciente, clara, meridiana, y a sabiendas -porque con los documentos del "título ejecutivo compuesto" supo que obraba contra derecho.

El procesalista uruguayo Eduardo J. Couture expresó en estos postulados todo el inmenso contenido del valor de las decisiones judiciales cuando recogen el derecho o cuando se apartan de él. Dijo el jurista: DECISION SIN EJECUCION ES PURA UTOPIA; pero EJECUCION SIN DECISION ES ARBITRARIEDAD. Siendo, como resulta claro, aplicable al caso de autos la segunda afirmación se cumple aquí el profundo significado de la sentencia: se trata de una ARBITRARIEDAD porque se ha EJECUTADO a alguien sin que haya existido previamente DECISION judicial.

Pero si como lo recuerda SOLER "No existía ni existe... un prevaricato objetivo o inadvertido por el juez", sino que habrá que mirar fundamental y esencialmente el aspecto subjetivo, al dolo que la ley colombiana ha bautizado con el clásico "a sabiendas".

Sobre este elemento y sus alcances, el mismo tratadista argentino enseña, recordando a Carrara que "así como el perjurio no consiste en la discrepancia entre los hechos afirmados por el testigo y los hechos reales, sino en la diferencia entre los hechos DECLARADOS y los hechos SABIDOS, así el prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho declarado *y el* conocido; *no está en la proposición afirmada, sino en "la relación entre esa proposición y es estado de creencia en la mente" del juez. Si no se busca el prevaricato en esa discordancia subjetiva, en vano se lo buscará. La referencia del precepto y la contrariedad del pronunciamiento con el derecho* invocado por las partes o por el juez mismo, *tiene precisamente el sentido de señalar que el prevaricato consiste en el intento de* hacer pasar *como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es". (S. Soler, Derecho Penal Argentino, Vol. V. 3ª ed. p. 211 ss.).*

Aquí se produjo una declaración *judicial que como se ha visto no sólo resulta objetivamente contraria a la ley positiva, sino que por cuanto se pretendio* hacer pasar *como derecho algo que no era, según lo enseña Soler, se realizó necesariamente con el dolo reforzado que la ley colombiana conoce como "a sabiendas", fenómeno subjetivo que no sólo debe predicarse del conocimiento previo de que la decisión es contraria a derecho, si no también de la conciencia y voluntad de realizar el hecho contra derecho.*

No caben, en forma alguna, las explicaciones de la defensa en cuanto a que se trataría de una forma de interpretación de la ley, porque también cuando la interpretación se hace en forma acomodaticia de modo tal que ella coincida con el pensamiento propio del intérprete y no con los alcances y el contenido de la norma también se prevarica, porque objetiva y subjetivamente se está quebrantando la ley. Por ello resultan inaceptables los argumentos de la defensa cuando alega la existencia de una responsabilidad extracontractual directa que eliminaría, óigase bien, nada menos ni nada más, que los necesarios e insustituibles presupuestos que la generarían. Y es precisamente porque la ley procedimental civil no estableció, como lo afirma la defensa, un procedimiento especial *para deducir este tipo de responsabilidad, por lo que primero, y como la lógica y el sentido común lo indican, se debe establecer el necesario presupuesto de la existencia de la relación que origina la responsabilidad extracontractual a través de una decisión* declarativa *de condena, que sólo puede lograrse mediante los trámites de un proceso* ordinario *para que la EJECUCION no resulte arbitraria por intentarse sin que antes se hubiera producido la necesaria DECISION. -en que se hubiera reconocido la responsabilidad.*

En cuanto hace a la disposición tomada por el Tribunal para que se suspenda el proceso ejecutivo contra la empresa comercial, por cuanto dicho proceso ha concluido, de acuerdo con las pruebas aportadas a los autos, deberá revocarse esta parte del auto, por sustracción de materia.

Se mantendrá la determinación del Tribunal respecto a la conveniencia de que por los trámites legales del caso se examine la conducta del abogado Antonio de la Vega Vélez no sólo por las razones del Procurador y las que se contienen en el auto recurrido, sino principalmente, te, porque como se dijo, la conducta del ex-juez Garrido que se ha calificado como de prevaricato, no fue un producto espontáneo, de su propia iniciativa, sino antes por el contrario ,provocada o estimulada por alguien que no sólo debía conocer como el ex-juez la ley, sino que también obtuvo por medios y procedimientos que serán materia de la investigación que la demanda ejecutiva con sus medidas pre ventivas, le fuera repartida a quien más tarde aceptó la tesis del título ejecutivo compuesto y tomó las drásticas determinaciones económicas contra la empresa comercial.

La Sala comparte los planteamientos de su colaborador fiscal en cuanto a que se debe negar la libertad provisional solicitada por el defensor de oficio para su patroci-

nado. Dice al respecto el Delegado que "en cuanto a la condena condicional.... el acusado doctor Garrido García no se ha hecho acreedor a ella", y pide que se tomen en cuenta los factores a que se refiere el numeral c) del artículo 80 del Código Penal "decisivos para conceder el subrogado penal", así: "la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso atribuido al doctor Mariano J. Garrido no son corrientes y por el contrario, constituyen extrema gravedad en el ejercicio de la actividad judicial. El doctor Garrido prevalido de su condición de juez, admitió una demanda sin fundamento jurídico alguno, libró mandamiento ejecutivo... y ordenó embargo de bienes por un monto superior a los ocho millones de pesos los que permanecieron por fuera del comercio por más de dos años, con incalculable perjuicio para la empresa...". Y, en cuanto a los motivos determinantes de semejante actuación, dice el Procurador, no existe prueba alguna en el proceso que la explique satisfactoriamente.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal-,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar el numeral tercero de la parte resolutiva del auto de quince de octubre de mil novecientos sententa y seis del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en cuanto ordena informar al Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena que contra el doctor Mariano J. Garrido García se ha dictado auto de proceder; y

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PRUEBA TESTIMONIAL

Su estimación

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo trece de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 26.

V I S T O S

Se decide el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Aduanas el 16 de agosto de 1976, mediante la cual confirmó en parte la sentencia del 22 de mayo del mismo año dictada por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá, modificándola en el sentido de condenar a LUIS FERNANDO GUALDRON VARGAS, por los delitos de Contrabando y Falsedad, a la pena principal de VEINTIUN MESES DE PRISION, a MULTA DE DOSCIENTOS PESOS, y a las accesorias de rigor.

HECHOS

Quedaron sintetizados en la siguiente forma:

"El señor Raúl Solórzano Duque se presentó a la División de Investigaciones Especiales de la Aduana y formuló denuncia en contra del vehículo Ford Mustang modelo 1973, de placas AC-4266, tipo coupé, con chasis Nº AJOINB66373, el cual había sido llevado a su establecimiento comercial situado en la carrera 7ª Nº 33-35 para la venta del mismo, habiéndose luego comprobado cuando se pretendieron efectuar los trámites de traspaso ante la Circulación y Tránsito, que la Tarjeta de matrícula a nombre de JESUS DARIO TORRES era totalmente falsa. Manifiesta que quien le llevó el vehículo fue el señor HERNANDO CARDONA CORTES, hechos estos ocurridos por el mes de marzo de mil novecientos setenta y cuatro".

ACTUACION PROCESAL

La investigación se inició el 1º de abril de 1974 en el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá. Se vincularon mediante indagatoria a Luis Fernando Gualdrón Vargas y a Hernando Cardona Cortés. Por auto del 17 de febrero de 1975 se ordenó la detención preventiva de ambos acusados.

El juzgado del conocimiento acoge en parte la acusación de su fiscal colaborador y llama a responder en juicio criminal a los dos procesados por los delitos de Contrabando y Falsedad, en conexidad, por providencia del 16 de septiembre de 1975. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas el 24 de febrero de 1976.

Tramitada la causa, el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá dicta sentencia absolviendo a Luis Fernando Gualdrón Vargas y condenando a Hernando Cardona Cortés, con fecha 22 de mayo de 1976. Al ser apelada esta determinación, el Tribunal Superior de Aduanas la confirmó en cuanto a Hernando Cardona Cortés y la revocó en lo concerniente a Luis Fernando Gualdrón Vargas para condenarlo, de conformidad con el auto de proceder, a la pena de 21 meses de prisión, multa de doscientos pesos y accesorias del caso.

Contra esta sentencia el procesado Luis Fernando Gualdrón Vargas interpuso recurso de casación, le fue concedido y la Corte lo declaró admisible. El recurso fue sustentado en oportunidad y el libelo se consideró ajustado a las exigencias formales de ley.

LA DEMANDA

Alega el recurrente la violación indirecta de la ley (inciso 2º, artículo 580 del C. de P. P.), al efecto rechaza los presupuestos probatorios de la sentencia para pedir su confirmación. En términos generales le formula varias tachas, así:

1. Que el fallador de segunda instancia dio por probado que Luis Uribari es una persona ficticia porque las averiguaciones al respecto no resultaron positivas, lo que era lógico después de dieciséis meses de ocurridos los hechos.

2. Que el Tribunal tuvo como indicio un hecho del cual no se podía inferir la existencia del delito, pues la presencia o ausencia de Uribari ninguna relación tiene con la entrada al país de otro vehículo de contrabando y que el procesado sea necesariamente su autor.

3. Que no obstante ser distinto el número del motor del carro introducido temporalmente al país por Gualdrón Vargas del que exhibe el decomisado y declarado de contrabando, el fallo sostiene que se ha demostrado que se trata del mismo vehículo.

4. Que el sentenciador dio crédito a Hernando Cardona Cortés cuando en su declaración indagatoria señaló como propietario del vehículo a Gualdrón Vargas, sin que se le hubiera tomado juramento sobre ese cargo.

5. Que el Tribunal no apreció en forma correcta los testimonios de Mario Cardona Nichols y del capitán Darío Tirado Tobón. Igualmente, en tener el reconocimiento fotográfico que hizo Benedo Torres Ulloa como indicio de responsabilidad contra su propio dicho.

6. Por último, que el fallador dio por existente un hecho que no guarda relación con lo probado, o sea, la capacidad moral para delinquir derivada de haber manifestado el procesado, cuando importó temporalmente el vehículo, que residía en Venezuela.

Para terminar afirma que con las anteriores objeciones constitutivas de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, se establece que se violaron de manera indirecta los artículos 16 del Decreto 955 de 1970 y 244 del C. P., razón fundamental para que la Corte anule la sentencia y dicte en su lugar la que corresponde.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Después de criticar las fallas técnicas de la demanda, en su aspecto formal, advierte que el actor afirma que el sentenciador incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación o falta de apreciación de algunas pruebas, sin expresar el concepto de la violación ni demostrar el quebranto de la ley sustancial.

Empero, entra al estudio de los cargos para pedir que la sentencia no se case.

Primer cargo: A la circunstancia de que el fallador diera por probado, con base en el informe del Jefe del DAS en Maicao, que Luis Uribari resultó ser persona ficticia, opone el censor su propia conjetura. Y, no manifiesta si la violación de esa prueba en la sentencia comporta error de hecho o de derecho, ni expresa el concepto de esa violación y su incidencia en las conclusiones del fallo.

Segundo cargo: En cuanto a que el Tribunal aceptó categóricamente el hecho de la reexportación del vehículo y, sin embargo, derivó consecuencias contrarias al procesado, el Ministerio Público sostiene que la afirmación no es exacta, pues el fallador expresa que la pretendida reexportación fue un sofisma de distracción, lo que hace infundada la acusación. Agrega, que al señalar esto como error de derecho equivoca la censura.

Tercer cargo: La aserción que hace el fallador de que el vehículo provisionalmente importado y el que después fue decomisado en Bogotá, es el mismo, no cons-

tituye error de hecho como lo apunta el recurrente sino de derecho, porque esto significa que no se le dio pleno valor probatorio a un documento público expedido con las formalidades legales por funcionario público en ejercicio de funciones, que podía eventualmente demostrar lo contrario.

Cuarto cargo: La imputación que hizo a Gualdrón Vargas el otro sindicado de ser el poseedor del vehículo ilegalmente introducido al país lo tomó el sentenciador a pesar de no haber sido recibida bajo juramento. No obstante, dice el Ministerio Público, la imputación se encuentra probada por otros elementos de juicio que tuvo en cuenta el Tribunal y, además, "...el demandante no probó que de no existir la sindicación de Cardona la situación jurídica de su patrocinado sería diferente...".

Quinto cargo: Al aducir el recurrente que el fallador no le dio a los testimonios de Mario Cardona Nichols, Benedo Torres Ulloa y Darío Tirado Tobón el valor probatorio que les asigna el artículo 236 del C. de P. P., plantea la actitud del Tribunal como un error de derecho. Entiende el Ministerio Público que la censura es infundada porque "...examinada la sentencia fácilmente se observa que tales pruebas ocuparon la atención preferencial del Tribunal, ellas fueron sopesadas a través de un análisis crítico y valoradas teniendo en cuenta las contradicciones en que incurrieron los deponentes, las condiciones personales y sociales de los mismos, para darles la credibilidad que merecen...".

Sexto cargo: Cuando el actor asegura que el indicio consistente en la capacidad para delinquir de Gualdrón Vargas se dedujo únicamente de sus afirmaciones mentirosas ante las autoridades venezolanas para obtener el permiso de circulación o tarjeta de propiedad del vehículo, hace una afirmación inexacta pues el Tribunal tuvo como base de su responsabilidad un conjunto de indicios que anacisión y conexidad "...inequivocamente lizados en su pluralidad, gravedad, prelo señalan como autor de los ilícitos imputados y constituye plena prueba de su responsabilidad...".

LA CORTE CONSIDERA

No cabe la menor duda que la demanda formula los cargos al amparo del inciso 2º del artículo 580 del C. de P. P., esto es, violación indirecta de la ley por apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas, debido a errores manifiestos de hecho o de derecho en que incurrió el sentenciador.

Las normas sustanciales que estima quebrantadas el recurrente son: el artículo 16 del Decreto Ley 955 de 1970 y el 244 del C. P., pues, dice el actor, ninguna de las conductas a que se refieren fue ejecutada por Gualdrón Vargas.

Igualmente, resulta indiscutible que el libelo adolece de fallas técnicas. En efecto, el censor omite, en varios cargos, expresar el concepto de la violación y demostrar el conculcamiento de la ley penal sustantiva. Además, en la formulación de cada tacha, incurre en desatinos y confusiones que terminan por hacer sustancialmente inepta la demanda, como pasa a demostrarse:

Unico error de hecho: Lo conforma de la afirmación que hace el fallador cuando sostiene que el carro provisionalmente introducido al país y el que, después, fue decomisado en Bogotá, es el mismo. Señala que el error provino de haber tenido las especificaciones consignadas en varios documentos respecto del vehículo decomisado como iguales a las que presentó el importado, siendo distintas, pues se diferencian en una letra del número de identificación. Con absoluta nitidez se aprecia que, en esta forma, la acusación pone de relieve que el Tribunal no le dio a los documentos públicos contentivos de estos datos, la fuerza de convicción que la ley les asigna, en cuyo caso se incurre en un error de derecho y no en el que invoca el censor, porque no está discutiendo la existencia o inexistencia de la prueba, sino su valor y alcance probatorios, como lo precisa el Ministerio Público.

Si ha habido equivocación en el concepto de la violación al indicar que el error

fue de hecho y no de derecho, lo demás es inútil. El cargo se desquicia por falta de técnica.

No prospera.

Primer error de derecho: Lo fundamenta el impugnante en que "... demostrado el hecho de la reexportación del automotor adquirido por Gualdrón Vargas en Venezuela, debe aceptarse que hasta ese momento la actividad de mi poderdante carece de significación penal y que la presencia o ausencia de Luis Uribari en Maicao, ninguna relación ni directa ni indirecta tiene con la entrada de otro vehículo de contrabando al país y mucho menos está señalado que Gualdrón Vargas fuera el autor de la infracción penal correspondiente, pues del hecho tenido como indicio, no puede inferirse lógicamente la existencia del evento tenido como delito (contrabando). Son dos situaciones independientes, faltas de nexos, es que la segunda no es posible deducirla de la primera ni siquiera -repito- en forma indirecta. Por eso el sentenciador incurrió en error de derecho, puesto que no se estableció plenamente si Luis Uribari existió o no...".

Por este modo, pone en entredicho el informe del Jefe del DAS de Maicao sobre el hecho de que Uribari no figura en los archivos de esa institución y que las averiguaciones que al respecto se hicieron no dieron resultados positivos. Lo cierto es que el Tribunal no le dio a ese documento público u oficial un valor diferente o distinto al que la ley le atribuye, simplemente le dio alcance pleno a la prueba en cuanto a que Uribari no fue encontrado en esa población, ni nadie daba razón de él, pero relacionó esto con el resto del material probatorio para concluir que se trataba de una persona ficticia, es decir, que de ese solo documento no derivó esa conclusión como se afirma, ni sobre esa sola apreciación dedujo el hecho indicador de la responsabilidad de Gualdrón Vargas en los delitos que se le imputan, sino que también consideró las cartas de propiedad del vehículo, el dicho de Cardona Cortés, el hecho de la importación y reexportación, la intervención de Torres Ulloa, del capitán Darío Tirado Tobón y finalmente de Raúl Solórzano.

De otro lado olvidó el recurrente expresar la incidencia que el pretendido error pudiera tener en la norma medio, en la sustancial y en las conclusiones del fallo.

En consecuencia, el cargo resulta infundado y falto de técnica.

No prospera.

Segundo error de derecho: Lo hace consistir en que el sentenciador aceptó plenamente el hecho de la reexportación del vehículo con base en la constancia que dejó el comandante del Retén de la Aduana de Paraguachón en la licencia, para deducir consecuencias contrarias a su patrocinado. No existe el error anotado porque precisamente al confrontar esa prueba con el hecho de que en los libros del Retén no existe constancia de ingreso y de salida del país del automotor, el Tribunal dedujo que la pretendida reexportación fue un sofisma de distracción, es decir, que concluyo de manera inversa a la que alega como premisa del error el impugnante. Luego, su argumentación cae en el vacío.

Así, la propia demostración del error, de la violación de normas reguladoras de la prueba y de su incidencia en las conclusiones de la sentencia, que brillan por su ausencia, hacen que este cargo también resulte infundado y carente de técnica.

No prospera.

Tercer error de derecho: Lo concreta como el hecho de haber tomado en cuenta el fallador la imputación que le hace en su indagatoria el otro procesado Hernando Cardona Cortés a su defendido de ser el poseedor del automotor introducido ilegalmente al país, sin que de ella se hubiera juramentado. De aquí que el actor exprese: "...En ningún momento se ratificó bajo juramento tal afirmación comprometedora de la responsabilidad de un tercero, como lo ordena el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, para que pueda apreciarse como testimonio, es decir, no se cumplieron las exigencias de los artículos 254 y 255 de la obra citada, es decir se apreció una prueba de irregular asunción al proceso.....". Aun-

que sólo relata el aludido error y no demuestra que el Tribunal lo cometió, vale la pena observar que la sindicación de Cardona Cortés no fue insular, por el contrario, la respaldan otras pruebas como los testimonios de Mario Cardona Nichols y Benedo Torres Ulloa, que fueron ampliamente analizados en la sentencia.

Por cuanto no dio a conocer la prueba impugnada, ni demostró el error del sentenciador, ni probó su incidencia decisiva en lo resuelto, el cargo falla en su prospectación.

No prospera.

Cuarto error de derecho: Lo edifica sobre los testimonios de Mario Cardona Nichols, Benedo Torres Ulloa y Darío Tirado Tobón, pues afirma que el fallador no los valoró razonadamente como lo prescribe el artículo 236 del C. de P. P. Para demostrar el error, el impugnante opone su personal criterio al del Tribunal y así pretende destacar la equivocación de éste. Tal forma de proponer el cargo es incorrecta.

La estimación de la prueba testimonial le está discernida al fallador, pues, no cabe duda, que la ley no le otorga un determinado valor probatorio. De suerte que, por este aspecto concreto, no puede alegarse error de derecho. No obstante lo dicho, resulta pertinente advertir que en la sentencia esos testimonios fueron objeto de un análisis crítico, con fundamento en las condiciones personales y sociales de los deponentes, a fin de otorgarles el crédito que les asiste.

No pudiendo existir el error de derecho formulado, el cargo desaparece.

No prospera.

Quinto error de derecho: Lo estructura sobre la circunstancia de que el fallador, para establecer la responsabilidad penal de Gualdrón Vargas, tuvo como indicio necesario su capacidad moral para delinquir, por haber mentido ante las autoridades encargadas de expedir licencia de importación, cuando dijo ser residente en Venezuela. No aparece por ninguna parte que al referido indicio se le hubiera dado en la sentencia el valor de necesario, por el contrario, el juzgador lo relacionó con otros de mayor gravedad para armonizarlos y, de su análisis conjunto, derivar la plena responsabilidad del imputado.

En efecto, el Tribunal termina el estudio del material probatorio con esta fundamental apreciación: "...Obvio que si se analizan separadamente las pruebas, cual si fueran islas incomunicadas, cada una de ellas constituye evidencia semiplena de responsabilidad penal. Pero armonizadas, estudiadas en conjunto, se complementan hasta formar un todo categórico e indiscutible. No son impresiones, suposiciones, sospechas infundadas, sino el resultado del examen escueto y objetivo de hechos que ofrece la investigación...".

Esto demuestra que el error alegado no tuvo existencia y que, consecuencialmente, el cargo es infundado.

No prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de diez y seis de agosto del año pasado, dictada en este proceso por el Tribunal Superior de Aduanas y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

AUTOS

Cuáles corresponden al Magistrado Sustanciador y cuáles a la Sala de Decisión. Interpretación del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal en el recurso de Revisión

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo trece de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez.*

Aprobado: Acta Nº 26 de mayo 13/77.

V I S T O S

Contra los Conjueces de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, doctores CONRADO CORREA GUTIERREZ (ponente), EVELIO GOMEZ BOTERO y HECTOR LOPEZ OBANDO, ha formulado denuncia penal el ciudadano MARCO TULIO OROZCO, conocido en Pereira también con el nombre de Miguel Cadavid", como autores de los delitos de "abuso de autoridad", y denegación de justicia y prevaricato", cometidos durante la tramitación del recurso de revisión contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 1973 dictada por el mencionado Tribunal, al fallar el proceso de filiación natural que el denunciante adelantó contra la sucesión de Marco Tulio Cadavid Jaramillo, representada por la cónyuge supérstite Clemencia Botero de Cadavid.

ANTECEDENTES

1. El 21 de julio de 1921, en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de la Pobreza, de Pereira, contrajeron matrimonio Manuel Salvador Angel y Francisca Oroz co.

2. El 2 de agosto de 1949, Manuel S. Angel A. confirió poder al abogado Guillermo Angel Ramírez para que adelantara un proceso de impugnación de la paternidad legítima del menor MARCO TULIO, hijo de Francisca Orozco.

3. Incoada la demanda, con fecha 10 de septiembre de 1949 se profirió auto de aceptación, comenzando la tramitación correspondiente con la notificación que se le hizo a Francisca Orozco, al curador *ad-litem* del menor Marco Tulio Cadavid u Orozco, y del Ministerio Público.

4. Finalizó el proceso con la sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Pereira el 21 de octubre de 1950, mediante la cual se resolvió:

"Primero. Se declara que el menor púber Marco Tulio conocido solamente con el nombre de Miguel, y aún con el apellido de Cadavid, es el mismo de que trata la partida de bautismo que obra en este juicio al folio 3 del cuaderno principal, nacido el 13 de febrero de 1930, en Pereira, no es hijo legítimo de los cónyuges Manuel Salvador Angel y Francisca Orozco, no obstante haber nacido durante el matrimonio de tales cónyuges, sino que es hijo natural de Francisca Orozco".

"Segundo: En consecuencia, entre el mencionado hijo de Francisca Orozco y Manuel Salvador Angel no existen relaciones, vínculos, derechos ni obligaciones que de acuerdo con la ley rigen entre padres e hijos legítimos".

"Tercero: Ofíciese al señor Cura Párroco de Nuestra Sra. de 'La Pobreza', a fin de

que al pie de la partida de bautismo, que aparece en el Libro 27, al folio 417, se tome nota de que el mencionado Marco Tu lio es hijo natural de Francisca Orozco, en virtud de la impugnación de la paternidad hecha por Manuel Salvador Ángel, esposo legítimo de Francisca Orozco".

5. Por auto de 18 de noviembre de 1950, el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, declaró ejecutoriada la sentencia cuya parte resolutiva quedó transcrita en el numeral anterior.

6. El 3 de julio de 1951, MARCO TULIO OROZCO o MIGUEL CADAVID presentó, mediante apoderado, demanda contra Marco Tulio Cadavid Jaramillo, para que se declarara que el demandante era hijo natural del demandado.

7. El 5 de noviembre de 1951, el demandante desistió de la demanda y afirmó, en el memorial de desistimiento, que su señora madre le había dado la información de que el demandado no era su padre natural.

8. Con fecha 7 de los citados mes y año, fue proferido auto de aceptación del desistimiento y se dispuso archivar el expediente.

9. Simultáneamente con el proceso de filiación de que dan cuenta los hechos 6, 7 y 8 anteriores, Francisca Orozco, con fecha 3 de julio de 1951, demandó a Marco Tulio Cadavid para que se declarara que entre demandante y demandado existió una sociedad de hecho, que debía ser liquidada.

10. Pero el mismo día 5 de noviembre de 1951, en que fue desistida la acción de filiación natural de Marco Tulio Orozco o Miguel Cadavid contra Marco Tulio Cadavid Jaramillo, también fue desistida la demanda de Francisca Orozco contra el citado Marco Tulio Cadavid Jaramillo sobre declaratoria y liquidación de la sociedad de hecho entre demandante y demandado.

11. El 8 de noviembre de 1972, Marco Tulio Orozco confirió poder al abogado Manfredo Becerra Duque para que "a mi nombre lleve a término juicio de filiación natural, en contra de la sucesión del señor Tulio Cadavid Jaramillo, representada por su señora esposa, Clemencia Botero viuda de C. y en consecuencia ser reconocido como tal".

12. El 22 siguiente, el apoderado de Orozco presentó la correspondiente demanda, en la cual solicitó que "mediante los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía y por sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se declare la filiación natural de mi representado", demanda que fue admitida por providencia del 27, y la cual le fue notificada el 11 de diciembre de 1972 al abogado Enrique Ocampo Restrepo, apoderado de la cónyuge sobreviviente tanto para oir tal notificación como para representarla en todo el proceso.

13. En la demanda quedó expresado que se harían valer los testimonios de Henry Wolf, Leonidas Arbeláez y Nelson Marín, con la finalidad de comprobar, conforme se desprende de los interrogatorios insertos en ella, la posesión notoria del estado de hijo natural del demandante con respecto al causante Marco Tulio Cadavid Jaramillo, quien había fallecido el 10 de junio de 1972, y cuyo proceso de sucesión se adelantaba en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira desde el primero de agosto del mencionado año.

14. El apoderado de la sucesión de Marco Tulio Cadavid negó los hechos de la demanda, y propuso, para que fueran decididas en la sentencia, dos excepciones:

La de cosa juzgada, que se hizo consistir en que el mismo demandante Marco Tulio Orozco había propuesto idéntica acción de filiación natural en el año de 1951, en contra de Marco Tulio Cadavid, en vida de éste, la cual desistió fundándose en la información que le suministro Francisca Orozco, su madre natural, en el sentido de que el demandado no era su padre. Con base en tal excepción, en la contestación de la demanda se expresó: "Por lo tanto y como el nuevo juicio versa sobre las mismas cuestiones ya debatidas y terminadas por desistimiento, no hay lugar a que entre las mismas partes se ventile idéntica pretensión a la primera. Invoco pues el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil para que el juzgado se pronuncie en la sentencia".

Y de la prescripción de la acción de nulidad que pudiera esgrimirse contra el desistimiento, por haber transcurrido más de 20 años desde la fecha en que se produjo (noviembre de 1951).

15. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira dictó sentencia el 7 de marzo de 1973, cuya parte resolutiva reza:

"Primero: Deniéganse las súplicas de la demanda impetrada por Marco Tulio Orozco contra la sucesión de Tulio Cadavid Jaramillo y, en consecuencia, absuélvese a ésta de los cargos que se le formularon en aquélla".

"Segundo: Se condena en costas al demandante".

El juzgado no analizó las excepciones propuestas por el apoderado de la sucesión demandada, ni se pronunció sobre ellas, sino que estudió el acervo probatorio del demandante, habiendo sintetizado su tesis de fondo en los siguientes términos:

"Huérfana de prueba la pretensión esgrimida por quien inició el proceso, como en efecto está, incita un fallo acorde con tal resultado surgiendo, por tanto, impertinente el análisis o deducción de las excepciones".

"A este respecto, ha dicho la Corte que cuando la sentencia es absolutoria es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir, el derecho a que haya que oponerse la defensa" (Corte Suprema de Justicia, XLV, 114)".

16. El abogado Hernando Devis Echandía, como apoderado de Marco Tulio Orozco (conocido en Pereira como Miguel Cadavid), formuló "demanda de revisión de la sentencia proferida por el señor Juez Primero Civil del Circuito de Pereira, el 7 de marzo de 1973, en el proceso ordinario de filiación natural y petición de herencia promovido por mi mandante contra la 'sucesión del señor Tulio Cadavid' o mejor dicho contra doña Clemencia Botero de Cadavid, mayor y vecina de Cali, en calidad de única heredera y representante de dicha sucesión".

Las causales de revisión invocadas fueron enunciadas en la demanda así:

"Primera: La 1ª del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, por no haber podido trasladar el demandante al proceso, en razón de fuerza mayor, la prueba documental existente en el expediente que contiene un proceso de filiación natural del mismo demandante contra su padre, señor Marco Tulio Cadavid Jaramillo, promovido en vida de éste, que cursó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, y luego pasó al Primero Civil Municipal por la reforma judicial, en el cual se encuentra abundante y definitiva prueba de la filiación que terminó por una ilegal transacción y consecuencial desistimiento; ni haber podido trasladar tampoco, la valiosa prueba de la misma filiación, existen en el juicio de impugnación de la paternidad de Marco T. Orozco, promovido contra éste por Manuel Salvador Angel con la intervención de Francisca Orozco de Angel y en el cual se declaró que el primero (mi mandante) no era hijo del segundo en vista del concubinato habido entre la madre y Marco Tulio Cadavid Jaramillo; ni la existencia en el juicio de liquidación de la sociedad de hecho, promovido por doña Francisca Orozco contra Marco Tulio Cadavid, en el cual también se estableció el mencionado concubinato, procesos todos tres que contienen valiosísimas pruebas sobre la filiación natural de Marco Tulio Orozco, porque el primero desapareció misteriosamente del archivo del Juzgado Primero Civil Municipal desde antes de formularse la demanda de el nuevo proceso cuya sentencia recurrió en revisión, el de impugnación fue refundido sin que en ese lapso hubiese aparecido, y el de la liquidación de la sociedad de hecho aparece mutilado, como se comprobará objetivamente". (Folio 3 3 vuelto del cuaderno principal).

"Segunda. Invoco la sexta del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil que consiste en haber ocurrido 'maniobra fraudulenta de las partes en el proceso', cuya sentencia pido sea revisada pues ha causado enormes perjuicios al recurrente". (Folio 3 vuelto del cuaderno principal).

17. La Sala de Decisión Civil y Laboral a quien correspondió conocer de la demanda, estuvo integrada por los Magistrados doctores GERMAN ZULUAGA OSORIO (Sustanciador), EDUARDO JARAMILLO GONZALEZ y FLORENTINO MUÑOZ GARCIA.

18. Por auto del 11 de abril de 1975 se dispuso admitir la demanda, se ordenó correr traslado a la demandada y se reconoció personería al apoderado principal (doctor Hernando Devis Echandía) y al sustituto (doctor Carlos Saúl Goyeneche).

19. El 13 de agosto de 1975, Marco Tulio Orozco formuló denuncia penal contra los magistrados integrantes de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Pereira que estaba conociendo del recurso de revisión, doctores GERMAN ZULUAGA OSORIO, EDUARDO JARAMILLO GONZALEZ y FLORENTINO MUÑOZ GARCIA, como autores de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, que hizo consistir en que los autos de sustanciación los proferia la Sala de Decisión, en vez del Magistrado ponente, conforme lo dispone el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual se le negaba la posibilidad de interponer el recurso de súplica; en que negaron la práctica de varias pruebas fundamentales para la prosperidad de la revisión; en que no accedieron a decretar la nulidad de la providencia que negó la práctica de las pruebas; en que no aceptaron la recusación que el doctor Hernando Devis Echandía le planteó a los integrantes de la Sala de Decisión, habiendo dejado de darle cumplimiento al artículo 144 del Código de Procedimiento Penal, al no enviar el expediente a la Corte Suprema de Justicia para que resolviera lo relacionado con la recusación de los Magistrados; en que no cumplieron con el deber de ordenar de oficio, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 37, numeral 4º, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, la práctica de las pruebas que habían denegado.

20. La Sala de Casación Penal, después de haber ordenado el recaudo de varias pruebas, con base en el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, dispuso no iniciar sumario contra los Magistrados acusados, por no haber cometido los delitos de prevaricato y abuso de autoridad de que los acusó Marco Tulio Orozco.

21. Producida la separación de los Magistrados acusados penalmente por Marco Tulio Orozco, se procedió a sortear conjueces, quienes fueron designados directamente, debido a que se agotó la lista de conjueces, porque los elegidos no aceptaron. La Sala de Decisión quedó integrada por los doctores Conrado Correa Gutiérrez, Evelio Gómez Botero y Héctor López Obando, siendo ponente el primero de los mencionados.

22. Simultáneamente con el recurso de revisión, se formuló denuncia penal contra los abogados Manfredo Becerra Duque y Enrique Ocampo Restrepo por el delito de colusión que se indicó como cometido durante la tramitación del proceso de filiación natural de Marco Tulio Orozco contra la sucesión de Marco Tulio Cadavid Jaramillo. El funcionario instructor dictó auto de detención contra los acusados, pero en dicho sumario se dispuso la cesación del procedimiento, según se desprende del oficio Nº 119 de 14 de febrero del año en curso suscrito por el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, cuya parte pertinente dice:

"Respetuosamente doy respuesta a su oficio Nº 050 del doce de los corrientes. Efectivamente, en este despacho cursó una investigación contra los doctores Enrique Ocampo Restrepo y Manfredo Becerra Duque. El recuento histórico de las actuaciones a destacar es como sigue: Con base en un informe de la Procuraduría Regional el Juzgado Once de Instrucción Criminal de la ciudad declaró abierta la etapa investigativa el 22 de octubre de 1975; los doctores Ocampo Restrepo y Becerra Duque fueron oídos en diligencia de descargos y en providencia de marzo once del año anterior se les decretó la detención precautelar que se prolongó hasta el primero de abril del mismo año, cuando la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior revocó el auto detentivo que pesaba contra los profesionales señalados. Es de anotar, que los doctores Ocampo

Restrepo y Becerra Duque sufrieron detención por espacio de 22 días, ya que fueron capturados en la misma fecha en que se profirió el auto de detención; igualmente, es bueno acotar que este despacho en auto de 18 de marzo de 1976 concedió el beneficio de la libertad parcial a los inculpados. Más adelante, el 18 de junio del año próximo pasado, el doctor José Ramón Ortega R., apoderado del abogado Ocampo Restrepo, pidió a esta oficina el cese de todo procedimiento, ante la inexistencia del hecho delictuoso; el Juzgado decidió desfavorablemente la petición de la defensa en proveído que lleva fecha del 24 de agosto de 1976. Esta última medida no fue del agrado del libelista y a raíz de ello la impugnó; ya al conocer la Sala Penal del Honorable Tribunal de este Distrito revocó la decisión tomada por esta dependencia y declaró el cese de la acción penal con respecto al procesado Ocampo Restrepo en auto del 21 de octubre del año último. Ante este hecho, el doctor Alberto Henao Marín, apoderado del profesional Becerra Duque, también solicitó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia del hecho criminoso; esta oficina con base en las argumentaciones que sirvieron a la Alta Corporación Judicial de este Distrito para ordenar el cese de todo procedimiento con respecto al inculpado Ocampo Restrepo, también profirió idéntica medida con relación al Dr. Manfredo Becerra D. en providencia del 29 de octubre del año próximo pasado. Esta decisión no fue objeto de recursos y al no ser tampoco consultable se ordenó el archivo del expediente al término de la ejecutoria".

23. A principios de enero del año en curso se recibió en la Corte una denuncia penal de Marco Tulio Orozco, "conocido en Pereira también con el nombre de Miguel Cadavid", contra los conjueces doctores Conrado Correa Gutiérrez, Evelio Gómez y Héctor López Obando, a quienes formula los siguientes cargos:

"15. Dichos Magistrados conjueces, no sorteados sino escogidos, siguiendo la misma táctica que favorece a la demandada, empezaron dictando los autos de sustanciación en Sala de Decisión. Con lo cual le cerraron el camino a mi apoderado para poder ejercitar el derecho de interponer el recurso de súplica ante los restantes Magistrados conjueces de la Sala si el auto lo hubiera dictado el Ponente en Sala Unitaria, como lo manda la ley".

"16. No obstante lo protuberante de la nulidad impetrada en el incidente que quedó pendiente cuando los Magistrados anteriores doctores ZULUAGA, MUÑOZ y JARAMILLO fueron separados del conocimiento del negocio, los nuevos, conjueces, doctores Conrado Correa Gutiérrez, Evelio Gómez Botero y Héctor López Obando, denegaron la nulidad impetrada y han continuado denegando sistemáticamente todas las peticiones elevadas por mi apoderado que puedan perjudicar a la demandada y beneficiar a la justicia y al suscrito".

"18. El señor Juez Once de Instrucción Criminal, doctor Orlando Obando González le solicitó al Tribunal -Sala Civil- en dos ocasiones que suspendiera la tramitación del recurso de revisión que instauré contra la referida sentencia, con base en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que la sentencia que se dictara en el proceso penal incidiría en el civil, peticiones que le fueron denegadas dentro de la táctica de negar todo lo que pueda perjudicar a la multimillonaria demandada".

"19. Mi apoderado doctor Hernando Devis Echandía le hizo la misma petición al Tribunal de Conjueces referidos, con base en los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, y no obstante haber acompañado 'la prueba de la existencia del proceso que la determina', le fue denegada sin argumentos valederos que justificaran la negativa de la suspensión".

"20. El señor Conjuez Ponente en el negocio civil, dentro del recurso de revisión de la sentencia que me denegó la declaratoria de filiación natural, doctor Conrado Correa Gutiérrez, rindió declaración de conducta a favor del sindicado preso en el proceso penal por colusión y estafa, doctor Manfredo Becerra Duque, para obtener su excarcelación, demostrando con es-

te hecho su amistad y el convencimiento de que su amigo es incapaz de cometer delito".

"Cómo podía este Conjuez Ponente ser imparcial en el fallo que va a dictar, precisamente para determinar si su favorecido con la declaración de conducta cometió colusión u otro fraude en el juicio donde se produjo la sentencia, que es objeto del recurso de revisión de que está conociendo?".

"21. El Magistrado o Conjuez Ponente, doctor Conrado Correa Gutiérrez, determina con su declaración que se excarcele al inculpado de la colusión y otros fraudes que se le atribuyen en el juicio de filiación natural del suscrito contra la sucesión de Marco T. Cadavid, cuya sentencia es precisamente el objeto del recurso de revisión de que él mismo está conociendo y cuyo fallo habrá de redactar como Ponente del importante negocio, Como quien dice: Suéltelo señor juez que es inocente porque yo voy a absolverlo como Magistrado Ponente".

"Será compatible con la moral de la justicia esta dualidad de posiciones del Magistrado Ponente, Honorables Magistrados de la Suprema Corte de Justicia?".

"22. Ante hecho tan insólito del Conjuez Ponente mi apoderado le solicitó separarse del conocimiento del negocio, como era apenas moral, por ser su declaración prueba demostrativa de su parcialidad, al favorecer con su testimonio al detenido por el delito de colusión, doctor Manfredo Becerra Duque, abogado que se prestó para el proceso fraudulento de filiación natural, habiéndose negado frescamente el Magistrado Ponente a retirarse del negocio en que precisamente va a juzgar si las actividades de su amigo favorecido con la declaración son o no fraudulentas".

"23. En lugar de la imperativa declaratoria de impedimento que le correspondía, ordenó pasar la petición a los Conjueces restantes de la Sala, con la inocultable finalidad de que se me sancionara por haberse atrevido a tanto mi apoderado, lo que consiguió el Conjuez, al multársele con la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00)".

"Solicitada la reposición de tal providencia ésta fue también denegada, con el argumento de que no había reposición de reposición, no obstante que la imposición de la multa era hecho nuevo".

"24. No obstante que para los funcionarios judiciales no es sólo una potestad que les confiere la Ley sino una obligación que les impone, decretar pruebas oficiosas, cuando con ella se propenda por la conquista de la verdad que se investiga, los señores Magistrados Conjueces, doctores Conrado Correa Gutiérrez, Evelio Gómez y Héctor López han menospreciado y rechazado las importantísimas pruebas sobre filiación natural, trasladables de los juicios desaparecidos del juzgado del conocimiento que duraron ocultas durante cinco años y sólo reaparecieron por especialísima coincidencia que favorece a la multimillonaria doña Clemencia, cuando esa prueba ya no podía hacerle daño para reclamar mi herencia tan inicuamente estafada, por medios tan fraudulentos y criminales, que la justicia no ha querido investigar, y cuando algún juez lo hace, el Tribunal aplica contra toda evidencia el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, que es el instrumento para garantizar la impunidad".

"25. Es curioso observar que en su última providencia que deniega decretar pruebas de oficio y que decide no reponer su auto que denegó sin fundamento la suspensión de la tramitación del recurso de revisión, o mejor, la suspensión del pronunciamiento de la sentencia que corresponda dictar, en lugar de solicitar las copias pertinentes de los procesos que han reaparecido, según se le ha demostrado con las xeroscopias que se acompañaron a la petición de decretación de pruebas oficiosas, con la advertencia de que si no las considera competentes o duda de su autenticidad las solicite directamente al Tribunal adonde ya sabe que existen, después de negarse a solicitarlas y de haber rechazado de antemano pedirlas, disponen los señores Conjueces en acto omnímodo de poder, que se pasen todas las

pruebas que están sin estampilla y que no vinieron por conducto regular, todas las que no quiso el Tribunal pedir y que rechaza, a la Sección Regional de Impuestos Nacionales, inclusive las copias de un proceso penal que no están gravadas con impuesto de timbre, para que se imponga y cobre la multa respectiva".

"28. Como las causales del recurso de revisión invocadas y sustentadas por mis apoderados doctores Hernando Devis Echandía y Carlos Saúl Goyeneche Otero, del que conoce el Tribunal de Pereira, son la primera (1ª) y la sexta (6ª) del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, al rechazar la solicitud de las pruebas que respaldan dichas causales, violentando el procedimiento judicial que es norma de orden público, se ha cometido abuso de autoridad, y denegación de justicia y prevaricato delitos comprobados con la misma actuación".

"24. Haciendo uso de la facultad acordada por el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal (artículo 2º de la Ley 17 de 1975), la Corte ordenó la práctica de los medios probatorios indispensables para formar criterio sobre la iniciación del sumario por los delitos denunciados. Recogidos tales elementos de información, se procede a resolver.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el mismo orden en que fueron enunciados, se examinarán las acusaciones contenidas en la denuncia contra los Conjueces de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito de Pereira, doctores CONRADO CORREA GUTIERREZ, EVELIO GOMEZ BOTERO y HECTOR LOPEZ OBANDO.

a) Actuó la Sala de Decisión en vez del Magistrado Ponente.

El artículo 29 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Corresponde a la Sala de Decisión dictar las sentencias y los autos que decidan la apelación o queja, o una acumulación de procesos, o un conflicto de competencias; contra estos autos no procede recurso alguno. El Magistrado Ponente dictará los autos de sustanciación y los interlocutorios que no correspondan a la Sala de Decisión".

Por su parte, el artículo 363 del mismo Código expresa:

"Procedencia y oportunidad para proponerla. El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto".

"La súplica deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el Magistrado Ponente, con expresión de las razones en que se funda".

Solicitada la nulidad de la actuación con base en la alegación de incompetencia de la Sala de Decisión para dictar los autos de sustanciación,, por corresponderle al Magistrado Ponente, lo mismo que los interlocutorios que no le estén atribuidos a la Sala de Decisión, tal petición fue resuelta por providencia del 24 de julio de 1975 proferida por los Magistrados doctores Germán Zuluaga Osorio, Eduardo Jaramillo González y Florentino Muñoz García, quienes integraron la primitiva Sala de Decisión, en los siguientes Términos:

"Pero lo que interesa es dilucidar el aspecto de la procedibilidad del recurso oportunamente interpuesto por el apoderado principal contra el auto que concedió término para alegaciones de conclusión. Siguiendo instrucciones de la norma pertinente, cual es el inciso postrero del artículo 383 del Código ya citado, con interpretación restrictiva por tratarse de una eventualidad excepcional, la Sala de Decisión del Tribunal dictó en oportunidad legal el proveído impugnado. Lo hizo en Sala de Decisión porque el Código al referirse a las corporaciones competentes para conocer del recurso en trámite, no distingue entre aquélla y el Magistrado Ponente (inciso 2º). Si no lo hizo el legislador, mal puede hacerlo el intérprete, y como se trata de un recurso 'extraordinario' sería forzar la preceptiva legal ante la imposibilidad de la aplicación analógica. En este orden de ideas estima la Sala que tanto el artículo 29 como el

348 del Código de Procedimiento Civil, son extraños al evento aquí contemplado, ya que se trata de un recurso extraordinario, y como tal excepcional, que tiene su trámite propio -adecuado o inadecuado- cuyas normas exigen interpretación restrictiva. Por ello se han adoptado todas las resoluciones en Sala de Decisión, sin hacer ninguna distinción entre autos de trámite y de fondo para signarlos al ponente o a la respectiva Sala de Decisión". (Folio 63 vuelto del cuaderno Nº 1 del recurso de revisión).

Tanto los Magistrados como los Conjueces que han actuado en la tramitación del recurso de revisión han considerado que el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil, por ser una norma de carácter general, no tiene aplicación al trámite de dicho recurso extraordinario, por tener un trámite especial (artículos 379 a 385). Aún en el caso de que tal planteamiento sea erróneo, como lo pretenden los apoderados, principal y sustituto, de Marco Tulio Orozco, se trataría de un error y no de una actuación dolosa orientada al quebrantamiento de las normas procesales que reglamentan los procedimientos judiciales. El prevaricato y el abuso de autoridad requieren como elemento subjetivo esencial, para que puedan existir, la presencia de una intención que tienda hacia la ejecución de una conducta delictuosa, y en el caso de autos no hay prueba alguna que sirva para demostrar tal situación. Si los apoderados del recurrente tuvieran razón, en cuanto a que el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil es aplicable tanto a los recursos ordinarios como a los extraordinarios, lo mismo que a toda suerte de trámites civiles en general, la única conclusión a que podría llegarse sería que los Magistrados y Conjueces que han integrado, en forma sucesiva, la Sala de Decisión, incurrieron en un evidente error de derecho, pero no que delinquieron.

Por otra parte, como este cargo consiste en sostener que al recurrente Marco Tulio Orozco se le ha negado la posibilidad de la interposición del recurso de súplica, por haber suplantado la Sala de Decisión al Magistrado Ponente en la expedición de las providencias que le competía a éste, resulta indispensable dejar constancia de que ninguno de los apoderados de Orozco ha interpuesto recurso de súplica contra las providencias proferidas por la Sala de Decisión que debió dictar el Magistrado Ponente, según la denuncia. Ellos se han limitado a afirmar que el recurso de súplica no pueden intentarlo, pero no procedieron a plantearlo. Lo cual significa que la denuncia parte de un supuesto, pero no sobre el hecho de la negativa de la concesión de la súplica, por cuanto en ningún momento lo intentaron. Lo que quiere decir que la acusación, con base en el aserto de que se viene hablando, carece de fundamento.

b) Los Conjueces denegaron la nulidad impetrada con base en la incompetencia de la Sala de Decisión para dictar autos atribuidos al Magistrado Ponente.

La negativa a decretar la nulidad de los autos expedidos por la Sala de Decisión, es consecuencia lógica de la tesis de los Magistrados y de los Conjueces de que corresponde a la Sala de Decisión del Tribunal, y no al Magistrado Ponente, la tramitación total del recurso de revisión, por tratarse de que es extraordinario, que tiene reglamentación especial en los artículos 379 a 389 del Código Procesal Civil. En cambio, según esa tesis, como el artículo 29 del citado estatuto disciplina situaciones generales, no podría tener aplicación en lo atinente a la revisión, cuya argumentación encontraría respaldo en la ordenación del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, en cuanto manda que "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

Pero, se repite, si los Magistrados y Conjueces falladores se equivocaron, porque el artículo 29 debe aplicarse siempre, aún tratándose de recursos extraordinarios, se estaría en presencia de un simple error, y no de actuación dolosa sancionable penalmente. Por lo menos, no existe prueba alguna que lo pregone, ni tampoco hay información seria que sirva para conjeturarlo, a efecto de ordenar la apertura de una investigación penal.

Los acusados actuaron plenamente convencidos de que estaban interpretando co-

rrectamente el Derecho, como se deduce de su providencia del 23 de junio de 1976, cuyos argumentos principales así lo confirman:

El hecho de que los autos recurridos hubieran sido proferidos en Sala de Decisión, es prueba de garantía para las partes que acoge en su integridad la Sala de Conjueces; y así, juiciosamente, lo entendió el primer abogado sustituto del recurrente, al consignar en su escrito del 12 de marzo de 1975 lo siguiente: "...he llegado a la conclusión de que seguramente resulta vano reclamo, ya que sus señorías debieron deliberar y meditar muy a conciencia su determinación al dictar los tres el auto de sustanciación referido..." *(Subraya la Sala. Fl. 23 fte.).*

"Pero aún aceptando que el hecho discutido pudiera tomarse como causal de nulidad, y visto está que no se puede admitir como tal, la oportunidad que tenía el recurrente para reclamarla precluyó en el momento mismo en que conociendo las decisiones de la Sala Plural se abstuvo de objetarlas oportunamente".

"Obsérvese que con posterioridad a autos de sustanciación que fueron dictados en Sala Plural, aparecen actuaciones del primer abogado sustituto del recurrente (Fl. 23) y del segundo sustituto (Fl. 37), nuevamente de éste (Fl. 67)y la intervención del primero de éstos en la Audiencia Pública (Fl. 12 del cuaderno de pruebas de la parte demandante)".

"Y es el mismo recurrente y tratadista quien, al arremeter contra la deslealtad de algunos profesionales del derecho, expone en la obra anteriormente citada lo siguiente:

"Por ahora nos limitamos a observar que el nuevo C. de P. C. (...) exige que los interesados reclamen las nulidades, dentro del respectivo proceso, cuando han tenido la oportunidad de hacerlo, e inmediatamente que hayan podido conocerlas, con el fin de eliminar la deslealtad tan usada antes de guardar silencio si el proceso tenía un curso favorable o reclamarla a última hora si les desfavorecía. Una vez concluido el proceso... (Fl. 485)".

"Es preciso, entonces, negar por improcedente la nulidad alegada, por considerar esta Sala que al proferirse las decisiones, aún de sustanciación, en Sala Plural no vicia la actuación, por no implicar falta de competencia en los Magistrados o Conjueces que los profieren; y además porque, de existir nulidad en dicha actuación, ésta quedó saneada por ausencia de reclamación oportuna (artículo 156-1)".

En consecuencia, esta parte de la acusación tampoco da margen para iniciar sumario.

c) Los Conjueces no accedieron a cumplir la orden del Juez Once de Instrucción Criminal de Pereira de suspender la tramitación del recurso de revisión.

Es lo cierto que dicho funcionario de instrucción, en dos oportunidades, le ordenó a la Sala de Decisión, que estaba conociendo el recurso de revisión, que suspendiera su tramitación. Y también lo es que el Tribunal se negó a hacerlo, entre otras razones, porque es al Juez Civil,. y no al funcionario de instrucción o juez penal, a quien compete "resolver sobre la procedencia de la suspensión" (artículo 171 del Código de Procedimiento Civil).

Los Arts. 170 a 173 del Código de Procedimiento Civil reglamentan la suspensión de procesos civiles, y los artículos 17 y 18 del Código Procesal Penal hacen lo propio en cuanto a las prejudicialidad penal y civil, respectivamente. Esas normas parten del supuesto de que al juez del conocimiento se le suministre copia de los autos, para que esté en capacidad de formar criterio sobre la repercusión que pudiera tener en la sentencia que deba proferir, el fallo que habrá de dictarse en el proceso que está adelantando otro juez o corporación. El artículo 17 del Código de Procedimiento Penal ordena en forma perentoria que "el juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos o documentos conducentes".

El Juez Once de Instrucción Criminal de Pereira se limitó a expedir una orden, -que no tenía competencia para darla- como lo es la de la suspensión del trámite del recurso de revisión, sin que le hubiera enviado a la Sala de Decisión del Tri-

bunal Superior copia de los autos de los cuales pudiera desprenderse la conclusión de que el fallo que se diera en el proceso penal por colusión contra los abogados Manfredo Becerra Duque y Enrique Ocampo Restrepo influiría necesariamente en la decisión del recurso de revisión (artículo 170, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil).

En consecuencia, la Sala de Decisión carecía de los elementos de información indispensables para saber si dicha investigación penal podría concluir en una sentencia condenatoria de indudable repercusión en la solución del recurso de revisión, y por tal razón actuó correctamente al negar la suspensión de su tramitación.

Por otra parte, según quedó explicado en el hecho 22 de esta providencia, el sumario por colusión terminó con dos providencias de cesación del procedimiento penal que se seguía contra los abogados Becerra Duque y Ocampo Restrepo, con lo cual queda justificado el proceder de los Conjueces al denegar la suspensión del trámite del recurso de revisión. De haber accedido a dicha suspensión, habría incurrido en ostensible yerro judicial, porque no existiendo la colusión, mal podría esperarse que la investigación llegara al estado de causa y ésta culminara con una sentencia condenatoria.

En consecuencia, este cargo tampoco es viable.

d) El Conjuez Ponente doctor Conrado Correa Gutiérrez declaró sobre la buena conducta del doctor Manfredo Becerra Duque en el sumario que por colusión se le adelantaba a éste.

El artículo 386 del Código de Procedimiento Penal expresa que, entre las preguntas que deben formularse al indagado en su primera indagatoria, se cuenta la relacionada con las personas con quienes mantiene o cultiva relaciones. Son las declaraciones conocidas con el nombre de declaraciones de buena conducta. Tales informaciones no tienen repercusión en el hecho investigado, por referirse a la personalidad del indagado, lo cual significa que quien rinde una declaración sobre el comportamiento del sindicado, -anterior a la infracción investigada-, y sobre las relaciones que cultive con él, no está produciendo prueba alguna que tenga incidencia sobre la materia delictuosa que se investiga. Auncuando hubiera sido de desear que tal declaración no se hubiera producido, no tanto por que pudiera ser indicativa de interés por la suerte del acusado, sino precisamente para evitar la falsa apariencia de una posible ilicitud, como la que comenta la denuncia en sus puntos 20 a 22.

La declaración rendida por el Conjuez doctor Conrado Correa Gutiérrez dice:

"PREGUNTADO. Sírvase informar al juzgado si conoce al Dr. Manfredo Becerra Duque, en caso afirmativo cuánto tiempo hace, qué relaciones, negocios, amistades ha mantenido con él?". CONTESTO Sí conozco al doctor Manfredo Becerra Duque, hace unos cinco años, no, simplemente de colegaje".

"PREGUNTADO. Sírvase informar al juzgado cómo le ha parecido la conducta social y moral del citado doctor Becerra Duque? CONTESTO. Por mi personal conocimiento, me ha parecido el doctor Becerra Duque de una conducta excelente, como profesional y ciudadano" (Folio 8 del cuaderno Nº 5 sobre recusación).

Lo que sí debe quedar en claro es que esta declaración no fue rendida, como lo afirma el denunciante, para obtener la excarcelación del doctor Becerra Duque, sino como consecuencia del mandato del artículo 386 del Código Procesal Penal, en cuanto dispone que el sindicado diga "con qué personas mantiene o cultiva relaciones".

Lo expuesto es suficiente para concluir que el haber rendido la declaración antes transcrita, no es indicio de la comisión de los delitos de abuso de autoridad y prevaricato que la denuncia incrimina al Conjuez Ponente doctor Conrado Correa Gutiérrez.

e) El Conjuez ponente doctor Conrado Correa Gutiérrez se negó a declararse impedido y los otros dos Conjueces declararon no probada la recusación propuesta y le impusieron al recusante una multa de tres mil pesos.

El doctor Carlos Saúl Goyeneche, apoderado sustituto del recurrente en el recurso de revisión, recusó al doctor Conrado Correa Gutiérrez por haber rendido la declaración de buena conducta del doctor Manfredo Becerra Duque en el sumario que por colusión y estafa se le seguía. Enunció las causales de recusación en los siguientes términos:

"Lo anterior significa dos cosas: a) Que existe una amistad íntima entre su Señoría y el doctor Manfredo Becerra; b) que su Señoría ha opinado ya acerca de que el doctor Becerra no ha podido cometer la colusión que en este recurso extraordinario de revisión estamos alegando como causal 6ª (folio 1 vuelto del cuaderno Nº 5 sobre recusación).

El Conjuez recusado no admitió como ciertos los hechos alegados por el recusante, según se desprende de sus textuales palabras:

"En el presente caso, es preciso declarar que el hecho de haber rendido el suscrito una declaración de conducta en el negocio penal -hecho que no fue del albedrío del recusado, sino orden imperativa del juez del conocimiento- no puede aceptarse, ni aún aplicando el más exagerado de los rigorismos, como motivación para que se configuren las causales de recusación alegadas".

"En razón de estas breves consideraciones y por cuanto no es cierto que exista amistad íntima entre el suscrito y el doctor Manfredo Becerra; ni tampoco que el suscrito Conjuez haya opinado sobre las cuestiones que se debaten en este recurso extraordinario, se ordena pasar el expediente al Conjuez que sigue en turno en esta Sala, para que resuelva sobre la recusación, con exclusión del ponente". (Folios 3 y 3 vuelto del cuaderno Nº 5 sobre recusación).

Los otros dos Conjueces de la Sala de Decisión dictaron su providencia del 16 de septiembre de 1976 mediante la cual consideraron que no se aportó prueba sobre la existencia de la amistad íntima entre el Conjuez recusado y el doctor Manfredo Becerra, amistad íntima que el recusado rechazó, y que declarar sobre la conducta de un sindicado no implica conceptuar sobre la infracción que se está investigando.

Al ser rechazada la recusación, se le impuso al recusante multa de tres mil pesos, conforme lo establece el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil.

La actuación de los Conjueces no le merece reparo alguno a la Corte, por ajustarse a lo que al respecto dispone el Código Procesal Civil.

f) "Los Magistrados Conjueces, doctores Conrado Correa Gutiérrez, Evelio Gómez y Héctor López han menospreciado y rechazado las importantísimas pruebas sobre filiación natural, trasladables de los juicios desaparecidos del juzgado del conocimiento". Tampoco decretaron pruebas de oficio.

El núcleo central de la acusación contra los Conjueces radica en este punto, tal como se hace constar en el hecho número 28 de la denuncia: "Como las causales del recurso de revisión invocadas y sustentadas por mis apoderados doctores Hernando Devis Echandía y Carlos Saúl Goyeneche Otero, del que conoce el Tribunal de Pereira, son la primera (1ª) y la sexta (6ª) del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, al rechazar la solicitud de las pruebas que respaldan dichas causales, violentando el procedimiento judicial que es norma de orden público, se ha cometido abuso de autoridad, y denegación de justicia y prevaricato delitos comprobados con la misma actuación" (Folio 10 del cuaderno de la Corte).

El ataque se centra en la circunstancia de que los acusados no decretaron pruebas de oficio para comprobar que Marco Tulio Orozco es hijo natural de Marco Tulio Cadavid Jaramillo.

Las causales invocadas para la revisión de la sentencia que absolvió a la sucesión de Marco Tulio Cadavid Jaramillo en el proceso de filiación natural que siguió Marco Tulio Orozco, se examinan a continuación.

Causal primera: Se hace consistir en que no se pudo trasladar al juicio de filiación natural la abundante prueba que existe entre procesos sobre la calidad de hijo natural de Marco Tulio Orozco con respecto a Marco Tulio Cadavid Jarami-

llo, debido a que se extraviaron o refundieron y sólo aparecieron cuando ya había sido dictada la sentencia impugnada.

La causal primera de revisión la enuncia el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil así: "Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

El artículo 251 del citado Código define la prueba documental diciendo que" son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares".

Tales documentos son públicos o privados, los cuales describe el citado artículo en los siguientes términos:

"Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública".

"Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público".

En la demanda de revisión, el impugnante debe expresar con claridad cuál o cuáles son los documentos que se han encontrado después de haber sido pronunciada la sentencia de cuya revisión se trata, y las razones que militan para considerar que el documento o documentos, de haber sido presentados como pruebas, habrían variado la decisión.

En la demanda de revisión no se especifica cuál o cuáles son tales documentos. Tampoco se argumenta para demostrar que dichos documentos habrían conducido al fallador a la declaración de la filiación natural del demandante en relación con el causante Marco Tulio Cadavid Jaramillo. En la demanda se repite hasta el cansancio que hay abundante prueba, en los tres procesos extraviados y posteriormente reaparecidos, sobre la calidad de hijo natural de Orozco. Pero en ninguna parte de ella se encuentra la determinación de documentos. Al parecer, la demanda lo que pretende es valerse de los testimonios que se produjeron en el juicio de filiación natural que se tramitó entre el 3 de julio y el 7 de noviembre de 1951, en el juicio de impugnación de la paternidad legítima que siguió Manuel Salvador Angel contra Marco Tulio Orozco en los años de 1949 y 1950, y en el de declaración y liquidación de una sociedad de hecho entre Francisca Orozco y Marco Tulio Cadavid.

El testimonio tiene que constar en un documento, pero tal circunstancia no lo convierte en prueba documental, sino que continúa siendo una declaración de parte o de tercero. Los testimonios para que sean pruebas, requieren que aparezcan en una diligencia escrita que tenga las formalidades que exige el Código Procesal Civil.

El recurrente no señaló cuál o cuáles son los documentos que forman parte de los tres procesos civiles arriba mencionados, que pudieran servirle de prueba en la revisión. Esa omisión no puede suplirse con la traslación de los testimonios que se produjeron en los tres procesos civiles tramitados entre 1949 y 1951, porque el testimonio continúa siendo testimonio y no se transforma en prueba documental por el hecho de que figure en un documento.

El artículo 382 del estatuto procesal civil legisla sobre la forma y contenido de la demanda de revisión. Según su numeral 4º, debe contener "la expresión de la causal invocada y los hechos concretos que le sirven de fundamento". Y conforme el 5º "la petición de las pruebas que se pretenda hacer valer". Estas pruebas tienen por finalidad establecer los hechos en que se funda la causal de revisión invocada. Como en el recurso de casación, en el de revisión el sujeto pasivo lo es la sentencia impugnada. Las pruebas que pue-

den solicitarse tienen necesariamente que tratar de establecer la existencia de cualesquiera de las siete causales de revisión. Si la que se pide busca suministrar la prueba del asunto que se debatió en las instancias, se desnaturalizaría el carácter del recurso porque se convertiría en una tercera instancia.

El recurso de revisión no tiene la finalidad de revivir el debate que se llevó a cabo durante las instancias, sino la de cuestionar la legalidad de la sentencia impugnada.

Lo expuesto es suficiente para concluir que los Conjueces acusados actuaron correctamente al no decretar de oficio los elementos de información que suministra la demanda de revisión, en cuanto se refiere a la causal primera invocada, porque la única prueba que habrían debido ordenar sería la que tuviera el objetivo de traer los "documentos que habrían variado la decisión contenida" en la sentencia censurada "y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria" (artículo 380, causal primera). Pero, el recurrente no ha señalado en concreto esos documentos, sino que acusa a los Conjueces porque no decretaron de oficio la traslación de la prueba testimonial que se encuentra en los tres procesos civiles extraviados y que, según su criterio, prueban su estado de hijo natural con respecto a Marco Tulio Cadavid Jaramillo. Aceptando, por vía de hipótesis discursiva, que el recurrente tiene razón en que los testimonios recaudados por los procesos de 1949 y 1951 constituyen prueba plena de su calidad de hijo natural de Marco Tulio Cadavid Jaramillo, tales elementos de información serían impertinentes, porque no se refieren a los documentos que servirían de base a la prosperidad de la causal primera de revisión.

Causal sexta: En la demanda de revisión esta causal se enuncia así: "Invoco la sexta del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil que consiste en haber ocurrido "maniobra fraudulenta de las partes en el proceso", cuya sentencia pido sea revisada pues ha causado enormes perjuicios al recurrente".

La maniobra fraudulenta se hizo radicar en la acusación contra los abogados Manfredo Becerra Duque y Enrique Ocampo Restrepo, de haberse coludido en el trámite de la demanda de filiación natural de Marco Tulio Orozco contra la sucesión de Marco Tulio Cadavid Jaramillo. Pero ocurre que hecha la investigación, el sumario terminó con sendos autos de cesación del procedimiento penal seguido contra dichos abogados, por inexistencia del delito. Lo cual significa que la justicia civil no puede fundar su posible fallo de la revisión de la sentencia absolutoria del proceso de filiación natural antes aludido, en la existencia de colusión, porque la justicia penal ha declarado que nunca existió.

Las maniobras engañosas de las partes en el proceso serían el acuerdo de demandante y demandado, para actuar de tal manera que el fallo fuera absolutorio para la sucesión de Marco Tulio Cadavid Jaramillo, a cambio de una indemnización de seiscientos cincuenta mil pesos ($ 650.000.00), que se le pagó al demandante Marco Tulio Orozco.

La causal sexta de revisión parte del supuesto de que la colusión, o cualesquiera otras maniobras fraudulentas, sean obras de las partes. Si las partes han actuado dolosamente para obtener una sentencia contraria al derecho, serían los terceros perjudicados los que tendrían interés jurídico en recurrir en revisión. En cambio, cuando el dolo proviene de una de las partes en contra de la otra, la sentencia sería revisable con fundamento en las causales segunda (documentos falsos), tercera (falsos testimonios), cuarta (peritazgos que han sido la consecuencia de ilícitos cometidos durante su producción) y quinta (violencia o cohecho). Y esta solución fluye del texto del artículo 1515 del Código Civil, en cuanto dispone que el dolo perjudica cuando es obra de una de las partes, pero no cuando ambas partes han convenido en una determinada actuación antijurídica, porque nadie puede erigir en fuente de derecho su propio delito o una conducta violatoria del orden jurídico.

Como los Conjueces todavia no han proferido sentencia para decidir sobre la prosperidad o fracaso del recurso de revisión, -y no podrán dictarla porque con motivo de la denuncia penal contra ellos se declararon impedidos para continuar conociendo de tal recurso-, habría sustracción de materia para incriminarlos como autores de prevaricato o abuso de autoridad.

Pero, si la acusación versa en el hecho de que los Conjueces no ordenaron oficiosamente que el Juez Penal enviara copia del sumario por colusión contra los abogados que apoderaron a las partes en el proceso de filiación natural, tal cosa carece en absoluto de relevancia jurídica, precisamente porque ya la justicia penal pronunció fallo definitivo según el cual jamás existió la colusión entre los abogados Manfredo Becerra Duque y Enrique Ocampo Restrepo.

Lo expuesto conduce a la conclusión de que, no habiendo incurrido los acusados en delito alguno, durante el tiempo en que hicieron parte de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que conoce del recurso de revisión de la sentencia proferida el 7 de marzo de 1973 en el proceso de filiación natural de Marco Tulio Orozco contra la sucesión de Marco Tulio Cadavid Jaramillo, que se tramitó en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, no puede iniciarse sumario, sino que debe dictarse auto inhibitorio.

LA DECISION

En virtud de las consideraciones que se dejan hechas, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-,

RESUELVE

Abstenerse de iniciar sumario contra los doctores CONRADO CORREA GUTIERREZ, EVELIO GOMEZ BOTERO y HECTOR LOPEZ OBANDO, por no haber existido los delitos de que los acusó MARCO TULIO OROZCO, como cometidos en su calidad de Conjueces de la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, durante la tramitación del recurso de revisión de la sentencia de 7 de marzo de 1973 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, dictada en el proceso de filiación natural de Marco Tulio Orozco contra la sucesión de Marco Tulio Cadavid Jaramillo, representada por la cónyuge sobreviviente Clemencia Botero de Cadavid.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PERJUICIOS CIVILES DENTRO DE UN PROCESO PENAL

Condena ultra petita. ¿Cuándo no se da?

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo trece de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 26.

V I S T O S

Corresponde a la Corte desatar el recurso extraordinario de Casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, del 11 de agosto de 1976, mediante la cual condenó a los esposos TEODOSIO RIOS QUINTERO y AMIRA GALINDO DE RIOS, como autores del delito de Estafa, a la pena principal de DIEZ Y OCHO MESES DE PRISIÓN para cada uno, a las accesorias de rigor y a pagar la suma de $ 152.420.00 por los perjuicios causados con la infracción.

HECHOS

Se afirma que Raúl y Gentil Solano le debían a los esposos Ríos-Galindo la suma de $ 45.100.00 respaldada con una letra de cambio. Que se cancelaron $ 36.000.00 con cheques y el resto en semovientes y pastajes. Sin embargo, se dice que los acreedores les hicieron aceptar, a Raúl Solano y a su esposa María de la Cruz Santos una letra por la cantidad de $ 29.000.00, so pretexto de que Gentil todavía les debía $ 20.000.00. Con esta última letra, la señora Amira Galindo de Ríos inició juicio ejecutivo contra los esposos Solano-Santos.

ACTUACION PROCESAL

Se inició la investigación el 28 de julio de 1970 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva. Este mismo Juzgado, por auto del 4 de septiembre de 1971, sobreseyó definitivamente a los acusados, y el Tribunal Superior el 28 de marzo de 1973 revocó esa decisión para comprometerlos en juicio criminal como responsables del delito de Estafa.

Posteriormente, el juzgado del conocimiento con fecha 26 de septiembre de 1975, condenó a los sindicados, y el Tribunal Superior el 11 de agosto de 1976 confirmó esa determinación, modificándola en el sentido de señalar la suma de $ 152.420.00 como monto de los perjuicios causados.

Interpuesto el recurso de Casación por los procesados, concedido y admitido por la Corte, fue sustentado en su oportunidad con libelo que se declaró ajustado a los presupuestos legales.

LA DEMANDA

El recurrente propone tres cargos al aspecto penal del fallo acusado, y uno adicional para impugnar la condena civil de carácter indemnizatorio.

A) Cargo en lo Penal

1) Error de derecho. Afirma que el sentenciador incurrió en falsa apreciación de los testimonios, rendidos en audiencia pública, de Elvia Gutiérrez de Quiñones, Ramiro Sanabria, Ismael Perdomo y Antonio Manrique, quienes corroboran la versión de los procesados, pues les negó credibilidad sin fundamento serio.

Al terminar esta censura expresa: "... La falsa apreciación de estos testimonios por error de derecho consistente en negarles credibilidad cuando conforme a las reglas de la disciplina de lo cierto, la tienen, llevó al Tribunal a violar el artículo 236 del C. de P. P. y mediante dicha violación a aplicar indebidamente los artículos 80 y 408 del C. P....".

2) Errores de hecho. Señala varios, así:

a) Aduce falta de apreciación de las sentencias de primero y segundo grados del juicio civil que obran en el proceso, error de hecho manifiesto que llevó al fallador a "juzgar lo ya juzgado" con violación de los artículos 512, 332 y 333 del C. de P. C. y 17 del C. de P. P., que le condujo a aplicar indebidamente los artículos 80 y 408 del C. P.

b) Alega falta de apreciación de unas afirmaciones del denunciante corroboradas por los testigos Alfonso Galindo, Fabio Escandón y Luis Garrido, igualmente ignoradas, lo que "...hizo incurrir al H. Tribunal en error de hecho consistente en suponer engaño en el sujeto pasivo cuando es físicamente imposible que dicho sujeto al ser engañado fuera a pedir plazo para cubrir la obligación...".

c) Sostiene que el fallador desconoció que la letra de $ 29.000.00 se descomponía en la siguiente forma: $ 20.000.00 al capital debido y $ 9.000.00 los intereses al 2% mensual durante dos años, pues para facilitar el arreglo se rebajaron de ellos $ 600.00. Esto condujo a que no se reconociera la existencia de la cuantía verdadera del capital que inicialmente se debía. "...tremendo error de hecho, simplemente aritmético, resultante de la falta de apreciación matemática de dichos intereses... o indicio necesario, ya que de tales, se induce o infiere necesariamente el capital, llevó al H. Tribunal a considerar la sentencia de una sola letra y a aplicar en consecuencia indebidamente los artículos 80 y 408 del C. P....".

d) Precisa que el sentenciador cometió error de hecho al tener como probado el delito de estafa sin estarlo, por inexistencia total de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la conducta imputada,

Que no hubo artificios o engaños por que era imposible que Raúl Solano aceptara una letra por $ 29.000.00 a cambio de una de $ 45.100.00 sobre la que se habían cancelado $ 36.100.00.

Que hubo ausencia de inducción en error porque el título-valor por $ 29.000.00 correspondía a $ 20.000.00 de capital y $ 9.000.00 de intereses, por consiguiente, que no se causó perjuicio alguno, ni se tuvo dolo.

Finalmente, concluye que estos errores de hecho llevaron al Tribunal a la aplicación indebida de los artículos 215 del C. de P. P., 80 y 408 del C. P.

3) Interpretación errónea. La hace consistir en que los artículos 9º del C. de P. P., 92 y 95 del C. P., fueron mal entendidos en la sentencia.

Asevera que esto se debió a que los esposos Solano-Santos no sufrieron perjuicio porque la letra de cambio por $ 29.000 no fue cancelada; y, que el fallador sobrepasó el límite legal de $ 2.000.00 por daño moral, pues los sentenció "... a pagar la escandalosa suma..." de $ 152.420.00 moneda corriente.

B) Cargo en lo Civil

Ataca el censor la condenación a perjuicios porque al señalarlos, en concreto, excedió lo pedido.

Al respecto precisa que en la demanda de Parte Civil se estimaron los perjuicios en $ 84.000.00 y que, no obstante, la sentencia les ordena pagar la exorbitante suma de $ 152.420.00.

El cargo lo formula con base en el numeral 2º del artículo 368 del C. de P. C., porque se falló "...ultrapetita, violando in fraganti el artículo 26 de la Constitución Nacional...".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Delegada solicita que la sentencia acusada no se case porque los cargos no pueden prosperar por falta de técnica. Al respecto, anota:

1) En cuanto al error de derecho por negarles valor probatorio a los testimo-

nios de Elvia Gutiérrez de Quiñones, Ramón Sanabria, Ismael Perdomo y Antonio Manrique, destaca que el actor no lo demostró, por que se limitó a oponer su personal criterio al del fallador, y porque al no señalar la ley el valor del testimonio, no hay lugar, por este aspecto, a cometer la clase de error invocado.

2) En lo concerniente a los errores de hecho por falta de apreciación de sentencias civiles, de los testimonios de Alfonso Galindo, Fabio Escandón y Luis Garrido, de ciertas aseveraciones del denunciante y de la realidad de los intereses de la última letra de cambio, advierte que el demandante se limitó a enunciarlos sin efectuar su demostración y su incidencia en el fallo. Agrega que cuando plantea como error de hecho dar por acreditado el delito, desvía la acusación, pues no hace referencia al material probatorio.

3) En relación con la interpretación equivocada de los artículos 9º del C. de P. P., 92 y 95 del C. P., pues no hubo perjuicios de ninguna índole y porque la ley fija un tope a los perjuicios morales que la sentencia escandalosamente rebasó, observa el Ministerio Público que tal como está formulada la acusación conduce demostrar un error en la apreciación de la prueba y no la interpretación equivocada, como violación directa, de la norma sustancial, que es la pretensión del actor.

4. En lo referente al cargo contra la condenación al pago de perjuicios por no estar la sentencia de acuerdo con las pretensiones de la demanda como lo estatuye el numeral 2º del artículo 368 del C. de P. C., aduce que en el libelo de la Parte Civil, si bien se hace una estimación en dinero de los daños recibidos con el delito, es en definitiva un avalúo pericial el que los determina según la ley que ritúa lo relativo a este asunto en el proceso penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A) Impugnaciones en lo Penal

El recurrente empieza este acápite señalando el ámbito de la censura dentro de la causal 1ª del artículo 580 del C. de P. P., sin determinar, de los dos motivos que ella contiene, cuáles cargos formula al amparo del uno o del otro, es decir, sin precisar los que implican violación directa de la norma sustancial y los que por su naturaleza compartan violación indirecta de la misma, vacío que la Corte no puede llenar de oficio, en aras de salvar la deficiencia técnica de la demanda.

Indica como preceptos sustanciales quebrantados por la sentencia los artículos 9º del C. de P. P. y 80, 92, 95 y 408 del C. P.

Cargo primero. Sostiene que el fallador le negó valor probatorio a los testimonios de Elvia Gutiérrez de Quiñones, Ramón Sanabria, Ismael Perdomo y Antonio Manrique. Al tratar de demostrar el despropósito, dentro del campo del error evidente de derecho, se refiere a las afirmaciones que los declarantes hacen y a que sus dichos deben presumirse veraces por los múltiples factores que enumera.

Equivoca el impugnante el error de derecho, pues al desentrañar el contenido de los testimonios aludidos, opone su personal criterio al del juez, para demostrar la prevalencia de su propio aserto, y no para establecer la violación de una norma reguladora de la prueba, que sería lo correcto.

Finalmente, desconoce que la prueba testimonial, dentro del error de derecho, sólo puede ser atacada cuando es jurídicamente inexistente debido a que se conculcó su propia legalidad en la aducción, o en el rito que le señala la norma que la regula; e ignora que no procede su ataque como lo propone, esto es, contra la fuerza de convicción que le reconoció o le negó el sentenciador, porque en nuestro código procesal no hay precepto alguno que le atribuya al testimonio un determinado valor probatorio.

En síntesis, la objeción no prospera.

Cargo segundo: Alega que el fallador incurrió en errores manifiestos de hecho, por falta de apreciación de sentencias civiles favorables a los procesados, de los testimonios corroborantes de Alfonso Galindo, Fabio Escandón y Luis Garrido, de algunas fundamentales aseveraciones del denunciante y de la existencia innegable

de intereses en la segunda letra de cambio. Sinembargo, no acredita esos errores, pues omite el contenido y el análisis de las mencionadas sentencias, de los anotados testimonios, de las afirmaciones del denunciante y de la prueba de los intereses. Igualmente, no establece la relación de causa a efecto, entre los pretendidos errores y el fallo, para destacar su incidencia en éste y demostrar que otro muy distinto sería su sentido, de haberlos evitado el sentenciador.

En cuanto a que el Tribunal cometió error de hecho al dar por probado el delito de Estafa no estándolo, se desborda en generalizaciones sobre la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, con fundamento en autores y citas de la Corte, pero no relaciona estos tópicos con la indicación y estudio de las pruebas específicas que los excluyen sino que los enfrenta con su personal entendimiento del caso *sub judice*. Por este modo, abandona los cauces jurídicos de la censura propuesta.

En consecuencia, la objeción no prospera.

Cargo tercero. Denuncia el fallo por interpretación errónea de los artículos 9º del C. de P. P., 92 y 95 del C. P., pues no hubo daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, ni perjuicios morales subjetivados. Para demostrar la tacha hace algunas referencias a la peritación, a la última letra de cambio, al juicio ejecutivo y a las actitudes del denunciante con base en el dicho de su hijo Gentil Solano, con olvido de la técnica de casación, por violación directa de la ley sustancial, donde precisamente no se impugna el material probatorio, sino que, por el contrario, se le acepta como lo tuvo en cuenta el juzgador.

Resulta notorio el desatino del actor al proponer así la violación directa de los artículos citados por interpretación errónea, cuando debió de hacerlo como violación indirecta, por error esencial de hecho en la apreciación de la prueba, puesto que parte de la real inexistencia de todo perjuicio, planteamiento que de suyo descarta la posible aplicación de tales preceptos.

Luego, esta objeción tampoco prospera.

D) Impugnación en lo Civil

Cargo único. *Se formula al amparo de la causal segunda del artículo 368 del C. de P. C., por entender el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones de la demanda. Al efecto, aduce que en el libelo de la parte civil se estimaron los perjuicios en $ 84.000 y que, sin embargo, el fallador condenó a sus representados a pagar por ellos la suma de $ 152 420 00 moneda legal. De este modo resalta el impugnante la falta de concordancia entre la pretensión indemnizatoria y el fallo.*

La censura no aparece fundada, pues no se condenó ultra petita. *Así lo advierte el Ministerio Público, cuando expresa:*

"...Es preciso observar, de una parte, que no existe argumentación jurídica que sostenga la impugnación y, de otro lado, que si bien es cierto para los fines de la demanda de constitución de parte civil se fijó como cuantía de los perjuicios la suma de $ 84 000 00, este señalamiento no tiene carácter definitivo e inmodificable, porque la ley procesal establece un trámite particular para el avalúo de los daños ocasionados con el delito. Además, en este caso hubo amplísimo debate porque los apoderados de los acusados formularon glosas al peritazgo que fueron tramitadas debidamente por el juez de primer grado...".

Lo anterior es suficiente para rechazar el cargo.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación

interpuesto contra la sentencia de 11 de agosto de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y a que se refiere de modo expreso la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD

El Decreto 1188 de 1974 en su artículo 70 dispone que el acta de decomiso se firma por los funcionarios que intervienen y por el sindicado, pero no ordena el cumplimiento de ningún otro requisito

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo catorce de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 26 de mayo 12/77.

V I S T O S

Contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el 21 de agosto del año pasado y por medio de la cual se reformó la de la Brigada de Institutos Militares, Juzgado de Primera Ins tancia, de 10 de enero del mismo año, condenándose a GUILLES GROLEAU a la pena principal de tres años y seis meses de presidio, multa de diez mil pesos y accesorias correspondientes, así como al pago de los perjuicios causados con la infracción, interpuso el procesado recurso extraordinario de casación, que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala la cual asimismo consideró ajustada formalmente a la ley la demanda correspondiente .

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El 11 de octubre de 1975 a eso de las nueve y media de la mañana, se ocupaba el canadiense GILLES GROLEAU en llenar los requisitos de inmigración en el aeropuerto "Eldorado" con el objeto de dirigirse a Miami en el vuelo 50 de "Avianca" cuando uno de los agentes de Policía Judicial de los que prestan servicio en dicho lugar observando el nerviosismo del extranjero, lo condujo a las dependencias de dicha entidad donde procedió a requisarlo. Habiendo notado en la parte delantera de la cintura del pantalón algo duro, le pidió, por señas, al extranjero que desabotonara dicha prenda pero al mismo tiempo que hacía eso, Groleau extrajo rápidamente de allí un envoltorio que arrojó a una caneca o tarro de basura próximo, de donde los agentes procedieron a sacarlo y como observaran que contenía una sustancia blanca pulverulenta, tomaron muestras de la misma y las enviaron al Laboratorio de Toxicología en donde conceptuaron que se trataba de cocaína con pureza de 88% y 89,2% y con un peso total de trescientos diez (310) gramos.

En el mismo aeropuerto se procedió a elaborar el acta de decomiso, identificación, pesaje y guarda de la sustancia en cuestión documento que fue firmado por el representante del Ministerio Público, los aprehensores, el Jefe de Turno de la Policía Judicial y el secretario de dicho despacho. En ella se dice que "se trata de dos (2) bolsas de polietileno con rótulo 'HOTEL DANN', amarradas con cinta pegante trasparente, arrojadas por el señor Gilles Groleau al cesto de la basura de esta oficina, las que llevaba adheridas al cuerpo a la altura del pantalón" (Fl. 2). Es de advertir que aunque el sindicado Gilles Groleau aparece firmando dicha acta no hay constancia de que en tal acto hubiera intervenido un intérprete por medio del cual se dijera a aquél de qué se trataba, dada su ignorancia del idioma español.

Se recibieron las declaraciones de las personas que estaban en la oficina en el momento del decomiso, entre ellas las del agente Jair Salinas Macias que practicaba la requisa y quien dice que al revisarle el cuerpo a Groleau le tocó algo como duro y entonces le indicó que abriera el broche al oir lo cual el canadiense introdujo la mano a la cintura y cogiendo con ambas manos las bolsas o paquetes que allí tenía las arrojó al cesto de la basura.

Agrega este declarante que antes había mirado dentro del cesto y allí no había nada y reitera que vio cuando Gilles Groleau sacó del pantalón las dos bolsas y las arrojó a dicho cesto.

Otro declarante es el guarda Omar García Rico quien luego de mencionar cómo observaron, él y sus compañeros, a un individuo que estaba muy nervioso el cual fue detenido por Salinas, agrega que aquél trató de aprovechar cuando el detective mencionado lo requisaba, extrajo de la parte delantera del pantalón, lado interior, dos paquetes que lanzó rápidamente al cesto de la basura.

Al interrogársele sobre si había visto lo que el requisado arrojaba al cesto dijo que sólo observó el movimiento que éste hizo y oyó cuando algo caia al bote de basura, constatando que el extranjero estaba "extremadamente nervioso".

Ramón Mesa, también detective y que, al igual de los dos anteriores se encontraba en el lugar de los hechos dice que con anterioridad había observado el cesto de la basura sin observar en su interior nada extraño pero que luego de los hechos vio allí dos bolsas pero sin que le conste otra cosa.

Otro de los testigos presenciales fue el cabo Alfredo Ruiz Robayo quien expresa (Fl. 24 cuaderno principal) que Groleau estaba tembloroso especialmente le temblaban las manos y que cuando era sometido a requisa por el agente Salinas, el procesado aprovechó el momento en que el detective se hallaba agachado para arrojar, por encima de él, dos paquetes a la caneca de la basura, viendo lo cual le dijo el testigo a Salinas que lo dejara quieto y procedió a llamar al doctor Miranda quien hizo recoger los paquetes y una plata en moneda extranjera que también había arrojado al tarro en cuestión.

Este detective fue citado varias veces para someterlo a careo con el procesado sin que se obtuviera su comparecencia.

Indagado Groleau a quien se le hicieron las preguntas por medio de intérprete y las respondió del mismo modo (Fl. 15 *ibidem)* negó haber portado cocaína y dijo, por el contrario, que los dos paquetes de esta sustancia encontrados en el cesto de la basura, se encontraban, con anterioridad en ese sitio. Sobre lo que llevaba en la cintura afirmó que se trataba de cigarrillos y en cuanto a la declaración firmada por él en el aeropuerto expresa no haberse dado cuenta de su contenido por cuanto no se la tradujeron y agrega que no era él la única persona que se encontraba en la oficina sino que había otras a quienes también estaban requisando.

Entre Groleau y el detective Salinas se llevó a cabo una diligencia de careo en la cual este último sostuvo en presencia del primero que éste había sacado de la cintura dos paquetes los había arrojado a la caneca de la basura. Groleau, por su parte, reiteró su negativa respecto a ese hecho.

Se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos en la cual volvieron a declarar los detectives Jair Salinas Macías, Ramón Osorio Mesa, Omar García Rico así como el procesado Groleau todos los cuales repitieron lo que ya tenían dicho (Fl. 138 y siguientes del cuaderno principal).

Con fecha 10 de enero de 1976 se dictó por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, sentencia de primera instancia en la cual se consideró responsable a Gilles Groleau como infractor del Decreto 1188 de 1974 y por ello lo condenó a la pena principal de cuatro años de presidio y multa de quince mil pesos a más de las consiguientes sanciones accesorias correspondientes.

De esa decisión apeló el procesado y en la segunda instancia se practicaron algunas pruebas, entre ellas la ya mencionada diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos y además una

confrontación entre lo dicho por el detective Ruiz Robayo, ausente, y el procesado Groleau (Fls. 161 y ss.).

Obtenido ya el concepto del Fiscal Cuarto de las Fuerzas Militares, quien solicitó la revocatoria de la sentencia y la absolución del procesado quien consideró que no estaba perfectamente establecido que fuera éste quien hubiera arrojado las dos bolsas al cesto de la basura, se envió el proceso a la justicia ordinaria por haberse levantado el estado de sitio y se pronunció entonces por el Tribunal Superior de Bogotá la sentencia que es materia del presente recurso de casación.

En la parte de ésta en que se examina la responsabilidad de Groleau se dijo que el primer indicio de la misma lo constituía el hecho de que el procesado se había mostrado muy nervioso lo que motivó las sospechas de los detectives. Se menciona enseguida la circunstancia de haber sido visto por algunos de éstos, en particular por Salinas, cuando arrojaba las papeletas al cajón de la basura. Asimismo menciona las de García Rico y Ramón Mesa sin callar el hecho de que el primero si bien se dio cuenta de que alguien arrojaba algo a dicho cajón, no vio que el procesado lo hiciera, lo que tampoco fue presenciado por el último de los nombrados.

Hace también especial hincapié en lo declarado por el agente Luis Robayo de quien dice que fue él quien, además de Salinas, presenció cuando Groleau sacaba de la cintura de su pantalón los dos paquetes y los arrojaba al cesto ya que los demás que se hallaban en la oficina no vieron esa maniobra en su totalidad.

"Si analizamos la composición de la oficina en que se encontraban los agentes y los requisados, dice la sentencia, tenemos que se hallaban cuatro agentes y tres particulares. Quién de los presentes arrojó al cesto los paquetes? Lógicamente hay que empezar por descartar a los cuatro detectives. Seguidamente se elimina al requisado por García Rico, el cual según sus propias palabras, se 'mostraba completamente tranquilo y no efectuó ningún movimiento brusco'. Ramón Osorio Mesa practicaba otra requisa, al lado opuesto en que se encontraba Salinas, revisando a Guilles Groleau. Lógicamente, tuvo que haber sido alguien el lanzador de las bolsas, pues en tales casos es imposible aceptar el providencialismo. Mediante este proceso de exclusión se llega a la comprobación, de que el único que se encontraba en posición de arrojar las bolsas a la caneca era Guilles Groleau. Si a tal conclusión sumamos las declaraciones de Salinas y Ruiz Robayo, quienes afirman enfáticamente la responsabilidad del procesado, y las menos fuertes, la de Osorio Mesa y García Rico, tenemos que existe en su contra la plena prueba indispensable para condenar".

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Cuatro cargos formula a la sentencia el recurrente, dos de ellos ubicados en la causal cuarta de casación y los otros dos en el segundo cuerpo de la causal primera.

Se resumen a continuación lo mismo que la respuesta dada a cada uno de ellos por el Ministerio Público ejercido en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado Penal.

Primer cargo: Considera el actor que se incurrió en nulidad de rango constitucional por haberse violado el derecho de defensa del procesado a quien no se le nombró apoderado conforme lo dispone el artículo 431 del C. de P. Penal omisión para que lo asistiera en la diligencia de decomiso identificación y pesaje de la sustancia encontrada en el cesto de la basura, diligencia que se le hizo firmar pese a que ignoraba el contenido de la misma pues no entendía el idioma castellano y no se le nombró interprete para que lo enterara de lo que estaba firmando.

Responde la Procuraduría que si bien debió enterarse al procesado de lo que decía el acta premencionada, la omisión en hacer tal cosa no anula dicha diligencia porque lo que exige el artículo 70 del Decreto 1188 de 1974 es que ella lleve la firma de la persona a quien se le hace el decomiso. Por otra parte advierte que en tal actuación intervino el Agente del Ministerio Público y que nadie desconoció

en el curso del proceso el valor probatorio de esa acta.

Segundo cargo: También dentro de la causal cuarta de casación puede resumirse diciendo que el demandante considera violado el artículo 26 de la Carta por haberse fundado la sentencia en el acta de decomiso mencionada en el cargo anterior, y que, insiste el actor, carece de validez por no haberse nombrado intérprete para que el procesado conociere su contenido antes de firmarla.

Reitera el Procurador Tercero que éste es el mismo cargo formulado antes y que la respuesta es también la que le dio, o sea que si bien tal omisión constituye una irregularidad, no alcanza a anular la diligencia.

Tercer cargo: Se alega aquí violación indirecta de la ley sustancial por interpretación errónea del acta que se menciona en las dos censuras anteriores. Expresa el actor que al darle plena validez a esa diligencia, el Tribunal incurrió en error de derecho pues, repite, tal acta carecía de toda validez.

Niega la Procuraduría que se haya interpretado erróneamente la tantas veces mencionada acta por cuanto en ningún momento hubo duda sobre el hecho de que se hubiera decomisado una sustancia y que ésta correspondiera a la descripción que en ese documento se le dio.

Por lo que hace a la procedencia de los dos paquetes, hace ver el Ministerio Público que la sentencia se basó no en lo dicho en el acta sino en pruebas distintas a ésta por lo que no puede hacérsele a la providencia recurrida el cargo de haberse basado, por este aspecto, en el acta.

Cuarto cargo: Acusa también el actor la sentencia por cuanto, dice, incurrió esta en error de derecho al interpretar la declaración de Alfredo Ruiz Robayo a la que considera dicha providencia como la más importante prueba en contra del procesado siendo así, añade, que ese testigo fue renuente a comparecer cuando se le citó para carearlo con Groleau actitud que lo hace sospechoso de haber declarado en falso, circunstancia que el Tribunal no tuvo en cuenta para valorar el dicho de ese testigo.

Replica la Procuraduría que la circunstancia anotada por el actor y que se ha mencionado en último término, no es suficiente para restar valor probatorio a la declaración del detective Ruiz Robayo la cual analiza el Ministerio Público para llegar a la conclusión de que ofrece suficientes motivos de credibilidad como para ser tenida en cuenta.

De lo anterior concluye la Procuraduría que deben declararse no probados los cargos hechos a la sentencia y, por lo tanto, no considera que sea el caso de acceder a las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Examinados los cargos que se sintetizan en los apartes anteriores, se puede observar, como ya lo hizo la Procuraduría que el actor presenta la misma censura bajo tres formas distintas.

En efecto, el hecho de haber firmado Gilles Groleau el acta de decomiso sin habérsele nombrado un intérprete que se la leyera, lo hace figurar el actor como causal de nulidad tanto de carácter procesal (primer cargo) como de aspecto constitucional (segundo cargo). E igualmente se fundamenta en ese hecho para acusar a la sentencia de violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la interpretación de la prueba.

Sólo el cuarto cargo, que es también por violación indirecta, se refiere a una prueba distinta, esta vez, la apreciación del testimonio del detective Alfredo Ruiz Robayo.

Examinado conjuntamente los dos primeros cargos, ambos por nulidad, y que, en realidad, constituyen uno solo se tiene que si bien se omitió el nombramiento de un intérprete para que le leyera al procesado el acta de decomiso, no se puede decir que se incurrió en invalidez de carácter procesal ni de rango constitucional.

No la primera porque el Decreto 1188 de 1974 en ninguna parte expresa que tal omisión constituye nulidad. El artículo 70 de dicho ordenamiento exige que el acta sea firmada por los funcionarios intervi-

nientes y por el sindicado pero no ordena el cumplimiento de ningún otro requisito.

Por otra parte, la afirmación de que se vulneraron los derechos del procesado al no enterarlo de lo que estaba firmando, es una aseveración que no tiene base atendible en el proceso si se tiene en cuenta que no hay duda de que Groleau llevaba las papeletas de cocaína y las arrojó al cesto de la basura lo que de por sí hacía para él plenamente intelegible cualquier actuación de la policía aun cuando no supiera el idioma en que ésta se expresaba.

No hubo, en consecuencia, nulidad de ninguna clase procesal ni constitucional que incidiera sobre el acta mencionada y así es de rigor desechar los cargos que en tal sentido se hacen a la sentencia recurrida.

En cuanto al tercer cargo, o sea el de que carece de validez el acta tantas veces citada y que al estimarla como válida se incurrió en error de derecho al interpretar la prueba, tampoco tiene fundamento pues, como ya se anotó, tal documento es perfectamente válido y su estimación por parte del Tribunal hubiera sido correcta. Pero ocurre que deliberadamente el ad-quem *se abstuvo de tomarla en cuenta para fundamentar el fallo recurrido en lo que hace a la responsabilidad del procesado, fijándose sólo en la mención que ella contiene de haber sido decomisada una sustancia de determinadas características.*

En otras palabras, no la usó el sentenciador para deducir responsabilidad sino sólo para acreditar la parte externa de una conducta y la existencia del objeto material de la misma.

De ahí, pues, que sea desacertado afirmar lo contrario, y que por lo tanto, deba desecharse este cargo.

Finalmente la última censura, consistente como se deja dicho, en acusar la sentencia de haber cometido error de derecho al estimar el testimonio del agente Ruiz Robayo, es tan poco fundado como los anteriores, esto es, carece de base atendible.

En efecto, a más de que la estimación errónea de un testimonio no sería error de derecho sino de hecho por cuanto la ley no ha fijado el valor de convicción de esta prueba sino que por el contrario, lo ha dejado a la crítica, es decir, a la sana estimación del juez, se tiene que, en el presente caso, el Tribunal no sólo se basó en esa prueba sino en otras como la declaración de Salinas y de los demás detectives que estaban en la oficina en el momento del decomiso, y que, de otro lado, la declaración del mencionado agente ofrece serios motivos de credibilidad que no desaparecen por no haberse presentado éste a careo con el procesado.

Además, el censor no ensaya siquiera un análisis del dicho de ese testigo para mostrar sus deficiencias sino que pretende que se deseche sobre la base de que no fue posible obtener su comparecencia para enfrentarlo al procesado, lo que, se repite, no es suficiente para prescindir de esa prueba.

De todo lo anterior se concluye que no es del caso acceder a las peticiones de la demanda por no haberse probado los cargos en que ellas se basan.

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 a la oficina de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PRUEBAS

Es improcedente acusar el auto de proceder por errores en la estimación de la prueba al amparo de la causal cuarta de casación

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo treinta de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 26 de mayo 13/77

VISTOS

Cumplidos los trámites de rigor, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados LUIS ANGEL SALAZAR RAMIREZ y ARNOBIO DE JESUS DIAZ, contra la sentencia de 20 de enero de 1976 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali mediante la cual confirmó la de primera instancia del 26 de septiembre del año anterior dictada por el Juzgado 12 Penal del Circuito de la misma ciudad, que les condenó a la pena privativa de la libertad de 12 y 8 años de presidio, respectivamente, a más de las accesorias de rigor, como responsables, "en grado de coautoria, del delito de ROBO".

HECHOS

El juzgado del conocimiento, en el auto de llamamiento a juicio y teniendo en cuenta la denuncia formulada por Jairo Vélez Ramírez y otras piezas procesales, fueron resumidos así:

"El siete (7) de enero del año que avanza, y en su calidad de asistente del Parque de Atracciones del municipio de Cali, en la cual manifiestó que el dia mencionado a eso de las diez y cuarenta y cinco de la mañana, en el momento en que se dedicaba a contar el dinero realizado en dias anteriores y con el fin de hacer la consignación respectiva, entraron dos sujetos desconocidos a la oficina del doctor Vallejo, director del Zoológico, viendo pasar un tipo particular, y luego vio que el doctor Vallejo en compañía de Dario Moreno y Silvio Mejía, iban con las manos en alto hacia su oficina, los que eran llevados por dos desconocidos que estaban armados, que cuando llegaron a su oficina, uno de los individuos le dijo que se hiciera contra la pared a la vez que lo amenazaba, por lo cual tuvo que pararse y arrinconarse en el lugar que le indicaron, y procedieron a coger el dinero que estaba dentro de un cajón y otro encima del escritorio, para luego meterlo en un maletín que se hallaba en la oficina del doctor Vallejo, que el dinero lo envolvieron en un trapo rojo de la oficina, que cuando cogieron el dinero les dijeron que se tiraran al suelo boca abajo lo que así hicieron, que les ordenaron también que se pararan durante media hora, luego cerraron la oficina, cortando las lineas del teléfono público y desconectando el teléfono del parque de atracciones; que luego les abrieron y se dieron cuenta de que se trataba de varios atracadores los que se habían quedado armados en los patios, y luego se fueron en un taxi azul, de placas TA-2463, dato que les dio una señora. Termina diciendo que uno de los antisociales era de mediana estatura, trigueño, usaba gafas y tenia un saco azul" (Cuad. Principal. Fl. 193).

ACTUACION PROCESAL

El mismo día en que ocurrieron los hechos la Comisaría del Norte de Policía Municipal -Turno Segundo- y el Departamento de Policía del Valle -SICEP- iniciaron estas diligencias (Fls. 1 ss.). Al siguiente, el Juzgado 15 Penal Municipal, al cual correspondieron en reparto, avocó su conocimieto y dictó auto cabeza de proceso (Fl. 3). Fueron oídos en indagatoria Arnobio de Jesús Díaz (Fls. 14 ss.), Pedro José Gómez Zuluaga (Fls. 27 ss.), Luis Angel Salazar Ramírez (Fls. 29 ss.), Leonel Bonilla Fonseca (Fls. 32 ss.) y José Joimer Vargas Muñoz (Fls. 35 ss.), contra quienes el 17 de enero de 1975 el Juzgado dictó auto de detención por el delito de robo (Fls. 48 ss.). Se recibieron numerosas pruebas de diversa índole. Por auto de 28 de febrero siguiente, el juzgado no accedió a revocar el de detención (Fls. 97 ss.), al estudiar las peticiones que sobre el particular le fueron elevadas. El proceso fue enviado al Juzgado 12 Penal del Circuito el cual avocó su conocimiento, decretó nuevas pruebas y comisionó al 11 de Instrucción Criminal para que las practicara (Fls. 108 ss., 112). Luego de largo diligenciamiento, el 21 de abril de 1975 se declaró cerrada la investigación (Fl. 180) y, previas las alegaciones de partes, por auto de 28 de mayo siguiente, se llamó a juicio a Luis Angel Salazar Ramírez, José Joimer Vargas Muñoz y Arnobio de Jesús Díaz "como imputables del delito de 'ROBO' cualificado previsto en el C. Penal, Libro 2º, Tít. XVI, Capítulo II, modificado por la Ley 21 de diciembre 3 de 1973 (Fls. 193 ss.) ;sobreseyó temporalmente en favor de Leonel Bonilla Fonseca y definitivamente en favor de Pedro José Gómez Zuluaga (Fls. 193 ss.). El 18 de junio de dicho año, no accedió a responder la providencia anterior, como se lo habían solicitado y aceptó el desistimiento de los recursos de apelación interpuestos contra la misma determinación (Fls. 232 ss.). Previo el cumplimiento de las formalidades legales se celebró la respectiva audiencia pública (Fls. 279 ss.) y luego se produjeron las sentencias de primera (Fls. 311 ss.) y de segunda instancia (Fls. 419 ss.), a las cuales se ha hecho referencia en los Vistos de la presente, habiéndose condenado a los recurrentes Salazar Ramírez y Díaz y absuelto a José Joimer Vargas Muñoz.

LAS DEMANDAS

Demanda presentada por el apoderado de Salazar Ramírez:

Luego de los prolegómenos de rigor que incluyen la presentación de los hechos, para lo cual acoge la versión del Juzgado de primera instancia "por considerarlos fiel trasunto de la realidad procesal" y de la historia del proceso, el censor formula 3 cargos: el primero bajo el amparo de la causal 4ª de casación señalada por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y los otros dos con fundamento en la causal primera de la misma disposición. Se plantearán y estudiarán separadamente, en el mismo orden en que han sido presentados:

Primer cargo: causal cuarta: Enunciación: "La sentencia acusada fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por falta de 'observancia de las formas propias del juicio' especialmente consagradas en el artículo 26 de la Constitución Política".

En orden a sustentarlo, argumenta:

En el llamamiento a juicio de Salazar Ramírez por robo agravado, no se llenaron los requisitos exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal que transcribe, el cual debe armonizarse con el 483 en cuanto ordena que se haga "el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado" y que se dé "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen".

Transcribe la regla 215 del estatuto procesal penal para decir que su aplicación sólo es correcta cuando se cumplen las exigencias del 481. "Si las pruebas sobre las cuales descansa el auto de proceder no fueron legalmente producidas, no se puede dictar sentencia condenatoria" porque el proceso quedaría afectado de nulidad constitucional (Art. 26) "por ausencia de

la plenitud de las formas propias del juicio penal".

En el adelantado contra Salazar las pruebas "no fueron legalmente producidas", por lo que no se podía dictar fallo condenatorio, el cual se fundamentó sobre los siguientes tres elementos: "antecedentes judiciales del procesado", el hecho de haberse encontrado donde fue capturado Salazar junto con dos sindicados más; una cartera de cuero de propiedad del doctor Vallejo Ossa y "las huellas dactilares encontradas por la Policía Judicial en el automóvil de servicio público marca 'SIMCA', placas VA 2589, manejado por el otro procesado Arnobio de Jesús Díaz". Sobre lo anterior, comenta:

A la prueba de las huellas dactilares se le atribuyó el valor de indicio necesario cuando apenas es "probable de la consumación del ilícito". En consecuencia no sirve para fundamentar el auto de proceder que lo requiere; porque esa calidad de indicio necesario que se le dio, no tiene respaldo en otras pruebas y porque no fue legalmente aportada al proceso, puesto que no fue previamente decretada por el juez como lo requiere el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, ni a los peritos se les presentaron los cuestionarios (Art .272) ni se citó al procesado para los efectos del 273, ni se dio cumplimiento al 276 sobre "comonociento del dictamen, para las partes", por lo cual se violó el 214 sobre "Inexistencia del acto procesal". Se está, pues, frente a esta clase de nulidad. Luego el dictamen rendido por los técnicos de la Policía no tiene valor y es idónea para dictar auto de proceder y después sentencia condenatoria.

Además: el dictamen sobre huellas fue rendido fuera del término que la ley señala a la Policía Judicial; el procesado las explica manifestando que las pudo dejar la víspera, porque posiblemente en ella hizo uso de ese automóvil por ser de servicio público y también porque sus captores: F-2 lo introdujeron a la brava en él para hacerle estampar las huellas.

Luego lo de las huellas no es indicio grave, sino a lo más probable. Destaca que los testigos no reconocieron a Ramírez como uno de los atracadores. Por tanto, se aumenta la presunción de inocencia a su favor, siendo que, además, no hay correspondencia entre la comisión del ilícito y las huellas encontradas. La duda debe favorecer al procesado cuando no hay modo de eliminarla (Art. 216).

En conclusión: Si el auto de proceder, que es base de la sentencia condenatoria, se dictó con violación del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, "no se cumplieron por este aspecto las previsiones contenidas en el artículo 26 de la Constitución Política en su modalidad de 'falta de observancia de las formalidades propias del juicio".

La presunción consiste en que en el sitio en donde fueron capturados Salazar Ramírez, Bonilla Fonseca, José Joimer Vargas y Gómez Zuluaga se encontró la cartera de cuero de propiedad del doctor Vallejo, administrador del Parque del Bosque Municipal, en donde al parecer había sido guardado por los sindicados el dinero producido por el ilícito, no puede correr contra Ramírez, ya que no se acreditó que se hubiera hallado en su poder. Cualquiera de los compañeros de Ramírez pudo haberla arrojado al suelo, que fue donde se encontró. Luego debe aplicarse el *in dubio pro reo* consagrado en el artículo 216 del estatuto procesal penal.

De lo anterior concluye que en el auto de proceder se generó una nulidad supralegal con fundamento en el artículo 26 de la Carta.

El indicio consistente en los antecedentes del procesado Ramírez no puede ser tomado como de responsabilidad, "porque ninguna relación existe entre los actos consumativos del delito y la que pudiéramos llamar 'capacidad moral para delinquir que en razón de sus antecedentes posee Ramírez". A lo más se estaría frente a un indicio más o menos probable de capacidad para delinquir.

Se responde el cargo:

Ante todo conviene destacar en líneas generales que el censor, en el curso de su demanda, principalmente se ocupa de anteponer su propio criterio interpretativo de la prueba a aquél que siguieron los falladores de instancia. Dentro de esta modalidad se está ante el enfrentamiento de

dos sistemas subjetivos en torno a la interpretación de determinadas pruebas para sacar, en conclusión, el valor que a cada uno le parece acertado asignarles. Se está, pues, en realidad, ante un análisis probatorio propio del que puede y debe desarrollarse en las instancias, con el cual trata de demeritarse el realizado por los juzgadores ante el cúmulo de pruebas que fueron tenidas en cuenta para dictar las providencias criticadas. Y ya la Corte ha sostenido en varias oportunidades que tal método crítico que tan sólo contrapone criterios subjetivos de apreciación de pruebas, no es suficiente para lograr la prosperidad de un recurso de casación.

De otra parte y, en relación a este cargo, en concreto, como lo apunta el Ministerio Público, "es improcedente acusar el auto de proceder por errores en la estimación de la prueba, todo ello al amparo de la causal 4ª de casación.

"Los motivos de nulidad del proceso se refieren a vicios en su trámite o desarrollo, así previstos en la Constitución Nacional o por la Ley. Por el contrario los errores en la estimación de la prueba -vicios in iudicando- *no se sancionan con la invalidación del proceso sino que esas equivocaciones pueden rectificarse por la Corte Suprema de Justicia convirtiéndose así en juzgador de instancia.*

"El artículo 583 del estatuto procesal penal enseña que si prospera la causal primera, la Corte Suprema casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo. Pero si el motivo de impugnación corresponde a la causal cuarta, casará el fallo acusado, declarará la nulidad e indicará en qué estado queda el proceso.

"La ley colombiana en materia penal tan sólo ha contemplado los vicios in iudicando *para las sentencias -artículo 580 del* Código de Procedimiento Penal- numeral 1º y no para los autos interlocutorios, así sea el calificatorio del sumario.

"Por tanto, resulta absolutamente impertinente impugnar el auto de proceder porque los juzgadores de instancia incurrieron en equivocaciones en la estimación de la prueba, según la opinión del demandante. Para estas ocurrencias existen los recursos ordinarios de reposición y apelación mas no el extraordinario de casación".

Finalmente no está por demás destacar que la afirmación fundamental del censor consistente en que en el auto de proceder no se dio cumplimiento a las exigencias legales sobre su forma, no se ajusta a la realidad, puesto que en tal pieza se encuentra un detenido análisis de las pruebas sobre las cuales se fundamentó.

En consecuencia este cargo no prospera.

Segundo cargo: causal primera: Enunciación: la sentencia impugnada "es violatoria de la ley sustancial por infracción INDIRECTA del artículo 404 del C. Penal en razón de que se tuvo en cuenta como indicio grave de responsabilidad un hecho que no reúnen las condiciones de indicio grave y necesario".

En orden a demostrarlo repite las argumentaciones que en el cargo anterior esgrimió contra la prueba dactiloscópica, la presunción legal y los antecedentes judiciales del procesado para concluir que "por error de derecho evidenciable en los autos en la apreciación deficiente de los medios probatorios anteriormente relacionados, el H. Tribunal sentenciador incurrió en VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, concretamente en violación del artículo 10º de la Ley 21 de 1973, que subrogó el artículo 404 del Código Penal".

De manera subsidiaria y dentro de este mismo cargo dice: "invoco la misma violación INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL por error de HECHO consistente tal error" en que se creyó que la prueba sobre huellas dactilares había sido allegada al proceso con el lleno de las formalidades legales al igual que la presunción de responsabilidad.

Se responde el cargo:

Ya se observó cómo para fundamentarlo el actor repite los mismos argumentos que presentó para cimentar el anterior. Y también cabe reiterar que en el desarrollo de este recurso de casación no se está frente a una tercera instancia que libremente comporte la revisión total del proceso. Sino que en ella se plantea un juicio de derecho limitado, el cual compren-

de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y ello 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 segunda instancia. Mas como esta misión no se cumple en el libelo, el cargo habrá de desecharse.

Tercer cargo: causal primera: Subsidiariamente acusa la sentencia "por violación DIRECTA y por evidente ERROR DE DERECHO en que incurrió el sentenciador de segundo grado en la apreciación de las pruebas".

Argumenta: En la parte resolutiva de la sentencia se condenó a Salazar Ramírez "como responsable en el grado de coautoría, del delito de ROBO, previsto en el C. Penal, Libro 2º, Titulo XVI, Capítulo II, Art. 404 numerales 1º y 4º, en armonía y concordancia con la Ley 21 de 1973, artículo 9º y artículos 34, 399 y 403 del Código Penal y demás disposiciones analizadas en esta providencia, a la pena de DOCE (12) AÑOS DE PRESIDIO, en hechos ocurridos en esta ciudad -(Cali)- el día 7 de enero del presente año (1975) contra el Zoológico Municipal".

Agrega: "Como consecuencia, se tiene que el H. Tribunal sentenciador violó en forma DIRECTA LA LEY SUSTANCIAL por el evidente error de derecho en que incurrió al aplicarle al procesado LUIS ANGEL SALAZAR RAMIREZ los artículos 9º de la Ley 21 de 1973, el artículo 399 del Código Penal, y los artículos 403 y 404 del mismo código, con el fin de agravar la pena al sentenciado. No se podían tomar como evidentemente se tomaron las circunstancias agravantes del delito de hurto, contempladas en el artículo 399 del Código Penal, para sumarlas a las agravantes del delito de robo, contempladas en los artículos 403 y 404 del Código Penal, tal como lo hizo el H. Tribunal sentenciador. Se violó el principio NON BIS IDEM al reprimirse un mismo hecho dos veces".

Concluye el cargo: "El H. Tribunal sentenciador de Cali, violó en forma DIRECTA LA LEY SUSTANCIAL, por evidente error de derecho, al darle aplicación a los artículos 398 y 399 del C. Penal que reprime el delito de hurto agravado, junto con los artículos 403 y 404 del mismo código que reprime el delito de robo agravado.

"El aumento de la pena impuesta al procesado hecha por el H. Tribunal sentenciador, también violó en forma directa y por error de derecho, el artículo 34 del C. Penal, en razón del aumento que se hizo de una tercera parte 'por la primera reincidencia', no consulta ni la equidad ni la justicia".

Finaliza con la solicitud de que se case la sentencia y se dicte el fallo que deba reemplazarla.

Demanda presentada por el apoderado de Arnobio de Jesús Díaz:

En su primera parte hace el relato de los hechos y el resumen de la actuación procesal y con fundamento en la causal 1ª de casación que consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula el siguiente cargo único:

Enunciación: En la sentencia recurrida se quebrantó ostensiblemente en forma DIRECTA la ley sustancial, por evidente error de derecho.

Para demostrarla esgrime argumentos semejantes a los presentados por el apoderado de Salazar Ramírez en el tercer cargo fundamentado en la causal primera, razón por la cual no es del caso repetirlo en esta oportunidad, auncuando no debe dejar de anotarse una cierta confusión en el planteamiento de la censura.

Se responden los cargos:

Los censores ofrecen en ambos cargos una misma consideración al examen de la Corte, o sea, la violación directa de la ley por evidente error de derecho en que incurrió el sentenciador de segundo grado al hacer el justiprecio de las pruebas.

Es sabido que la violación directa de la ley se alega en casación al margen de la apreciación de las pruebas.

El error de derecho en la interpretación de aquéllas exige del recurrente precisar, sin equívocos, cuál o cuáles de las normas procedimentales que asignan determinado valor legal a un medio probatorio fueron ignoradas por el sentenciador. Y la violación directa de la ley requiere como

presupuesto inexcusable que el recurrente acepte la prueba como fue establecida por el sentenciador, sino que dejó de aplicar a ella la norma pertinente, o le aplicó indebidamente el ordenamiento que no reclamaba. Si de interpretación errónea se trata, ha de probarse que la prueba fue bien establecida y la norma aplicable fue bien seleccionada, pero el sentenciador incurrió en exageración o menoscabo de los precisos alcances de la última.

De lo anterior cabe concluir que el error de derecho en la interpretación de pruebas y la violación directa de la ley son conceptos diferentes que deben esgrimirse separadamente, para que puedan ser estudiados con la exactitud que su peculiaridad reclama.

Es más: el error de derecho en la interpretación de pruebas reconoce dos únicas formas en la casación colombiana:

A. Desconocimiento por el sentenciador del preciso valor asignado por el legislador a un medio de prueba.

B. Desconocimiento por el sentenciador de las formalidades propias establecidas por el legislador para su aducción al proceso.

Ninguno de estos dos supuestos ha sido presentado en debida forma por el recurrente a la consideración de la Corte. Y este es un vacío que no puede excusar la Sala ni suplir con sus propias motivaciones.

Los cargos no prosperan.

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, NO CASA la sentencia de fecha de 20 de enero de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen. Cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Horacio Gómez Aristizábal (Conjuez). ... .

J. Evencio Posada V., (Secretario).

MARIHUANA

El experticio del artículo 39 del Decreto 1188 de 1974 solo señala pautas a seguir para el establecimiento de la dosis personal, pero no implica que esa peritación científica deba realizarse en todo proceso. Cómo puede establecerse la dosis personal y qué es esa dosis

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., Enero veintiséis (26) de mil novecientos setenta y siete

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Expediente Nº 22.714

Aprobado: Acta Nº 65 de diciembre 7/76.

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, proferido el 24 de febrero de 1976 que reformó la de primera instancia dictada por el Comando de la Brigada de Institutos Militares el 6 de octubre de 1975, imponiendo a Mercedes Pabón de Cardona tres años de presidio, cinco mil pesos de multa y a las penas accesorias correspondientes, y la confirmó en cuanto condenó a Silvia Rivera Martínez a la misma pena y multa, y a las accesorias de rigor.

El recurso fue concedido por el *ad quem* y declarado admisible por esta Sala en auto de 13 de mayo del año en curso.

Presentada en oportunidad la demanda sustentatoria del recurso en nombre y representación de Silvia Rivera Martínez, se declaró ajustada a las exigencias legales formales y se ordenó correr su traslado a las partes no recurrentes.

HECHOS

De manera acorde con la realidad procesal, el juzgador de segunda instancia los relató en los siguientes términos:

"En la tarde del 10 de septiembre del año inmediatamente anterior, Mercedes Pabón de Cardona y Silvia Rivera Martínez decidieron de común acuerdo solicitar un automóvil en préstamo a un amigo con el fin de cumplir algún menester de poca monta. Cumplido éste, se dirigieron a inmediaciones del Hotel Hilton de esta ciudad y como parece era su costumbre, adquirieron de un desconocido una buena cantidad de marihuana y se dirigieron al Parque Nacional. Allí se sentaron a un lado de la carretera de circunvalación con ánimo de fumar la yerba. No lo habían hecho cuando acertó a pasar por allí una patrulla de agentes secretos. Los patrulleros se acercaron con el convencimiento de que las dos mujeres necesitaban alguna ayuda; pero algunas actitudes de éstas les hicieron entrar en sospecha de que algo estaban ocultando. Fue así como los secretos dispusieron una revisión del automóvil logrando la incautación de una buena porción de marihuana. Las dos damas fueron capturadas y conducidas a las dependencias del Departamento Administrativo de Seguridad para ser puestas a órdenes de las autoridades competentes.

ACTUACION PROCESAL

Inició la investigación el Juzgado Octavo de Instrucción Penal Militar, quien decretó la detención preventiva de las procesadas Mercedes Pabón de Cardona y Silvia Rivera Martínez. Profirió sentencia el Comando de la Brigada de Institutos Militares, como juzgado de primera instancia, el 6 de octubre de 1975, fallo mediante el cual se condenó a Silvia Rivera Martínez a la pena principal de tres años de presidio como responsable del delito de "porte ilegal de marihuana", pronunciamiento contra el cual se interpuso apelación y que fue confirmado a este respecto por el Tribunal Superior Militar en providencia de 24 de febrero del año en curso, que es precisamente objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos son los cargos que le formula el demandante a la sentencia recurrida: el primero, al amparo de la causal primera del artículo 580 del C. de P. P. y el segundo dentro del marco de la causal cuarta del mismo artículo.

CARGO CON INVOCACION DE LA CAUSAL PRIMERA

Aduce el actor que se ha violado directamente la ley penal sustancial por aplicar el fallo recurrido indebidamente el primer inciso del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 porque "el precepto por aplicarse no era éste en cuanto a la pena allí prevista, sino el inciso 2º del mismo artículo 38 que alude a la dosis personal".

Para fundamentar la impugnación, cita el artículo 39 del nombrado decreto, según el cual la determinación de la dosis personal habrá de "hacerse por peritación médico-legal, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínica del sindicado". "Y en el artículo 6º del mismo estatuto se dispone el alcance de dosis personal expresando que es 'la cantidad de fármaco o droga que ordinariamente una persona ingiere, por cualquier vía, de una sola vez', y 'dosis terapéutica', la que el médico normalmente prescribe al paciente".

"En el proceso no se fijó con la intervención médico-legal en el caso concreto de la procesada, la dosis personal en el consumo de marihuana, tomando en cuenta su calidad, la historia y situación clínica de la señorita Silvia Rivera Martínez".

"Este vacío de la investigación no permitía aplicar, sin violación de la ley penal, el precepto más grave, esto es, el 1º inciso del artículo 38, puesto que la cantidad exigua de yerba que le fue hallada a la señorita Silvia Rivera Martínez y a su compañera señora Mercedes Pabón de Cardona, obviamente excluye la posibilidad de tráfico de estupefacientes para deducirse mejor y forzada interpretación benigna que manda la ley en que se trataba de dosis personal y señalar la sanción con esta calificación de los hechos de acuerdo con el inciso 2º del artículo en cita".

Concluye el actor diciendo que como "se tomó, en consecuencia, de manera indebida" el primer inciso del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 'y se dejó de aplicar el segundo, señalando la pena de aquél y no fijando la sanción que en el último se indica, se violó la ley sustantiva penal por aplicación indebida'. Por tanto, solicita que se case el fallo 'y profiera la H. Corte el que debe reemplazarlo según lo dicho".

CARGO CON INVOCACION DE LA CAUSAL CUARTA

"Al dejar el instructor de disponer la prueba científica aquí más que aconsejable, necesaria, por la cantidad de marihuana encontrada a la sindicada (29 gramos para ella) se dejó de practicar una prueba fundamental para la debida calificación del hecho y de la pena, con lesión del debido juicio y del derecho de defensa, pues diligencia probatoria tan importante y procedente llevó al juez a desconocer la calificación más favorable, la del inciso 2º del artículo 38 citado, a la cual, desde entonces se hubiera aplicado muy posiblemente, para llegar a la más

gravosa, por defecto del diligenciamiento del proceso, la del inciso 1º del mismo artículo con perjuicio, se repite, del derecho de defensa, que se desprende del precepto legal que manda al instructor practicar no sólo las pruebas que establezcan y agravan la responsabilidad del procesado sino también aquéllas que la excluyan, extingan o atenúen (Art. 335 del Código de Procedimiento Penal).

"Se tiene, por tanto, una nulidad de alcance constitucional por infracción del artículo 26 de la Carta...". En consecuencia, solicita la declaratoria de nulidad "desde el auto que dio traslado al fiscal -septiembre treinta de mil novecientos setenta y cinco- para concepto de fondo, a fin de que reabierta la investigación-, se dé aplicación al precepto ahora vigente, que le da a los hechos, no el alcance de tráfico sino de dosis personal, lo cual de paso permite que el precepto, actualmente más favorable, tenga aplicación retroactiva...".

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, conceptúa que el cargo planteado en el ámbito de la causal cuarta de casación debe prosperar, porque "no se preguntó a Medicina Legal, si la cantidad de hierba incautada, que resultó ser marihuana, era o no dosis personal. Por otra parte de acuerdo con la diligencia de pesaje, no se determinó el peso neto de la hierba, ya que en los sesenta y cuatro (64) gramos está incluido el empaque y no se sabe cuánto pesó éste... En estas condiciones, la calidad de la prueba recaudada no alcanza a producir certeza legal sobre la responsabilidad penal de las procesadas. Aquí, encontramos la norma aplicable al caso, consistente en que 'toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla' (artículos 445 del C. de J. P. M. y 216 del C. de P. P.).

Solicita por consiguiente el Procurador, que se case la sentencia recurrida y que 'se haga extensivo el fallo a la procesada MERCEDES PABON DE CARDONA, quien no recurrió en casación, pero cuya situación es similar a la de SILVIA RIVERA MARTINEZ".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme se dejó anotado, dos son los cargos que se formulan a la sentencia proferida por el Tribunal Militar y ellos en su orden, son:

a. Violación directa de la ley penal sustancial por aplicación indebida, y,

b. Nulidad al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto que se afirma en el libelo de la demanda que, el sentenciador lesionó el debido proceso, y se violó asimismo, el derecho de defensa de la procesada.

No obstante que el recurrente invocó en el libelo en primer término, la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y en segundo lugar, cuestionó la causal cuarta de casación, la Corte por razones de orden técnico, principio de prioridad, se ocupará de estudiar primeramente la causal cuarta de casación propuesta, por cuanto que, en el evento de que ésta prospere, se genera una nulidad procedimental, no requiriéndose en consecuencia, el estudio de las demás causales presentadas por el recurrente para solicitar la infirmación del fallo.

1. Básicamente el actor, impugna el fallo por la causal cuarta, aduciendo el mismo planteamiento que invoca para sustentar la causal primera, esto es: "QUE AL DEJAR EL INSTRUCTOR de disponer la prueba cientifica más aconsejable necesaria, por la cantidad de marihuana encontrada a la sindicada (29 gramos para ella) se dejó de practicar una prueba fundamental para la debida calificación del hecho y de la pena, con lesión del debido juicio y del derecho de defensa, pues, diligencia probatoria tan importante y procedente, llevó al juez a desconocer la calificación más favorable, la del inciso 2º del artículo 38 citado, a la cual, desde entonces se hubiera aplicado muy posiblemente, para llegar a la más gravosa, por defecto del diligenciamiento del proceso, la del inciso 1º del mismo artículo con perjuicio se repite, del derecho de defensa, que se desprende del precepto legal

que manda al instructor practicar no sólo las pruebas que establezcan y agraven la responsabilidad del proceso sino también aquéllas que la excluyan, extingan o atenúen (Art. 335 del Código de Procedimiento Penal)".

Frente al cargo, la Sala manifiesta que no le asiste razón al recurrente cuando plantea la nulidad por la causal cuarta de casación, porque es de entenderse que si en el transcurso de un proceso el instructor, o el funcionario del conocimiento, se abstienen de decretar la práctica de una prueba determinada, o si decretada, no se practica, tales omisiones no tienen el alcance de generar una nulidad de orden constitucional. Por ser esta causal la más debatida, la Corte doctrinariamente, y en forma reiterada, ha sostenido que no es cualquier irregularidad de orden procedimental, la que determina la anulación de un proceso. La omisión debe ser de tal entidad y naturaleza que incida directamente en el debido juzgamiento, que irrogue perjuicios a las partes y, ataque la misma administración de justicia. Se ha insistido, que las garantías establecidas en desarrollo del artículo 26 de la Constitución Nacional son taxativas, siendo las siguientes: Juzgamiento conforme a ley preexistente, ante autoridad competente, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio y, en caso de duda, plenamente demostrada, aplicar la norma más favorable al procesado.

En el caso sub judice, *la omisión a que alude el demandante, no tiene la entidad ni la eficacia necesaria para producir la anulación del proceso, pues la ley no dice cuando resulta inexcusable realizar el experticio del artículo 39 del Decreto 1188 de 1974, sólo señala pautas a seguir para el establecimiento de la dosis personal. Esto no implica que esa peritación científica deba realizarse en todo proceso; simplemente significa que la prueba se debe practicar cuando hay necesidad de precisar, por ese específico medio, la mencionada dosis. El criterio de NECESIDAD emerge de dos factores concurrentes: que se trata de persona adicta o dependiente, síquica o físicamente; y, que la calidad y cantidad de materia o substancia decomisada así lo indiquen. El primero, surge del sujeto mismo, de "...la historia y situación clínica del sindicado...", como reza la norma; sin embargo, cuando sobre el imputado no existe el más leve indicio de adicción o dependencia el peritaje médico no tiene fundamento, basta el concepto general de los legistas basado "en la tolerancia máxima, dosis letal y valores estadísticos de consumo", por tratarse de individuo que responde en forma normal o cualquier clase de estímulo, como el común de los humanos. El segundo, proviene de un resultado cualitativo y cuantitativo de la materia o substancia, obtenido de sus análisis químico o morfológico y de su pesaje; pero, cuando la cantidad incautada descarta, por su magnitud, la tenencia de una dosis personal, sobre el examen del procesado porque sería inocuo entrar a demostrar lo que a la luz de la razón es evidente en sí mismo. Entonces, si en este proceso las acusadas no afirman padecer dependencia alguna, y si, de otra parte, se les encontró una bolsa de polietileno con marihuana, cuyo peso neto fue de 64,5 gramos, que la prueba técnica estimó sobredosis, no se ve jurídicamente la necesidad de que se hubiera practicado el experticio de que trata el precepto citado por el recurrente.*

En todo caso, la prueba que echa de menos el impugnante era innecesaria por lo anteriormente expuesto y porque se encuentra sustituida por la que corresponde en este proceso, es decir, por el concepto científico mediante el cual los expertos "basados en la tolerancia máxima, dosis letal y valores estadísticos de consumo", determinaron que la cantidad de marihuana que portaban las procesadas constituye sobredosis. Del mismo modo, si fuera oportuna la aplicación del Decreto 701 del 9 de abril de este año, que señala la dosis personal, la pretendida omisión desaparecería, pues tal dispositivo legal, por su carácter supletorio, llenaría el vacío de la prueba científica, indicando que la cantidad de hierba alucinógena decomisada, dividida, inclusive, en la proporción arbitraria que sugiere el demandante, también rebasaría los límites de aquella dosis. En consecuencia, si

la prueba que se reclama está suplida con propiedad por otra de entidad científica o en el evento más crítico, sustituida por el citado ordenamiento legal, no es posible hablar de nulidad por violación del debido procedimiento y del derecho de defensa, pues, stricto sensu, *sustancialmente no existe laguna probatoria que salvar, ni reproche procesal que formular en lo tocante a la calificación jurídica del hecho. En tal virtud, el cargo debe desecharse.*

2. Por la causal primera de casación, el recurrente sostiene que existió violación directa de la ley penal sustancial por aplicación indebida. Se afirma, que el sentenciador en lugar de dar aplicación al inciso 2º del artículo 38 del Decreto 1188 que versa sobre la "dosis personal", aplicó indebidamente el inciso 1º de la disposición antes citada y, que hace referencia al tráfico de marihuana. Se insiste por el recurrente, que en el proceso no se fijó con intervención médico-legal y, en el caso concreto de la procesada Silvia Rivera Martínez, la dosis personal, en el consumo de la sustancia alucinógena, teniendo en cuenta la calidad, la historia de la sindicada y su situación clínica.

LA CORTE CONSIDERA

Yerra el actor cuando plantea la violación directa de la ley por aplicación indebida. En efecto:

El quebrantamiento directo de la ley sustancial se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado; o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella. 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 sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente la escogencia de la norma por el fallador, o el contenido que éste le atribuye en la sentencia. Quien aduce esta violación, NO IMPUGNA LA PRUEBA, y muestra su conformidad con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo motivo de la censura, esto es, que el demandante los acepta, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado, o a la interpretación jurídica de su contenido. En síntesis se entiende que se configura la aplicación indebida cuando el sentenciador yerra en la selección de la norma aplicable al caso probado.

En las anteriores condiciones, es perfectamente claro que el demandante erró en la invocación de esta causal para solicitar la infirmación del fallo, porque como se deja nuevamente planteado, en la invocación de la violación directa no se impugna la prueba habida en el proceso; y es apenas lógico que la Corte en casación no tiene la facultad de corregir los yerros del censor. La Casación se ha dicho, no es una tercera instancia que conlleve el examen de todo el proceso. Al demandante le corresponde demostrar la violación de la ley por el sentenciador y por las causales taxativamente señaladas en el Estatuto Procesal. De ahí la importancia de que en la formulación de los cargos, la demanda se ajuste a los cánones establecidos.

Por tanto, esta impugnación tampoco prospera.

DECISION

En consecuencia, 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 veinticuatro de febrero del año en curso, dictada en este proceso por el Tribunal Superior Militar y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Julio Salgado Vásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, (Salvó Voto); *Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., (Secretario).

SALVAMENTO DE VOTO

Con la mayor consideración me permito disentir de los compañeros de Sala con relación a la sentencia anterior, pues considero que el primero de los cargos formulados por el censor contra la de segunda instancia debería prosperar, en atención a las siguientes razones:

Las sindicadas en sus indagatorias y desde el momento mismo en que fueron aprehendidas, confesaron que eran adictas a fumar marihuana (Cfr. Fls. 1, 15, 16 sgt.). Esta afirmación no aparece desvirtuada en ninguna forma. Tampoco se insinúa siquiera que hubieran adquirido la hierba para traficar o negociar con ella ni para cumplir ninguna de las actividades señaladas en el inciso 1º del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, norma esta que fue la que se les aplicó para fijar la sanción en la sentencia recurrida en casación.

Su conducta, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, en concepto del suscrito Magistrado, encajaría en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo citado, el cual señala para sus infractores una pena privativa de la libertad de un mes a dos años de arresto y una sanción pecuniaria de doscientos a mil pesos y, no aquélla de tres a doce años de presidio y de cinco mil a quinientos mil pesos de multa, que fija la primera parte de esa misma disposición.

De manera que hubo, como lo señala el recurrente en casación una aplicación indebida de la ley.

Téngase en cuenta que para llegar a la conclusión a la cual llegó el sentenciador de segunda instancia tuvo en cuenta los dictámenes del Laboratorio del DAS y del Instituto de Medicina Legal. Pero ello, por su brevedad y su falta de fundamentación, en concepto de quien salva el voto, no dan asidero suficiente para sentar la conclusión recurrida. Ya en otra ocasión, había expuesto esta Sala: "Según el artículo 39 del Decreto 1188 de 1974 denominado "Estatuto Nacional de Estupefacientes", "La determinación de la dosis personal a que hace referencia el inciso 2º del artículo anterior deberá hacerse por peritación médico-legal, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínica del sindicado".

"Entonces esa determinación de la dosis personal debe hacerse cumpliendo las reglas propias que rigen la 'Prueba pericial', de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VII del Título V del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal, el cual en el inciso 1º de su artículo 269 ordena: '*Actuación de los peritos.* En el desempeño de sus funciones, el perito debe examinar la realidad de los hechos o cosas sobre que deba emitir concepto, el estado físico-síquico de las personas, hacer las mensuras y las apreciaciones necesarias y presentar fundadamente su dictamen por escrito".

"Por la transcripción que del dictamen médico se hizo, en él no hay constancia de que se hubiera cumplido en parte esencial y fundamental lo ordenado imperativamente por el precepto trasncrito, puesto que no aparece la motivación del examen que ha debido hacerse a García Ortiz, ni las apreciaciones sobre su estado físico-síquico y, mucho menos la fundamentación que le sirvió para concluir que no se estaba frente a una dosis personal y que el examinado no presentaba signos ni síntomas de drogadicción". (Sentencia de 2-IX-76).

Las razones anteriores son las que me llevan a salvar el voto, en la forma en que respetuosamente ahora lo hago.

Alvaro Luna Gómez

EXTORSION. CARACTERISTICAS

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

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 34

V I S T O S

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 29 de octubre del año pasado, en la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la dictada el 15 de julio de ese mismo año por el presidente del Consejo de Guerra Verbal de la Brigada de Institutos Militares, mediante la cual se condenó a Héctor Fabio Zuluaga Noreña a la pena principal de veinte (20) años de presidio por los delitos de secuestro y extorsión, decidió modificarla para reducir a diez años de presidio dicha sanción principal y lo condenó, además, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios causados con la infracción.

Contra dicha sentencia interpuso el defensor del procesado el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala la cual lo tramitó hasta que, agotado el procedimiento se encuentra el asunto para resolver a lo que se procede previo el resumen de los hechos, de la actuación procesal, de la demanda de casación y del concepto de la Procuraduría.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquéllos tuvieron lugar en la capital de la República el 1º de julio de 1975 cuando varios individuos secuestraron a Oscar Caicedo López quien se hallaba en su taller de mecánica situado en la calle 63 con carrera 9ª de esta ciudad de donde fue conducido a una casa ubicada en la calle 22 con carrera 2ª en la cual lo mantuvieron doce días con los ojos vendados y sujeto a amenazas en tanto que los secuestradores mantenían contacto telefónico con la familia de la víctima solicitando por el rescate de ésta la suma de quinientos mil dólares exigencia que más tarde fue reducida a dos millones de pesos colombianos cantidad que los familiares reunieron y que luego de noticiar a la policía de lo que estaba sucediendo y acatar las indicaciones de ésta para poder localizar a los secuestradores, pusieron en un carro al cual, una vez abandonado por sus ocupantes, debían entrar aquéllos. Pero como a esta altura de la operación llevada a cabo el 10 de julio de dicho año, los últimos se dieron cuenta de la presencia de la autoridad, abrieron fuego contra ésta por lo cual fueron abatidos a bala y capturado el conductor del vehículo que transportaba a los delincuentes, individuo que resultó ser Héctor Fabio Zuluaga Noreña, el actual procesado.

Al mismo tiempo se desarrollaba otra operación consistente en rodear la casa Nº 2-43 de la calle 23 a donde había entrado durante el abalco uno de los sujetos que viajaban en el carro de los secuestradores y en la que también hubo intercambio de disparos resultando dos de los ocupantes de la casa muertos y encontrándose en ella, atado y con los ojos vendados, a Oscar Caicedo López.

Una vez practicadas algunas diligencias preliminares, el Comando de la Brigada de Institutos Militares, decidió por Resolución Nº 0023 de 11 de julio de 1975, convocar un Consejo de Guerra Verbal en la Guarnición de Bogotá.

Dicho Consejo se reunió el 11 de julio y terminó el 21 del mismo mes con sentencia condenatoria para el procesado Zuluaga Noreña.

En él se sometieron a la consideración de los vocales los siguientes cuestionarios:

Cuestionario Nº 1.

"El acusado particular HECTOR FABIO ZULUAGA NOREÑA, de condiciones civiles conocidas en autos, es responsable, SI o NO, de haber tomado parte junto con otros, en el hecho de privar en forma injusta de la libertad al señor OSCAR CAICEDO LOPEZ, con el propósito de conseguir para sí y para otros, un provecho o utilidad ilícito, consistente en la suma de dos millones ($ 2.000.000.00) de pesos en dólares o pesos colombianos, según hechos ocurridos el día primero (1º) de julio de (1975) mil novecientos sententa y cinco en la ciudad de Bogotá, aproximadamente a las 17:30 horas".

Cuestionario Nº 2.

"El acusado particular HECTOR FABIO ZULUAGA NOREÑA, de condiciones personales y sociales conocidas en autos, es responsable, SI o NO, de haber tomado parte, junto con otros, en el hecho de obligar a los familiares del señor OSCAR CAICEDO LOPEZ, a quien secuestraron, a entregarles la cantidad de dos millones ($ 2.000.000.00) de pesos, en dólares o pesos colombianos, los cuales obtuvieron por medio de las constantes amenazas escritas y telefónicas contra la vida del secuestrado, y con el fin de obtener un provecho o utilidad ilícito, según hechos ocurridos el día diez (10) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975) en la ciudad de Bogotá, D. E.".

En el acta de la audiencia aparece (Fl. 109) que los cuestionarios transcritos fueron leídos y se agregaron copias de ellos al expediente dejándoselos también transcritos en el acta de dicha diligencia.

Copias de ellos fue entregada a los vocales siendo de advertir que cada una está firmada por el Presidente del Consejo de Guerra, el asesor jurídico y el secretario.

Luego de terminada la audiencia cada vocal consignó su respuesta en las copias del cuestionario que se les habían entregado y en seguida se hizo, en los originales de los mismos, el escrutinio de los votos, con el siguiente resultado:

Al cuestionario Nº 1: tres votos afirmativos, cero negativos. Veredicto: CONDENATORIO POR UNANIMIDAD.

Al cuestionario Nº 2: tres votos afirmativos, cero negativo, Veredicto: CONDENATORIO POR UNANIMIDAD.

Estos originales están firmados por el Presidente del Consejo de Guerra, el Asesor Jurídico y el Secretario (Fls. 58 y 59 Cdno. principal).

En la sentencia que es materia del recurso extraordinario de casación, el Tribunal hace la enumeración y el análisis de las pruebas de cargo entre ellas las declaraciones de Rosa Caicedo de Angel, hermana del secuestrado Oscar Caicedo López y quien estuvo en contacto con los secuestradores habiendo sido ella la que consiguió el dinero que aquéllos exigían como rescate y de Oscar Caicedo López, el ofendido directo, quien narró la manera como había sido secuestrado y reconoció el cadáver de José Jaime Quintero Ospina como el individuo que, disfrazado de teniente, conducía el carro en que se transportó al ofendido hasta el lugar donde lo mantuvieron encerrado. Asimismo reconoció el cadáver de Omar Campo Londoño de quien dijo que había llegado, pocos días antes del secuestro, a su taller para hacer sincronizar un automóvil.

Luego, en rueda de personas, Caicedo reconoció a Héctor Fabio Zuluaga Noreña como la persona que le puso esparadrapo en los ojos cuando llegaron a la casa en donde se encontraba cuando fue rescatado.

Al valorar, en su conjunto, estas pruebas el Tribunal dice que "en cuanto al elemento objetivo o material del delito, se halla debidamente acreditado con diferentes elementos de juicio, como son las cartas o escritos enviados por los antisociales a la familia del secuestrado (Fls. 39 ss.), informe del grupo de atracos del Departamento de Policía Bogotá (Fl. 28) y Acta de objetos decomisados (Fl. 46)'.

Y al analizar el que llama aspecto subjetivo del ilícito señala como pruebas las ya mencionadas, destacando entre ellas

el reconocimiento en rueda de personas hecho por el ofendido en la de Zuluaga Noreña y agregando, como indicios graves en contra de éste, su capacidad de delinquir su ubicación en el lugar de los hechos y el pertenecer a la banda de delincuentes que llevaron a cabo el secuestro.

Y termina diciendo: "En base a los anteriores acápites, tenemos que respecto de esa actividad dolosa y consiguiente responsabilidad, existe plena prueba conforme al artículo 444 del C. de J. P. M. y 215 del Estatuto Procesal Penal para proferir sentencia condenatoria contra Héctor Fabio Zuluaga Noreña, y es la razón por la que la Sala, luego de hacer un estudio pausado del proceso, encuentra que la pena impuesta por los funcionarios de la primera instancia, no es la equitativa, por cuanto se partió del máximo previsto por el artículo 293 del C. P. o sea 12 años de presidio aumentado hasta otro tanto, que se consideró en 8 años más, por haber circunstancias agravantes y conexidad con el delito de extorsión" (Art. 33 C. P.).

Luego hace la determinación de la pena principal para fijarla en diez (10) años de presidio, como queda dicho al comienzo de la presente sentencia.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Cuatro cargos, todos dentro de la causal 4ª de casación, formula el demandante a la sentencia recurrida. Se les resumirá a continuación seguidos por una síntesis del concepto emitido, sobre cada uno de ellos por el Procurador Segundo Delegado Penal quien solicita se desechen las censuras por carecer de fundamento y no se case la sentencia recurrida.

Primer cargo: Estima el actor que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad de carácter procesal, de las que enumera el artículo 441 del C. J. P. M. en su aparte sexto porque, en su concepto, el cuestionario número dos relacionado con la responsabilidad de Zuluaga Noreña por el delito de extorsión, no fue elaborado conforme lo establece el artículo 559 del ordenamiento citado pues no se identificó al sujeto pasivo del ilícito y que, al decir del demandante, es necesario mencionar para saber quién fue la persona constreñida lo que no se hizo sino que se habló sólo de los familiares del secuestrado.

Replica la Procuraduría que el cargo sólo se refiere al cuestionario sobre la extorsión por donde se infiere que el primero, o sea el relativo al secuestro, es correcto.

"Ese planteamiento, dice el Ministerio Público, no es aceptable porque si bien las dos infracciones son autónomas, la conexidad entre ellas es indudable. Significa lo expuesto que conforme a la técnica jurídica el demandante en casación ha debido impugnar el primer cuestionario por su íntima relación con el segundo".

Agrega que la misma demanda ofrece argumentos para desvirtuar este primer cargo pues es indudable la relación de causalidad entre la privación de la libertad de Oscar Caicedo y su rescate mediante el pago de dos millones de pesos ya que por aquel hecho se obligó a los familiares del secuestrado a poner dicha suma a disposición de sus captores.

Termina diciendo que en algunos delitos uno es el sujeto pasivo del ilícito y otro la persona objeto de la conducta pero que en el caso de autos se trata de una sola por cuanto fue el mismo secuestrado quien dio instrucciones a sus familiares para poner a disposición de los secuestradores la antes mencionada suma de dinero, y que por lo tanto no sólo la señora de Angel sino el propio Caicedo fueron víctimas de la intimidación de éstos.

Segundo cargo: Invoca nulidad de rango constitucional pues dice que el cuestionario número dos carece de fecha y de lugar y que, además, no fue firmado por el Presidente del Consejo de Guerra ni el asesor jurídico ni el secretario por lo cual careció de requisitos fundamentales para su existencia.

Responde la Procuraduría diciendo que el demandante pretende ignorar la realidad procesal pues en el expediente obran (Fls. 55, 56 y 57) los cuestionarios

en que se preguntó a los tres vocales por el delito de extorsión y que están firmados por el Presidente del Consejo, el Asesor Jurídico, el Secretario y el Vocal respectivo y que las mismas firmas aparecen en el cuestionario en que se hicieron los escrutinios.

"El artículo 559 del Código Penal Militar, agrega la Procuraduría, transcrito por el demandante en su libelo, no exige que en el cuestionario aparezcan la fecha y el lugar porque no es una pieza procesal autónoma ya que ella, tanto en el procedimiento ordinario como en el militar, nace a la vida jurídica en la audiencia pública".

Tercer cargo: Como el anterior, se apoya en el artículo 26 de la Carta para decir que hubo ausencia de prueba al sustentar el cargo de extorsión contra el procesado ya que, según asevera el actor, el único fundamento de la acusación contra éste es el dicho del ofendido Oscar Caicedo.

Contesta el Procurador Segudo Delegado Penal diciendo que constituye falta de técnica censurar este cuestionario dejando de lado el primero que se refiere a un delito, el de secuestro, conexo con el de extorsión.

Asevera, además, que la acusación contra Zuluaga Noreña no se basó sólo en el dicho del ofendido sino también en otros elementos de convicción como las declaraciones de los representantes de la autoridad, el decomiso del dinero, las circunstancias de la captura y el reconocimiento que hicieron Caicedo y uno de sus trabajadores en fila de personas.

Cuarto cargo: Acusa a la sentencia de carecer de motivación porque en ella, según dice, no se expresa nada sobre la responsabilidad del acusado ni sobre las conclusiones de la acusación y de la defensa, ni, finalmente, sobre los fundamentos jurídicos de las imputaciones que por los delitos de secuestro y extorsión se hacen al recurrente.

Niega el Ministerio Público que en la sentencia se haya incurrido en esas omisiones y muestra cómo, por el contrario, en ella se mencionan los hechos y se resume la actuación procesal, se hace referencia a los cuestionarios formulados en base a la prueba recaudada, se ocupa de los aspectos objetivos y subjetivos de los ilícitos y se menciona la prueba en que se basa la responsabilidad del inculpado.

Muestra cómo la demanda no prueba las equivocaciones con trascendencia jurídica que se hubieran cometido por el juzgador y cómo, lejos de eso, se limita a censurar aspectos formales de la misma sin entrar a fondo en su contenido.

En conclusión de todo ello solicita la Procuraduría, como se deja dicho, que no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala se va a referir a los cargos formulados contra la sentencia examinándolos en el orden en que fueron expuestos así:

Primer cargo: *La censura consistente en que el cuestionario número dos, esto es, relativo a la extorsión, no mencionó concretamente el nombre de la persona a quien se dirigieron las amenazas escritas y telefónicas hechas por los secuestradores para obtener la entrega del dinero, sino que sólo habló de "los familiares" carece de fundamento atendible.*

En efecto, el mencionado delito se caracteriza por el uso de la violencia física o moral dirigida a obtener para el agente o para un tercero un provecho ilícito según las voces del artículo 406 del Código Penal.

Ocurre, empero, que no es indispensable para la existencia de este ilicito que la persona contra la cual se dirige la acción material del culpable, ya se exteriorice ésta en forma de violencia o de amenaza, sea la misma a la cual se quiere lesionar en su patrimonio ya que puede suceder que una sea el objeto del constreñimiento, esto es, quien debe adoptar la conducta que el agente pretende para obtener un beneficio económico y otra la de la coacción, esto es, de la violencia física o moral. Ese sería el caso del padre cuyo hijo es amenazado de muerte si aquél no da, deposita o pone a disposición del agente alguna cosa de valor. El primero sería el

sujeto pasivo del constreñimiento en tanto que el segundo lo sería de la coacción.

En el caso de autos la familia de Oscar Caicedo fue sujeto pasivo del constreñimiento por cuanto contra su patrimonio se dirigía la acción del culpable, en tanto que el propio Caicedo era sujeto pasivo de la coacción.

Así, pues, siendo el delito de extorsión un atentado contra el patrimonio de las personas, la mención indispensable en el cuestionario no es tanto la del sujeto pasivo de la coacción como la del que sufre el constreñimiento, en este caso la familia del secuestrado.

Y como quiera que esa es la que se cita en el cuestionario quiere decir que no hubo error en éste y que el cargo carece de fundamento.

Segundo cargo: la omisión de la fecha y del lugar en el segundo cuestionario así como de la firma del Presidente del Consejo de Guerra,, del Asesor Jurídico y del Secretario tampoco es un cargo fundado.

En efecto, de autos aparece que tales cuestionarios no solamente fueron leídos y agregados al proceso, como lo dispone el artículo 580 del Código de Justicia Penal Militar, sino que a cada vocal se le entregó una copia de ellos, firmada por el Presidente del Consejo de Guerra, el Asesor Jurídico y el Secretario y que además, fueron transcritos íntegramente, en el acta de la audiencia. Con esto no sólo se acredita en forma abundante la existencia de esos documentos sino también su autenticidad.

Y en cuanto al hecho de que no contuvieran mención del lugar y el día en que se les elaboró se tiene, en primer término, que la expresión de tales datos no se ha impuesto en forma expresa por las normas que reglamentan el Consejo de Guerra Verbal lo que no hacía obligatoria su inclusión en esos documentos y, en segundo lugar, que las referidas menciones resultaban superfluas habida cuenta de que las circunstancias de la elaboración de los dichos cuestionarios aparecían suficientemente establecidas en el acta de la audiencia.

No prospera, por lo tanto este cargo.

Tercer cargo: La crítica que se hace al cuestionario relativo a la extorsión en el sentido de que infringió el artículo 26 de la Constitución porque, en concepto del demandante, no había prueba que sustentara el cargo que se hacía al procesado por haberse basado, según el censor, únicamente en el testimonio de Oscar Caicedo tampoco puede ser admitido ya que basta leer la sentencia para darse cuenta de que la afirmación de la responsabilidad de Zuluaga Noreña no tuvo ese solo fundamento sino que se afincó en un número plural de testimonios, entre ellos los rendidos por las autoridades que concurrieron a la captura de los secuestradores y de acuerdo con los cuales no queda duda sobre la participación principal que en los hechos tuvo dicho procesado.

De otra parte el cuestionario en el Consejo de Guerra Verbal si bien equivale a un pliego de cargos, tiene la particularidad de que es, al mismo tiempo, una interrogación. En él se le pregunta al jurado por la responsabilidad de una persona partiendo de la afirmación de un hecho que se considera probado.

Pero los vocales tienen plena libertad para contestar en forma negativa si estiman que no hay fundamentos suficientes para que a dicha persona se atribuya el hecho cuya existencia, por otra parte, también puede ser negada.

En otras palabras, éste y la responsabilidad sólo adquieren plena existencia jurídica por la respuesta afirmativa que el jurado o los vocales den al cuestionario.

De ahí por qué no pueda decirse que la sola pregunta sobre responsabilidad vulnera las garantías que consagran el artículo 26 de la Constitución Política por el aspecto probatorio ya que ella no equivale a una condenación ni por sí misma lesiona la plenitud de las formas propias del juicio.

En el caso de autos el cuestionario se ciñó, por el contrario, a dichas formas y se basó en hechos suficientemente establecidos en el proceso los que, finalmente, fueron aceptados por los Vocales quienes con base, como se ha dicho, en múltiples pruebas, afirmaron la responsabilidad del procesado.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Cuarto cargo: La falta de motivación de que se acusa a la sentencia no existe. En efecto, la omisión de referencias a la personalidad del reo no es suficiente para calificarla de infundada siendo así que, por otra parte, aparece, en contra de lo afirmado por el demandante, que en ella se hicieron un recuento detallado de los hechos, un detenido análisis de las pruebas, una referencia fundamental a lo que respondieron los vocales, un examen cuidadoso de los elementos tanto objetivos como subjetivos del ilícito y una serie de conclusiones que, sobre las bases de tales elementos de juicio, condujeron a afirmar tanto la existencia de la responsabilidad del procesado como a permitir la dosificación de la pena.

El demandante, como lo observa el Ministerio Público ,no estableció en qué forma pudo la omisión señalada incidir sobre la esencia del fallo impugnado para hacer ver a qué errores fundamentales condujo al juzgador, y ni siquiera intentó el planteamiento de estas cuestiones limitándose a observar un aspecto que, dado el contenido de la sentencia, resulta desmentido por la realidad de la misma.

No se admite, por lo tanto, este 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.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Requisitos para poder declarar a un sindicado reo ausente (artículo 382 del Código de Procedimiento Penal)

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 34 de junio 23/77.

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor oficioso del procesado Hugo René Padilla, en contra de la sentencia del 16 de septiembre de 1976, mediante la cual, el Tribunal Superior de Cali confirmó y reformó la del 11 de junio del mismo año que emitió el Juzgado 3º Penal del Circuito de Cali, para condenar por "Hurto" al procesado mencionado y a José Hernán Galeano Londoño y Julián Gerardo Cañón. En la primera instancia se impuso a cada uno la pena principal de 25 meses y 20 días de prisión, se les condenó, genérica y solidariamente, al pago de perjuicios, y se les dedujeron e impusieron sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal; en la segunda se bajó esa pena a 20 meses de prisión y se concedió a los procesados la "condena condicional".

1. LOS ANTECEDENTES

El día 25 de noviembre de 1975, dos individuos penetraron al departamento de James Rodríguez, por los lados del barrio "San Fernando", en Cali. De allí sustrajeron bienes en cuantía superior a diez mil ($ 10.000.00) pesos. Estos objetos fueron encontrados más tarde en manos de Cañón y de Galeano Londoño. Colaboraron con la policía Hugo René Padilla y Gladys de Hurtado. Dos meses después, James Rodríguez señaló como partícipe de los hechos que se investigan, a Hugo René Padilla. Se ordenó la captura de este individuo que ya había declarado en la sumaria. Luego se le emplazó para la indagatoria y se le declaró "reo ausente" y se le dio un apoderado de oficio. Más tarde se calificó la sumaria, se le emplazó nuevamente, se le dio defensor oficioso y con éste se llevó el proceso hasta desembocar en sentencia de condena, tal como se dice al principio de esta providencia.

2. LA ACTUACION PROCESAL

La sumaria se inició por "auto cabeza de proceso" del 28 de noviembre de 1975 que dictó el Juzgado 18 Penal Municipal de Cali (Fl. 8). Allí fueron indagados Cañas García o Cañón (Fl. 10) y Galeano Londoño (Fl. 13) y se les detuvo en providencia del 5 de diciembre de 1975 (Fl. 22). En cuanto a Hugo René Padilla, luego de la sindicación que se le hizo aparece solicitado en captura según oficio de folio 56, se da el número de su cédula, su dirección y la universidad en donde estudia. No hubo respuesta para esta solicitud (Fl. 65). Se ordenó su emplazamiento (Fl. 65) para efectos de la indagatoria, se le emplazó (Fl. 66), se le declaró reo ausente y se le nombró apoderado de oficio (Fl. 66v.).

Inmediatamente después se declaró cerrada la investigación (Fl. 67) y se calificó la sumaria (Fl. 69) el 24 de marzo de 1976, con llamamiento a juicio por "Hurto" a los indagados Julio Eduardo Cañas o Julián Cañón García, José Hernán Galeano Londoño y Hugo René Padilla, em-

plazado y declarado reo ausente. Sobre la base de la ausencia de contestación a la solicitud de captura cuando se pretendió oírle en indagatoria, se ordenó su emplazamiento para la notificación del auto de proceder (Fl. 74) y se le emplazó (Fl. 78), se le declaró reo ausente y se le dio un defensor oficioso que es, precisamente, quien ahora interpone y sustenta el recurso extraordinario contra la condena del 16 de septiembre de 1976.

3. LA DEMANDA DE CASACION

Una sola causal de casación invoca el demandante, la 4ª del artículo 580 del C. de P. P., porque, según dice, la sentencia impugnada se dictó en juicio viciado de nulidad, nulidad que se enclava, según dice, en el numeral 3º del artículo 210 del C. de P. P., por no haberse notificado, en relación con Padilla, el auto de proceder en debida forma, y, por el mismo motivo, agita nulidad constitucional, por inobservancia de las formas propias del juicio (artículo 26 C. N.) y dice que se desconoció al procesado el derecho de defensa. Cita, para diferenciar al procesado "conocido" del procesado "ausente", un fragmento de la obra ("procedimiento Penal", Editorial A. B. C., página 56) del doctor Antonio Vicente Arenas, la sentencia de casación del 17 de octubre de 1972 en proceso seguido a Euclides Garzón, y un antecedente de nulidad, en el mismo tema, del propio Tribunal de Cali, en providencia del 28 de febrero de 1973.

El censor plantea de la siguiente manera el cargo de nulidad legal: "Al proferirse el llamamiento a juicio no se hizo por parte de los funcionarios del Juzgado 3º Penal del Circuito ninguna diligencia tendiente a notificar en forma personal el auto de proceder, como es obligatorio hacerlo conforme al artículo 484 del Código de Procedimiento Penal. Se contentaron únicamente con expedir un oficio a las autoridades de policía para la captura de HUGO RENE PADILLA, quienes devolvieron la orden diciendo que no fue posible hallar al enjuiciado para hacerle dicha notificación, cuando aparece de autos no sólo la dirección exacta de su residencia, sino también el sitio donde podía ser notificado como era la Universidad Santiago de Cali, donde realizaba sus estudios de Derecho y donde actualmente está cursando dichos estudios. No aparece en el expediente constancia alguna del citador del juzgado donde afirma bajo la gravedad del juramento que se trasladó a la dirección de HUGO RENE PADILLA, para notificarle el auto enjuiciatorio, y por tal motivo se le negó la oportunidad de conocer los cargos que se le hacían. No se dio cumplimiento pues al artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, pues la notificación personal del auto de proceder, es un derecho del acusado y por lo tanto las diligencias que debe agotarse en estos casos deben ser los suficientemente idóneas para obtener la notificación del mencionado proveído y ya fracasados estos intentos de notificación personal sí se recurre al emplazamiento por edicto".

Y plantea así la nulidad supralegal que alega: "A pesar de que el señor HUGO RENE PADILLA, había dado la dirección exacta de su residencia en diligencia juramentada el juzgado desatendió esta información y ordenó el emplazamiento para diligencia de indagatoria sin que previamente se agotaran las diligencias tendientes a asegurar su comparecencia al juzgado a efecto de rendir injurada, nombrar apoderado que lo representara en la sumaria y que atendiera con la diligencia debida los cargos que se le hacían, desconociendo en esta forma el derecho de defensa que está consagrado desde el momento mismo de la captura por el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, pues no tuvo oportunidad por desconocer los cargos formulados de solicitar careos con quien lo sindicaba, de ampliar su testimonio y de solicitar pruebas tendientes a demostrar su inocencia, cosa que no ocurrió por el desconocimiento de los cargos que se hacía al señor PADILLA".

4. LA CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que se debe casar la sentencia impugnada porque sí existe el vicio que el demandante alega,, esto es, la causal de nulidad de rango constitucio-

nal, en segundo término. Y, en consecuencia, que debe "invalidarse lo actuado a partir del auto que clausuró la etapa instructiva para que se reponga el procedimiento". En cuanto al fundamento de la nulidad, expone: "Según los términos del artículo 382 el emplazamiento por edicto en la forma allí señalada debe hacerse cuando agotadas las diligencias idóneas y conducentes a la citación o captura del sindicado -de lo cual debe quedar constancia en autos- 'no fuere posible hallarlo'. Y agrega: 'En el presente caso no existe prueba de que se hubieran agotado las diligencias encaminadas a la citación o comparecencia del inculpado Hugo René Padilla para oírlo en indagatoria por los cargos imputados, no obstante que, se repite, los funcionarios del juzgado contaban con los datos necesarios para tal fin. Por lo demás, se ignora si los oficios dirigidos al F-2 llegaron a su destino. De todas maneras nunca se obtuvo respuesta de las autoridades de policía' ".

Concluye así el Ministerio Público: "Por omisión de las formalidades señaladas, al inculpado Hugo René Padilla se le negó la oportunidad que tenía para explicar directa y personalmente su conducta y se le conculcó el derecho de defensa que asiste a todo procesado, con lo cual, además de violarse la norma citada, se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional que tutela, entre otras, esta preciosa garantía". Advierte, además, que no examina el punto relacionado con la nulidad legal "por ser de mayor alcance jurídico la nulidad de carácter constitucional".

5. LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA

La revisión de las piezas que componen el expediente permite comprobar la veracidad de los hechos que alega el recurrente para fundamentar su petición de que se case la sentencia impugnada, por haber sido admitida en juicio viciado de nulidad. En efecto, resulta cierto que el procesado rindió declaración jurada cuando transcurría la etapa investigativa y que en ella señaló no solamente la ubicación de su vivienda, sino el lugar en donde adelantaba sus estudios. En uno y otro sitios podría encontrársele en caso de que se le necesitara en momento posterior a la emisión de su testimonio. Más tarde, el juzgador de primera instancia decidió oírle en declaración de indagatoria porque encontró que se daban en su caso "antecedentes y circunstancias consignados en el proceso", de acuerdo con lo que dispone el artículo 381 del C. de P. P. Consideró, si bien se miran las cosas, innecesaria la citación, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 426 del mismo código, y conveniente la captura. Y para este último efecto se dirigió a una autoridad de Policía a la cual dio los datos sobre habitación y sitio de estudios del reclamado. No se supo qué suerte corrieron las órdenes de captura emitidas y, con la sola base de un informe de Secretaría, se ordenó su emplazamiento de conformidad con lo que dispone el artículo 382 del mismo C. de P. P. en conexión con el artículo 401 que se refiere al mismo tema. Poco más tarde fue cerrada la investigación y se llamó a responder en juicio al emplazado al cual se había declarado "reo ausente" y se le había dado un apoderado de oficio. Para la notificación del auto de proceder se utilizó el mismo sistema de emplazamiento, esta vez de acuerdo con lo dicho por el artículo 484, y siempre sobre la base de una información secretarial, pero sin obtener contestación de la autoridad requerida para la captura, sin efectuar ninguna otra diligencia tendiente a obtenerla, etc. Y vino la condena. Y en la segunda instancia las alegaciones del defensor oficioso que fueron rechazadas expresamente, según se ve en el cuerpo de la sentencia impugnada.

Doble defecto trae el proceso y a uno y otro se desemboca por la carencia de bases para ordenar el emplazamiento, ora para la indagatoria, ora para la notificación del auto de proceder. Estos defectos generan nulidad de diferente clase. De rango constitucional la primera, porque existe una clara violación del derecho de defensa que asiste al procesado al privarle de un medio de defensa como lo es la indagatoria (Art. 26 C. N.), y de carácter legal la segunda, por indebida notificación del auto de proceder (Num. 3º del artículo

210 del C. de P. P.). De una y de otra se dirá a continuación para concluir en la concesión de la casación que se solicita con base en la primera pues no solamente antecede en tiempo y permite la retrotracción del proceso a un momento anterior al enjuiciamiento sino que tiene estirpe superior.

No existe prueba alguna de que el procesado se ocultara, se trasladara a parte distinta de aquella en donde dijo residir, o, de alguna manera eludiera la acción de las autoridades a quienes se había confiado la tarea de darle captura y colocarle a disposición del funcionario que lo necesitaba para someterlo a indagatoria. No podía predicarse de él que se ignoraba su paradero si en el expediente existen las señales precisas de su ubicación y estas señales se encuentran consignadas en las órdenes de captura emitidas por el juez del conocimiento. En estas circunstancias, no puede afirmarse que estaba "ausente", porque lo cierto es que no se le buscó o, por lo menos, no existe seguridad alguna de que tal actividad se ejecutara ya que los organismos policiales encargados de esa misión no contestaron, ni se les reiteró la orden, ni se recurrió a otros medios para lograr su presencia en el proceso. Así las cosas, la declaratoria de "reo ausente" no procedía pues no se habían agotado medios y recursos para llegar a la conclusión indubitable de la imposibilidad de encontrarle, condición esta que exige el artículo 382 del C. de P. P. como previa a la orden y ejecución del emplazamiento.

La nulidad que por este hecho se genera es, como ya se dijo, de orden constitucional. No hubo, si bien se miran las cosas, un verdadero sujeto procesal pasivo de la acción penal, y esa ausencia dificultó, como es obvio, su defensa. Se le privó de un medio idóneo para explicar su conducta y no porque él mismo hubiera querido colocarse en contumacia sino porque no se puso el cuidado y diligencia suficientes para buscarle. Sobre el tema de que la indagatoria es herramienta de defensa que la ley coloca en manos del procesado la jurisprudencia de la CORTE es abundante. La nulidad de que se trata aquí no consiste en el solo hecho de no darse la indagatoria en el proceso, pues bien se sabe que no es ella una diligencia necesaria "para continuar el sumario ni para calificar su mérito" (artículo 401 del C. de P. P.), sino que surge del hecho comprobado de no haber agotado los medios para obtenerla y haber optado por el ordenamiento y ejecución de un emplazamiento precipitado pues nunca obedeció a la certeza de que se estuviera en imposibilidad de hallar al sindicado. Esa "imposibilidad" se encuentra tanto en el artículo 382 como en el 401 del C. de P. P. y, se repite, es condición previa indispensable para la utilización del mecanismo del emplazamiento, declaratoria de reo ausente y provisión del cargo de apoderado de oficio para el contumaz. Si el procesado señaló con exactitud los lugares en donde podía encontrársele y nadie, ni el personal del juzgado, ni las autoridades de policía concurrieron a ellos para buscarle, resulta claro que la declaratoria de "reo ausente" no obedece a la realidad e impide, como en el caso de autos, el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Las mismas argumentaciones consignadas en los párrafos que anteceden sirven para demostrar que tampoco se notificó en debida forma el auto de proceder, pues el artículo 484 del C. de P. P., trae, como condición previa a la notificación mediante edicto emplazatorio, la imposibilidad de hallar al procesado, y bien se ve que luego de calificarse el mérito de la sumaria y llamarle a responder en juicio, tampoco se agotaron medios y recursos para obtener la notificación personal de que allí se trata. Se repite, en consecuencia, la misma situación de precipitud que se dio cuando de someterle a indagatoria se trataba. Sólo que en esta ocasión esa notificación indebida se encuentra prevista como causal de nulidad en el numeral 3º del artículo 210 del C. de P. P.

La nulidad de carácter constitucional examinada en primer término es anterior en el tiempo a la de carácter legal que se explica en el párrafo anterior. Su declaratoria permite anular la actuación desde el auto que cerró la investigación, para

que se subsane el defecto relacionado con el emplazamiento para la indagatoria del procesado. Existiendo como existe la nulidad supralegal resulta innecesario el examen de la nulidad legal. Por esa razón ha sido breve la SALA en este último punto. Se optará, en consecuencia, por la declaración de nulidad con base en la disposición constitucional del artículo 26 que tiene mayor rango y que abarca un trecho más largo del proceso hasta el punto de que cobija a la segunda. Prospera, en consecuencia, el recurso interpuesto y habrá de casarse la sentencia impugnada.

Por las consideraciones que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad del proceso desde el auto que cerró la investigación para que se subsane el vicio apuntado y se rehaga el procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA

Requisitos exigidos por el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975 que modificó el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., junio treinta de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 35 de junio 30/77.

V I S T O S

El procesado JESUS ARMANDO MOLINA GUZMAN solicita libertad por pena cumplida. Ya antes había hecho igual petición ante el Tribunal Superior de Ibagué y le fue negada según se ve en auto del 31 de marzo de este mismo año. Tramitada la petición el Ministerio Público considera que si bien es cierto que por el factor temporal reúne el procesado los requisitos que la ley exige, también es cierto que la documentación que aporta es incompleta y, por tanto, se debe solicitar los documentos que faltan para poder así fundamentar una providencia exacta.

No vienen con la petición ni la cartilla biográfica, ni la certificación correspondiente para saber si tiene o no el procesado antecedentes judiciales o de policía. Resulta comprobable, con vista en el expediente, que el peticionario fue condenado a la pena total de dos (2) años de presidio por un delito de "Falsedad Documental" y lleva en prisión efectiva un lapso de un (1) año, ocho (8) meses y un poco más de veintitrés (23) días. El Ministerio Público habla de una pena total de dos (2) años y diez y ocho (18) meses, pero en verdad en la sentencia que dictó el Juzgado Superior de Chaparral aparece que se le condenó a sólo dos (2) años y en la sentencia de segunda instancia no se modificó este total toda vez que la anterior se confirmó a plenitud. De todas maneras, por lo que al tiempo respecta, satisface el peticionario una de las exigencias del artículo 85 del C. P. para la concesión de la libertad condicional y, bien se sabe, el artículo 453 del C. de P. P. dice que se entiende cumplida la pena con el tiempo que lleva el procesado privado de libertad cuando este tiempo es suficiente para concederle la libertad condicional (Art. 7º, Ley 17 de 1975).

Sucede, además, que *la misma disposición que se cita al final del párrafo anterior dice que se necesita reunir los demás requisitos para otorgar la libertad condicional. Es decir, el tiempo más los otros requisitos de que trata el artículo 85 del C. P. Esos otros requisitos se refieren a la personalidad del procesado, a su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, y a sus antecedentes de todo orden, para poder presumir, sobre la base de su comprobación, que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir. El artículo 697 del C. de P. P. dice cuáles son los anexos a la solicitud de libertad condicional y de ellos el procesado solamente aportó el Acta del Consejo de Disciplina y un Certificado de Trabajo. Falta la cartilla biográfica y "los demás documentos que prueben los requisitos exigidos por el Código Penal" que, en este caso, son los pertinentes para la comprobación de si el procesado tiene o no antecedentes judiciales o de policía.*

Los dichos antecedentes se echan de menos en el Acta del Consejo de Discipli-

na que aparece a folio 342 y en el concepto del Fiscal del Tribunal Superior que obra al folio 347, y en el auto mediante el cual se le negó la libertad pedida en el Tribunal de Ibagué y que aparece al folio 350. Igual cosa en relación con la cartilla biográfica. Y lo mismo sucede ahora. Puede agregarse que el mismo procesado, en un memorial dirigido al Tribunal de Ibagué dice expresamente que no ha solicitado libertad condicional. Por el aspecto de la libertad condicional es claro que ella no puede tenerse en cuenta para el procesado por deficiencias en la documentación que acompaña.

Sucede, sin embargo, que sumados el tiempo que lleva en privación efectiva de la libertad (un poco más de 20 meses) y el tiempo que ha redimido por trabajo (Ley 32 de 1971) y que según certificaciones que obran de autos, excede los seis (6) meses, resulta que el procesado sí ha cumplido en detención preventiva el tiempo que le corresponde como pena con prescindencia de si tiene o no derecho a la libertad condicional si aporta todos los documentos que la ley exige para tal efecto, entre privación efectiva de la libertad y redención de penas por trabajo ajusta un tiempo mayor al de veinticuatro (24) meses de presidio que fue el total de la pena que se le impuso en las instancias. De lo dicho se tiene que ha cumplido el recluso la pena que le fue impuesta y tiene derecho a su libertad provisional de acuerdo con lo dicho en el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975 que modificó el artículo 453 del C. de P. P.

Por lo dicho, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE

CONCEDER al procesado JESUS ARMANDO MOLINA, de condiciones civiles conocidas de autos, LIBERTAD PROVISIONAL por pena cumplida, mediante caución de QUINIENTOS PESOS ($500.00). Efectuado el depósito correspondiente, asiéntese el acta de rigor y líbrese boleta de libertad. Para estos efectos se comisiona al señor Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Chaparral.

Continúe la tramitación propia del recurso de casación interpuesto por el procesado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CAUSAL CUARTA DE CASACION

Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Cómo debe presentarse. La Corte no procede de oficio, sino en presencia de nulidad ostensible que advierta al estudiar uno o más cargos de los que se le proponen contra la decisión impugnada

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., julio cuatro de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero.*

Aprobado: Acta Nº 35.

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el defensor del procesado BENJAMIN OROZCO RESTREPO contra la sentencia de 13 de septiembre último dictada por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual lo condenó a la pena principal de sesenta y seis meses de presidio como responsable de los delitos de Robo y Encubrimiento.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Se dictó sentencia por los delitos de Robo y Encubrimiento, con base en tres causas acumuladas, cuyos hechos resume el juez de primera instancia así:

Primera causa: "Los hechos origen de este proceso, son conocidos como el decomiso que agentes del Departamento de Seguridad y Control, hicieron de veintinueve (29) tambores contentivos de 'IRGALON S. T.', (producto auxiliar en la industria textil) en el garaje perteneciente a la residencia del sindicado Benjamín Orozco Restrepo, ubicada en la calle 65 Nº 75- 5 de esta ciudad, en las horas del medio día del veinticinco de febrero del corriente año; elemento propiedad de la firma 'Ciba Geigy', que fuera sustraído ilícitamente a fines del mes de octubre anterior cuando era transportado en un camión de la empresa 'Conaltra' conducido por el señor Jairo Franco, de la ciudad de Cartagena (Bolívar) con destino a Bogotá, D. E.".

Segunda causa: "Sucedió que en la noche del 17 al 18 de Nov. de 1974 entre la una y las dos de la mañana, un grupo de por lo menos ocho hombres, debidamente armados, se hizo presente en las instalaciones de la empresa transportadora RAFAEL SALAZAR Y CIA. y previo el sometimiento mediante violencia a los dos celadores de servicio, se apoderaron de los siguientes elementos: un camión de placas TA 47-31 cargado con 71 bultos de mercancía de la empresa TEJICONDOR con un valor de un millón de pesos, un camión de placas TA 48-38 con 59 bultos de mercancía de la empresa FABRICATO con un valor de ochocientos sesenta y cuatro mil pesos; un pick-up de placas PK-1194; 35 bultos de cuero de CURTIEMBRES ITAGUI con un valor global de cuatrocientos cincuenta mil pesos; tres cartones de parrillas de HACEB por dos mil pesos; una caja de cubiertos marca INCA-METAL de cinco mil seiscientos pesos; y un equipo de máquinas de oficina de la empresa, 44 en total y que comprendé varias sumadoras, calculadoras y máquinas de escribir por un valor de apro-

ximadamente cuatrocientos cincuenta mil pesos; y finalmente cincuenta ($ 50.000.00) mil pesos en efectivo. Al parecer el tercer vehículo reseñado se utilizó para escapar y trasladar todos los objetos que se hallaban fuera de los transportes".

Tercera causa: "A las dependencias de la fábrica 'MARINELA' sita en esta jurisdicción, se presentaron en la madrugada del veinticinco de febrero del año en curso varios individuos que después de entrar, rompiendo las mallas, imposibilitaron a los dos celadores y procedieron, previo quebrantamiento de las cerraduras de las puertas, a sustraer cuanto elemento encontraron al alcance: mercancía varia confeccionada, materia prima, maquinaria y elementos de oficina, todo por un valor de un millón seiscientos mil pesos ($ 1.625.346.13) según avalúo que obra a folios 138 vuelto".

El proceso por el delito de robo, se inició en el Juzgado 1º Penal Municipal de Itagüí. Se dictó auto de detención el 5 de marzo de 1975 y auto de proceder el 24 de junio del mismo año el cual fue confirmado por el Tribunal Superior de Medellín el 22 de agosto de 1975.

El Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín adelantó otro proceso por el delito de encubrimiento, dictando auto de detención el 8 de abril de 1975 y auto de proceder el 4 de octubre del mismo año.

En el Juzgado 3º Penal del Circuito, se adelantó otro proceso por encubrimiento. Llamó a responder en juicio criminal a Orozco Restrepo mediante proveído de 3 de julio de 1975. Decretó acumulación de causas el 29 de septiembre del mismo año, con la que por el delito de robo tramitaba el Juzgado Penal del Circuito de Itagüi, y el 18 de noviembre con la tercera causa, procedente del Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín por el delito de encubrimiento.

Perfeccionadas, procedió el Juzgado 3º Penal del Circuito de Medellín a pronunciar sentencia condenando a Orozco Restrepo a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de presidio como responsable de los delitos de Robo y Encubrimiento. Recurrida por la defensa por sentencia de 13 de septiembre de 1976 el Tribunal Superior de Instancia la confirmó en todas sus partes.

Interpuesto el recurso de casación, se admitió por auto de 15 de noviembre último.

LA DEMANDA

El censor hace dos cargos a la sentencia recurrida con fundamento en la causal cuarta de casación.

Primer Cargo: "Acuso el fallo dictado por el Tribunal de Medellín, por haber sido dictado en un juicio *viciado de nulidad* de *carácter constitucional*".

"Demostrado está que se encontró una mercancía en poder del sindicado. Este hecho, esa circunstancia fáctica fue calificada por dos juzgados como delito de encubrimiento y por otro, como delito de robo. Es decir, en dos ocasiones se consideró violado el bien jurídico de la recta administración de justicia y en otra el de la propiedad.

Ese hecho, esto es, el de encontrar elementos que se consideraban de ilícita procedencia, se atonizó, se desarticuló y se convirtió inexplicablemente en varios acontecimientos, a los cuales se les dio trato fáctico y jurídico disperso.

No era posible, dentro de la más elemental lógica jurídica que ese hecho, el de encontrar mercancía o elementos considerados fruto u objeto material de ilícitos, diera lugar, no solamente a tres procesos diversos. sino a calificaciones también diferentes.

Aceptamos, para efectos de esta concreta acusación y por simple vía de hipótesis, que es correcta la calificación que se dio a los hechos como violatorios del objeto jurídico de la propiedad. Tendríamos que concluir que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición y que donde existe identidad probatoria debe existir identidad de denominación jurídica. Luego, si fue correcta la calificación en dos procesos de la conducta de OROZCO como encubrimiento, lo será incorrecta en el delito calificado como ROBO y viceversa.

Pero es que a lo anterior se llegó, precisamente, por la violación de elementa-

les normas de procedimiento, que constituyen clara violación de las formas propias del juicio, del correcto derecho de defensa e incluso dieron lugar a fenómenos de incompetencia".

"Si el artículo 32 del C. P. dispone que se considera como *un solo* hecho la infracción repetida de una disposición penal, cuando releve ser ejecución del mismo designio, y si esa unidad impone el que se adelante un sólo procedimiento, la pluralidad de juicios constituyó una grave violación a esa norma en concreto y más específicamente al artículo 26 de la C. N. que ordena que nadie puede ser juzgado sino conforme a las formas propias del juicio y aquí existió un *doble* juzgamiento, que no quedó subsanado con la unidad en el fallo final, porque, como se anotó, la unidad procedimental no solamente tiende a garantizar el aspecto de la punibilidad, sino el aspecto relacionado con los correctos pasos procedimentales previos que garanticen una correcta defensa".

"Y si se llegara también hipotéticamente a concluir que no existe delito continuado de encubrimiento, entre todos los hechos, por lo menos, existiría una conexidad que hubiese impuesto la aplicación del artículo 168 del C. de P. P., esto es, que los delitos conexos se investigarán y se fallarán en el mismo proceso. Esta conexidad que se predicaría como de ocación en dado caso de no aceptarse el delito continuado, implica necesariamente la unidad de proceso, que, como lo ha dicho la Corte, implica una consecuencia del principio de indivisibilidad del proceso, de la acción penal y de la jurisdicción, como conjunto que es de actos coordinados y dirigidos a un mismo fin. la mera unidad del fin (el fallo), no subsana, se repite, el quebranto de la unidad de acción o de actividad jurisdiccional".

"Pero como si lo anterior no fuese suficiente, se incurrió, ya específicamente dentro de uno de los procesos, en otra irregularidad que también constituye una clara nulidad constitucional. Uno de los procesos se inició por el delito de robo, se investigó el presunto delito de robo y se llamó a juicio por tal infracción. En otro, se abrió investigación por el delito de encubrimiento, se llamó a juicio por encubrimiento y se condenó por tal infracción".

Pero, en el caso del proceso que se adelantó por los objetos que se dice habían sido fruto de un ilícito contra la propiedad y más exactamente contra los intereses de Transportes Rafael Salazar, se abrió la investigación para investigar un delito de robo, se investigó el delito de robo, se cerró la investigación que se adelantaba por el delito de robo y se calificó por un delito de encubrimiento.

Y concluye el primer cargo:

"En este caso particular, pues, señores Magistrados, se violó directamente el artículo 26 de la Conctitución Nacional, pues no se cumplieron las formas propias del juicio. En el ámbito específico del C. de P. P. se incumplió lo dispuesto por los artículos 480 y 481, que ordenan al funcionario calificar los hechos que fueron objeto de la investigación, y no otros que no sean de su competencia o que no sean conexos".

Segundo cargo: El recurrente, hace un segundo cargo a la sentencia acusada, esta vez como subsidiario, y lo sustenta así:

"En subsidio me permito acusar el fallo recurrido con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del C. de P. P., esto es, por haber sido dictado en juicio viciado de nulidad, consistente en errónea calificación de los hechos, de que trata específicamente el artículo 210 num. 5º *ibidem*.

Pero como es necesario demostrar que en el auto de proceder de este particular proceso se incurrió en error en la denominación de los hechos, al catalogarlos de ROBO, cuando máxime se podían calificar como encubrimiento, diremos lo siguiente:

No existe, no puede existir prueba alguna en el expediente que permita concluir o deducir que OROZCO estuvo en el lugar de los hechos como autos o que existía acuerdo previo con esos autores materiales, para darle el calificativo de cómplice o de autor intelectual del robo.

El hecho de que en su casa de habitación se encontraran bienes que habían sido objeto de un ilícito, solamente demuestra que pudo haber obrado como encubridor por receptación.

El artículo 200 del C. P. dispone que, el que fuera de los casos de concurso en el delito, ocultare o ayudare a OCULTAR O ASEGURAR EL PRODUCTO O FRUTO DEL MISMO, lo comprare o lo expendiere a sabiendas de su procedencia, incurrirá... etc.

Entonces, si aceptamos que OROZCO tenía en su poder objetos materia del ilícito, que sabía su procedencia y a pesar de ellos los ocultó y los guardó, pues lógicamente no estamos aceptando cuestión diversa a la de que incurrió en un delito de encubrimiento, pero no de robo, porque no existe prueba alguna que tal cuestión demuestre".

Y concluye :

"Si concluimos que la certificación fue correcta, diríamos que existe nulidad por error en la calificación en los delitos en los que se denominó el hecho encubrimiento?

En conclusión, señores Magistrados, reitero mi acusación contra el fallo, porque se dictó en relación con un proceso viciado de nulidad, ya que uno de los sumarios fue erróneamente calificado".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita que no se case la sentencia recurrida, por fallas en la técnica propia del recurso de casación y por ausencia de fundamento jurídico.

Primer cargo: "El demandante no separó los cargos en capítulos como lo ordena el artículo 576 del estatuto procesal penal, ya que en la primera parte del libelo involucró tres motivos de impugnación.

Es sabido que la característica principal del llamado *delito continuado* en la unidad de designio, la cual no se presume por la pluralidad de hechos sino que debe demostrarse por la parte a quien favorece. Por lo demás, es evidente que se trata de un error *"in judicando"* y no *"in procedendo"* y la causal invocada es, por tanto impertinente.

"En opinión de este Despacho, las instancias calificaron acertadamente los dos primeros hechos como encubrimiento y el último como robo. Es posible que haya contribuido a precisar estas denominaciones el tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y el hallazgo de los objetos. En verdad, respecto de los primeros ya habían pasado varios meses desde la consumación y se carecía de elementos de convicción para señalar a Orozco como partícipe".

"En flagrante error de técnica de casación el actor propone 'subsidiariamente' a la Honorable Sala reconocer la *conexidad de los ilícitos*, en el caso de no aceptarse el delito continuado. Es sabido que esa institución es de derecho sustantivo, mientras que aquélla es de derecho adjetivo. Las dos no pueden proponerse como 'subsidiarias' porque tienen distinta naturaleza jurídica".

Segundo cargo: "En el libelo en estudio ni siquiera se menciona el tipo de error en que incurrieron los juzgadores al dictar auto de proceder contra Benjamín Orozco Restrepo por el delito de Robo. Y es más: tratándose de indicios, el legislador defiere en el juez la estimación de los hechos y su calificación de indicio necesario, grave o simple. Por último, el representante judicial de Orozco Restrepo no enjuicia los elementos de convicción que fundamentaron el auto de proceder sino que apenas expresa su opinión personal en relación con las pruebas antes mencionadas".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero: Violación del artículo 26 de la Constitución Política por haber infringido el sentenciador las formas propias del juicio. Se formula a través de la causal cuarta de casación.

Al margen de las disposiciones que disciplinan el recurso extraordinario de casación, como lo apunta acertadamente el Ministerio Público, el recurrente discurre, en un mismo capítulo y sin la debida separación -artículo 576 del Código de Procedimiento Penal- sobre los supuestos jurídicos de la continuidad del delito de encubrimiento (violación directa de norma sustancial, artículo 32 del Código Penal), y sobre el fenómeno de la conexidad

posible entre los delitos atribuidos a Benjamín Orozco Restrepo (error de procedimiento, artículo 168 del Código de Procedimiento), para concluir con los de la nulidad que se pretende con base en la calificación impertinente de los hechos averiguados, porque afirma el actor si los tres delitos investigados, por tres juzgados distintos, consisten en que como consecuencia de la sustracción, por terceros, de bienes muebles ajenos, fueron encontrados en casa de Orozco Restrepo, y en la de sus padres, objetos de esa procedencia, entonces la calificación ha debido ser una misma. Es decir, la de robo o la de encubrimiento para los tres delitos. Pero como dos de los jueces calificaron los hechos como encubrimiento, y el tercero les dio la denominación de robo, fluye de lo anterior que una de las dos calificaciones es equivocada. Y concluye que a tal equivocación, generadora de nulidad, se llegó fatalmente por haber seguido los jueces de instancia tres procesos distintos para los hechos que por su continuidad o por su conexidad, debieron ventilarse desde un principio, en un solo proceso. Y que su acumulación, a última hora, en nada mengua las violaciones declaradas, que obligaron al acusado a dispersar esfuerzos y recusros, con menoscabo cierto de los derechos de la defensa.

Bastaría con el resumen precedente para desestimar el cargo. El raciocinio del impugnador contiene una serie de afirmaciones, teóricamente valederas. Sino que no están referidas a las pruebas del expediente, ni a los fundamentos que sirvieron a los juzgadores de las instancias para elaborar sus decisiones. El recurrente acierta cuando asegura que el legislador prescribe como un solo hecho la infracción repetida de una disposición penal, cuando revele ser ejecución de un mismo designio. Es sustancialmente la transcripción del artículo 32 del Código Penal. Pero no basta su reproducción por el impugnante para que los hechos del proceso se informen con su texto. El recurrente no ensaya demostrar siquiera sus asertos. Los protesta categóricamente. Pero no los refiere a los hechos del proceso, puntualizándolos, y alude decir si los acepta en la forma como fueron establecidos por el juzgador, -en cuya hipótesis discutiría solamente su calificación-, o si los controvierte porque el sentenciador los tuvo como pruebas, equivocadamente, fingiendo su realidad, desconociéndola o distorsionándola, que son las formas del error de hecho manifiesto, como consecuencia de lo cual habrían incurrido en la nulidad que reclama al amparo del numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Ni expresa si a la nulidad invocada por él se llegó porque se hubiera desconocido el concreto valor legal asignado a determinado medio probatorio exagerándolo o disminuyéndolo en sus precisos alcances, o si, por último, se tuvo como hecho debidamente probado en el proceso uno cuya asunción a él se mostrara falto de ritualidad, en todo lo cual consiste el error de derecho en la apreciación de las pruebas, que, cuando incide en la nomen iures *del delito, entraña nulidad. El recurrente propone a la Corte la alternativa entre robo y encubrimiento. Y la invita a escoger entre uno y otro, seguro de que ella estaría en lo suyo si confrontara de oficio el sumario, su calificación y la sentencia. Pero la Corte no procede de oficio sino en presencia de nulidad ostensible que advierta al estudiar uno o más cargos de los que se le proponen contra la decisión impugnada. Corresponde al recurrente, si de nulidades se trata, atender no solamente a la disciplina del recurso sino también precisar él la calificación correcta. Y no parece ciertamente ajustada a la ética profesional la conducta del censor que se acoge a la ya dicha alternativa abandonando a la Corte el escoger sus extremos, pues sería posible, en hipótesis, que la calificación finalmente adecuada a los hechos, resulte más grave para el sindicado que la contenida en la sentencia.*

Un último argumento presenta la censura a la consideración de la Corte en favor de la pretendida nulidad constitucional tan exigentemente demandada. Dice que uno de los procesos fue iniciado contra Orozco Restrepo con sindicación

de robo. Que la investigación fue clausurada y se corrió traslado a las partes con la misma calificación, posteriormente sustituida por la de encubrimiento, que no obstante su benignidad, supuesto que los hechos ciertamente merecieran el calificativo de robo, demostrarían el desconocimiento flagrante de su realidad y de su precisa denominación.

Como es sobradamente conocido, en el sumario se recogen las pruebas encaminadas a demostrar un hecho, presuntamente delictuoso, cuya comisión se atribuye al sindicado. La denominación que se le da entonces, así conste en el auto de detención, es de carácter provisional. Y sólo cuando se dicta el auto de proceder, se precisan y definen. Es esta calificación la que no puede cambiar la sentencia, si es condenatoria. Pero el auto de proceder si puede y debe sustituir la calificación equivocada que con anticipación hubiere recaído sobre los hechos del sumario, sin perjuicio de que, si fuere preciso ordenar la práctica de pruebas en procura de su correcta denominación, se proceda a ello por el juzgador, previo el decreto de sobreseimiento temporal en favor del sindicado. Medida que no es procedente cuando la prueba sometida a conocimiento del juez es suficiente para nombrarlos con propiedad.

El sumario, su calificación y el juicio, son etapas distintas del proceso, que suman en su unidad, pero con objetivos específicos que la ley reglamenta en fases sucesivas, claramente diferenciadas entre sí, concurrentes todas a una misma finalidad, o sea, la resolución del proceso. Mas no sobra advertir, una vez más al recurrente, que no es de recibo proponer, como él lo hace, alternativas que, a la postre, pudieran resultar en contra de los intereses de la defensa.

El cargo no prospera.

Segundo cargo: Error en la denominación jurídica de los hechos. Causal cuarta. Violación del numeral 5º del Art. 210 del Código de Procedimiento Penal.

Argumenta el censor, ahora sí, en forma concreta sobre la errónea denominación jurídica de la infracción, porque Orozco Restrepo fue comprometido en juicio criminal por robo y no por encubrimiento que era la calificación precisa que a los hechos correspondía.

Aduce el actor que si éstos eran unos mismos en los tres procesos han debido recibir idéntica denominación. Y propone para todos los de encubrimiento. Afirma en la demanda que no existen pruebas de que su poderdante hubiera concurrido como partícipe al robo de que fue víctima la fábrica de confecciones la Marinella, no importa que buena parte de los objetos materia del apoderamiento ilícito se hayan encontrado, pocas horas después en su domicilio o en el domicilio de sus padres.

Ya se dijo al examinar el cargo primero que cuando la pretensa nulidad proviene de la equivocada apreciación de pruebas, corre a cargo del recurrente la demostración de que el sentenciador incurrió en ello por error de derecho, o por error de hecho que aparezca manifiesto en los autos, precisando el concepto de la violación, y las pruebas y errores en forma inequívoca, destacando sus peculiares caracteres en orden a su cabal entendimiento.

El recurrente limita su actuación a reproducir en esta censura, los argumentos que hizo valer para sustentar la anterior. Y afirma que en el expediente no existe prueba demostrativa del robo. Pero en este supuesto ha debido hacer la crítica de las que fundamentan la certificación del sentenciador y anotar en ellas los errores de derecho, o de hecho manifiesto, que hicieron posible la calificación inadecuada, o, si este no es el caso, porque el actor acepta los hechos, en la forma como fueron tenidos probados por el sentenciador, demostrar cómo, por error eminentemente jurídico, el juzgador los confundió en un tipo penal completamente ajeno a su correcta versión jurídica. Es lo que no hizo el recurrente. El cargo no prospera.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia -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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

CONSEJO DE GUERRA VERBAL

Los ejemplares de los cuestionarios que se entregan a los Vocales, no necesitan la firma del presidente ni su fecha. Los cuestionarios en que se hace el escrutinio, deben llevar la firma del Presidente y del Asesor Jurídico

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

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 35 de junio 30/77.

V I S T O S

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar con fecha siete (7) de julio de 1975 interpuso el procesado PEDRO ANTONIO CABRA GUTIERREZ y le fue concedido recurso de casación que luego de ser declarado admisible por esta Sala se tramitó con algunas incidencias que han postergado su decisión. Pero como, finalmente, ha llegado el momento de pronunciarse sobre él, a ello se procede, previo el resumen de los hechos y de la actuación legal correspondiente.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Siendo Pedro Antonio Cabra Gutiérrez pagador del Cantón Oriental del Ejército en Bogotá, se descubrió un faltante de un millón ochocientos cuarenta y siete mil trescientos veintinueve pesos con noventa y dos centavos ($ 1.847.329.92) de los fondos que aquél manejaba y se estableció que la sustracción de ese dinero se había hecho por medio de documentos falsos tales como nóminas de subsidio familiar y de primas de servicios así como facturas comerciales en que se hacían figurar compras inexistentes o por sumas mayores de las reales, hechos ocurridos entre abril de 1968 y febrero de 1969.

Por Resolución Nº 065 de 28 de julio de 1971 se convocó un Consejo Verbal de Guerra para juzgar al mencionado Cabra Gutiérrez y a otros.

Reunido dicho Consejo el 11 de julio de 1972 el Secretario dio lectura, por orden de la Presidencia del mismo, a los cuestionarios cuya copia fue agregada al proceso y se inició entonces el debate oral que finalizó el 27 de octubre de dicho año momento a partir del cual los vocales se constituyeron en sesión permanente, dieron su veredicto, éste fue escrutado y se consignó su resultado en una copia del cuestionario correspondiente.

Los cuestionarios relativos a Pedro Antonio Cabra Gutiérrez, uno por el delito de falsedad en documentos en su modalidad de uso y otro por peculado, en la forma de apropiación indebida, fueron contestados afirmativamente.

El escrutinio de las respuestas, visible a folio 108 del cuaderno Nº 158 y 100 del cuaderno Nº 159, aquél referente al peculado y éste relativo a la falsedad, llevan no sólo el recuento de los votos y el sentido de las respuestas de los vocales (afirmativas por unanimidad) sino las firmas del presidente del Consejo de Guerra Verbal, del Asesor Jurídico y del Secretario del Consejo. Empero carecen de fecha y de lugar de elaboración.

En los tres folios anteriores a los mencionados aparecen las copias de los cuestionarios, cada una de ellas firmada por el respectivo vocal.

En el acta del Consejo se dejó constancia (Fls. 176 del Cdno. 128) de que la presidencia ordenó la lectura de los cuestionarios y, una vez finalizada ésta, dispuso que se agregaran al proceso las copias de los mismos "de acuerdo con lo ordenado por el artículo 580 del Código de Justicia Penal Militar".

Sin embargo en el acta referida no se consignaron los originales de los cuestionarios ni se los copió en el texto de la misma.

Con fecha cinco (5) de febrero de 1973 la Presidencia del Consejo mencionado pronunció sentencia en la que se absolvió a unos procesados y se condenó a otros.

En el punto tercero de la parte resolutiva, se dijo:

"*TERCERO.* Condenar al procesado PEDRO ANTONIO CABRA GUTIERREZ de anotaciones personales conocidas en autos, a la pena principal privativa de la libertad de OCHO (8) AÑOS DE PRESIDIO, como autor responsable de los delitos de PECULADO y FALSEDAD militares en la modalidad de continuados, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar expuestas en la parte motiva de esta providencia" (Fl 408 Cdno. de la sentencia).

En la parte motiva de dicha providencia y por lo que respecta al actual recurrente Pedro Antonio Cabra Gutiérrez se dijo que "se estableció dentro de la investigación que mediante el empleo de nóminas o planillas por concepto de pago de obreros y nóminas por concepto de subsidio familiar falsas, con citación de resoluciones de reconocimiento también irregulares, con inclusión de beneficiarios supuestos, y el empleo de facturas igualmente falsas, bien para aparentar el suministro de víveres o abarrotes a la 2ª, 3ª y Quinta Brigadas, donde se estableció que tanto los acreedores como los artículos que se hacían aparecer en las facturas eran supuestos, lo mismo que las personas que figuran como ordenadores de tales gastos, documentos con los cuales se egresaron dolosamente a través de la Contaduría a cargo de Pedro Antonio Cabra Gutiérrez, la suma de $ 1.847.329.92 hechos que tuvieron ocurrencia entre los meses de agosto de 1968 a diciembre de 1969, en la guarnición de Bogotá" (Fls. 6 y 7 *ibidem).*

Más adelante se hizo un relación pormenorizada de las pruebas que obraban contra dicho procesado y se llegó, con base en ellas, a la conclusión de que era responsable de los dos delitos que se dejan mencionados y que, por lo tanto, la respuesta afirmativa a esa responsabilidad emitida por los vocales, era aceptable.

DEMANDA DE CASACION

Presentada oportunamente y declarada ajustada a la ley, contiene un solo cargo que se fundamenta en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y que el actor formula de la siguiente manera:

"Demando la sentencia del Tribunal Superior Militar, que condenó a Pedro Antonio Cabra Gutiérrez, pagador del Cantón Oriental del Comando del Ejército de esta ciudad, por los delitos de Peculado y Falsedad Militares por uso, cometidos en esta ciudad en el mes de agosto de mil novecientos setenta y ocho al mes de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, a la pena principal de setenta meses de presidio, acusándola de ser violatoria de la ley penal por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad sustancial por violación de lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución Nacional con base en lo dispuesto en el artículo 580 numeral 4º del C. de P. P. y 597 del C. de J. P. M. que a el se remite".

Al fundamentar el cargo alega el demandante que "los veredictos condenatorios dados por los señores vocales del Consejo de Guerra Verbal por los delitos de Peculado y Falsedad Militares, emitidos respecto de Pedro Antonio Cabra Gutiérrez, los cuales no fueron firmados ni por el señor Presidente del Consejo de Guerra Verbal ni incluidos sus textos en el acta del Consejo de Guerra Verbal ni al formularse los cuestionarios ni al ser absueltos, como tampoco tienen fecha ni indicación de lugar alguno y no fueron firmados dos de ellos, los del señor Mayor General Alberto Rueda Terán y Vice-almirante

Augusto Porto Herrera con sus firmas completas sino con media firma, careciendo por consiguiente, de toda autenticidad, ignorándose la fecha en que fueron formulados y quiénes los signaron violándose así todas las normas legales pertinentes a la calidad de documentos oficiales de dichos formularios (artículo 1758 del C. C.) necesaria para poder sustentar sentencia condenatoria sobre ellos".

Agrega que tales cuestionarios no fueron reproducidos en el acta del Consejo de Guerra Verbal y que algunos no tienen fecha, entre ellos el distinguido con el número 27 que se refiere a Cabra Gutiérrez y pregunta por su responsabilidad en el delito de peculado.

Con base en tales alegaciones solicita que se case la sentencia y se declare nulo lo actuado a partir de la Resolución Nº 117 de 29 de julio de 1971 por medio de la cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Después de insistir en que basta para la autenticidad de los cuestionarios en los Consejos de Guerra Verbales que se cumplan las prescripciones de los artículos 563 y 580 del Código de Justicia Penal Militar, asevera el Procurador Delegado para la Policía Nacional, a quien le correspondió llevar en este recurso la voz del Ministerio Público por impedimento del de las Fuerzas Armadas, que "en este caso, como bien lo pone de relieve el señor apoderado de la parte recurrente, además de que los cuestionarios adolecen de fecha y lugar de expedición y firma del Presidente, su texto no aparece incluido ni al comienzo ni al final del acta de la sesión del consejo". Y agrega más adelante: "Esta circunstancia induce al representante del Ministerio Público a concluir que en el caso del procesado Cabra Gutiérrez no se de la autenticidad de los cuestionarios, pues no fue incorporado su texto al acta de la sesión y al no darse esa situación debe estar de acuerdo con el demandante en que efectivamente las omisiones que se observan le restan autenticidad a los cuestionarios, con la consecuencia de que al aceptar su inexistencia legal es también obligatorio concluir que no hubo pronunciamiento de los jueces de hecho sobre el cuerpo del delito, la imputación y responsabilidad, pronunciamiento sin el cual no es factible el que le corresponde al juez de derecho. Y sin mayor esfuerzo se desprende de todo lo anterior que al inobservarse formalidades propias esenciales del juicio, se está en presencia de una nulidad supralegal al tenor del artículo 26 de la Carta" (Fl. 34, cuaderno de la Corte).

Concluye opinando que debe casarse la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dice el artículo 557 del Código de Justicia Penal Militar:

"Artículo 557. Practicadas las pruebas, se formularán y se dará lectura a los cuestionarios que han de absolver los vocales.

"Leídos los cuestionarios, el Presidente concederá la palabra al Fiscal, a los reos, a sus defensores por dos veces a cada uno. Los procesados pueden renunciar a ese derecho en ambas oportunidades, pero el Fiscal y los defensores deben hablar por lo menos una vez".

El artículo 580 del mismo ordenamiento expresa:

"Artículo 580. Una vez elaborados los cuestionarios serán leídos y se agregará copia de ellos al proceso, se suspenderá la sesión y se correrá traslado al Fiscal y a los apoderados, que desde ese momento actuarán como defensores, por tres horas renunciables a cada uno, para que preparen sus alegatos. Pero si fueren varios los procesados el traslado para el Fiscal será de seis horas, también renunciables. ....."

Y el artículo 581 ibidem *dice en su parte pertinente:*

"Artículo 581. ...

"Cada vocal debe dar respuesta escrita a los cuestionarios separadamente, sin comunicarse con los otros vocales ni con persona alguna.

A medida que cada uno de los vocales termine de contestar el cuestionario o cuestionarios entregará su respuesta al Presidente, quien, con el asesor jurídico hará el escrutinio.

Terminado éste, se reanuda la sesión plena y el Presidente en presencia de los procesados y de pies todos los asistentes, leerá los cuestionarios, las respuestas de los vocales y el resultado del escrutinio, que será el veredicto del Consejo".

Fuera de las normas anteriores, que son específicas para los Consejos de Guerra Verbales, existen otras relativas a los cuestionarios en el Consejo de Guerra ordinario. Son los Arts. 557 a 563 del ordena miento citado.

Comparadas las que se citan en primer término con la actuación del Consejo de Guerra Verbal en el presente proceso, se ve que esta se ciñó estrictamente a aquéllas.

En efecto, según reza el acta de audiencia cuyos apartes pertinentes se dejan atrás mencionados, el Presidente del Consejo ordenó leer los cuestionarios y agregar copia de ellos al proceso, como lo dispone el artículo 580 del C. de J. P. M. precitado y luego, terminada aquélla, los vocales dieron separadamente respuesta a los cuestionarios y el Presidente, junto con el Asesor procedieron a hacer el escrutinio que consignaron, con la firma de ambos, en un ejemplar de cada uno de los cuestionarios, que es el procedimiento señalado al efecto por el artículo 581 ibidem.

Es cierto que, como lo observa la demanda, no se fecharon esos cuestionarios ni se consignó el lugar en que fueron elaborados, así como tampoco se los copió en el texto del acta de audiencia.

Pero ocurre que esas actuaciones no están prescritas por las normas legales mencionadas y si bien la falta de firmas pudiera dar lugar, como lo ha considerado esta Sala en otras oportunidades, a que se estime no existente el documento, en el presente caso se observa en el fondo una discrepancia entre esos principios generales sobre la prueba documental que señalan la necesidad de que exista un autor del escrito para que éste pueda tener el carácter de documento, lo que no implica siempre la firma del mismo, y las normas específicas que regulan lo concerniente al Consejo de Guerra Verbal que deben considerarse priman sobre aquéllas de modo que donde no se ordena expresamente la firma del escrito ni la mención de la fecha y el lugar de expedición, esto es, de los indicadores de procedencia del documento, no se deben exigir estos datos para darlo por existente.

O sea, en otras palabras, que en el caso de tales Consejos, los ejemplares del cuestionario que se entregan a los vocales no necesitan la firma del Presidente del Consejo ni la fecha sino sólo la del vocal cuando éste ha consignado su respuesta.

Y que si bien el cuestionario en que se hace el escrutinio debe llevar la firma del Presidente y del Asesor Jurídico no pre cisa la de los vocales, ni las normas reguladoras de estos actos hacen imperioso que se consigne el lugar y la fecha de elaboración del documento.

En las circunstancias anotadas, esto es, cuando los cuestionarios han sido agregados al expediente, obra en este también la copia de ellos con el veredicto y la firma de cada vocal, se encuentra igualmente el original que contiene el escrutinio con la firma del Presidente del Consejo, el Asesor Jurídico y el Secretario y se ha dejado constancia en el acta de la lectura del mismo y su entrega a los vocales, esto es, se han cumplido los requisitos ordenados por las disposiciones en cita, no cabe duda alguna sobre la autenticidad del cuestionario y de las respuestas.

Es eso lo que ha ocurrido en el caso de autos, de ahí que no haya lugar a hacer las declaraciones de nulidad que impetra el actor.

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.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Lizandro Martínez Zúñiga (Conjuez) *Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

ENCUBRIMIENTO

El delito de encubrimiento es una entidad delictiva aparte per se, independiente, autónoma, especial o distinto del delito encubrimiento, con varias modalidades

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 35 de julio 2/77.

VISTOS

NABIL CHAHINE KARAM, OCTAVIO ALVAREZ DUQUE y LUZ MARINA PEÑA DE CALDERON, fueron condenados, por el delito de "encubrimiento", a las siguientes penas: seis meses de prisión, multa de un mil pesos, interdicción del ejercicio y derechos públicos por un tiempo igual al de la pena principal, suspensión de la patria potestad, publicación especial de la sentencia, pago de los perjuicios ocasionados previa la casación pertinente, y, para el primero, además, la expulsión del territorio nacional.

La sentencia de primera instancia la pronunció el Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali, el 12 de diciembre de 1973, y fue confirmada, integralmente, por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, el 6 de mayo de 1976.

El defensor de CHAHINE KARAN y el Fiscal 1º del Tribunal, recurrieron en casación y en debida ocasión presentaron las correspondientes demandas, las cuales se declararon formalmente ajustadas a las exigencias señaladas en el articulo 576 del C. de P. P.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El 24 de mayo de 1970, en la ciudad de Quito (Ecuador), Luis Angel Guzmán (costarricense) en asocio de varios ecuatorianos, entre ellos Gilberto Demetrio Rodas Rodas y Marco Vinicio Argüello M., irrumpieron de modo violento al apartamento consultorio del doctor Luis Guerrero y procedieron luego a perforar el piso de la joyería del señor Miguel Angel Carvallo Ortega, (calle Guayaquil, número 7-89), de la cual se sustrajeron cuantiosas joyas, buena cantidad de dinero y otros objetos de apreciable valor. En el mismo Quito, Rodas Rodas comerció parte mínima del robo. Después, como estaba convenido, se trasladaron a Cali, en donde vivía la mujer Luz Marina Peña de Calderón, quien fuera concubina de Luis Angel Guzmán. Este suministró a su amante algunas joyas y vendió otras a Octavio Alvarez Duque y Nabil Chahine Karam, conociendo éstos su ilícita procedencia. Luego abandonó a sus dos compañeros de empresa criminal y desapareció. Rodas Rodas, apremiado por los efectos de la investigación y dolido por la traición de Guzmán, confesó a las autoridades de Quito todo lo ocurrido. Fue así como se le trajo, sin trámite jurídico de ninguna naturaleza, a la ciudad de Cali en donde a los agentes del F-2 repitió su versión. Así se pudo recuperar parte del robo, en poder de los citados ALVAREZ DUQUE, PEÑA DE CALDERON y CHAHINE KARAM, hoy sentenciados por encubrimiento.

La investigación se promovió tanto en el Ecuador como en Colombia, casi en la misma fecha, en el mes de Nov. de 1970. En aquel país por el Juzgado 2º del crimen de Pichincha y en éste por el Jugado 16 Penal Municipal. Posteriormente el Juzgado 4º de Instrucción Criminal asumió por entero la averiguación y al definir la situación jurídica dejó en libertad a los citados, KARAM, ALVAREZ y PEÑA (diciembre 7/70), providencia que confirmó el Tribunal al desatar una apelación interpuesta por el apoderado de la parte civil (agosto 19/71). De ahí el proceso pasó al Juzgado 15 Penal de Circuito, el cual calificó con sobreseimiento temporal, según auto de 17 de abril de 1972. Las nuevas pruebas determinaron a este mismo despacho a abrir causa criminal, por el delito de encubrimiento, a KARAM, PEÑA y ALVAREZ (diciembre 22/72), decisión confirmada por el Tribunal en proveído de 14 de mayo de 1973. Finalmente, como se dejó anotado al principio, se produjo la sentencia condenatoria de primera instancia y en el mismo sentido la de segundo grado, ahora recurrida en casación.

Demanda del Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali.

Dos cargos, muy coincidentes con la impugnación del defensor de Chahine Karam, dirige al fallo; en su orden los presenta y respalda así:

1. Violación indirecta de la ley, pues se incurrió en error de derecho al apreciar la prueba.

"...aquí la conducta típica -conforme al artículo 200 del C. P. consiste en comprar el producto o frutos de un delito, a sabiendas de su procedencia. La realización de esa conducta hace presumir la antijuridicidad y debe demostrarse la culpabilidad... debe estar plenamente demostrado que los procesados compraron parte del producto o fruto del delito de robo cometido en el Ecuador y que lo hicieron a sabiendas de su procedencia. Cobra especial valor en este caso la demostración del delito de robo cometido en el Ecuador por ser uno de los elementos del cuerpo del delito y por tanto, también, la existencia de ese delito debe ser plena... Para demostrar ese elemento del cuerpo del delito se han traído al proceso copias del expediente adelantado en el Ecuador, pero sin que ellas llenen los requisitos exigidos por el artículo 259 del C. de P. Civil", más concretamente, no se autenticaron las firmas de los funcionarios ecuatorianos ante el cónsul colombiano.

La prueba resulta, entonces, inadmisible.

2. Violación indirecta de la ley por errónea apreciación de la prueba basada en protuberante error de hecho.

Empieza por admitir, lo cual contradice en buena parte su primera censura, que el juzgador no consideró como fundamento de su sentencia la prueba producida en el Ecuador sino la practicada en Colombia. Pero ésta, para él, "jamás demuestra la existencia del delito cometido en el Ecuador"; niega que se dé "el menor elemento de prueba respecto de la propiedad, preexistencia y falta de tales objetos". Termina por anotar que a la prueba se le hizo decir algo que nunca expresó, o sea, la realidad del delito antecedente, necesario para conformar el delito de encubrimiento.

Depreca la absolución de todos los sentenciados.

Demanda del defensor de NABIL CHAHINE KARAM

Dos causales invoca para casar la sentencia.

1. Aplicación indebida de los artículos 4º y 200 del C. Penal. Los delitos de encubrimiento y contra la propiedad se ejecutaron en territorio ecuatoriano. A los sentenciados se les atribuyó allí la conducta que describe y pena el artículo 569 del C. P. del Ecuador, bajo otra denominación. Los jueces colombianos "se movilizaron para investigar el mismo delito de robo cometido en la joyería quiteña", para luego cambiar la denominación por el de "encubrmiento". Pero carecían de jurisdicción. Violaron los artículos 4º y 200 del C. P.... Se acudió a un principio inexistente en Colombia, el de la universalidad, en virtud del cual las leyes penales se aplican a todo infractor, cualquiera fuere el sitio donde se encuentre y su nacionalidad". Al estudiar la forma de comisión del "encubrimiento" encuentra que el interés jurídico de la institución co-

lombiana no es el mismo que el protegido en la legislación del Ecuador. Se vale de los autores Bernal Pinzón y Pacheco Osorio para señalar que en esta infracción concurren dos bienes objetos de tutela, o sea, la propiedad privada y la administración de justicia. El prevaleciente en este último, por el carácter público que traduce. Entonces, si en nuestro sistema, el encubrimiento afecta la administración de justicia no puede decirse que se entorpeció la colombiana sino la del país vecino, en donde ese comportamiento se incluye -artículo 569- en los atentados al derecho de propiedad. El encubrimiento sería de delito de robo cumplido en el Ecuador; luego la justicia obstaculizada no es la nacional sino la ecuatoriana.

No es aplicable el artículo 200 de C. P., por estos motivos: a) en el Ecuador no se habla de encubrimiento "sino el de fraude por ocultar cosas robadas u obtenidas mediante cualquier otro delito". Se limita a su "ocultamiento" y a CHAHINE KARAM se le acusó de comprador ;b) en Colombia se exige el "a sabiendas" y se elimina el concurso. En el Ecuador ni lo uno ni lo otro se tiene en cuenta; c) la autonomía entre el encubrimiento y el delito encubierto, es relativa. "No es imaginable sin la comisión de un delito anterior por persona distinta" -Fontán Balestra, Manzini y Bernal Pinzón-; d) "si el robo cometido en Quito está vinculado objetivamente con el encubrimiento, o viceversa, si el encubrimiento no puede existir sin el robo anterior, es obvio que no podían aplicarse los artículos 4º y 200 del C. P. colombiano, pues es inconcebible que esa vinculación prácticamente consecuencial no se rompa al pasar las fronteras de los dos países, o sea, al pasar de una jurisdicción extranjera a la jurisdicción nacional". Al aceptarlo así se viola el principio de territorialidad, excepcionado para casos diferentes al subjúdice (artículos 5º, 6º y 7º). "La función de los jueces y de la policía debió circunscribirse a los artículos 742 y siguientes del Código de Procedimiento Penal".

2. Nulidad por incompetencia de los jueces -numeral 4º del artículo 580 y numeral 1º del artículo 210 del C. de P. P.

"Si la acción penal se inició, prosiguió y culminó bajo el imperio de la jurisdicción colombiana. el proceso es nulo en su integridad, las pruebas recogidas carecen de valor, y es forzoso hacer la declaratoria pertinente aún sin alegar la causal cuarta. Esto, por cuanto el delito se ejecutó en territorio de la República del Ecuador".

Este cargo se hace depender, igualmente de lo alegado y demostrado en la primera causal invocada.

El censor, apoyándose en estas razones anota que "de prosperar la causal primera... correspondería a la Corte dictar la que deba reemplazarla, es decir la sentencia absolutoria" y de admitirse el otro cargo, "invalidar el fallo, declararlo nulo, con todo el proceso".

CONCEPTO DEL PROCURADOR 1º DELEGADO EN LO PENAL

Se abstiene de respaldar y ampliar la impugnación del Fiscal 1º del Tribunal. Y enfrenta las censuras formuladas en forma tan equivocada por los recurrentes, en estos términos:

1. La nulidad (causal 4ª Art. 580 del C. de P. P.) no debe plantearse como dependiente de otros motivos ni menos restarle autonomía. Tan cierto es esto que la apreciación errónea de pruebas que conduce a una equivocada calificación jurídica del delito, no se ataca a través de la causal 1ª sino acudiendo al empleo de la causal 4ª. De ahí, también, que primero se analice el factor que coloca en entredicho la bondad y eficacia del juzgamiento, porque de lo contrario sería posibilitar la expedición de una sentencia sobre actuación prácticamente inexistente.

No hay duda alguna en que la conducta de NABIL CHAHINE KARAM se cumplió en territorio nacional y corresponde la aplicación de las normas colombianas. "Solamente la mente ofuscada del señor demandante se cierra a estos reconocimientos pues que en ella se arraiga la idea fija de que su patrocinado no transgredió el ordenamiento penal sustancial cargado a su cuenta en la forma y modalidades como se le ha imputado a lo largo del proceso".

2. Pocos negocios como éste "han merecido una tan sabia, responsable y paradigmática atención, especialmente por parte del H. Tribunal Superior". En su decisión se estudió lo que ahora se revive como alegación en el recurso de casación. Entonces, lo dicho en esa oportunidad, que mantiene validez, vale ahora como refutación. Por ello el Procurador se detiene en abundantes transcripciones del pensamiento del *a quo*. En síntesis se comenta: aunque no existieran las copias criticadas (que cumplen sustancialmente con el tratado Multilateral de Caracas -18 de julio de 1911- aprobado por Colombia mediante la Ley 16 de 1913), lo actuado en Colombia cumple satisfactoriamente este cometido. Puede decirse que aquéllas "sirven para retocar muchos detalles pero ni siquiera constituyen el núcleo de la prueba atendible, ni aportan algo decisivo". Además, la autenticidad que echa de menos el censor equivaldría no a su cumplimiento sino a la necesidad de repetir directamente toda la actuación ante funcionarios colombianos o, en otras palabras, se pretende la duplicación del proceso levantado en el Ecuador, lo cual resulta imposible por la desaparición de algunas fuentes de prueba (v. gr. muerte de Marco Vinicio Argüello Merino). Pero se logró establecer que Marco Vinicio Argüello vino a Colombia, manejando su propio automotor, en asocio de su mujer, dos hijos suyos y los coautores Miguel Angel Guzmán y Gilberto Demetrio Rodas, territorio en el cual se vendió parte del botín a Nabil Chahine Karam y Octavio Alvarez Duque, otra parte se regaló a Luz Marina Peña de Calderón, y el resto, la de mayor importancia, se esfumó con la persona de Guzmán, de quien no se volvió a saber su paradero. Todo esto lo indican las indagatorias de la Peña, y Alvarez y aun de Karam, como también que Gilberto Demetrio Rodas, cuestión que la confirman los agentes del F-2, volvió a Colombia en asocio de detectives ecuatorianos, relató todo lo sucedido y hasta estuvo buscando en casa de la Peña, los remanentes de esas joyas.

También comenta la prueba invocada por el Tribunal, sobre aportaciones de los funcionarios colombianos, que involucran en todos estos hechos a los tres sentenciados, elementos de convicción que demuestran eficientemente la responsabilidad de ellos. Todos tres, conociendo la ilicita procedencia de las joyas, las recibieron de Guzmán y sus compañeros. Las explicaciones que dan sobre su origen y motivo de recepción, son excusas pueriles y que la propia manifestación denuncia como contradictorias.

De ahí, pues, la improcedencia de las objeciones formuladas al fallo, el cual debe mantenerse en su eficacia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las razones expuestas por el Procurador Delegado, son suficientes para refutar las censuras que dirigen contra el fallo el Ministerio Público del Tribunal y el Defensor.

Para insistir en esos planteamientos y agregar algunas reflexiones, se anota:

1. Los recurrentes confunden inexplicablemente los hechos y tratan de fijar consecuencias inadmisibles para quienes no participan de tan visible desenfoque. Es así como se pretende reducir todo el variado proceso delictivo al violento despojo que afectara, en el Ecuador, los bienes de Carvallo Ortega, olvidándose que en ese país también se produjo la adquisición, por parte de terceros, del producto del ilícito, actividad esta última que también se repitió, con otras personas (los condenados en este proceso), en la ciudad de Cali. Y a este error se suma el siguiente: que el delito de robo ejecutado en el Ecuador, en perjuicio del citado Carvallo Ortega y atribuido con sólido fundamento probatorio a Luis A. Guzmán (Costarricense), Gilberto D. Rodas Rodas y Marco Vinicio Argüello Merino (ecuatorianos), no podía ser objeto de investigación y fallo por parte de la justicia colombiana.

Nuestra legislación acoge, para solucionar los problemas de la ley penal en el espacio, varios sistemas: territorial absoluto, personal, real o de defensa y extraterritorial absoluto o jurisdicción mundial o universal. Este último, que suele prescindir de factores como la nacionalidad, lugar o índole del interés jurídico lesionado, no deja de exhibirse como paradó-

jicamente idealista, más cuando intenta remodelar el pragmatismo que domina al mundo, el cual, en el campo de las relaciones diplomáticas, prefiere transitorias ventajas económicas o el dócil sometimiento a audaces acciones de fuerza, a decidirse por una integral y abierta lucha contra la delincuencia, sin distinguir su lugar de aparición o de refugio.

Pues bien, ese llamado estatuto universal lo consagra el numeral 3º del artículo 7º del C. Penal, exigiendo los siguientes requisitos para su aplicación: que el autor del delito no sea nacional; que el reato se cumpla en daño de extranjero; que su consumación se haya efectuado en el exterior; que el delincuente esté en Colombia después de perpetrada la infracción y que ésta se sancione con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años. A las claras se advierte que estas exigencias se cumplieron en el caso de Carvallo Ortega y que éste podía promover, en nuestro país, la investigación y condena pertinentes. Los organismos judiciales colombianos tenían plena capacidad para actuar en este sentido, esto es, investigar y sancionar el delito de "robo" cometido en el Ecuador en las circunstancias vistas.

El recurrente ha estimado este aspecto en forma equivocada.

2. Por esta cuestión, siendo importante, no es la única. Se da otra de mayor trascendencia. En efecto, algunos de los participantes en ese delito contra la ajena propiedad, no limitaron su conducta criminosa a que ésta surgiera, se desarrollara y culminara en la esfera territorial del Ecuador, pues la proyectaron, para otros, a nuestro país. Estas últimas, a las cuales se refiere el fallo condenatorio sometido al recurso extraordinario que se desata, incurrieron a su vez en otro diverso delito. La denominación genérica que nuestro código le otorga es el de "encubrimiento", que recoge varias posibilidades delictivas: protección al delincuente para eludir la acción de la autoridad, entorpecer o desviar la investigación (artículo 199 C. P., o sea el llamado favorecimiento personal, el cual bien podía agregarse la modalidad indicada en el inciso 2º del Art. 200); ocultar o ayudar a ocultar el producto o fruto del delito (artículo 200 C. P., o sea el llamado favorecimiento real); y, compra o expendio, conociendo su ilícita procedencia, de esos productos o frutos (artículo 200 C. P., o sea la llamada receptación).

La punible adquisición de esos bienes, por parte de los sentenciados, tiene una denominación precisa en nuestro estatuto penal, sin que interese para nada lo que disponga para igual o similar comportamiento el Código Penal Ecuatoriano, conforme al cual debió juzgarse la actividad de GUZMAN, RODAS Y ARGUELLO, ocurrida en el Ecuador, o la de los sujetos que en ese país también negociaron el producto del robo. El censor olvida, y de ahí su referencia parcial a la legislación ecuatoriana, que el encubrimiento de KARAM, ALVAREZ y la PEÑA, se originó y consumó en territorio nacional (Cali), lo cual impone adhesión integral a lo preceptuado en nuestro ordenamiento penal, con prescindencia de la titulación y bien jurídico tenidos en cuenta en el Código Penal del citado país vecino.

3. Como el delito de encubrimiento supone y requiere la existencia de un delito o contravención previos (modalidad del artículo 199) o únicamente de delito (modalidades del artículo 200), conviene recalcar si son o no válidas las pruebas aportadas en cuanto a la comisión del delito que privó de sus bienes, en el Ecuador, al señor Carvallo Ortega, aspecto que cuestionan los censores.

Las copias de lo actuado en el Ecuador, a este respecto, y aportadas a la investigación efectuada en Colombia, están debidamente legalizadas y no es dable que prospere una objeción o duda sobre su manifiesta autenticidad. La intervención diplomática estuvo a cargo de la Embajada de Colombia y la propia Cancillería ecuatoriana, lo cual está plenamente conforme con la ejecución de actos extranjeros acordada en el tratado Multilateral suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, ratificado por Colombia por la Ley 16 de 1913. Su artículo 14, cuyo contenido y alcance tuvo ocasión de precisar el *a quo*, no puede ser más concluyente: los documentos comunicados por intermedio de las respectivas legaciones no necesitan del

requisito de la legalización. Esta legalización se da, por fuera del caso previsto. "cuando se practica con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede, y éste se halla autenticado por el Agente Diplomático o Consular que en dicho país o en la localidad tenga acreditado el Gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución", como reza el artículo 4º del Tratado en referencia.

La objeción resulta improcedente y se causa más bien en una falta de adecuada información sobre las disposiciones legales que regulan la cuestión.

Aparece claro, entonces, que si altos funcionarios del ramo de las relaciones internacionales intervinieron en la tramitación de esos documentos, la autenticidad de los mismos y su ceñimiento a las normas legales que le son propias, son evidencias que impiden o hacen innecesaria la intervención, al mismo fin, de otros empleados de secundaria categoría.

Esta prueba satisface lo que los recurrentes echan de menos en cuanto al cuerpo del delito, el elemento a sabiendas, la propiedad, preexistencia y subsiguiente falta de los comentados bienes. En otras palabras, está debidamente acreditada la realidad del delito de robo, esto es, el delito antecedente al cual se vinculaba sustancialmente el de encubrimiento.

Además, la prueba realizada en Colombia, dirigida al mismo efecto, se muestra idónea y eficaz. Así lo destacan el *a quo* y el Procurador Delegado y así debe admitirse. No es necesario, ahora, recordar en detallada exposición tales elementos probatorios, máxime cuando las causales invocadas que se analizan se tratan por los recurrentes de modo defectuoso. En relación a este punto basta aludir a la denuncia formulada por Carvallo Ortega y los consiguientes informes del F-2 (Fls. 5º, 6º, 8º, 10 a 12) debidamente ratificados, pruebas estas que recogen y respaldan las fidedignas informaciones suministradas por las autoridades ecuatorianas que acompañaron a RODAS RODAS a Colombia. Igualmente, las manifestaciones de éste y las comprobaciones ulteriores en las cuales al menos de manera inicial intervino, colaboración tan eficaz que permitió descubrir a los compradores en Colombia y recuperar parte del producto del robo.

Las atinadas interpretaciones de las indagatorias de KARAM, ALVAREZ y la PEÑA, cierran este acervo probatorio, el mismo que establece, sin lugar a dudas, que los sentenciados conocieron el origen ilícito de esos objetos, lo que no fue óbice para que los compraran (los dos primeros) o recibieren en donación (la tercera).

La impugnación no pudo ofrecer nuevas razones ni menos revalidar las que deficientemente presentó en las instancias. Se tuvo que acudir a referencias doctrinarias y planteamientos fácticos que no se compadecen ni con la realidad de las conductas investigadas ni menos con la orientación conceptual que domina las figuras jurídicas tratadas.

4. *La autonomía del delito de encubrimiento no debe entenderse más allá de su verdadero valor, o sea, que sus varias modalidades (bien que se agrupen en un título contra la administración de justicia, como acontece en Colombia, o que se dividan en dos- administración de justicia y contra la propiedad, como en Italia y Ecuador) no constituyen diversas formas de participación en el delito encubierto. A esta precisión se dirige la autonomía o independencia del delito de encubrimiento, sin que se quiera significar con ello que pierda su vínculo con el hecho que se protege. La legislación y la doctrina, por mucho tiempo, no distinguieron esta fundamental noción. Dilucidó el asunto los aportes debidos a los estudios sobre la causalidad. Hoy la cuestión se mira como tema elemental que se sustenta en este claro raciocinio: si el encubridor actúa con posterioridad a la consumación del delito, la figura de un cómplice subsiguiente es tan extraña e ilógica como aceptar que puede darse una causa posterior al efecto.*

El aspecto comentado establece a ciencia cierta que el delito de encubrimiento es una entidad delictiva aparte, per se, independiente, autónoma, especial o distin-

ta del delito encubierto. Sus varias modadir la acción de la autoridad, el entorpecimiento o desvío de la investigación, el ocultamiento o ayuda a ocultar o a asegurar el producto del delito o su compra o expendio) no se inserta en la teoría de la participación o complicidad. De ahí que no sea comentario exacto ni conveniente, aunque se procure una enseñanza eminentemente práctica, aludir a dos grandes grupos de participación: la anterior o concomitante, *en la cual los partícipes o cómplices saben lo que va a realizarse y actúan, y, la* posterior, caso en que *aquéllos (ya denominables encubridores) actúan después de consumado el delito y con información posterior a su ocurrencia, o sea en acción* ex post facto *no prometida previamente.*

5. *Autonomía y conexidad. Lo dicho no quiere decir que el fenómeno de la conexidad, instituto procesal, sea incompatible o contradiga la afirmada independencia. Esta pretende dotar cada figura delictiva de sus tipos, mientras aquélla busca principalmente salvar dificultades investigativas y hacer de esta labor una empresa segura, eficaz, justa y poco costosa.*

Si no se admitiera esta reflexión, tendría que reconocerse una inaceptable excepción a las muy conocidas reglas de la conexidad: el delito de encubrimiento, por ser autónomo, no puede ser conexo. El simple enunciado destaca de despropósito jurídico y más sobresale cuando se observa que nadie ha negado que el homicidio, delito per se, *pueda ser conexo a una de abuso de autoridad o de violencia carnal, igualmente especiales y distintos.*

La conexidad puede darse con el surgimiento mismo del proceso que atiende al esclarecimiento de delitos autónomos; o producirse a medida que las investigaciones se realicen y sus resultados señalen la necesidad de esta unificación; o aparecer tardiamente pero todavía en circunstancias de ser considerada mediante la llamada acumulación de causas -artículo 90- que, en algunos de sus aspectos, se apoya en elementos propios a aquella institución.

Lo deseable es que el delito primero, generalmente conexo con el que lo encubre, se investigue en un proceso. La autonomía que caracteriza a uno y otro no impide ni excluye, como se deja visto, esta posibilidad procesal. Por el contrario le reclama como atributo propio. Pero el que no se atienda a esa exigencia no es argumento para invalidar los logros obtenidos en cada una de las investigaciones efectuadas, las mismas que marcharon separadamente cuando se imponía su unidad, ni menos para recargar de demostraciones inútiles uno y otro expediente. Así como en el caso sub júdice, *por razones territoriales, no fue factible unir la investigación por el delito de robo, cometido en el Ecuador, a la del encubrimiento, consumado en Cali, también puede acontecer idéntico fenómeno para infracciones consumadas en nuestro territorio. El legislador prefiere la unidad procesal de los delitos conexos pero no constituye su quebrantamiento en causal de anulación, máxime cuando ello se debe a explicables omisiones, divergencias conceptuales o imposibilidades físicas o jurídicas.*

Esto pone de realto la futilidad de la censura que se dirige a destacar la falta de conexidad o unidad entre una y otra investigación.

6. Tampoco tiene validez el que se diga que la *receptatio latronum* se incluye en algunos ordenamientos entre los delitos contra la propiedad, al paso que el nuestro lo tiene por delito contra la administración de justicia. El diferente tratamiento legislativo tiene más de una explicación y abundan los argumentos para aprestigiar las ventajas de uno y otro sistema.

Ya se dejó explicado que la acción de los sentenciados no depende en su estructura y pena de lo que al respecto establezca la ley ecuatoriana, pues su conducta delictiva tuvo exclusiva ocurrencia en el territorio nacional, lo único que tendría decisiva influencia sería que el hecho encubierto, cometido en el Ecuador y en perjuicio de Carvallo Ortega, no se considerase allí como delito o que se contara con la demostración judicial de que tal con-

ducta ni ocurrió ni tuvo tales caracterís ticas. Pero las comprobaciones tienen una significación bien diferente, esto es, que tal acción sí se produjo y que la ley extranjera y la nuestra la tienen por infracción penal.

Nadie cuestiona que Carvallo Ortega fue despojado violentamente de sus bienes, actividad considerada en el Ecuador y Colombia como delito, cualquiera sea su denominación o título. Sus autores llegaron a nuestro país y allí obtuvieron que otras personas (NABIL CHAHINE KARAM, OCTAVIO ALVAREZ DUQUE y LUZ MARINA PEÑA DE CALDERON) se hicieran a parte de ese botín, conocedores de su ilícita procedencia. En territorio nacional se consumó el delito de encubrimiento, vinculado al atentado contra la propiedad realizado en el Ecuador.

Precisamente el carácter de delito *per se* del encubrimiento, permite que uno sea el lugar de su comisión y otro el del delito protegido, como también, entre otras muchas diferencias, que el tiempo de prescripción sea distinto como *vario* y *disímil su dies a quo y su dies ad quem*, aspectos importantes para el cómputo de la desaparición, por este motivo, de la acción penal correspondiente.

7. Por último conviene anotar que el delito de encubrimiento presenta aspectos muy singulares. No quiere ni requiere la Sala explicaciones completas sobre todas las cuestiones que esta figura delictiva suscita. Pero sí conviene anotar las siguientes: cuando media una demostración judicial de inexistencia del delito que se dice encubierto, no es dable tratar de demostrar la posibilidad del delito que lo encubre. A esa decisión hay que ajustarse. Pero cuando no se da este presu puesto probatorio, el juez que conoce del encubrimiento está facultado para anticipar una apreciación sobre el hecho que se tiene por infracción penal protegida. A este respecto se reproduce esta ajena enseñanza: "como la ley exige sólo la comisión de un delito anterior, es suficiente, para que haya receptación, que la existencia de este hecho delictuoso no sea descartada por el juez y que éste pueda convencerse de que las cosas receptadas provienen del delito . . . Tampoco puede considerarse suficiente (para excluir el encubrimiento) que con respecto al hecho anterior no se haya iniciado un procedimiento penal, o que haya quedado desconocido el autor o desconocida la víctima, etcétera, pues basta para que exista la receptación que se tenga la prueba de que las cosas receptadas provienen de un hecho anterior delictuoso". Y lo que se dice de la receptación propia vale para las otras formas de favorecimiento.

Nada obsta a la estructura del encubrimiento que el autor o autores de éste no puedan serlo del delito encubierto, por carecer de condiciones o calidades especiales exigidas para éste. O que el delito protegido esté sometido a querella, pues en este caso satisfecha la condición de procedibilidad para el delito encubierto, quedará abierta la posibilidad de juzgamiento del delito que lo encubre. Si se presenta el desistimiento para el primero, operará indefectiblemente para el segundo. Y así como no puede encubrirse el delito que ya prescribió cuando se dio aquél, sí puede encubrirse el delito que prescribe con posterioridad a esa acción encubridora. La amnistía o el indulto del delito protegido inciden en igual forma sobre el delito de encubrimiento. Bien puede encubrirse la conducta de inimputables, pero no la de quienes han actuado justificadamente o en circunstancias de inculpabilidad. Es dable encubrir la acción principal o cualquiera forma de participación, como también las modalidades imperfectas o degradadas del delito, siempre y cuando que se trate de una tentativa o frustración completas, pues el hecho encubierto, consumado o tentado, debe ser algo concluido, encontrarse en el pasado. para evitar una forma de comparticipación o complicidad en el hecho delictuoso que apenas se desarrolla o está en etapa de ejecución.

CONCLUSION

Estas glosas expresan la inconducencia de los cargos formulados al fallo recurrido. De ahí, entonces, que la CORTE SU-

PREMA DE JUSTICIA, -SALA DE CASACION PENAL-, resuelve:

NO SE CASA.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Carlos Upegui Zapata (Conjuez).

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

CAMBIO DE RADICACION

El hecho de no encontrar el sindicado abogado para su defensa, es motivo para cambio de radicación

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 36 de julio 7/77.

V I S T O S

El señor Fiscal del Juzgado 4º Superior del Socorro, solicitó cambio de radicación para un proceso que en dicha ciudad y en el Juzgado ante el cual ejerce el Ministerio Público, se sigue a Segundo Raimundo Chacón Cabrejo u Holguín, Miguel Antonio Morales Díaz, Segundo Serrano, José Octavio González Piedrahíta, Jairo de Jesús Salcedo, Gil Antonio Cubides Forerero, Luis Martín Pardo Rondo, Carlos González Guiza, Milciades Palacio Moreno, Pedro R. Zapata Hincapié, Miguel Antonio Castaño, Samuel Afanador Vega, Clímaco Herreño, Pedro González o Pedro Antonio González Velandia, Ezequiel Gallo, Jesús Pardo, Martín Cruz y Olivo Mesa Castellano. Se trata de varias causas por asociación para delinquir, múltiples homicidios y varios robos que se refieren a hechos ocurridos en la región del Carare por el año de 1968. Esas causas han sido acumuladas y marchan en un solo proceso hacia la audiencia pública con intervención de jurado. De la solicitud hecha por el Fiscal se ha corrido, por parte del Ministerio de Justicia, el traslado de que trata el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

Dice el Fiscal solicitante que entre las varias víctimas de los homicidios por los cuales se juzga a los individuos nombrados en el párrafo anterior, aparece el abogado doctor Diego Pinzón Forero, persona altamente apreciada en la región. Ese el motivo principal para que varios abogados a quienes se ha encomendado la defensa de algunos de los enjuiciados se hayan excusado para servir el cargo. Otros han actuado como funcionarios en desarrollo del proceso. En fin, que se ha agotado el número de abogados que ejercen en el Socorro, en San Gil y en la provincia de Vélez "en cuyo suelo se cometieron los delitos a que alude el expediente y en donde los antiguos compañeros del doctor Diego, del modo más probable, poseen razones mayores para dispensarse del cargo".

Queda comprobado con la documentación adjunta, que el proceso existe, que está radicado en el Juzgado 4º Superior del Socorro (Santander), que se trata de causas acumuladas por varios delitos y en contra de varios individuos a quienes se acusa, además, de pertenecer a una asociación para cometer delitos, etc. Comprobado queda también que se ha intentado realizar la audiencia pública de rigor y que dichos intentos han fracasado "especialmente, por no asistencia de algunos defensores que tienen sus oficinas en otras ciudades (Tunja, Bogotá, Bucaramanga)". Comprobado queda también que le asiste razón al Fiscal cuando dice de la excusa de varios abogados que fueron nombrados de oficio, ante la renuncia de aquéllos a quienes se había conferido poder, "por tener íntima amistad con una de las víctimas, su colega Diego Pinzón Forero, persona apreciada en esta ciudad, donde

por muchos años desempeñó su profesión de abogado". Hasta el momento no se han designado los abogados que deben llevar las defensas de Miguel Antonio Morales Díaz, Clímaco Herreño y Pedro González o Pedro Antonio González Velandia. Y, por cuarta vez, se intentará realizar la audiencia pública. Por otra parte, los sindicados Gil Antonio Cubides Forero, Segundo Serrano, José Octavio Grajales Piedrahíta, Antonio Morales Díaz, Segundo Raimundo Chacón y Jairo de Jesús Salcedo, se encuentran detenidos desde hace más de siete (7) años, y Luis Martín Pardo Rondo o Rondón, viene capturado desde el 1º de junio de 1974.

En las listas de abogados que ejercen su profesión en la ciudad del Socorro y en el Distrito de San Gil se cuentan quince (15) nombres. Siete (7) de ellos se han excusado, siempre por el mismo motivo de haber tenido amistad íntima con el extinto abogado doctor Diego Pinzón Forero, y la excusa les ha sido aceptada "para garantizar al máximo el derecho de defensa" de los procesados, según razonamientos del Juzgado de conocimiento. Un octavo abogado actuó como representante del Ministerio Público en dicho proceso y, por tanto, se le considera inhabilitado para actuar como defensor. Tres de los abogados del Socorro son los mismos en San Gil. Además, ya se apuntó, algunos defensores actuantes no han concurrido a las citaciones por residir en otras ciudades.

La situación para la defensa de los implicados en el proceso cuyo cambio de radicación se solicita es, en verdad, desventajosa, y no puede negarse que el Fiscal solicitante aduce y comprueba circunstancias que indican la conveniencia de buscar un sitio distinto al Socorro para que culmine la causa radicada en el Juzgado 4º Superior de esa ciudad. Por la amistad que la mayor parte de los abogados buscados para defender a los procesados alegan haber tenido con el doctor Diego Pinzón Forero.

Sobre la base de las comprobaciones que anteceden, considera la SALA que la situación para la defensa de los implicados en las causas acumuladas que se ventilan en el Juzgado 4º Superior del Socorro, y en especial para los procesados Miguel Antonio Morales Díaz, Clímaco Herreño y Pedro González o Pedro Antonio González Velandia, se presenta en verdad desventajosa. Todo indica que la amistad que en vida logró despertar en el ánimo de sus colegas el extinto abogado doctor Diego Pinzón Forero, es la causa principal de los tropiezos que se ha encontrado el Juez del conocimiento para dotar de defensores oficiosos a varios sindicados. Y esto, unido al hecho de que algunos abogados actuantes residen en ciudades distintas, ha hecho fracasar los intentos de buscarle una culminación al juicio que lleva ya tres fechas fallidas para la audiencia y va en pos de una cuarta que, tal parece, tampoco podrá realizarse en tan precarias circunstancias. El solo hecho de saber que la mayor parte de los procesados vienen en prisión desde hace siete (7) años indica la dificultad de desarrollar adecuadamente el proceso dentro de los términos que lo limitan en el tiempo. Renuncias de algunos abogados, excusas presentadas por otros, ausentismo en los demás, ciertamente que no constituye ambiente propicio para el ejercicio de una recta administración de justicia.

Sobre este tema ha dicho la CORTE, en reiterada jurisprudencia, lo siguiente:

"El hecho de no encontrar el sindicado abogados que se presenten a defender su causa, por negarse ellos a servir la defensa, es motivo para el cambio de radicación, porque se refiere a la recta administración de justicia" (Acuerdos, 21 julio 1925, XXXI, 293; 26 julio 1949, LXVI, 454; 30 marzo 1955, LXXIX 918; 6 junio 1960, XCII, 1041).

Por lo dicho, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA PENAL, CONCEPTUA FAVORABLEMENTE al cambio de radicación propuesto para el proceso que se sigue en el Juzgado 4º Superior del Socorro (Santander), en causas acumuladas por asociación para delinquir, homicidios y robos, en contra de Segundo Raimundo

Chacón Cabrejo u Holguín, Miguel Antonio Morales Díaz, Segundo Serrano, y otros a quienes se nombra en la parte inicial de esta providencia.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada. V., (Secretario).

FALSEDAD Y ESTAFA

Concurso de delitos

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

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 36.

V I S T O S

Procede la Corte a desatar el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia proferida el 2 de julio de 1976 por el Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual confirmó la del Juzgado Segundo Superior de dicho Distrito del 7 de abril del mismo año, que condenó a AURELIO ANTONIO PINEDA FONSECA por los delitos de Falsedad y Estafa, pero reformándola en el sentido de imponer a éste la pena principal de cinco años de pre sidio.

HECHOS

El Tribunal los sintetizó en la siguiente forma:

...Cuentan los autos que en los últimos días de noviembre y primeros de diciembre de 1968, el individuo que dijo llamarse Luis Carlos Díaz Montealegre y que la investigación ha identificado plenamen te como Aurelio Antonio Pineda Fonseca, de notas civiles claramente conocidas en el sumario, se hizo presente en esta ciudad y por conducto de Dilberto Trujillo, comisionista para compra-venta de carros, le ofreció en venta a José Guillermo Gaviria Ochoa una camioneta marca MG-MG, Modelo 1960, de color azul claro, con placas TA-10-26, y llevaron a cabo la transacción por $ 45.000.00 que se pagarían así: Un cheque de $ 10.000.00 a la vista o como cuota inicial, otro por $ 15.000.00 para ser cobrado el 15 de diciembre siguiente, el resto o sean $ 20.000.00 repartidos en cinco (5) cheques para los cinco meses restantes.

"Pero aconteció que Pineda Fonseca, quien en todo momento se hacía pasar por Díaz Montealegre, hizo efectivos varios de los aludidos títulos valores, incluso presentando unos antes de su vencimiento, y en cambio la camioneta, además de tener desperfectos, no era suya y estaba embargada y secuestrada en un juicio civil por cuenta de un juzgado de Bogotá, siendo secuestre el señor Carlos Julio Jiménez Barón, quien también vino a Neiva con Pineda, y a pesar de la responsabilidad que su cargo de auxiliar de la justicia o de secuestre le imponía, no hizo nada para impedir la negociación, ni dio aviso oportuno al funcionario correspondiente.

"Así las cosas, Gaviria Ochoa, asesorado de Luis Carlos Rodríguez, buscó un arreglo con el vendedor de la camioneta, y fue entonces cuando suscribieron el documento que obra a folios 220 y 221, en el cual se hacían constar las condiciones del desistimiento, consistentes en lo esencial en que el comprador Gaviria daba al vendedor $ 5.000.00 por el destrate, y éste le devolvería el excedente del dinero recibido, estipulaciones que incumplió Pineda, ya que su propósito no era otro que el de desorientar a Gaviria e impedir que lo descubriera ante la justicia.

"En el aludido documento Aurelio Antonio Pineda Fonseca continuó haciéndose pasar como Luis Carlos Díaz Montealegre, se estampó la cédula de ciudadanía de dicho ciudadano -y (sic) así firmó el

contrato, no solamente ante testigos, sino que concurrió ante la Notaría Primera de Neiva y llevó a cabo la correspondiente autenticación de dicha firma.

"No sobra también advertir que los cheques que le giró el comprador Gaviria Ochoa los hizo hacer a nombre de Luis Carlos Díaz y así los endosó y cobró los primeros, aspecto este de suma importancia y claridad para tipificar falsedad en instrumento negociable...".

ACTUACION PROCESAL

Con fundamento en la denuncia de José Guillermo Gaviria Ochoa y de algunos documentos e informes policivos el Juzgado Tercero Penal Municipal de Neiva abrió la correspondiente investigación el 29 de abril de 1969. El mismo despacho decretó la detención preventiva del hoy procesado, el día 5 de mayo del mismo año.

Cerrada la etapa averiguatoria el Juzgado Segundo Superior de Neiva sobreseyó temporalmente, el 10 de mayo de 1973, a todos los encartados; posteriormente, volvió a calificar el mérito de las sumarias con un llamamiento a juicio, por los delitos de Falsedad y Estafa, para Aurelio Antonio Pineda Fonseca y sobreseimientos definitivos para los acusados restantes mediante providencia del 18 de febrero de 1974. Este pronunciamiento fue confirmado por el Superior el 3 de noviembre de 1975.

Tramitada la causa el Juzgado del conocimiento condenó a Pineda Fonseca por los delitos aludidos y el Tribunal Superior de Nieva confirmó esa sentencia pero reformó la pena, como anteriormente quedó expuesto.

Contra esta última determinación el procesado interpuso recurso de Casación que, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, fue sustentado en debida forma por su apoderado.

LA DEMANDA

Propone el demandante tres cargos contra la sentencia, los dos primeros al amparo de la causal 1ª del artículo 580 del C. de P. P.: uno por violación directa y el otro por violación indirecta de la ley sustancial. El tercer cargo lo formula dentro de la causal 4ª del mismo artículo como nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción.

Cargo primero: Dice el actor que el sentenciador, por error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba, al otorgarle mérito probatorio a documentos (cheques) que no existieron jurídicamente, violó en forma indirecta la ley sustancial, concretamente el artículo 233 del C. P. en relación con el numeral 2º del 231 de dicho estatuto.

Para fundamentar este cargo afirma que el error de hecho consistió en que el fallador le dio validez probatoria de títulos-valores a cuatro cheques que jamás fueron endosados ni presentados al cobro. Al respecto aduce: "...Los cuatro cheques relacionados no tuvieron la eficacia propia de estos medios de pago, ni siquiera otra forma de movimiento, lo cual significa que no puede dárseles la entidad que equivocadamente les otorga el fallo impugnado. Sencillamente, son títulos sin existencia jurídica, aunque la tengan materialmente, papeles que, de otra parte, volvieron a su girador sin dejar por fuera ningún rastro de su emisión ni del ejercicio que sigue a este acto. El procesado no sólo no los presentó, sino que los mantuvo en reserva hasta que los devolvió al girador en el estado en que salieron del poder de éste...".

Luego, hace referencia a dos cheques más: "...uno por $ 15.000.00 'para ser cobrado el 15 de diciembre siguiente' y otro por $ 10.000.00, girado el 30 de noviembre, pero estos títulos no figuran en el expediente, de manera que cualquier relación que se haga de ellos, es puro supuesto, sin otro apoyo que el imaginario de donde surge el error de hecho. Es inexplicable como pueden tenerse en cuenta dos instrumentos que no aparecen en ninguna parte...". Más adelante observa "...de los últimos cheques citados sólo hay un dato y es la xeroscopia del folio 259, papeles que carecen de todo mérito porque no tienen la autenticación legal, ni en ninguna otra forma se han reconocido. Al folio 260 aparece una carta re

misoria del Jefe de la Seccional del DAS en el Huila, pero con ella no es posible suplir la autenticación...".

Para terminar señala que el fallo violó indirectamente la ley sustancial en la forma inicialmente propuesta porque "...reconoció pruebas inexistentes ante el derecho...", como son los seis cheques aludidos, pruebas que no satisfacen las exigencias de los artículos 215 y 262 del C. de P. P.

Cargo segundo: Sostiene el demandante que la sentencia violó directamente la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 33, 240 y 408 del C. P., pues no se cometió la falsedad, la estafa ni el pretendido concurso delictual.

La aplicación indebida del artículo 408 del C. P., la hace consistir en que el documento suscrito el 20 de diciembre de 1968 por Luis Carlos Díaz y Gaviria indica un delito de falso escrito privado en el que hubo suplantación de persona lo que constituye la falsedad ideológica descrita en el numeral 2º del artículo 231 y no el supuesto estelionato que consagró el sentenciador.

Ahora bien, la aplicación indebida del artículo 240 del C. P. la finca en que el mencionado documento lo usó el autor Aurelio Pineda o Luis Carlos Díaz Montealegre, y cuando "...en una misma persona se reúnen las calidades de autor del escrito mentiroso y usuario de la falsedad, es inaplicable el citado artículo 240, ya que entonces la doble conducta queda encuadrada en el tipo complejo del artículo 242...".

Bajo estas premisas arguye que desaparece la estafa al quedar subsumida en el artículo 242 del C. P. y de suyo todo concurso delictual. De aquí, que resumiendo la censura exprese: "...la disposición aplicable era la del artículo 242, en relación con la del artículo 231 en su numeral 2º, y no la seleccionada en el fallo recurrido, o sea, la del artículo 240. En consecuencia, la decisión de condena quebrantó el artículo 240, al aplicarlo indebidamente; como aplicó indebidamente el artículo 408, descriptivo de la estafa, y como infringió de igual manera, aplicándolo fuera de sus presupuestos, el artículo 33, que trata de la concurrencia material de infracciones...".

Tercer cargo: Impugna la sentencia por haberse dictado en juicio viciado de nulidad, ya que el auto de proceder equivocó la denominación jurídica del delito "...que sólo fue falsedad en la descripción del artículo 242, mas no en títulos valores, ni en el tipo del artículo 240, ni estafa, mucho menos en concurso real según el artículo 33...".

Solicita que se tenga en cuenta, para no repetir el razonamiento, las explicaciones del cargo anterior, pues a su entender demuestra la nulidad propuesta y agrega: "...La estafa y el concurso no son figuras adecuadas al caso, de modo que a partir del auto de proceder se incurrió en grave inexactitud, pues la acción y su resultado punible es sólo la del artículo 242, uno de los que tutelan la autenticidad y genuinidad de la prueba escrituraria, o la fe pública, como quieren otros, o esos valores reunidos. En manera alguna cabe aunar la denominación de aquel delito contra el patrimonio económico al de la falsedad en documentos privados cuando su autor los usa, pues el artículo 242 concentra los elementos de las dos infracciones, de donde resulta errónea su reiteración para calificar el mismo hecho. Este error crea la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del C. de P. P....".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Cargo primero: Que si bien las fechas de los cheques que figuran en la investigación no coinciden con la época en que las partes trabaron conocimiento y efectuaron la irregular negociación, es evidente que cuando firmaron el documento mediante el cual deshicieron ese negocio el sindicado le devolvió al denunciante esos títulos-valores, quien a su turno los entregó al investigador para ser llevados al proceso, circunstancia que demuestra que son los mismos que se originaron en la compraventa del automotor.

Que cuando tales cheques se emitieron el girador aceptó las obligaciones deriva-

das de la ley vigente, y el beneficiario adquirió la capacidad de negociarlos o de cobrarlos. Todo lo cual indica que tuvieron existencia jurídica.

Sostiene en consecuencia que existió la falsedad imputada al haber exigido que fueran girados a favor de otra persona a la que estaba suplantando, pues, si se devolvieron cuatro, el supuesto beneficiario aparece endosando o cobrando los otros dos.

Respecto de estos últimos, que se encuentran tachados por el censor como no agregados al proceso, dice el Procurador que la prueba aportada es suficiente para demostrar su existencia, ya que la ley no establece restricción alguna a este respecto exigiendo el documento original.

De esta suerte concluye que el cargo no puede prosperar porque está acreditado el delito de falsedad.

Cargo segundo: No es posible -afirma el Procurador- que se sostenga violación directa sobre la base de que el delito de estafa quedó incluido en el uso de documento privado falso, para conformar únicamente un delito de falsedad, pues asegura que de la negociación inicial no quedó escrito alguno que aparezca en el proceso, que fue entonces cuando se cometió el delito contra la propiedad y que tiempo después se firmó el documento fechado el 20 de diciembre de 1968, en el que se perpetró la falsedad, comportamientos sucesivos que establecen el concurso de ambos delitos, pero, en manera alguna, la pretendida absorción.

De aquí que considere que la impugnación no prospera.

Cargo tercero: Anota que si la nulidad propuesta, por error en la calificación jurídica del delito, se presenta como consecuencia del anterior y se apoya en los mismos razonamientos, debe igualmente rechazarse.

Petición final: Solicita que "...no obstante las jurídicas argumentaciones presentadas por el distinguido recurrente..." se desecha el recurso de Casación y se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

LA CORTE CONSIDERA

El actor ha formulado contra la sentencia proferida, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Neiva que condenó a Aurelio Antonio Pineda Fonseca, los siguientes cargos:

1. Al amparo de la causal 1ª de Casación de que trata el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: a) la violación directa de los artículos 33, 240 y 408 del Código Penal al aplicarlos indebidamente a hechos no regulados por ellos; b) la violación indirecta de los artículos 231 y 233 del Código Penal a través de error manifiesto de hecho en la apreciación o falta de apreciación de unas pruebas.

2. Al amparo de la causal 4ª de Casación que consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el indebido proceso, por cuanto se incurrió por el sentenciador en errónea calificación jurídica del delito de conformidad con el numeral 5º del artículo 210 del mismo estatuto.

Ahora bien, en cumplimiento estricto del principio de prioridad, la Corte se ocupará en primer término del último de los mencionados cargos porque en el evento de prosperar invalidaría el proceso.

CARGO AL AMPARO DE LA CAUSAL CUARTA

La impugnación se presenta como consecuencial a la de violación directa de la ley y la funda el actor en los mismos razonamientos que le sirvieron para sostener aquélla, porque entiende que al probar que se aplicaron indebidamente los artículos 33, 240 y 408 del C. P., queda demostrado el error del juzgador en la calificación jurídica del delito como motivo de nulidad al tenor del numeral 5º del artículo 210 del C. de P. P.

Este planteamiento resulta válido siempre que conduzca a probar que ese error de calificación es de tal magnitud que modifica el género del ilícito imputado en el auto de proceder, lo que de suyo constituye nulidad; en cambio, cuando lleva a concluir que ese error sólo incidió

en la determinación de la especie delictiva, el hallazgo comporta una situación jurídica susceptible de ser enmendada por la Corte sin invalidar el proceso, esto es, profiriendo la sentencia que en derecho corresponde.

Entonces, se debe indagar si los argumentos que consigna el censor sobre una posible violación directa de la ley sustancial conducen a establecer la existencia de la nulidad invocada. Al respecto el demandante observa que "...el artículo 408, descriptivo de la estafa, fue aplicado indebidamente porque la situación procesal sólo manifiesta un delito de falso escrito privado, es decir en el que suscribieron Luis Carlos Díaz y Gaviria, el 20 de diciembre de 1968; documento falso por suplantación de personas, si ha de atenderse a la actual base probatoria, ya que quien apareció como vendedor del vehículo no concurrió realmente a la firma del convenio novado, sino que fue el señor Pineda Fonseca, como hubo de reconocerlo después...". Esto se dirige a señalar que "...se incurrió en grave inexactitud..." en el auto de proceder al imputar estafa en concurso material con el delito de falsedad en documento privado; sin embargo, el pretendido desacierto desaparece frente a la realidad probatoria lastimada por el recurrente. En efecto:

Partiendo del documento mediante el cual denunciante y procesado deshicieron el contrato de compra-venta del vehículo, aduce que si bien éste incurrió en falsedad en escrito privado, al suplantar a persona existente, no puede endilgársele además el delito de estafa, porque tal conducta, originada en el uso del documento, queda fusionada en aquél de acuerdo con las voces del artículo 242 del C. P. Este razonamiento debe desestimarse en el caso que se examina porque no coincide con el supuesto de hecho que lo informa, pues basta señalar que el censor olvidó que la estafa se había cometido con antelación, es decir, cuando se acordó la compra-venta y no cuando ésta posteriormente se deshizo con el documento firmado el 20 de diciembre de 1968. Igualmente resulta obvio que el argumento no puede retrotraerse al momento de la celebración de la compra-venta porque, de ese hecho concreto, no aparece en el proceso escrito al que pueda remitirse la falsedad anotada y, por ende, alegarse fusión de la estafa con áquella.

Finalmente, si la verdad que brinda el proceso descarta la pretendida nulidad, el propio demandante también la excluye, cuando expresa: "...la disposición aplicable era la del artículo 242, en relación con el artículo 231 en su numeral 2º, y no la seleccionada en el fallo recurrido, o sea, la del artículo 240...". Así el impugnante persigue que la Corte declare probado que el fallador equivocó la especie delictiva, pero no la calificación genérica del hecho como falsedad. Y cuando a renglón seguido agrega, que "...en consecuencia, la decisión de condena quebrantó el artículo 240 al aplicarlo indebidamente; como aplicó indebidamente el artículo 408, descriptivo de la estafa, y como infringió de igual manera, aplicándolo fuera de sus presupuestos, el artículo 33, que trata de la concurrencia material de infracciones...", propone que igualmente ella declare la inexistencia del delito de estafa y del concurso delictual, lo que tampoco implicaría nulidad sino razón y fundamento para una absolución por estos precisos aspectos.

De consiguiente, el cargo no prospera.

CARGOS AL AMPARO DE LA CAUSAL PRIMERA

a) Violación directa: Ataca la sentencia por aplicación indebida de los artículos 33, 240 y 408 del C. P., porque no corresponden a los presupuestos de hecho que demanda el caso.

Al precisar la impugnación, afirma que el procesado por suscribir el contrato que lleva fecha del 20 de diciembre de 1968, suplantando a persona existente, incurrió en falsedad en documento privado y que por haberlo usado en cumplimiento de las obligaciones allí estipuladas, se reunieron en una persona la doble calidad de autor del escrito falso y de usuario del mismo, lo que desplaza la falsedad del artículo 240 a la prevista por el artículo 242, donde queda refundida la estafa que describe el artículo 408 y, por ende, el

concurso material de delitos consagrado por el artículo 33, que como todos los anteriores se encuentra en el Código Penal.

Ya se anotó que el recurrente para estructurar la violación directa de la ley y la nulidad procesal ya estudiada, escoge como piedra angular de todo su razonamiento el documento mediante el cual sindicado y denunciante se retractaron de la negociación original, sin caer en cuenta que el fallador, para configurar el delito de estafa y el concurso impugnados, parte del hecho antecedente o compra-venta del vehículo, que dio origen al delito contra la propiedad, permitió su concurrencia con la falsedad en títulos-valores y con la que posteriormente se cometió en documento privado el 20 de diciembre de 1968.

Qué significado tiene lo anterior frente a la técnica de casación, cuando se invoca como motivo el quebranto directo de la ley sustancial? Significa que el recurrente desconoció fundamentos fácticos de la sentencia que impugna, pues los sustituyó por otros que no tuvo en cuenta el sentenciador para construir sobre ellos el aspecto jurídico concreto que se rechaza. Si el censor no respeta la totalidad de los hechos tal y como el juez los declaró probados sino que los disgrega o separa a su manera, tomando los que le convienen y desechando o ignorando los que no le sirven a su personal propósito, desfigura la realidad probatoria y jurídica del fallo porque mutila el hecho materia del juzgamiento. Por este modo, incurre en el absurdo de enfrentar su propio error al pretendido error jurídico del sentenciador.

Esto acusa una falta absoluta de técnica que hace inepta la censura.

En consecuencia, el cargo no prospera.

b) Violación indirecta: Critica el fallo por error esencial de hecho en la apreciación o falta de apreciación de varias pruebas lo que condujo a la violación indirecta del artículo 233 del C. P. a través de los artículos 215 y 262 del C. de P. P. . . .

Aduce que a raíz del negocio que realizaron sindicado y denunciante, éste le giró a aquél varios cheques, que presentan dos situaciones que equivocó el sentenciador:

1.) Dice el actor que en el proceso obran originales cuatro cheques del Banco del Comercio de la ciudad de Neiva a favor del supuesto vendedor de la camioneta Luis Carlos Díaz Montealegre, tres de ellos por la suma de $ 4.000.00 y uno por $ 2.000.00 girados con fechas lejanas en varios meses a aquélla en que se efectuó la compra-venta, situación que indica que algunos de esos títulos-valores caducaron en poder del procesado quien los devolvió todos sin cobrarlos al denunciante. Advierte que esta situación de hecho no debía ser tenida en forma desfavorable para su defendido, pues a los aludidos cheques no se les podía dar ningún valor probatorio ya que carecían de existencia jurídica y por que no se demostró que fueran falsos a través de su uso natural, haciéndolos efectivos.

Cuando se expidieron esos cheques el girador aceptó las obligaciones correspondientes, mientras que el beneficiario quedó en capacidad de negociarlos o de cobrarlos. De aquí que resulta pueril afirmar que no tuvieron existencia jurídica porque tres de ellos caducaron en poder del acusado y porque, en definitiva, los cuatro volvieron intactos al denunciante; estas circunstancias no impiden que se les tenga como prueba de que hubo en su emisión una causa ilícita. Y, éste fue el sentido que les dio el fallador y no el alcance que se les quiere atribuir en la demanda.

2.) Expresa igualmente que en el proceso no figuran los originales de dos cheques del mismo banco girados por el denunciante a Luis Carlos Díaz Montealegre por las sumas de $ 10.000.00 y $ 6.500.00 que fueron cobrados, pero que como sólo obran en fotocopia sin autenticar no podían ser tenidos como pruebas de la falsedad en instrumentos negociables, pues esa circunstancia comporta su inexistencia material.

A este punto concreto el Procurador Delegado contesta: "... Si se acredita debidamente que los documentos falsos respectivos fueron expedidos y quién fue au-

tor de la falsedad, no puede admitirse que falta la demostración del cuerpo del delito (artículo 310 C. de P. P.) por no obrar originales, pues no existe restricción legal alguna para el empleo de otros medios...". Y, precisamente, el proceso acredita que estos cheques fueron expedidos y cobrados: así lo afirma el denunciante, lo acepta el procesado, y lo confirman el documento que suscribieron para desistir de la compra-venta y las fotocopias de los cheques respectivos.

Como el censor impugna las mencionadas fotocopias por no estar autenticadas, vale la pena transcribir también al Ministerio Público en lo que a esto concierne. Anota el Procurador "...que por auto del Juez del Circuito (Fl. 187) se ordenó que por el D.A.S. se tomara aquélla en el banco respectivo, se libró la comunicación correspondiente (Fls. 217 vto.) y así se hizo, agregándose tal copia como nota de la entidad citada, lo cual le da valor (Fl. 26); y por repetidas solicitudes del juez del conocimiento, se remitieron originales los cheques citados '...girados por el señor Guillermo Gaviria cuenta Nº 51-08-19 a favor de Luis C. Díaz... (Fls. 401 ss. 404) en comunicación que tiene fuerza suficiente en relación a dicho hecho (artículo 822 C. C. artículo 278 C. de P. C.), sin formularse anteriormente objeción alguna; habiendo conocido el denunciante los cheques mencionados (Fl. 405)...". Este abundante señalamiento de diligencias, oficios y constancias demuestra que hay fundamento suficiente para darle crédito probatorio a las referidas fotocopias.

Pues bien, queda perfectamente comprobado que la ausencia de los originales de los títulos valores se encuentra suplida con propiedad por otros medios ordinarios de prueba. Si esto es evidente y la prueba examinada resulta notable, no puede alegarse error esencial de hecho sobre la base de que el sentenciador apreció al que creyó que estaba original en el proceso, no estándolo, porque en realidad no lo imaginó ni la inventó, pues estaba y permanece allí, en sus exactas dimensiones, aunque de otra manera producida, pero con idéntica eficacia.

Este cargo tampoco prospera.

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, DESECHA el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del dos de julio del año pasado, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y de la cual se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD POR FALTA DE DEFENSA DEL PROCESADO

¿Cuándo opera?

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

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero.*

Aprobado: Acta Nº 36

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados JOSE CRISTOBAL GOMEZ VILLANUEVA y HENRY VILLALBA JARAMILLO contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar el 16 de julio de 1976 por el delito de robo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El Procurador Delegado para la Policía Nacional, los sintetiza así:

"El día 7 de marzo de 1973 el director de la agencia de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de El Espinal, señor GILBERTO GARCIA BETANCOURT, solicitó al Comando del Distrito de la Policía Nacional de la misma localidad una escolta para que sus empleados JORGE IVAN LONDOÑO MORALES y LUCIANO PRADA CALDERON trasladaran del Banco de la República de Girardot a la indicada agencia, una remesa de dinero que resultó ser por la suma de seiscientos mil pesos moneda corriente. El Comando designó para el efecto a los agentes CRISTOBAL GOMEZ VILLANUEVA y ALFONSO SUAREZ MORALES, habiendo sido éste reemplazado, en forma irregular según se supo luego, y a petición telefónica del primero, por el agente HENRY VILLALBA JARAMILLO.

Constituidas así la comisión de la entidad bancaria y su escolta, los miembros de ellas se encontraron en la ciudad de Girardot. Y una vez recibido y contado el dinero, emprendieron, en un taxi contratado al efecto, viaje de regreso a El Espinal. Pero aconteció que poco antes de llegar al 'peaje' situado en jurisdicción de Flandes (Tolima) los Agentes de la Policía atacaron sorpresivamente a sus custodiados, obligaron al conductor del vehículo a desviar la ruta, y, bajo la amenaza de sus armas de dotación oficial, hicieron que los empleados bancarios pasaran al baúl del automotor y que el conductor emprendiera marcha hacia la ciudad de Bogotá, donde desaparecieron con el producto de su fechoría y con un revólver que uno de tales empleados portaba".

El mismo siete de marzo, se dictó resolución convocatoria a Consejo de Guerra Verbal contra los agentes fugitivos, para las 18:00 horas, sin intervención previa.

Instalado el Consejo, se dio posesión a sus integrantes, se declaró reos ausentes a los procesados y se suspendió para llevarlo a cabo el día diez de marzo.

Entretanto, ante el Juez 53 de Instrucción Penal Militar, Jorge Londoño Morales presentaba denuncia de los hechos, se recibió testimonio a Luciano Prada Calderón y Enrique Bernal, conductor del vehículo que transportaba el dinero robado.

Se aportaron los antecedentes de los sindicados, sus datos biográficos, y en fin, todo lo relativo a su comportamiento durante el tiempo que pertenecieron a la Policía Nacional.

Reanudado el Consejo de Guerra Verbal, dentro de él rindieron testimonio,

Gilberto García Betancourt, Jorge Londoño Morales, Luciano Prada Calderón, Enrique Bernal, Ana Dely Ramírez, Mayor Alvaro Rodríguez Esmeral, Sargento 1º Octavio Barreto Perdomo y el agente Ramón Elías Cárdenas Soto.

Concluida la representación de las partes, los vocales contestaron en forma unánime a los cuestionarios sometidos a su veredicto: "Sí es responsable".

La Presidencia del Consejo de Guerra Verbal, acogió el veredicto. Con fecha 12 de marzo de 1973, profirió sentencia y los condenó a pagar CATORCE AÑOS DE PRESIDIO como responsables del delito de robo agravado contra los intereses de la Caja Agraria de El Espinal.

Al día siguiente, en auto separado, se dictó auto detentivo contra los condenados Gómez Villanueva y Villalba Jaramillo.

Consultada la sentencia y después de prolongada tramitación de la segunda instancia, como lo anota el colaborador fiscal, el Tribunal Superior Militar REFORMO la de primera instancia, condenándolos a siete (7) años de presidio como pena principal y confirmándola en todo lo demás.

Recurrida en casación por los sentenciados, fue admitida por auto de 4 de noviembre último.

LA DEMANDA

El doctor Jaime Rafael Pedraza, en representación del procesado JOSE CRISTOBAL GOMEZ VILLANUEVA, acusa la sentencia de segunda instancia de fecha 16 de julio de 1976, de conformidad con la causal 4ª de casación, "por haberse dictado en juicio viciado de nulidad", con infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional, y expresa:

"2º) Esta norma exige -como se ha dicho y repetido infinidad de veces en sentencias y tratados de derecho- que el procesado sea 'oído y vencido en juicio' y ocurre que CRISTOBAL GOMEZ VILLANUEVA no lo fue pues careció de defensa técnica ya que su 'defensor de oficio' no lo defendió, seguramente por falta de conocimientos jurídicos y por disciplina militar, consignando hechos tan palpables como el de que el Consejo de Guerra Verbal no se realizó el día y hora dispuestos en la Resolución Nº 010 de siete (7) de marzo de mil novecientos setenta y tres (1973)".

"Pero dejando a un lado estos aspectos de la audiencia pública, es un hecho que, terminada ésta y leída la sentencia del juez militar de Primera Instancia, el 'defensor' no se ocupó más de sus 'defendidos' y que así, por medio de auto posterior se agravó por el juzgador la situación de ellos.

Acaso no es de todos sabido, por ser cuestión elementalísima que *las sentencias* no pueden ser modificadas por el funcionario que las profirió?

Y otro hecho evidentísimo es el que en la segunda instancia, los reos ausentes no tuvieron la más mínima defensa".

Transcribe el censor, varias decisiones de la Corte para fundamentar su demanda, y concluye:

"De todo lo expuesto, surgen nítidas dos (2) CAUSALES DE NULIDAD EN ESTE PROCESO, que concreto así, dando así cumplimiento a la exigencia de la H. Corte Suprema de Justicia de que se concreten las garantías procesales que se pretenden vulneradas:

PRIMERA: LA DE LEGALIDAD DE JURISDICCION. En efecto: al Mayor Luis Alvaro Ponce Jurado, al capitán José Isidro Peña Mora, al Mayor Felipe Murcia Rodríguez, al Capitán José Gilberto Córdoba Gómez, al Capitán José Víctor M. Coba Peralta, al doctor Carlos Enrique Guzmán Guerrero, al doctor Remigio Almonacid Urrego y al Sargento V/1º Jorge Reinaldo Mondragón, se les dio la facultad de administrar justicia el día siete (7) de marzo de mil novecientos setenta y tres (1973), a partir de las dieciocho (18) horas, por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, no otro día como ellos lo hicieron.

En consecuencia, el día en que celebraron el Consejo de Guerra Verbal mediante el cual se juzgó a Cristóbal Gómez Villanueva y a Henry Villalba Jaramillo, ellos no tenían jurisdicción.

SEGUNDA: LA DE NO HABER OBSERVADO PLENAMENTE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO, que hago consistir en que los procesados carecieron

de un defensor idóneo en la audiencia pública y de un defensor en la segunda instancia".

Para terminar, el censor solicita que se ordene investigación penal por el delito de "Falsedad en documentos públicos contra las personas que afirmaron haber efectuado un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Cristóbal Gómez Villanueva y a Henry Avila Jaramillo (sic)".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Delegado para la Policía Nacional, solicita de la Sala NO CASAR la sentencia impugnada, respondiendo en los siguientes términos la demanda:

"Parece ser que el distinguido profesional que en este recurso extraordinario lleva la representación legal del Agente GOMEZ VILLANUEVA, no leyó con detenimiento el acta que señala sin miramiento alguno como falsa. Pero que ni siquiera estudió la propia Resolución Nº 010, habida cuenta de las siguientes razones:

Esa resolución, para empezar por el principio, convoca un Consejo de Guerra Verbal SIN INVESTIGACION PREVIA, fundamentándose en los artículos 588 del Código de Justicia Penal Militar y 2º del Decreto Nº 254 de 1971 (febrero 26) sobre orden público, y habida cuenta de que el día en que fue pronunciada (7 de marzo de 1973) había tenido ocurrencia el delito de robo de que da cuenta este proceso. Esa resolución evidentemente, señala que el Consejo ha de celebrarse ese mismo día, a las 18:00 horas, en el Aula Piloto de la Escuela de Policía 'GABRIEL GONZALEZ' de El Espinal (Tolima).".

"De ahí que, como dice el acta muy claramente, el Consejo Verbal de Guerra -ese en tal forma convocado- se instaló efectivamente a las seis de la tarde (o sea a las 18:00 horas) del día siete de marzo de mil novecientos setenta y tres en el sitio y con el personal designado en la susodicha Resolución Nº 010, siendo su primer acto el declarar a los Agentes contra los cuales se actuaba, reos ausentes, por encontrarse para entonces huyendo con el producto de su delito, y designándoles un defensor de oficio que se posesionó seguidamente. A continuación, dice el acta no leída detenidamente por el demandante en casación, 'se declaró un receso hasta el día diez (10) del presente mes y año a las nueve de la mañana (9 a. m.) con el fin de que que (sic) dicho lapso el señor Funcionario de Instrucción adelante las diligencias respectivas y presente al Consejo de Guerra Verbal sin investigación previa un informe de sus gestiones, los testigos que deben ser oídos en declaración y las pruebas que estime convenientes'.

Esa misma acta dice cómo el diez de marzo se reanudó la sesión con el informe verbal del Instructor, procediéndose a recibir entonces las declaraciones del caso...".

En cuanto al segundo cargo, expresa:

"Fundadamente no cree esta delegada que el auto de detención en tal forma producido 'modifique' el fallo. Es consecuencia de éste, pero no lo afecta en su integridad. Y tanto es ello así, que el casacionista al presentar como fundamento de la demanda la causal cuarta, en desarrollo de ella no vuelve a ocuparse de este tópico".

Y concluye:

"Así pues, H. Magistrado Sustanciador, aparece evidente que la causal cuarta invocada en esta demanda no se abre campo procesal ni jurídico para que llegue a casarse la sentencia de julio 16 de 1976, proferida por el H. Tribunal Superior Militar, pues ninguno de los dos elementos que se esgrimieron para fundamentarla se dieron dentro del caso a estudio".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero: El Procurador Delegado para la Policía Nacional discurre con amplitud sobre los puntos cuestionados por la censura para demeritar la sentencia que condenó a José Cristóbal Gómez Villanueva y otro, por el delito de robo, y con numerosa y precisa argumentación refuta a cabalidad cada una de sus afirmaciones. Por ello, bien estaría que la Sala, haciendo suyas las atinadas obser

vaciones de su colaborador, las tuviese como contestación suficiente a los cargos formulados.

Sin embargo, puntualiza la Corte:

1º No se da en este caso la incompetencia del juez reclamada por el actor. Con efecto. A folio 1º del cuaderno principal aparece la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, sin investigación previa, que juzgaría a los inculpados Gómez Villanueva y Villalba Jaramillo el 7 de marzo de 1973, a las 18:00 horas. La posesión de los miembros del Consejo de Guerra tuvo ocasión el mismo día (Fl. 3) Y en la misma fecha se instaló el Consejo de Guerra Verbal que, acto seguido, declaró reos ausentes a los procesados y les nombró defensor de oficio. Posesionado debidamente, se leyó una vez más la resolución convocatoria del Consejo y se decretó su aplazamiento para el 10 de marzo, y ordenó que el funcionario de instrucción practicara las diligencias pertinentes, de las cuales daría informe hablado al reanudarse el Consejo, lo que así hizo en la fecha acordada (Fl. 5). El Acta del Consejo contiene todos sus pormenores y en ella consta la actuación de sus integrantes. Estos participaron en él con plena competencia y en las horas precisas señaladas al efecto.

En estas condiciones, se reitera, no se ve cómo su actuación pudiera estar viciada de nulidad como lo asegura, sin razón, el demandante en casación, ni se justifica la imputación de falsedad que con la misma ligereza atribuye a los funcionarios que la suscriben.

El cargo no prospera.

Cargo segundo: Violación del artículo 26 de la Constitución Política.

Se afirma por el actor que Gómez Villanueva careció de defensa técnica, porque, su defensor, teniente Jorge Alipio Vanegas, no es versado en la materia, sino oficial del ejército en servicio activo.

Sobre este punto ha de advertirse, como lo hace el Ministerio Público, que su nombramiento se ajusta en un todo a las prescripciones del Código de Justicia Penal Militar. Dispone sobre el particular en su artículo 572, que dice:

"Semanalmente por Orden del Día, se designarán en los Comandos respectivos los oficiales tanto en actividad como en retiro, que deban servir durante ese lapso el cargo de defensores y la lista respectiva se presentará al acusado para que haga la designación. Cuando el nombramiento deba hacerse de oficio, se tendrá en cuenta la lista así elaborada".

La transcripción anterior no requiere comentarios.

Pero ciertamente resulta curiosa la demanda de nulidad formulada por el casacionista con base en que el defensor no tuvo actuación alguna en la segunda instancia, pues consta de autos que Gómez Villanueva le otorgó el poder en debida forma para que lo representara en ella (Fl. 52), y se abstuvo de hacerlo, en absoluto, hasta el punto que ni siquiera reclamó porque no se le hubiera reconocido personería. No obstante, Gómez Villanueva sí tuvo defensa adecuada, y así lo registra el Acta del Consejo. Con diversos argumentos, insistió la defensa, una y otra vez, en la inocencia de los inculpados.

Por último, el censor reclama la nulidad de la sentencia porque un día después de la sentencia de primera instancia, el 13 de marzo de 1973, se dictó auto de detención contra los condenados Gómez Villanueva y Villalba Jaramillo, habiéndose reformado así, la sentencia condenatoria, por el mismo funcionario que la pronunció.

La detención de los sindicados, ordenada con posterioridad a la fecha en que se dictó la sentencia, por haberse omitido en ella o en la actuación anterior, es su natural consecuencia, pues, de otro modo, aquélla carecería de finalidad, que está en su cumplimiento. Pero en ningún caso implica su reforma. Como la sentencia fue condenatoria, la captura de los condenados y su encarcelación, más que un acto reformatorio, o siquiera complementario suyo, lo es de obediencia a sus mandamientos. Y su omisión haría incursos a los funcionarios competentes en conducta punible.

El cargo no prospera.

Finalmente se recuerda al demandante que las decisiones de primera instancia no son recurribles en casación.

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, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).



AUTO DE PROCEDER

No constituye nulidad el hecho de haberse hecho mención de la especie del delito en la parte resolutiva del auto de proceder

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E. julio catorce de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 38, julio 14/77

V I S T O S

Corresponde ahora a esta Sala de la Corte decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado JUAN PINZON RODRIGUEZ y su defensor contra la sentencia de 24 de octubre de 1975 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de la cual confirmó la de primera instancia de 25 de julio del mismo año proferida por el Juzgado 17 Superior de esta ciudad que condenó a Pinzón Rodríguez a la pena principal de diez y siete años de presidio y a las accesorias correspodientes, con la modificación de que la interdicción de los derechos y funciones públicas es por un máximo de 10 años y con la adición de la publicación especial de la sentencia.

HECHOS

Han sido presentados con exactitud en varias piezas procesales y así también lo hace el recurrente, de la siguiente manera:

"Los sucesos origen de la acción penal, escuetamente objetivados, consistieron en que a eso de las siete de la noche del once de febrero del año retropróximo (1973), cuando los esposos Emma de las Mercedes Fonseca de Medina y Autenio Medina Roa, propietarios de un depósito o puesto de venta de comestibles en el Estadio 'El Campín', recibían cuentas de los varios vendedores bajo su dependencia para retirarse del lugar de trabajo, fueron sorprendidos por varios sujetos 'enmascarados' o 'con la cara tapada', según algunos de los testigos, y, haciendo numerosos disparos de arma de fuego lograron vencer toda resistencia y así apoderarse de una considerable suma de dinero, producto de las ventas del día, habiendo herido gravemente a la señora Emma Fonseca de Medina, con un disparo, a consecuencia de lo cual murió poco después en la Clínica Palermo".

ACTUACION PROCESAL

Con fundamento en las investigaciones preliminares adelantadas desde el mismo día de los hechos (Fls. 1 ss.), el Juzgado 51 Penal Municipal el 13 de los mismos mes y año, dictó el auto cabeza de proceso (Fl. 17). Se practicaron numerosas pruebas, se oyó en indagatoria a Abraham Bernal Jiménez, Juan Pinzón Rodríguez, Luis Carlos Mendoza Ballén, Octavio Martínez Meneses, José Vicente Rodríguez García, Blanca Cecilia Cárdenas Medina y Julio Hernando Murillo Baquero. Luego de algunas incidencias procesales y de los emplazamientos de rigor que llevaron a hacer la declaratoria de reos ausentes para algunos de quienes aparecieron también como sindicados, con la consiguiente designación de apoderado de oficio (Fl. 549 sgt.) y de practicar diligencia de indagatoria a Hernando Rodríguez

Forero (Fls. 599 ss.), el 25 de marzo de 1974 se declaró cerrada la investigación (Fl. 560) y, exactamente dos meses más tarde el Juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio criminal a Juan Pinzón Rodríguez "como autor imputables de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO y ROBO AGRAVADO, en concurso material, en la persona y bienes de EMMA DE LAS MERCEDES FONSECA DE MEDINA"; sobreseyó temporalmente en favor de Octavio Martínez Meneses, José Vicente Rodríguez García, José Rafael Escalante Millán, Aníbal Salamanca Silva, Luis Alberto Bustamante Navas o Navas Bustamante, Luis Alberto y Miguel Alberto López Moreno, para quienes ordenó reabrir la investigación, y sobreseyó de manera definitiva en favor de Abraham Bernal Jiménez, Luis Carlos Mendoza Ballén, Blanca Cecilia Cárdenas, Julio Hernando Murillo Baquero y Hernando Rodríguez Forero (Fls. 572 ss.). Subidas las diligencias al Tribunal por apelación interpuesta por el procesado Pinzón Rodríguez y para surtir la consulta de ley (Fl. 605), la Corporación por auto de 23 de agosto de 1974, la confirmó en lo que le correspondía (Fls. 629 ss.).

Abierto el juicio a pruebas, ninguna de las personas con derecho a intervenir hizo uso de él (Fls. 636 ss.). Hecho el sorteo de jurados (Fls. 639 ss.), se verificó la audiencia pública correspondiente (Fls. 666 ss.). Al folio 665 aparece como "CUESTION PRIMERA" la que fue sometida a la consideración del jurado para que diera su veredicto en relación con el homicidio agravado perpetrado en Emma de las Mercedes Fonseca de Medina, el cual por unanimidad fue contestado así: "SI ES RESPONSABLE, EN CONCURSO DE DELINCUENTES". En este punto debe anotarse que auncuando en la parte final del Acta de audiencia se lee: "A las cinco y cuarenta y cinco minutos de la tarde el Jurado de Conciencia contesta a los Cuestionarios de la siguiente manera, por unanimidad: Para la Cuestión Primera, por el delito de homicidio agravado: 'SI ES RESPONSABLE EN CONCURSO DE DELINCUENTES'. Para la cuestión segunda, por el delito de Robo: 'SI ES RESPONSABLE, EN CONCURSO DE DELINCUENTES' ", es lo cierto que en ninguna parte del expediente aparece, en original ni en copia, la Cuestión segunda que debió proponerse al Tribunal Popular para que decidiera acerca de la responsabilidad del procesado por el delito de robo, como tampoco ninguna explicación sobre la ausencia de tal documento. El Acta no fue firmada por los jurados (Fl. 685). En el cuerpo de la sentencia del *a quo* figura como reproducida la cuestión cuya ausencia se ha anotado (Fl. 717).

En este punto también es preciso decir que en el libelo de casación el apoderado manifiesta: "El primer cuestionario obra al folio 65; el segundo no aparece dentro del informativo y (sic) a pesar de que el expediente se halla debidamente foliado y se hace alusión al mismo folio 717". Pero en ninguna parte de su censura plantea lo anterior como motivo de casación, no obstante que alega nulidades de rango constitucional y no estar la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado.

Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia a las cuales se ha hecho referencia en los Vistos de la presente y por medio de las cuales Juan Pinzón Rodríguez fue condenado a la pena principal de 17 años de presidio por los delitos por los cuales había sido procesado. Contra la última de aquéllas se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

LA DEMANDA

Cuatro cargos formula el censor contra la sentencia impugnada: los tres primeros al amparo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y el último con invocación de la segunda. En el orden en que han sido presentados y de manera separada se estudiarán y, en su debida oportunidad se hará referencia al juicioso concepto del Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

Primer cargo: La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional: violación del artículo 26 de la Carta pues se infringió el 483 del Código de Pro-

cedimiento Penal porque en la parte resolutiva del auto de llamamiento a juicio se especificó que "se abría causa criminal contra Juan Pinzón Rodríguez por los delitos de Homicidio Agravado y Robo Agravado", cuando ha debido hacerse en forma genérica, según la norma procesal citada.

Para demostrar el cargo transcribe la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento, cita el artículo 483 al cual se ha hecho referencia, transcribe jurisprudencias de esta Corporación para concluir que se incurrió en la nulidad de índole constitucional propuesta, por lo cual la sentencia debe ser casada.

Se responde: Para desechar este cargo, es suficiente tener en cuenta los razonamientos contenidos en la siguiente providencia de la Corte que el Ministerio Público acertadamente recuerda:

"La mención que el juez del conocimiento hizo de la especie del delito en la parte resolutiva del auto de proceder no es tampoco una violación del artículo 26 de la Carta".

"La calificación que en esa parte se hace del delito sólo tiene un carácter provisional que puede ser alterado por los jueces de conciencia en su veredicto o por lo que resulta del aporte de pruebas en el plenario de la causa.

"Tal situación no se altera porque en la parte resolutiva del auto de proceder se haya mencionado la especie del delito por el cual se llama a juicio ya que el Jurado, en aquellos casos en que interviene, bien puede desecharla, o el Juez, cuando no se trata de un asunto sometido al tribunal de conciencia, no tomarla en cuenta al dictar la sentencia.

"En tales casos, la mención de la especie del delito en la parte resolutiva del auto de proceder, no lesiona el derecho de defensa del procesado ni altera las formas propias del juicio, de donde se deduce que no hay violación de la norma constitucional citada por el recurrente.

"La Corte así lo tiene resuelto en diversas providencias una de las cuales es la de fecha 15 de octubre del año pasado dictada en el proceso por homicidio contra Régulo Vargas Losada" (Sentencia de 15-V/70).

Segundo cargo: Lo hace consistir en nulidad de rango constitucional por violación del artículo 26, "al no proponer los CUESTIONARIOS al Jurado de Conciencia en la forma indicada en los artículos 533 y 534 del Código de Procedimiento Penal, lo cual igualmente infringió la norma del artículo 483 del mismo Código".

Transcribe lo que estima pertinente del cuestionario que por homicidio se sometió a la consideración del jurado y de ello deduce que no se tuvo en cuenta lo preceptuado por las dos normas citadas por lo cual se incurrió en nulidad constitucional, puesto que "la defensa quedaría sin ámbito alguno, circunscrita y delimitada y determinada por anticipado la infracción que el Código Penal denomina asesinato".

Se responde: Para desechar el cargo anterior basta tener en cuenta:

De una parte, no se argumenta ni se demuestra en qué consiste la violación de la norma supralegal que se invoca, omisión que la Corte no puede oficiosamente remediar.

De otra, leídos cuidadosamente los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado y tal como aparecen en el expediente, no se ve ni se aprecia en qué forma pudo haber quedado la defensa sin ámbito alguno, sin función propia que cumplir.

Tercer cargo: Alega "NULIDAD CONSTITUCIONAL por falta de defensa del procesado durante el término probatorio de la causa, ya que prácticamente JUAN PINZON RODRIGUEZ durante dicha etapa probatoria NO FUE ASISTIDO en forma legal y ya que su defensor de oficio no pidió la práctica de innumerables pruebas que eran indispensables para su defensa y como se puede constatar con una vista somera del expediente".

Intenta su demostración por medio de la cita de una jurisprudencia de la Corte sobre el derecho de defensa consagrado por la Constitución.

Se responde: También este cargo se encuentra ayuno de sustentación y este esencial requisito no puede ser subsanado por la Corte.

Además, no es exacto que durante el proceso el enjuiciado hubiera carecido de

defensa. Prueba de lo contrario se encuentra en los debates que tuvieron lugar durante la audiencia pública, siendo de recordar que si había pruebas para practicar con posterioridad al llamamiento a juicio, ellas bien hubieran podido ser recepcionadas durante la diligencia que se acaba de indicar. Por otra parte, la ley no obliga a solicitar pruebas durante la etapa correspondiente del juicio, ya que ello depende del criterio que sobre el particular tengan las partes o sus apoderados.

Por tanto, este cargo no puede prosperar.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

Cargo único: Genéricamente lo presenta así: "... 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...".

A continuación transcribe el cuestionario sometido a la consideración del jurado con relación al delito de robo y, agrega: El cuestionario no hace relación al delito de robo, agravado por el cual Pinzón fue llamado a juicio, sino al de robo, por lo que aquél no podía ser condenado por el primero. De ahí que la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado, por lo cual se incurrió en la causal de casación aquí contemplada.

Se responde: La Corte hace suyos los siguientes razonamientos del Ministerio Público, por encontrarlos ajustados a la lógica y ceñidos a antigua jurisprudencia de esta Corporación:

"Como aparece del cuestionario transcrito en la sentencia de primer grado -ya que como lo anota el señor defensor no se agregó a los autos la actuación respectiva- se preguntó al jurado (Fl. 717, cdno. 1º) si el procesado era responsable de haberse apropiado con 'violencia física...' del dinero ya mencionado '...en concurso material con el delito de homicidio a que hace referencia la cuestión primera ...'; y en esta pregunta se interrogó al jurado sobre el homicidio '...mediante heridas causadas con arma de fuego (revólver) y habiendo obrado el procesado dentro de las circunstancias de agravación...', interrogatorio al cual se respondió afirmativamente.

"En tal forma, al expresar el jurado que el homicidio se cometió en las circunstancias indicadas y que el robo tuvo lugar en concurso con dicho delito y en la misma oportunidad, se deduce que afirmó la agravación por haberse efectuado el delito con uso de armas, aunque no se usara concretamente estas palabras, ya que se trata de puntos estrechamente relacionados; lo cual se desprende del proceso y de las alegaciones de la audiencia, en la cual se precisó suficientemente este cargo, como también de la respuesta del jurado al acogerlo en la expresada forma".

En consecuencia, este cargo tampoco puede prosperar.

No habiéndose justificado ninguna de las causales de casación propuesta, es necesario dar aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, como efectivamente se hará.

DECISION

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, NO CASA la sentencia proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 24 de mayo de 1975.

Cópiese, notifíquese, devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen. Cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD

Error relativo al nombre y apellido del sujeto responsable (artículo 210, numeral 5º). Determinación física y precisa de la persona procesada

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., julio catorce de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 38.

V I S T O S

La sentencia de veinte de agosto del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, confirmó el fallo dictado por el Juzgado Tercero Superior de Cartago, providencia esta en la cual se impuso dieciocho (18) años de presidio a CARLOS ANTONIO CARMONA MUÑOZ, como responsable de los delitos de homicidio perfecto en Martín García, e imperfecto en Honorio de Jesús García Agudelo.

En tiempo oportuno el condenado interpuso el recurso de casación, admitido en auto de dos de noviembre del citado año. Luego, mediante poder conferido al doctor Antonio José Cancino, este profesional sustentó la impugnación.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, doctor Hernando Baquero Borda, estima sin adecuado fundamento las censuras dirigidas a la sentencia acusada.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

La composición que de los mismos se hiciera en el auto de proceder, conviene, repetirla ahora por su fidelidad a las probanzas:

"...hacia el mediodía de enero nueve de mil novecientos setenta y uno, cuando se dedicaba a la recolección de café en su fundo denominado 'La Miranda', corregimiento de Villanueva, comprensión municipal de El Aguila Valle, el campesino Martín García recibió un disparo de escopeta y violento peinillazo que casi lo decapita, ocasionándose su deceso por anemía aguda consecutiva a la semidecapitación. Minutos antes, su hijo Honorio de Jesús García había estado acompañándole pero se retiró por el almuerzo dejando a su padre con el individuo Carlos Carmona quien estaba ofreciéndole en venta o permuta una escopeta que llevaba consigo. A su regreso, el joven Honorio de Jesús encontró solo al predicho Carmona; éste le dijo que su padre no demoraba, pues que había salido a hacer una diligencia; mas, al momento en que estaba descargando la vianda, desprevenido e indefenso, fue atacado intempestivamente por Carmona con peinillazos asestados en la cabeza y el cuello; pero su propósito homicida se frustró en esta ocasión puesto que el muchacho como pudo logró alejarse del criminal emprendiendo carrera y, oportunamente, en virtud de la gravedad de las heridas fue atendido en el servicio de urgencias del hospital de Cartago donde estuvo recluido por espacio de quince días...".

La investigación fue iniciada por el Inspector Departamental de Villanueva (El Aguila - Valle del Cauca) el propio día en que ocurrieran los sucesos y la continuó el Juzgado Municipal de esa localidad. Conviene advertir que en un principio el proceso se tramitó sin la presencia física del incriminado, pues éste desapareció del lugar al día y hora en que diera

muerte a García y tratara de eliminar al hijo de éste. Catorce años después en la Celia (Risaralda) otro de los García observó a un individuo que correspondía a la perfección con las características del homicida de su padre y le hizo capturar, resultando ser CARLOS ANTONIO CARMONA MUÑOZ.

El auto de llamamiento a juicio está fechado el dieciocho de febrero de mil novecientos setenta y seis y en él se formula el doble cargo de homicidio agravado (artículo 363, numeral 5º, del C. P.), consumado uno en Martín García y el otro en modalidad de frustrado en la persona de Honorio de Jesús García Agudelo. El jurado de conciencia fue unánime en suscribir el siguiente doble veredicto: "Sí es responsable", respuestas que fueron acogidas por el Juzgado Tercero Superior de Cartago, en la sentencia ya mencionada y que recibió integral confirmación por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

LA DEMANDA

1. Se acusa el fallo por haber sido dictado en juicio viciado de nulidad (artículos 210, numeral 5º, y 580, numeral 4º, del C. de P. P.).

1a. Entiende el censor que la identidad física del autor de los hechos no fue debidamente establecida. A juicio fue llamado CARLOS ANTONIO CARMONA MUÑOZ "...filiado en autos...", pero "...sin que existiera en el proceso la identificación del verdadero sujeto activo de los reatos y perpetrándose, muy seguramente, un grave y casi irreparable ERROR JUDICIAL...".

El memorialista cita y comenta algunas jurisprudencias en las cuales se destaca la necesidad de la determinación física, precisa e indubitable, de la persona procesada, importando más esto que sus propios nombres y apellidos, sobre los cuales es factible un desconocimiento o confusión. Lo que interesa, y esta la cuestión fundamental que se echa de menos en el caso *sub judice*, es que a quien se atribuye una acción delictuosa pueda ser conocido materialmente, sin que corporalmente se identifique con otro o haya perplejidad en cuanto a saber de quién se trata.

Alude, en este punto, a que Honorio de Jesús García se limitó a referirse a CARLOS CARMONA (el procesado usa dos nombres y dos apellidos) y los datos complementarios no se verificaron para determinar si tenían un verdadero valor o se trataba de "meras aparentes coincidencias", aspecto todavía más inquietante puesto que García, testigo y ofendido, advierte que esos datos los conoció con posterioridad a los hechos. Además, las varias atestaciones de este menor (junio 28 de 1962 y octubre 13 de 1962, equivocadamente citadas por el impugnador como del año 1972) no establecen de modo seguro unas características del autor de los hechos que coincidan con el sentenciado. "...Queda la tremenda duda de saber si la persona a quien se refiere el menor lesionado es la de VEINTICUATRO AÑOS, O LA DE TREINTA AÑOS, O LA DE VEINTIOCHO AÑOS Y ALGUNOS MESES que realmente aparecen en la cédula de ciudadanía... resulta imposible saber si el autor de los delitos fue la persona *ALTA* o si lo fue la persona *BAJITA* a que se refiere con contradictorios datos el lesionado... queda, pues, una tremenda duda que mal podría ser aclarada suficientemente con los elementos de prueba allegados después de CATORCE AÑOS..".

1.b. El concepto fiscal refuta en un todo estas consideraciones, debiéndose destacar tan sintético como acertado análisis, en la siguiente transcripción:

"...Primera: *No cabe duda que el procesado Carlos Antonio Carmona Muñoz fue identificado plenamente como el responsable de los hechos imputados no sólo por el nombre y apellido sino mediante los datos suministrados por el único testigo de los acontecimientos.*

"En efecto: quedó demostrado que Carmona Muñoz, natural de Andes (Antioquia) y agricultor de profesión vivió en el corregimiento de Villanueva por la época de autos, en casa de su suegro, Salvador García; fue sindicado de abigeato (Fl. 70 v.) y contaba para entonces con

una edad aproximada de treinta años, dato este que coincide con el que aparece en la correspondiente cédula de ciudadanía (Fl. 114 v.).

"Es decir Carlos Antonio Carmona Muñoz y no otro fue la persona que tuvo la oportunidad de delinquir en las circunstancias que relata Honorio de Jesús García, antes de que se retractara de sus afirmaciones iniciales y cambiara la identidad física del presunto responsable.

"Segunda: *La falta de identidad del procesado fue tema ampliamente debatido por la defensa en las instancias y ante el jurado de conciencia. Sin embargo, los jueces como el* juri *desestimaron tal posibilidad y proclamaron su responsabilidad.*

"Tercera: *El demandante se ocupó en consideraciones de orden general sobre el significado y alcance del motivo de nulidad planteado, pero no demostró en forma concreta el error en que incurrió el fallador.*

"Tampoco probó que por fatal homonimia, por inexcusable equivocación del juzgador, o por simple similitud de nombres y apellidos, se haya señalado y condenado a persona inocente como responsable de los hechos investigados . . .".

1.c. Conviene agregar a tan ponderado criterio estas brevísimas reflexiones:

El inicial emplazamiento del procesado Folio 9 ciertamente careció de eficacia por ausencia total de determinación del sujeto llamado CARLOS CARMONA. Pero lo fundamental de la investigación y del juzgamiento se realizó a partir de la captura del incriminado, sabiéndose ya de quién se trataba: CARLOS ANTONIO CARMONA MUÑOZ, hijo legítimo de Luis Norberto y María Dolores, natural de Andes (Antioquia), agricultor, casado con Margarita García y con cédula de ciudadanía número 572.804. Desde este momento contó CARMONA MUÑOZ con suficiente representación judicial y pudo hacer efectivo todos sus derechos, entre ellos invocar la equivocación que ahora pretende destacar el casacionista.

La información suministrada por Honorio de Jesús García no puede calificarse de superficial, confusa e incomprobada. Este testigo-ofendido tuvo buena oportunidad de reconocer a quien armado de escopeta y peinilla les esperó en el cafetal de su padre, en la vereda Cañaveral (Villanueva - El Aguila - Valle del Cauca), el 9 de enero de 1961, y con el cual dialogaron largamente, el mismo que después le agrediera en forma aleve e impresionante. Tenía conocimiento de él porque era vecino de la región. Tan es así, y esto es lo que ha olvidado el memorialista, que en la misma fecha del ataque, no obstante padecer graves lesiones, se refirió a CARLOS CARMONA (Fls. 1 vto. y 2). No creó pues un nombre ni una persona pues esta identificación se produjo casi inmediatamente después de los hechos. Luego vinieron mayores datos pero ninguno artificial ni malicioso. Fue la lógica y necesaria complementación de ese fundamental y primer dato. La noticia contenida en la diligencia de Fl. 17 no pudo ser más explícita y convincente: ". . . Yo conocí a Carlos, por que iba mucho *a la casa; trabajaba donde el suegro que es SALVADOR GARCIA, que tiene o es agregado de una finca todavía en Cañaveral, la cual es de Lisandro Montoya quien no vive por aquí. Carlos Carmona es un tipo más bien robusto, de regular edad, pues tendrá al verlo, unos treinta años, alto más bien sin barba, no usa bigote, moreno pálido, viste es de arriero, de ojos negros . . ." En esta misma actuación advirtió un posible motivo de su coducta: ". . . alguna vez se le habían pelado una vaca a mi papá y él puso el denuncio, y cuando subió la autoridad trajeron preso a Carlos y a otros que no conocí . . .". A Fl. 25 anotó su oriundez: Antioquia.*

Pues bien todos estos datos resultaron ciertos. El procesado mismo los confirma a folios 45 y ss. Tuvo que admitir, sin que se acordara inicialmente de Martín García, que sí estuvo preso en Apía y se había fugado de la cárcel de esta localidad. Su cédula de ciudadanía (Fls. 114 vto.) coincide con los datos suministrados por García Agudelo. Y en cuanto a su capacidad para atentar contra la propiedad ajena, que le valiera una sindicación de Martín García y que recluyera en su perjuicio en la forma vista, véase también la cons-

tancia de Fls. 70 vto. Tan firme fue el conocimiento de CARMONA MUÑOZ, que sus informes permitieron a uno de sus hermanos, ALFONSO, reconocerlo en la Celia, lograr su captura y luego ser identificado por el citado Honorio de Jesús García Agudelo (Fl. 44).

Esta situación, que se presenta como algo cohesionado y categórico, no es dable desestimarla con base en simples enunciados que apenas toman algunos segmentos testimoniales de secundaria entidad. No es posible desconocer una realidad de tal magnitud acudiendo a la cita de las últimas declaraciones en donde el transcurso del tiempo o la influencia de otros factores llevaron al declarante a variar una que otra manifestación. El análisis probatorio permitió descalificar estas mudanzas y afianzar el juicio en forma segura sobre las primeras e indubitables informaciones.

El cargo no puede prosperar.

2. La segunda censura se expresa en estos términos: "...los delitos fueron graves en todo el sentido de la palabra y... el verdadero autor de ellos sobrepasó incluso los límites de la anormalidad ... el expediente no suministra causa alguna, de donde saldrá a flote una incomprensible desproporción entre la conducta aleve y brutal y el comportamiento incausado del verdadero autor... cuando existe un hecho de las proporciones del presente y no se encuentra el móvil o causa del crimen, para predicar la autoría de un ciudadano, menester es partir de la base de una anormalidad psicológica muy grave ...". Esto indica, para el memorialista, que se debió someter a examen psiquiátrico al sentenciado pues posiblemente se hallaba en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal.

2.a. Sea lo primero advertir que la petición de nulidad, por esta omisión en el procedimiento y relacionada con la demostración de las condiciones siquicas del procesado, revela cierta incompatibilidad con la inicialmente propuesta. Esta flagrante contradicción no se salva porque se invoque de modo subsidiario y se trate de aspectos anulatorios, pues aun en esta hipótesis recursiva resulta inadmisible desconocer la autoría de los hechos en CARMONA MUÑOZ, al punto que su condenación constituye un error judicial, y luego admitirla pero cuestionando las facultades mentales del mismo al momento de ejecutar la acción homicida.

La alegación en este aparte aparece realmente desproporcionada y no se insinúa un tratamiento jurídico correcto del asunto. Olvida el recurrente que la falta de motivo no es lo mismo que la secundaria significación de un determinado excitante anímico; que en autos sí se entrevé un posible motivo en CARMONA MUÑOZ (la persecución judicial por el atentado patrimonial que afectara a Martín García y que por una u otra circunstancia incidió en su libertad); que la dificultad para establecer nítidamente una motivación no puede tomarse como ausencia absoluta de la misma; y que si bien personas de templada moralidad y realmente convivientes no truecan acontecimientos baladíes e intrascendentes, en graves motivaciones de sus ilícitos, los sujetos peligrosos sí son propensos a asumir estas conductas. Aceptar un razonamiento de esta índole sería tanto como establecer, de una vez, que todo homicidio calificado, constituye a su autor en efermo mental. Y la gravedad del comportamiento no da base para una tan general, inadecuada y discutible explicación. La Sala no deja de reconocer la gravedad de los hechos, aspecto que también advirtió el *a quo*, pero ella no apoya por sí un juicio como el recomendado por el memorialista.

2.b. Conviene cerrar este comentario con la siguiente glosa del Procurador Delegado:

"...Sólo en presencia de tales antecedentes (artículos 29 C. P. y 411 C. de P. P.) surge para el funcionario instructor o el juez del conocimiento la obligación de someter al acusado a examen por peritos médicos.

"En el caso *sub judice* no existe en el proceso prueba alguna de que el sindicado al momento de cometer los hechos que se le imputaron se encontrara en alguno de los estados de anormalidad a que alude el artículo 29. Por el contrario, de las respuestas dadas en diligencia de indagatoria y en el acto de la audiencia pública

claramente se colige que se trata de una persona normal.

"El comportamiento brutal y agresivo en la ejecución del delito o la aparente ausencia de motivos determinantes del crimen demuestran una mayor peligrosidad en el agente, pero aisladamente consideradas no son reveladoras de un desequilibrio mental en el procesado. Entonces, mal podía el instructor disponer la práctica del examen psiquiátrico cuando no había observado en el acusado serios indicios o manifestaciones de que se encontrara en cualquiera de las circunstancias previstas en la norma ya citada.

"En tales condiciones, no resulta demostrada la violación del artículo 411 del Estatuto Procesal Penal ni el quebranto del artículo 26 de la Carta Política, por inobservancia de una de las formas propias del juicio...".

El cargo tiene que desestimarse.

En consecuencia la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACION PENAL-, resuelve *NO CASAR* la sentencia recurrida, de la cual ya se dijo su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, José María Velasco Guerrero, Pedro Elías Serrano Abadía, Luis Eduardo Mesa Velásquez (Conjuez).

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CONSEJOS DE GUERRA

Facultad del Juez de primera instancia y atribuciones del Presidente del Consejo Verbal de Guerra. Atributo de cada uno de ellos. El Juez de primera instancia puede sustituir al Presidente del Consejo en el acto de dictar sentencia

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E. julio quince de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 38 de julio 14/77.

V I S T O S

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá , en sentencia de treinta y uno de julio del año próximo pasado, confirmó el fallo proferido por la Brigada de Institutos Militares, Batallón Guardia Presidencial, que lleva fecha de diez y seis de octubre de mil novecientos setenta y cinco, y mediante el cual se impuso a CARLOS ALBERTO PERLAZA MARQUEZ, diez y ocho (18) meses de prisión, así como las accesorias pertinentes, por el delito de "extorsión".

En tiempo oportuno se recurrió en casación y en debida ocasión procesal se sustentó por parte del señor apoderado, doctor Edgar Lombana Trujillo, la impugnación, demanda que se declaró admisible en auto de veinte de enero del corriente año. Ahora se resuelve sobre su eficacia.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicita se deseche la demanda, tomó de la sentencia recurrida la narración de los hechos y, a su vez relacionó con esmero el trámite cumplido. Conviene volver sobre esa transcripción e historia, máxime cuando lo más significativo de los argumentos expuestos por el censor se centran sobre la forma como fue adelantado el consejo verbal de guerra que diera origen a la referida condenación.

De ahí, entonces que se escriba:

"La imputación y la historia del proceso. . . . . .

"De conformidad con lo manifestado por Adolfo Morales Carmona, se sabe que este señor en las horas de la noche del tres de septiembre de mil novecientos setenta y cinco recibió una llamada telefónica en su casa de habitación en que se le exigía la entrega de doscientos mil pesos y prohibición de avisar a las autoridades; que posteriormente recibiría instrucciones, recibiendo el siete del mes citado una nueva llamada preguntándole si ya tenía el dinero y como Morales Carmona respondiera que se le había dificultado conseguirlo, quien llamaba le dio un plazo para el día siguiente, recibiendo la nueva llamada en la que se le decía que vendiera uno de los carros de su propiedad a fin de conseguir el dinero y se le daban las instrucciones para la entrega del mismo, el cual debía empacar en papel periódico y arrojarlo dentro de una alcantarilla de la calle 68 con carrera 5ª. Como el atemorizado señor Adolfo Morales Carmona acudiera a las autoridades, se procedió a combinar la acción de las mismas y las del denunciante y es así como se confeccionó un paquete con papel periódico y una vez que se prestó la vigilancia del caso, Morales Carmona lo arroja a la alcantarilla indicada por el extorsionador, quien antes de que el paquete fuese depositado allí había ido a

mirar el lugar; depositado el paquete vuelve el extorsionador y una vez que observa hacia los alrededores se dirige a la alcantarilla, se introduce en ella y toma el paquete y cuando trata de alejarse del lugar, es capturado por los Agentes Secretos, arrojando el paquete a un antejardín. La persona capturada en tales circunstancias dijo llamarse Carlos Alberto Perlaza Márquez.

"El señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares con base en la denuncia presentada por el señor Adolfo Morales Carmona dictó la resolución Nº 034 de septiembre 11 de 1975 por medio de la cual resolvió 'Convocar un Consejo de Guerra Verbal, sin investigación previa, para que con las formalidades que le son propias, juzgue al particular CARLOS ALBERTO PERLAZA MARQUEZ por el delito de EXTORSION, que define, tipifica y sanciona el artículo 406 del Código Penal Común', designando en la misma resolución el personal que ha de integrar dicho Consejo Verbal de Guerra y señalando el sitio, la fecha y la hora para llevarse a efecto.

"Instalado el Consejo de Guerra Verbal se practicó la prueba completa que dio a los vocales la certeza sobre la responsabilidad del procesado, por lo cual, al terminar y por unanimidad se dio respuesta afirmativa al cuestionario único que les fue presentado.

"El señor defensor, antes de dictarse la sentencia de primera instancia, solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución convocatoria del Consejo de Guerra Verbal pues hubo error en el nombre de uno de los vocales, como también en el del ofendido, recalcando igualmente, como causa de nulidad, en la errada calificación dada a la infracción en el cuestionario conocido por los vocales.

"El señor Presidente del Consejo de Guerra Verbal, juez de primera instancia, aceptó el planteamiento de la defensa y en consecuencia decretó la nulidad pedida, ordenó la libertad del sindicado Perlaza Márquez, como también que se informara de todo lo anterior al señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares, quien noticiado legalmente de los acontecimientos profiere la Resolución Nº 037 de octubre 6 de 1975 ordenando convocar otro consejo de Guerra Verbal para juzgar al sindicado Perlaza por el delito de Extorsión.

"Instalado este nuevo Consejo de Guerra Verbal se diligencia todo lo pertinente a él como es recepcionar la prueba, dándosele término con un pronunciamiento afirmativo por parte de sus vocales sobre la responsabilidad que en el cuestionario se indagaba respecto a la conducta del sujeto Perlaza Márquez.

"Acogido el veredicto por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal lo desarrolla en el fallo de primera instancia el que es protestado, razón por la cual se remite al H. Tribunal Superior Militar para que resuelva el recurso interpuesto.

"Estándose en el trámite de la segunda instancia se levanta el Estado de Sitio en que se encontraba el territorio nacional causando la pérdida de la competencia a la justicia penal militar para conocer, entre otros, de tal delito, ordenándose su remisión a la justicia ordinaria, es decir al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá donde se dicta el fallo impugnado...".

LA DEMANDA

Dos causales se invocan:

4ª Del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: la sentencia se ha dicta do en juicio viciado de nulidad; y,

1ª *ibídem:* la sentencia es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa que consistió en la indebida aplicación del artículo 17 del Código Penal.

1. Se desarrolla en primer término la referente a la nulidad porque es la de mayor rango y de aceptarse excluye toda otra argumentación y análisis.

En este aspecto se determinan tres cargos:

1.a. El auto de seis de octubre de mil novecientos setenta y cinco (Fls. 85 y ss.) que decretó la nulidad del primer consejo verbal de guerra a partir, inclusive, de la resolución de convocatoria, no se dejó ejecutoriar, lo cual no fue óbice para que el Comandante de la Brigada de Institu-

tos Militares, pronunciara la Resolución 037 de 6 de octubre de 1975, mediante la cual se convocaba nuevo consejo verbal de guerra y se proveía a su integración (Fls. 91 y 92). De inmediato, ese mismo día, tomó posesión el presidente nombrado y se notificaron los vocales; y, al siguiente, empezó esta sesión de juzgamiento (Fls. 104 y ss.), finalizada el día nueve. El autor de la Resolución 037/75, carecía de facultad para crear un acto de esta naturaleza, pues el presidente del primer consejo verbal de guerra conservaba la competencia que, arbitrariamente, ejercitó el Comandante General Fernando Landazábal Reyes, Comandante de la Brigada de Institutos Militares. Se citan a este respecto los artículos 209 y 210 del Código de Procedimiento Penal y 441, numeral 1º, del Código de Justicia Penal Militar.

1.b. Inobservancia de las formas propias del juicio. La censura reproduce las alegaciones consignadas en el escrito de Folio 158; la reposición para que se suspendiera el consejo verbal de guerra, para remitir el proceso al Comando de la Brigada de Institutos Militares, no fue escuchada; inicialmente se negó el derecho de la defensa a enterarse del expediente, garantía reconocida luego "pero no en la forma como aparece en el acta"; la presidencia del consejo "tomó algunas preguntas de las actas declaradas nulas y especialmente las que hacen referencia a un señor Guerrero. La defensa objetó diciendo que no podía darse validez a ese interrogatorio. Finalmente se aceptó la objeción pero no en la forma como aparece en el acta"; se pretendió hacer salir de la audiencia al procesado luego de que éste hubo rendido indagatoria; el instructor penal militar que actuara en el consejo "pretendió arrancar la confesión a PERLAZA MARQUEZ engañándolo conque su dicho era un "simple informe y que por consiguiente no se requiere de abogado"; la defensa no pudo cumplir cabalmente su cometido "pues ante la parcialidad y especialmente por el ambiente represivo de esa Audiencia poco importaba si la defensa era o no adecuada, simplemente se oía llover continuándose con ese remedo de juicio".

1.c. La sentencia de primera instancia (Fl. 147 y ss). se remitió al Tribunal Superior Militar para surtir la correspondiente consulta. Allí se permitió a las partes la petición de pruebas, se recibió una alegación de fondo del defensor Lombana Trujillo, se escuchó al Ministerio Público, se separó del conocimiento de este proceso al Presidente del Tribunal, General Carlos A. Lombana Cuervo, se nombró su sustituto y el Magistrado ponente, coronel (r) Lizardo Pérez Ch. alcanzó a presentar proyecto de sentencia (no se accedía a declarar las nulidades solicitadas por el Fiscal y el Defensor; se confirmaba la sentencia de condena por el delito de extorsión en su modalidad de frustrado -Fls. 189 y ss.), que no fue aceptado por la mayoría de la 2ª Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar. De ahí que su autor dejara tal estudio como posible salvamento de voto. Interín, devino el levantamiento del estado de sitio y el proceso pasó a la justicia común ordinaria, esto es, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Fls. 203 y ss).

Esto le da ocasión al memoralista para comentar que "... la actuación del H. Tribunal Superior Militar quedó en firme en cuanto hace referencia al salvamento de voto. Y dice la ley penal militar que las diligencias practicadas por las autoridades militares o civiles conservan toda su validez cualquiera que sea la que en definitiva asuma el conocimiento (artículo 313 C. de J. P. M.). Es decir, que el salvamento de voto por medio del cual se favoreció a mi poderdante era y es ley del proceso aun cuando haya habido, como en efecto lo hubo, cambio de jurisdicción para fallarlo".

Se critica, asimismo, la actuación cumplida en el Tribunal Superior de Bogotá, porque en esta Corporación debió imprimirse el trámite preceptuado en el artículo 566 del Código de Procedimiento Penal. Su ponente "no corrió traslado al Fiscal que debería actuar para ante el despacho presentándose así una situación anómala. Para algunos efectos dejó en firme la actuación militar, es decir la vista fiscal, y desechó para otros el salvamento de voto. Si una y otra actuación, la Fiscal y el salvamento de voto, eran ley del proceso ha

debido prosperar el salvamento de voto y por consiguiente decretarse la anulación del proceso y disponerse uno subsanando el error. Si lo contrario, fijar el proceso en lista, como efectivamente ocurrió, y correr traslado al Fiscal para dar oportunidad al Ministerio Público de intervenir en este proceso. Como lo anterior no se hizo, se condenó a una persona sin haber oído a una de las partes que por obligación legal debe intervenir en el proceso".

1.d. El cuestionario sometido a los vocales no es lo suficientemente claro. Es verdad que se preguntó por la responsabilidad en un delito imperfecto de extorsión, pero no se dijo el grado de esa imperfección, esto es, si se trataba de una tentativa o de una frustración.

La defensa reconoce la existencia de la extorsión pero en la primera de las modalidades indicadas. Este aparte del cuestionario: "en momentos en que había recogido un paquete que debía contener la suma de $ 70.000.00", expresa una situación irreal y que debió confundir a los miembros del consejo, pues el paquete solo contenía "papeles periódicos" recortados como si fueran billetes de banco y no dinero, con lo cual se demuestra que el ofendido Morales Carmona en ningún momento llegó a sentirse constreñido a entregar o poner a disposición de PERLAZA dinero o cosas. Por otra parte, quiere lo anterior decir que por intervención de las autoridades las amenazas de PERLAZA contra Morales quedaron prácticamente sin efecto alguno y que si el último de los nombrados cooperó con el DAS fue para que su extorsionador se mostrara y pudiera ser capturado sin riesgo para sus intereses como efectivamente sucedió.

No se cumplió con lo ordenado por el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar ("especificando los elementos que lo constituyen") pues se omitió en el cuestionario una de las circunstancias atenuantes del tipo penal. Debió "incluirse, para fijar exactamente la actividad del sindicado, que su acción se detuvo cuando recogía un paquete que simulaba contener dinero el que en coordinación con los agentes del DAS el señor Morales Carmona había depositado cumpliendo instrucciones de PERLAZA MARQUEZ ... las circunstancias que atenúen la responsabilidad aun aquellas desconocidas por el procesado, en pura justicia hay que reconocerlas, de lo contrario resultaría la pena mayor que la ofensa y se rompería el equilibrió lógico de las cosas".

2. La segunda causal (indebida aplicación del artículo 17 del Código Penal) se fundamenta en un solo cargo: la tentativa y la frustración "se diferencian en que la acción del sujeto activo se ve interrumpida, para la primera, en los actos ejecutivos y para la segunda en los consumativos siendo común a una y otra el dolo y los motivos ajenos a la voluntad del agente activo... PERLAZA MARQUEZ con su actividad llegó hasta la comisión de actos ejecutivos... dio principio a su quehacer delictivo con tres llamadas telefónicas y con la exigencia de dinero so pena de un mal grave para Morales Carmona o para los hijos de éste. A su vez, seriamente preocupado el señor Morales acude a las autoridades y con ellas combina un plan tendiente a impedir la consumación del delito lo que efectivamente se logra. Está igualmente probado que el patrimonio de Morales no sufrió perjuicio alguno y que en ningún momento, por la actitud de Morales y de las autoridades, se pusiera a disposición de PERLAZA" cosas, dinero o documento capaces de producir efectos jurídicos "...la capacidad de producir daño o de consumar el delito fue efectivamente eliminada. Por tal razón PERLAZA es responsable de tentativa de extorsión y no de frustración de la misma".

Esta exposición la cierra el impugnador solicitando la invalidación del fallo (artículo 583, ordinal 3, Código de Procedimiento Penal) si prospera la causal 4ª del artículo 580 *ibídem;* y la enmienda adecuada de la sentencia recurrida si se admite la causal 1ª de la disposición últimamente citada, conforme lo señala el artículo 583, ordinal 1º del mismo estatuto.

LA RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

En apretada referencia el concepto anotó: Una es la competencia preceptuada

en el artículo 330 del Código de Justicia Penal Militar y otra la del presidente del Consejo Verbal de Guerra; la ejecutoria de la providencia que decretó la nulidad del primero de los Consejos no ocurrió pero el aspecto carece de trascendencia, al menos para la defensa y el procesado, puesto que tal decisión se limitó a aceptar el pedimento de aquél; a Folio 88 fue debidamente notificado ese auto y no se advierte una protesta o renuncia a sus efectos; lo del Instructor (indagatoria sin presencia del apoderado) fue corregido oportuna y eficazmente en el segundo Consejo Verbal de Guerra; el contenido del Acta de Audiencia revela la amplitud de las prerrogativas concedidas al Defensor, aun permitiéndole expresiones ofensivas y exageradas; el supuesto salvamento de voto no favorecía en nada al procesado pues ni aceptaba la propuesta de anulación ni admitía la tentativa de extorsión; la pregunta dirigida a los vocales fue compuesta de modo correcto: "el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar solamente prohíbe que en el cuestionario que se somete a los vocales del Consejo de Guerra se dé denominación jurídica al hecho materia de la falta, debiendo éste ser especificado en sus elementos constitutivos, con citación de las circunstancias en que el delincuente lo ejecutó. Analizando el cuestionario presentado a los vocales del Consejo de Guerra que juzgó a Perlaza a la luz del ordenamiento legal citado, se constata que su elaboración fue correcta, sin que la redacción empleada provocara confusión alguna o, como dice el señor demandante, se hubiera empleado, en especial la frase 'en momentos en que había recogido un paquete que debía contener la suma de $ 70.000.00' 'para confundir a los vocales'. Tal como acontecieron los hechos, sintéticamente se plasmaron en el cuestionario, sin desdibujarlos, sin distorsionarlos, sin falsearlos, sin contarlos bajo ninguna ambigüedad o caprichos que impidiera el justo y preciso conocimiento por parte de los jueces de conciencia. Y de manera especialísima sin habérseles dado denominación jurídica, que es, se repite, la tajante prohibición del artículo indicativo para la confección del cuestionario"; y, en cuanto a la subsunción de la conducta del sentenciado en la modalidad de la frustración, se argumenta: "... Las varias llamadas telefónicas que el condenado PERLAZA hace al señor Morales Carmona amenazándolo en su persona y en la de sus hijos si no le entregaba la suma de dinero que le exigía, amenazas repetidas con insistencia tal que produjo en la víctima un total desmoronamiento de su moral con desquebrajamiento innegable de su siquismo, luego las órdenes precisas dadas a la víctima, indicativas de la forma como debería obrar para la entrega del dinero, la escogencia por el delincuente del sitio preciso donde se le debía depositar el producto de su falacia, pueden ser tenidos tales actos como el principio de la ejecución del delito. De haberse suspendido a esa altura los acontecimientos se estaría ante la tentativa del delito. Mas, el delincuente continuó su recorrido por el *iter criminis* ejecutando actos necesarios e idóneos para agotar su criminal designio, como fueron llegar al sitio que previamente había fijado para que le depositaran el dinero pedido, y cuando en él le fue arrojado el paquete que presuntamente lo contenía se introduce en la alcantarilla, se apodera de él y emprende la huída convencido a cabalidad de que portaba el botín delictuoso, siendo capturado por los agentes secretos, es decir sin haber obtenido el efecto querido, no porque voluntariamente hubiese desistido sino porque factores independientes de su voluntad y del modo de obrar que tuvo en mientes cuando montó toda la operación delictuosa, se lo impidieron, frustrados, obviamente, el agotamiento del delito.

"El señor demandante se aferra tozudamente a la circunstancia de que por cuanto en el paquete que el extorsionado depositara en la alcantarilla y que el extorsionista recogió no se encontraban dineros, ni objetos o documentos con propiedad legal para producir efectos jurídicos, no puede afirmarse que se llegó hasta la modalidad del delito frustrado, quejándose del engaño en que se indujo a Perlaza 'no para que consumara su propósito sino, se repite, para identificarlo y

capturarlo en orden a proteger al extorsionado', exigiendo desde el principio de su gestión defensiva el reconocimiento de la tentativa en el comportamiento delictual de su cliente. A tal objeción o requerimiento de la censura este Despacho se pregunta: qué trascendencia jurídica tiene para que se dé el delito frustrado el que dentro del paquete que depositó el extorsionado recogió el extorsionista no hubiera habido dinero, o que habiéndolo y antes del delincuente abrirlo hubiera sido capturado por los agentes secretos? Acaso en ambos eventos causas extrañas a la voluntad del extorsionista no le impiden el goce ilícito del delito? lo importante es que los actos que el delincuente ejecutó eran todos necesarios o idóneos para agotarse su comportamiento, quedando únicamente sin realizarse el beneficio de la ilicitud porque circunstancias extrañas a su modo de actuar y a su querer obrar se interpusieron. El agente activo del delito tuvo la conciencia de que iba a usufructuarse de su comportamiento, la intención malévola libremente se realizó, es decir, satisfizo toda su determinación punitiva, no importa que, como lo dice en la demanda, se le hubiere 'engañado' al colocarse recortes de periódico y no billetes u objetos de valor como él lo exigía.

"Ahora en cuanto a que el extorsionado no sufrió ningún perjuicio, es necio el reclamo pues de habérsele causado porque el extorsionista en verdad recibió el dinero y logró esquivar la presencia de los agentes secretos, se estaria ante el delito tipo, ya que no en presencia de su frustración. Por ello esta circunstancia no se desempeña ningún papel como vanamente lo intenta que lo haga el señor demandante".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como réplica a las impugnaciones que se dejan transcritas no cabe otra que la muy acertada del Ministerio Público. El tratamiento que este colaborador da a la cuestión jurídica y sus referencias probatorias obligan a la Sala a acogerlas en integridad. Se trata, entonces, de ampliar un poco más esos diversos planteamientos.

4.1. Equivocadamente (cargo primero) el censor confunde las facultades del juez de Primera Instancia y las atribuciones del Presidente del Consejo Verbal de Guerra. Para el memorialista predominan los poderes del segundo y casi que los mismos son intangibles y ajenos a todo control por parte de aquél.

Sinembargo, la realidad procesal es bien diferente y basta la mención de algunos atributos de cada uno de ellos, para com prender el yerro en la formación de esta inicial censura.

La facultad de convocatoria del consejo verbal de guerra la tiene exclusivamente el juez de primera instancia Art. 566 del Código de Procedimiento Penal Militar, al caso el Comandante de la Brigada de Institutos Militares (artículo 330 ibidem), *el cual nombra su presidente, vocales, fiscal, asesor jurídico, secretario, instructor, lugar de reunión, fecha, hora y personas justiciables. Producida esta convocatoria es lo normal que su presidente asuma su dirección y de allí que sea él quien decida algunos impedimentos o recusaciones (artículo 569* ibidem), *designe y dé posesión al apoderado de oficio, declare reos ausentes (artículo 573* ibidem), *ordene la verificación de pruebas necesarias y practicables, llegue a vincular procesados no mencionados en la resolución de convocatoria (artículo 575* ibidem), *formule los cuestionarios pertinentes o se abstenga de hacerlo (artículo 576* ibidem), *realice el escrutinio (artículo 581), profiera, con la colaboración del asesor jurídico, la sentencia correspondiente (Art. 582* ibidem), *conceda los recursos interpuestos contra ésta (Art. 585* ibidem), *y declare la contraevidencia, llegado el caso (artículo 587* ibidem).

Pero el Juez de Instancia puede sustituir al presidente del Consejo en el acto de dictar la sentencia (Art. 587 ibidem) *y como atribución que excluye la intervención de otros, convocar los Consejos a que haya lugar.*

Esta última función, que no es compartida con nadie, es la que interesa para responder la primera de las impugnaciones formuladas por el recurrente.

El Comandante de la Brigada de Institutos Militares, por Resolución Nº 034 de 11 de septiembre de 1975, decidió la convocatoria del consejo verbal de guerra que se debía ocupar del juzgamiento de PERLAZA MARQUEZ (Fls. 11 y 12). Verificado éste se declaró su receso hasta el 1º de octubre, fecha en la cual se daría lectura a la sentencia respectiva (Fl 63). Pero el señor apoderado, doctor Lombana Trujillo, formuló un extenso alegato el 16 de septiembre, en que advertía los múltiples factores de anulación que comprometían al juzgamiento cumplido y exigía la libertad de su patrocinado (Fls. 77 y ss.), petición atendida en auto de octubre seis del año en referencia (Fls 85 y ss), notificado en esta misma fecha al fiscal, sindicado y defensor.

Nunca se supo de una oportuna apelación dirigida contra este proveído. Y era más que explicable el asentamiento por parte del sindicado y su defensor puesto que la anulación y la excarcelación respondían, como se deja visto, al manifestado interés de uno y otro. Pero la decisión no comprometía las facultades del Comandante de la Brigada de Institutos Militares (Juez de Primera Instancia), quien recuperaba en un todo su poder para resolver sobre la convocatoria de un nuevo consejo. El presidente del primer consejo verbal de guerra, que concluyera con una declaratoria de nulidad, había cesado en su función. Sólo la revocatoria de este pronunciamiento, al cual no se llegó porque el Fiscal, el procesado y su defensor no lo impugnaron, le habría permitido continuar hasta su última actividad, o sea, dictar la correspondiente sentencia. Pero como este evento no ocurrió, el juez de la primera instancia recuperó la plenitud de sus atribuciones. Así lo entendió el presidente del Consejo al disponer en el aparte tercero de su auto: "Infórmese de lo anterior al señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares... a efectos de que provea lo pertinente". Y así también lo comprendió y manifestó el señor apoderado cuando al final de su escrito interpretó adecuadamente la situación: "...Como el Consejo de Guerra es una entidad jurídica 'única' perdónesenos la redundancia aparente, no es ya el señor presidente competente *para tomar determinación distinta a la de decretar la libertad, que se solicita para ante quien tenga a su despacho un proceso penal,* pues una vez anulada la resolución, cesa el mandato judicial para investigar el delito de extorsión que es de la exclusiva competencia de los comandantes de Unidades Operativas..." *(Fl. 83, subrayas de la Sala).*

El señor apoderado ha cambiado de opinión al formular su demanda de casación, pero, indudablemente, no hay motivo valedero para advertir que tan extraña mudanza de criterio corresponda a un nuevo y correcto enfoque de la cuestión. Lo que afirmó en ese entonces tiene la característica del acierto y así tiene que reconocerse en esta final oportunidad.

4.2. No viene al caso como fenómeno invalidante de lo actuado comentar la falta de ejecutoria del auto de Fls. 85 y ss. Hay actitudes y trámites indicativos de la secundaria o ninguna importancia que, en un momento dado, puede representar un aspecto como el que se comenta. En primer término la renuencia a formalizar un recurso y la intervención posterior en actos de mayor entidad manteniendo este silencio, no es dable interpretarlo, corrido el tiempo y sucedidas numerosas actividades procesales, en la intención clara y persistente de interponer un recurso de alzada o uno de reposición. Hay un fenómeno convalidante de manifiesta significación y eficacia.

La declaratoria de nulidad permitía, como auto interlocutorio, atacarla en apelación (artículo 433 del Código de Justicia Penal Militar), no así la resolución de convocatoria a nuevo consejo verbal de guerra, por mandato del mismo artículo en su inciso tercero. Esto quiere decir que la única manera de enervar el efecto de la Resolución 037 de 6 de octubre de 1975 (Fls. 91 y 92) era manifestando tal impugnación. Pero, se repite, el procesado y su defensor no actuaron en este sentido y de ahí que pese a la falta de ejecutoria de tal providencia el procedimiento continuará mediante la actividad del juez de la primera instancia,

Si PERLAZA MARQUEZ y su apoderado creyeron más beneficioso no recurrir de la decisión que les favorecía, pues hacerlo constituía un inexplicable contrasentido ya que se apelaba de algo concedido en la forma en que fuera pedido, no es posible entender que tan explicable omisión paralizara la función del Comandante de la Brigada de Institutos Militares y que el ejercicio de ésta se condicionara a una ejecutoria que apenas si tenía razón de ser para el fiscal, quien tampoco, en momento alguno, invocó la circunstancia como lesiva de sus derechos e intereses.

4.3. También se comenta dentro de este primer cargo la múltiple y simultánea ejecución de actos procesales. Nada de anormal hay en esto. Demostrada la legalidad de la convocatoria del nuevo consejo verbal de guerra, la realización de sus objetivos constituyó consecuencia obligada. Esta clase de procesamientos está dominada por el llamado principio de concentración y así tiene que ser para responder a su finalidad de celeroso trámite, al punto que apenas si respeta las mínimas garantías del debido proceso. De allí que cumplir con lo preceptuado en el libro cuarto, título sexto, capítulo segundo del Código de Justicia Penal Militar, así ocurra en un día o en horas, es aspecto que no puede atraer objeción válida. Precisamente se está cumpliendo con lo que la ley misma ha querido.

4.4. El memorialista recuerda, en el segundo cargo, algunos intentos de desconocer los derechos del sindicado o mermar las posibilidades de la defensa. La glosa carece de importancia porque no pocos de esos desafueros tuvieron su cumplimiento en el primer consejo verbal de guerra, declarado nulo, y no proyectaron sus efectos al ámbito procesal del segundo, o no pasaron de meros conatos, oportunamente controlados o purificados en su viciosa tendencia, al protestar la defensa. Reiterar esas críticas no pasa de ser afán inocuo. De otro lado, el recurrente le ha quedado menos que imposible demostrar cómo esos aspectos influyeron en la sentencia acusada.

Del mismo modo resulta inaceptable aludir a dificultades de la defensa durante el consejo. El contenido del acta, como bien lo destaca el Procurador, revela amplitud y tolerancia en el debate al extremo que ciertas exageraciones conceptuales del recurrente no fueron obstaculizadas. Si algo se advierte con perfiles sobresalientes es que el señor apoderado tuvo ocasión de exponer libérrimamente sus argumentos. Otra cosa es que éstos no persuadieron a los vocales por uno u otro motivo. No se observa, pues situación que comprometiera las garantías del debido proceso.

4.7. El tercer cargo se refiere al trámite dispuesto en el Tribunal Superior de Bogotá y las implicaciones de lo que se ha venido considerando, infundadamente, como salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar.

Aquí el planteamiento del recurrente se muestra notoriamente desacertado y ajeno al más mínimo rigor jurídico. La fallida ponencia del Magistrado Lizardo Pérez Ch. (Fls. 189 y ss.) no constituía ningún salvamento de voto, ni imponía ninguna ley al proceso, ni otorgaba ninguna ventaja o beneficio al procesado.

El artículo 4º numeral 11 del Dto. 1265 de 1970 (orgánico de la administración de justicia y que forma parte del Código de Procedimiento Civil, artículo 21 del Decreto) preceptúa que sólo existe providencia cuando se adopta una ponencia por mayoría absoluta de votos. Mientras esto no se presente, los proyectos no pasan de ser tales y no comprometen ni a la Sala ni a su autor, pues a éste le es dable variar la presentación de su criterio, para salvar su voto, el que será viable una vez que la mayoría haya aprobado una ponencia. El rechazo que los Magistrados Beltrán, Olivar y Clopatofsky dieron al proyecto del Magistrado Pérez, proyecto que en nada favorecía al imputado, puesto que negaba la anulación del proceso y confirmaba la sentencia de primer grado a título de extorsión frustrada, abría apenas la posibilidad de presentar una nueva ponencia por quien seguía al sustanciador en orden alfabético. Ese nuevo trabajo debía discutirse y de contar con los votos mayoritarios, se constituía en providencia y permitía la presentación del o

de los salvamentos de votos o aclaraciones correspondientes.

Llevando las cosas a su exacta dimensión procedimental, cabe afirmar que hubiera bastado la anotación secretarial que diera cuenta del registro del proyecto del ponente, la no aprobación de providencia alguna hasta el momento de levantarse el estado de sitio y producirse el cambio de competencia, sin que se agregara tal proyecto al expediente. Esta omisión en nada hubiera afectado la legalidad del proceso e incluso hubiera estado más acorde con su adecuado trámite.

4.5. La continuación del procedimiento en el Tribunal Superior de Bogotá, fue correcta. La doctrina es unánime en enseñar que cuando se muda la competencia y hay una variación en las reglas del juzgamiento, éste debe proseguirse, siempre y cuando que su adelantamiento no menoscabe los inalienables derechos de la defensa. No hay por qué retrotraer actuaciones válidas y que se armonizan perfectamente con las que deben mantener el avance del proceso.

Nótese cómo la actuación que echa de menos el recurrente consiste en un traslado al Ministerio Público y a las demás partes (artículos 566 C. de P. P.). En cambio los artículos 593 y 694 del Código de Justicia Penal Militar, contemplan, además de estos traslados, la posibilidad de un término probatorio.

Pues bien, esa oportunidad probatoria se cumplió y el Ministerio Público y la defensa formularon sus alegaciones. En qué forma pudo quebrantarse o desconocerse el debido proceso? El recurrente apenas plantea la protesta pero omite fijar el alcance de la violación y el perjuicio padecido por él o por un representado. Y ciertamente la Sala no advierte ni alcanza a imaginarse una u otra hipótesis.

4.6. El cuarto cargo hace relación a la forma como fuera elaborado el cuestionario (Fl. 97).

Contra lo que imagina el recurrente, esta pieza no merece las observaciones que aquél le señala. Fácilmente se le puede y debe considerar como de contenido claro, preciso y ajustado en un todo a lo dispuesto por el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar. No revelan sus términos contradicción ni anfibología. Menos el que no tradujera fielmente los hechos, sus elementos y circunstancias, o que pudiera inducir a los vocales en confusión, o impidiera al procesado o defensor presentar tesis o refutaciones. Si se comparan los términos que el memorialista recomienda como redacción adecuada de ese cuestionario y los que se utilizaron, tendrá que decirse que no hay diferencias perceptibles, sustanciales o que aconsejen su correctivo mediante el remedio que propone el casacionista. La ley no exige de vocablos sacramentales ni fórmulas dogmáticas. Por tratarse de gente profana y que debe acudir a su personal conciencia (jurados y vocales) se exige únicamente que los hechos materia del debate los comprenda el cuestionario en forma clara, precisa y completa para que no se produzca confusión ni duda sobre lo que se les pregunta y sobre lo que deben responder. El veredicto ha de ser nítido, en el sentido de que traduzca una convicción plena acerca de algo determinado e inequívoco. De ahí que se prohíba darles denominación jurídica a las circunstancias puntualizadas en el cuestionario.

No debe olvidarse que cuando se trata de delito de esta clase, el cuestionario no debe precisar si se trata de tentativa o frustración. La respuesta, que no tiene patrones ni limitaciones, podrá hacer los señalamientos y deslindes que vengan al caso. Y el juez, conforme al cargo formulado, las alegaciones de las partes, las probanzas de audiencia y los términos de la veredicción, fijará el alcance de la respuesta emitida. Si algo se nota en ese cuestionario es que fue más benévolo y acertado si se le compara con el contenido de la resolución de convocatoria del consejo, pues en esta resolución no se menciona este especial tipo delictivo y aquél si lo tiene en cuenta.

El memorialista objeta que el cuestionario omitió decir que el paquete a recogerse por PERLAZA MARQUEZ contenía papeles periódicos que simulaban dinero.

Pero no repara en la equivalencia de las locuciones empleadas, pues se tuvo cuidado en aludir a un paquete que *debía* contener la suma de $ 70.000.00, fórmula muy similar, también, a la usada en el consejo Verbal declarado nulo ("...un paquete *presuntamente* contentivo de dinero..."). Nada más acorde con la realidad que esta versión del cuestionario, ya que se consigna en él la creencia del extorsionador, quien esperaba, por sus amenazas, recibir la cantidad de pesos exigida. No se afirma la entrega de dinero sino que el paquete *debía* contenerlo, conforme a la simulación creada y la subjetiva sensación que al respecto obraba sobre el ánimo del procesado.

El conatus. ya en su forma de tentativa inacabada o tentativa acabada, no puede estimarse, como lo hace el recurrente, de circunstancia atenuante. El llamado tipo amplificador origina un nuevo título delictivo, autónomo y propio, auncuando conserve el *nomen juris* de la figura delictiva a la cual se refiere. De manera que la extorsión tentada o frustrada no es una disinuente del delito de extorsión consumado, sino que constituye un delito independiente y *per se*.

La causal invocada, tratada en cuatro cargos, no es viable. De ahí que se imponga su rechazo.

5. En relación a la otra causal, esto es, la primera, aparte primero, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, conviene anotar lo siguiente:

La sentencia no dispone una indebida aplicación del artículo 17 del Código Penal. El recurrente ofrece una opinión distinta y da argumentos en respaldo de su tesis. Pero su análisis parte de un supuesto errado y no desarrolla totalmente la cuestión. En efecto, afirma que el criterio para diferenciar una y otra figura radica en que la tentativa se da en la etapa de los actos ejecutivos y la frustración en la de los consumativos. Como el procesado sólo alcanzó con su conducta a realizar los primeros, la solución, que para el actor se presenta fácil, está del lado de su interpretación. La realidad jurídica es otra. Las dos comentadas modalidades pertenecen ambas al campo de la actividad ejecutiva y no es tarea simple distinguir una de otra por representar, dentro del *iter criminis*, una división notoriamente artificial. De ahí que la tendencia unificadora (Italia, Argentina, Alemania, Rusia) gane cada vez mayor ascendiente en las legislaciones. Pero teniéndose que enfrentar la cuestión, algunos indican la conveniencia de acentuar el factor subjetivo (el agente activo hizo todo lo que quería) para establecer el dificultoso distingo: otros aconsejan acudir a valoraciones caracterizadamente objetivas (el agente activo hizo todo lo necesario a fin de conducir su acción al fin propuesto; aportó lo que la experiencia y las circunstancias aconsejaban como indispensable para lograr el resultado querido).

Pues bien en el caso *sub judice* bien puede decirse que una y otra orientación concurren eficazmente a respaldar la interpretación acordada por el *a quo*. Es así como debe destacarse que PERLAZA MARQUEZ escogió debidamente su víctima al punto de saber el punto sensible para atacarle (amenazar a sus hijos), como también que estaba en posibilidad económica para atender su ilícito requerimiento, puesto que tenía industria y bienes (dos automóviles) que le permitían financiar rápidamente la pretensión delictuosa. Telefónicamente, sin permitir el control de esas llamadas, se comunicó con la víctima y por varias ocasiones le hizo saber la extorsión a que le sometía. El señor Morales Carmona, acudió a su médico para tratar de equilibrar su estado anímico, dispuso la salida de la ciudad de sus familiares amenazados y acudió al consejo y apoyo de sus amigos, quienes le advirtieron la necesidad de dar cuenta a la autoridad. Se ideó al final la treta de aparentar acatamiento a las órdenes de ese desconocido, el mismo que actuó con reconocible malicia cuando intentó tomar lo que él creía que era el dinero.

PERLAZA MARQUEZ dispuso de los medios considerados por él como necesarios y efectivos. Subjetivamente colmó todo su proyecto delictivo y nunca pensó que aquéllos carecían de eficacia. De otro lado, y ya en un plano objetivo, esa actividad constituía un obrar definidamente

apto para conseguir ese propósito, Mas se afianza esta apreciación cuando se advierte el abonado terreno sicológico en que se encontraba la víctima pues el ambiente de inseguridad, el descaro y preparación de los delincuentes facilitaba la ejecución de tan repudiables empresas. La idoneidad de los medios, mirada como debe mirarse, vale dicir *ex ant* y no *ex post*, aparece en forma manifiesta.

Lo comentado permite señalar que la decisión impugnada no puede estimarse y desacertada y merecer el correctivo que por medio del recurso de casación intenta el memorialista. De otro lado, apreciaciones tan sutilmente subjetivas que auspician buen margen de libertad en el fallador, no se descalifican acudiendo a intrincados y controvertibles raciocinios sino con demostraciones claras que se apoyan en hechos manifiestos. Y, por lo visto el caso no es de éstos. Priva, entonces, el principio de conservación de la sentencia, por la justicia y acierto que conviene atribuir al fallador.

No es necesario comentar la ausencia de provecho económico para PERLAZA MARQUEZ, pues precisamente la no obtención del mismo, en la forma ideada, constituye su conducta en delito frustrado de extorsión, pues la hipótesis delictuosa descrita por el legislador en la norma se ejecutó sólo en parte, debido a factores ajenos al sujeto activo de la infracción.

El cargo tampoco prospera y debe desecharse.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, -SALA DE CASACION PENAL-'

RESUELVE

NO SE CASA la sentencia ya mencionada en su naturaleza, fecha y origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD

Por no haberse llevado a cabo la audiencia dentro de la hora judicial

HORA JUDICIAL. La hora judicial de acuerdo con el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil empieza cuando el reloj la anuncia

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., julio diez y ocho de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 38

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia el 25 de octubre de 1976 contra PEDRO ANTONIO GARCIA HENAO por los delitos de Homicidio y Robo, mediante la cual confirmó la del Juzgado Tercero Superior que impuso a éste diez y ocho años de presidio y las penas accesorias de rigor, pero adicionándola para condenar a dicho procesado, en abstracto, a pagar los perjuicios causados con los reatos.

HECHOS

Quedaron resumidos en el auto de proceder de primera instancia, así:

"...doña ZOILA AGUIRRE CONCHA era dueña de la finca VILLA NUBIA, municipio de Calarcá, de esta comprensión judicial. En dicho inmueble hay un SILO o secador de café y en él estaba instalado un dinamo color azul, marca LANCOR. Allí se guardaban, además, dos FUMIGADORAS, una marca RINO y otra marca TRIUNFO. En la pieza del SILO dormía, por otra parte, los trabajadores GERMAN ACOSTA SANCHEZ, ALIRIO GUTIERREZ y MIGUEL ANGEL MORALES BAÑOL, quienes la utilizaban, como lo dice textualmente este último, 'porque no nos amañábamos en el otro cuartel'. El trabajador ACOSTA SANCHEZ, como es obvio, guardaba allí la maleta con su ropa y efectos personales ... Al amanecer del doce de agosto de mil novecientos setenta y cinco, entre tres y tres y media de la mañana, se robaron del SILO el dinamo, las fumigadoras y la maleta de ACOSTA SANCHEZ con su contenido; pero la cosa no paró ahí, pues, además, el TRABAJADOR GERMAN ACOSTA SANCHEZ fue muerto violentamente de certero disparo de revólver...'".

ACTUACION PROCESAL

Las primeras diligencias las practicó el señor Corregidor Departamental de Policía de Barcelona Calarcá por haber tenido conocimiento del ilícito.

El Juzgado Tercero de Instrucción Criminal se apersonó de la investigación y dictó el 14 de agosto de 1975 el auto cabeza de proceso.

Perfeccionadas las sumarias, correspondió calificar su mérito al Juzgado Tercero Superior de Armenia con providencia enjuiciatoria del 2 de febrero de 1976 contra Pedro Antonio García Henao por los delitos de Homicidio y Robo, cometidos en perjuicio de Germán Acosta Sánchez y Zoila Aguirre Concha, respectivamente. Decisión que fue confirmada por el Tribunal el 29 de marzo de 1976.

Tramitada la causa y surtida la audiencia pública, el Juzgado del conocimiento, acogiendo el veredicto del Jurado, condenó al acusado en sentencia del 9 de septiembre de 1976.

Apelado este pronunciamiento ante el Tribunal, fue confirmado el 25 de octubre de 1976. Inconforme el procesado interpuso el recurso de Casación que fue admitido por la Corte y sustentado en debida forma por el apoderado especial que instituyó para tal fin.

LA DEMANDA

Después de hacer el resumen de los hechos y de las actuaciones procesales, el recurrente propone contra la sentencia dos cargos al amparo del numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en la siguiente forma:

1) *Nulidad Constitucional* (artículo 26 C. N.).

Manifiesta que el proceso se encuentra afectado de nulidad "...por carencia de defensa técnico-jurídica, real y efectiva del señor Pedro Antonio García Henao, motivo por el cual se violó el mandamiento constitucional de observar las formas propias del juicio...", en virtud de estas actuaciones: durante el sumario se le designó un apoderado de oficio que no hizo nada positivo en su favor; en la causa se le nombró al doctor Antonio Peláez Franco quien no interpuso recurso alguno contra el auto de proceder, habiéndolo hecho el propio acusado, sin que en el Tribunal se hubiera sustentado la apelación; durante el trámite de la alzada, el procesado confirió poder especial al doctor Horacio Muñoz Echeverry quien se posesionó y, sin embargo, no hizo nada; que confirmado el enjuiciamiento por el Tribunal, el Juez dictó el auto de apertura a pruebas, y lo notificó al anterior defensor sin darse cuenta que ya no lo era; que el término para pedir pruebas, lo utilizó directamente el procesado quien solicitó varias, unas le fueron decretadas y otras se le negaron por inconducentes, no habiéndose practicado sino una sola, la declaración de Ubaldina Ocampo, pues los careos ordenados no pudieron efectuarse porque el defensor no concurrió el día y hora señalados, ni posteriormente los reclamó en la audiencia pública.

Para terminar la impugnación concluye refiriéndose a los defensores del inculpado: "...Ninguno de ellos solicitó siquiera una prueba de tantas que eran necesarias para defenderlo, ni recursos, ni alegatos, solamente el señor apoderado de oficio que intervino en la audiencia hizo un somero estudio de algunas pruebas procesales, pidió absolución del procesado, pero a esto no puede limitarse, la labor de defensa, o mejor, la defensa en la etapa del juicio con intervención de jurados, no se hace más importante en el discurso oral. Antes de llevar a la audiencia a Pedro Antonio García era necesario, pues, haber dejado las bases de una defensa técnica, jurídica, real y efectiva...".

2) *Nulidad Legal* (Numeral 4º artículo 210 C. de P. P.).

Acusa igualmente la sentencia por haberse dictado en juicio viciado de nulidad, pues el Juzgado señaló el día 26 de agosto de 1976, a partir de las 9 de la mañana, para la realización de la audiencia pública, y ésta, según el acta respectiva tuvo lugar "...siendo las diez de la mañana..." de aquel día, es decir, no se celebró a la hora indicada como lo ordena la ley.

Al terminar su demanda solicita el actor que se invalide el proceso desde la notificación del auto de proceder, si prospera el primer cargo; o desde el auto que señaló fecha y hora para la audiencia, en el evento de que la Corte acepte el segundo.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se deseche la demanda como consecuencia del rechazo que propone de los cargos que formula el recurrente a la sentencia. En efecto:

Cargo primero: Dice que no hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional en su expresión más calificada: el derecho de defensa. Así, la defensa material, facultativa para el procesado,

la ejerció a plenitud y sin tropiezo alguno; y la formal, que se dicierne a un técnico o profesional, la tuvo con un defensor idóneo que lo demostró principalmente en la audiencia pública.

Cargo segundo: Afirma que no existe la nulidad por violación del numeral 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues no se sorprendió al reo ni a nadie con el juzgamiento público como lo demuestra que al momento de iniciarse se encontraban presentes todos los interesados. Y, precisa: "...No se conculcó ningún derecho al procesado, como tampoco a la sociedad, pues a la hora en que reza la narración de la audiencia, como de inicio suyo. estaban presentes los representantes del uno y de la otra, fuera del Jurado de Conciencia, del Juez del Derecho y del mismo procesado. No hubo protesta de ninguna de las partes, ni fue que en realidad se dio comienzo a la audiencia en horas diferentes, lo que significa que el silencio guardado por ellas, su presencia y actuación en tan álgido y sobresaliente instante procesal allanaba la nulidad, en caso de ella haberse presentado...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los dos cargos que el impugnante dirige contra el fallo que condena a Pedro Arturo García Henao, los funda al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque en su concepto se dictó en juicio viciado de nulidad.

1) *Violación del Derecho de Defensa*

Antes de entrar a determinar si el derecho de defensa fue conculcado en este proceso, es necesario establecer los supuestos de hecho en que basa su acusación el demandante, para después analizar sus alcances perniciosos en la garantía constitucional que se cuestiona.

Es cierto que el Juzgado le nombró al encausado defensor de oficio, que se posesionó y que no recurrió del auto enjuiciatorio, pero también es innegable que ya aquél había interpuesto el recurso de apelación. Esta situación no indica por si sola, desamparo jurídico; precisamente no recurrir una resolución judicial puede ser, en ciertos casos, una táctica aconsejable relegada al buen juicio del abogado que ejerce la defensa.

Es verdad que durante el trámite de la apelación del auto de proceder el procesado le dio poder a otro profesional y que devueltos los autos al juzgado de origen, éste profirió el auto de apertura a pruebas y lo notificó, al parecer, a quien no debía, es decir, al defensor de oficio, y que de esta irregularidad nadie protestó. Sin embargo, no existe la pretendida anomalía si se tiene en cuenta que el poder que otorgó el acusado fue "...para que en mi nombre y representación gestione mi libertad ante su despacho...", lo que indica un mandato restringido, tan especial y concreto, que no era sustancialmente eficaz para desplazar del todo al defensor de oficio e inhabilitarlo para recibir esa notificación.

Fue el propio enjuiciado quien pidió pruebas en la causa, pruebas que se decretaron, salvo la inspección judicial y el careo con Luis González. La inspección judicial por inconducente y el careo por cuanto el citado González no figuraba en el proceso. No obstante, de las ordenadas no se practicó sino un testimonio y las demás no se surtieron porque el defensor comparecía a otra hora. Afirma el recurrente que las pruebas no decretadas y las dejadas de practicar, eran de capital importancia para la defensa y de modo especial la inspección judicial al lugar donde se encontraron escondidos los objetos del robo, pues allí el Agente de la Policía Luis López Gallo dijo haber reconocido al procesado cuando se acercó, para luego disparar contra la autoridad que quiso inútilmente capturarlo en ese momento; se alega precisamente que en esa diligencia establecerían los peritos si el testigo lo pudo confundir "... con otra persona semejante..." en razón de la hora, la visibilidad y demás circunstancias ambientales. Es indiscutible que el testimonio del agente del orden que lo identificó, no es la única prueba que al respecto existe en los autos; obra otra de mayor entidad y suficiente para mantener el hecho, como es el dictamen dactiloscópico emitido por el DAS y confir-

mado por el Instituto de Medicina Legal, mediante el cual se estableció que varias de las huellas que se hallaron en los objetos sustraidos corresponden al procesado. Entonces, la prueba reclamada y los careos que no se practicaron conducirían, en el mejor de los casos, a restarle fuerza a la versión del Policía, pero no a dejar sin fundamento serio el veredicto del Jurado y, por ende, la sentencia impugnada.

Las observaciones anteriores demuestran que las actitudes señaladas no lesionaron la garantía constitucional del procesado al debido proceso y a una defensa justa. Más se consolida esta apreciación con la lectura del acta de audiencia pública, de donde surge con toda claridad que el defensor no escatimó esfuerzo en el cumplimiento de su misión, pues analizó los testimonios de Alirio Gutiérrez, José Luis López Gallo, Julio Ulloa y Omar Hernández y criticó los informes policivos, los dictámenes balísticos y dactiloscópicos, todo con el fin de resaltar la ineficacia incriminatoria de la prueba recaudada y de solicitar la absolución de Pedro Antonio García Henao.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2. *Violación de un Esquema Normativo.*

Sostiene el actor que al no realizarse la audiencia pública, con intervención del Jurado, a la hora señalada por el auto respectivo se incurrió en la nulidad prevista por el numeral 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Demuestra que el Juzgado por auto del 12 de agosto de 1976 fijó el día 26 del mismo mes y año, a las nueve de la mañana, para la celebración de la audiencia pública en este proceso, y que la diligencia respectiva, según reza el acta, se inició en la fecha indicada "...Siendo las diez de la mañana...", es decir, vencida la hora judicial.

Arguye que todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el Juez, como lo ordena el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal y que, en armonía con esta norma, el numeral 4º del artículo 210 instituyó en nulidad, para todos los procesos penales, la no realización de la audiencia pública "...en el día y la hora señalados ..".

Con fundamento en aquellas disposiciones legales considera que "...Al haber transcurrido la hora judicial inicialmente señalada para la celebración de la audiencia pública, el señor Juez Tercero Superior ha debido fijar nueva fecha y hora, y al no hacerlo dejó viciado de nulidad aquel acto...".

Carece de razón el impugnante. Si la hora judicial, de acuerdo con el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil empieza cuando el reloj la anuncia, es lógico concluir que termina cuando éste señala la siguiente, es decir, que necesariamente existe una fracción de tiempo, en el que se confunden la hora que acaba con la que principia. Allí se conjuga la hora que termina con la que empieza, en la cual se integra, por modo ineludible, lo que hubiere acontecido.

Esta realidad quedó consignada en el acta de la audiencia bajo la expresión "...Siendo las diez de la mañana...", y cuando en ella se precisó: "...En el referido sitio se hallaron presentes listos a intervenir en el debate: DR. DIEGO JARAMILLO ARANGO, Agente del Ministerio Público; DR. ARTEMO PELAEZ FRANCO, en calidad de defensor del procesado; PEDRO ANTONIO GARCIA HENAO; y el número reglamentario de los designados como Jurados...".

Cuando la ley exige el señalamiento previo del día y de la hora en una actuación judicial, lo hace para que los sujetos procesales no sean sorprendidos en esos derechos, esto es, para darles certeza del momento en que deben concurrir a ejercitarlos. Cuando esto materialmente se cumple, porque todos ellos estuvieron presentes y ejercitaron con plenitud sus derechos, como ocurrió en este caso, no hay duda que la citación y la diligencia surtidas satisfacieron su finalidad sustancial.

Toda nulidad tiene por fundamento la violación de la estructura básica del proceso o de ciertos actos procesales, pero, esencialmente, el conculcamiento de la garantía de defensa. Se viola la estructura del proceso, o la del acto procesal, cuando se construyen por fuerza de las normas que los regulan y, se conculca el derecho de defensa cuando se impide, por

algún modo, su ejercicio. En este proceso, la vista pública se verificó con la observancia de todas las ritualidades que le son propias conforme a la ley; y no surge reparo posible que permita inferir que se obstaculizó el cabal ejercicio de la defensa, como lo señala el Ministerio Público.

Con haberse iniciado la audiencia, en las condiciones anotadas, no se sorprendió a nadie, no se lesionó la estructura del proceso ni la específica de ese acto procesal, no se menoscabó el derecho de defensa, y se realizaron los objetivos primordiales de justicia, lo que hace impertinente la nulidad que propone el actor.

En tal virtud, este cargo tampoco prospera.

Por fuerza de lo dicho, 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 de Casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del veinticinco de octubre del año pasado, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia y de la cual se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

POLICIA JUDICIAL

La policía judicial está autorizada expresamente por el artículo 296, numeral 8º del Código de Procedimiento Penal para recibir por escrito y con fidelidad la versión libre y espontánea del imputado. Y el artículo 306 de la misma obra señala el valor probatorio de las diligencias realizadas por la policía judicial

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

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero.*

Aprobado: Acta Nº 38

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el defensor del procesado HERNAN ORTIZ RIMOLO contra la sentencia de 7 de julio de 1976 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual lo condenó a cincuenta y un mes (51) meses de presidio como responsable de los delitos de Secuestro y lesiones personales.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los consigna el Tribunal de instancia así:

"Los procesados trabajaban en la Fábrica 'Confecciones Liliana, satélite de Pat Primo' en la ciudad de Bogotá, acostumbraban a salir los domingos y días de fiestas y además, María Cristina Mejía Mejía es familiar de Ana Gabriela Mejía Cabal, quien para el mes de abril del año de 1975 se aprestaba a viajar a Europa y era objeto de atenciones en su casa y en casas de sus amigas, Ana Gabriela, de 20 años de edad, había tenido amores con Iván Villegas Botero, pero las relaciones se habían amortiguado un tanto, por dedicarse el último al consumo de alcohol y de estupefacientes. Dado que María Cristina Mejía conocía esta situación y lo mismo Hernán Ortiz, acordaron que se haría una llamada telefónica a la casa de Ana Gabriela y fue así como le hicieron llegar un ramo de flores, con la indicación de que se trataba de una sorpresa y de que con posterioridad le dirían quién era el admirador. Al día siguiente, el domingo 13 de abril de 1975, volvieron a verificarse llamadas telefónicas, la muchacha Ana Gabriela salió de su casa y en un carro que se encontraba estacionado, fue invitada a penetrar bajo el ensueño de que le darían la oportunidad de descubrir a su admirador que la víspera le había remitido flores. Una vez en el interior del vehículo, la mujer que se hallaba al timón emprendió veloz carrera y unas cuadras adelante, varios peatones vieron que el vehículo frenaba, un sujeto que se hallaba en la parte delantera se pasaba al sitio de atrás, en donde se hallaba Gabriela, con un pañuelo en la mano, para después, logrado este objetivo y tras haber intentado el sujeto llevar el pañuelo a la nariz y boca de Ana Gabriela, reemprender la marcha. La muchacha presuntamente agredida abrió la portezuela, el hombre trató de sujetarla, logró salir sufrió algunas lesiones, mientras que la mujer y su acompañante seguían a toda carrera, listos a localizar el lugar donde les habían alquilado el carro que les sirvió para los fines propuestos".

Por auto de 18 de abril de 1975, el Juez 51 de Instrucción Criminal de Bogotá inició la correspondiente investigación Penal. Recibió ampliación de la denuncia. Vinculó a los sindicados Hernán Ortiz Rimolo y María Cristina Mejía Mejía y decretó su detención preventiva por auto de 28 de abril de 1975.

Practicadas numerosas diligencias tendientes al perfeccionamiento de la investigación, el Juez 23 Penal del Circuito de esta ciudad la declaró cerrada por auto de 5 de julio de 1975.

Calificado el mérito del sumario, se les llamó a responder en juicio criminal por el delito de secuestro en la modalidad de tentado, y lesiones personales. La audiencia pública tuvo ocación el 8 de enero de 1976. Se dictó sentencia el 14 de febrero de 1976. Recurrida por los defensores y el Ministerio Público, fue reformada por el Tribunal de Bogotá. Interpuesto el recurso de Casación por el defensor de Ortiz Rimolo, fue admitido mediante auto de 4 de noviembre pasado.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, el censor formula cuatro cargos a la sentencia recurrida.

Cargo primero: "La sentencia recurrida tiene como existentes las diligencias en las cuales rindieron versión los procesados ante las autoridades del F-2 de la Policía, incurriéndose así en manifiesto error de hecho por falso juicio de legalidad, al apreciar diligencias que jurídicamente no tienen eficacia porque se han violado sus condiciones esenciales de existencia procesal, conforme a lo ordenado por los Arts. 214, 216, 393 y 431 del Código de Procedimiento Penal, quebrantamiento legal ostensible que produce la violación indirecta de la ley sustancial en sus artículos 17 y 293 y 371 y 372 del Código Penal, violación que de no mediar este error no se hubiere producido".

"Y, en la sentencia impugnada no se dio aplicación al inciso segundo del artículo 431 y al artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, que ordenan tener tales versiones como inexistentes, antes bien se les reconoció valor de pruebas (violando el artículo 216 del C. de P. P.) y se justificó tal actuación contra la ley cuando afirma el *ad quem* "...se repite que las confesiones extrajudiciales son de mucho calado y que mal podría la Policía Judicial llamar en ese momento abogados para que sirvieran de apoderados ya que se trataba de diligencias previas que implican un gran sigilo...".

"En la realidad procesal, que es la única que se puede examinar en este momento, no hay ninguna prueba válidamente allegada al proceso que establezca que Ana Gabriela fue privada de libertad y que se pretendía obtener un provecho o utilidad ilícito, para el caso del delito de secuestro, o que con intención de lesionarla se le causó un daño en el cuerpo que la incapacitó por doce días, para el caso del delito de lesiones personales".

Cargo segundo: "Como subsidiario del anterior presento este cargo contra la sentencia recurrida en la cual se incurrió en manifiesto error de derecho por falsa apreciación de la versión rendida ante el F-2 de la Policía por los procesados, dándole el valor de confesión extrajudicial violando en forma ostensible y protuberante los artículos 216 y 264 del Código de Procedimiento Penal, quebrantamiento que provoca la violación indirecta de los artículos 17 y 293 y 371 y 372 del Código Penal, violación que de no mediar este manifiesto error de derecho no se hubiera producido".

"Los funcionarios que recepcionaron las versiones de los procesados Hernán Ortiz Rimolo y María Cristina Mejía, en el F-2, no tienen la calidad de jueces de instrucción o de jueces del conocimiento; se recepcionó tal diligencia sin que estuviese presente el apoderado de los procesados y, de otra parte, por otros medios probatorios no se encuentran plenamente acreditado el cuerpo del delito. No se ha probado plenamente, conforme al artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, con otros medios probatorios, diferentes a la supuesta confesión el que Ana Gabriela Mejía se le hubiese privado de libertad con el fin de obtener un provecho o utilidad ilícitos. No hay ningún

medio de prueba que acredite plenamente la existencia del delito de secuestro así sea frustrado y del delito de lesiones personales".

"El *ad quem* en la sentencia impugnada se refiere a esta exposición como confesión extra-judicial y la toma como prueba principalísima de la responsabilidad penal en los procesados y como única prueba, y por supuesto plena, aunque no lo dice expresamente, de los elementos que tipifican y diferencian el delito de secuestro, de un hecho inocuo a la ley sustancial, especialmente el dolo específico o 'el propósito de obtener un provecho o utilidad ilícitos' ".

Tercer cargo: "La sentencia recurrida le da valor de confesión judicial a las indagatorias de los procesados, rendidas ante el Juez 51 de Instrucción Criminal, incurriendo en manifiesto error de hecho por interpretación falsa de los hechos consignados en las diligencias de indagatoria, violando el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, hecho que conlleva la violación indirecta de la ley sustancial en sus artículos 17 y 293 y 371 y 372 del Código Penal, violación que no hubiese ocurrido de no haberse producido este error. Al efecto tenemos que:"

"El aceptar circunstancias ajenas a los cargos que se le imputen a un acusado no constituyen confesión. Como si a alguien se le imputa un homicidio, esto es, el haber causado la muerte a otro con intención de matar y el imputado, en su indagatoria manifiesta haber estado en compañía del muerto, de esta versión no puede jamás afirmarse que ha confesado el delito de homicidio, ya que esto sería afirmar una falsedad en relación con los hechos, se haría un falso juicio de identidad entre los hechos imputados y los hechos narrados por el acusado".

"En la sentencia acusada, el *ad quem* se refiere a las confesiones judiciales como elemento de prueba que le dan la certeza no solamente sobre la responsabilidad, sino sobre el cuerpo del delito, de secuestro frustrado y de lesiones personales".

"Si leemos las indagatorias y los careos que obran en el proceso legalmente producidos, frente a la imputación que en el auto de proceder y en la sentencia impugnada se les hace a los procesados, encontramos que éstos en ningún momento manifestaron, ni expresamente, ni tácitamente que hubiesen privado de libertad a Ana Gabriela Mejía Cabal y por lo tanto no podían confesar el dolo específico de esta acción porque no la hubo".

"Es, entonces, manifiestamente evidente el error de hecho en que ha incurrido el juzgador de segunda instancia al afirmar en la sentencia recurrida que como pruebas de responsabilidad de los procesados y de los elementos del delito obraban las confesiones judiciales de los mismos pues de la sola lectura comparativa de las piezas en que pudieron haber hecho la confesión y de los que se pretenden probar encontramos que es ostensible la falta de identidad entre los hechos por probar y los relatados por los indagados".

Cuarto cargo: "La sentencia recurrida viola indirectamente la ley sustancial en sus artículos 17, 293, 371 y 372, ya que el sentenciador de segunda instancia evaluó en forma incompleta el testimonio de la denunciante, en lo sustancial del hecho investigado, quebrantando el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, llevándolo a un manifiesto error de hecho por incompleta apreciación de la prueba".

"En este proceso la denunciante afirma, en relación con la estructuración del cuerpo del delito, investigado que se le subió al vehículo en forma violenta, afirmación que serviría eventualmente para comprobar uno de los elementos del cuerpo del delito de secuestro, la privación de la libertad. Pero en careo sostenido con Hernán Ortiz R., afirma haber entrado voluntariamente al vehículo y al inquirírsele sobre la contradicción recalca que tal vez en su denuncia no se pudo expresar por el nerviosismo, o tal vez, afirmamos nosotros, por la coacción sicológica por parte de los agentes del F-2".

Y concluye:

"Esta falta de apreciación de la versión rendida por la denunciante en el careo que sostuvo con Hernán Ortiz Rimolo conduce al juzgador de segunda instancia en un

manifiesto error de hecho quebrantando con ello el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, al darle valor probatorio al testimonio infirmado y no cualquier testimonio, sino un testimonio esencialmente trascendente en el proceso pues tendía a comprobar nada menos que el cuerpo del delito, con la persona que más luces podía dar a la justicia, en el sentido de si se realizó o no el delito, en este caso la supuesta víctima quien debería afirmar si fue privada o no de la libertad".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual el Tribunal sentenciador concedió el recurso de casación. Considera que el desistimiento por el procesado del recurso interpuesto por el defensor, tiene plena validez, y su voluntad prima a la de su apoderado, máxime si en forma tácita revocó el poder para recurrir ante esta Corporación.

Realiza somero análisis de lo que son los derechos del procesado, la facultad del apoderado, las relaciones derivadas del mandato y sus efectos, para solicitar las declaración de nulidad, y se abstiene de comentar la demanda presentada por el apoderado de Ortiz Rimolo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero: Error de hecho manifiesto y consecuente violación de los artículos 214, 216, 393 y 431 del Código de Procedimiento Penal, a través de los cuales se violó indirectamente la ley sustancial en los artículos 17 y 293, 371 y 372 del Código Penal, por cuanto el sentenciador tuvo como existentes las versiones que los sindicados rindieron ante la Policía Judicial, firmadas por ellos, pero recibidas sin la presencia del apoderado.

El artículo 296, numeral 8º, del Código de Procedimiento Penal, autoriza expresamente a la Policía Judicial para recibir por escrito y con fidelidad la versión que libre y espontáneamente quiera hacer el imputado de las circunstancias y móviles del hecho, su participación en él y la de otras personas. Versión que será firmada por el imputado en señal de asentimiento.

Y el artículo 306 del mismo estatuto señala el valor probatorio de las diligencias de indagatoria realizadas por la Policía Judicial y les otorga el mismo valor probatorio que las practicadas por el juez. Y da carácter de testimonio a la versión juramentada que de los hechos suministre quien ejerza funciones de Policía Judicial.

Dicho lo anterior, la pretendida inexistencia de la versión que suministraron los inculpados, queda sin respaldo legal. Fue recibida por funcionarios competentes, y firmada por quienes las rindieron libre y espontáneamente. No fue imaginada por la Policía Judicial ni por los jueces de las instancias, ni obtenida en forma acomodaticia.

Y como el error de hecho manifiesto consiste en que el sentenciador tiene como real un hecho inexistente, o desconoce la realidad inobjetable de un hecho del proceso, o lo distorsiona de forma que su interpretación por él vale lo mismo que su desconocimiento o la creación de un hecho completamente distinto del examinado, entonces, como ninguna de estas hipótesis discute el demandante, la acusación, por error de hecho manifiesto, no viene llamada a prosperar.

Cargo segundo: Se presenta como subsidiario del anterior, por error de derecho en que presuntamente incurrió el sentenciador que tuvo la versión de los sindicados como confesión extrajudicial, con desconocimiento protuberante de los artículos 216 y 264 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual violó en forma indirecta los artículos 17, 293, 371 y 372 del Código Penal.

El error de derecho en la apreciación de pruebas, para efectos de la casación, tiene ocurrencia en los dos supuestos que se dicen a continuación:

a. Tener como prueba, con incidencia determinante en las conclusiones de la sentencia, una a la que falte la ritualidad

legal prescrita para su aducción al proceso, y

b. Privar a determinado medio probatorio de sus precisos alcances legales, desconociéndolos en su decisión, porque los recorte o exagere en sus justas dimensiones.

En ambos casos su demostración corre a cargo del recurrente. Debe, entonces, comenzar por señalar cuál es el exacto valor que la ley le otorga a la prueba discutida y en qué forma fue desvirtuado por el sentenciador. No es este el caso ofrecido por él a la consideración de la Corte, y el cargo, deficientemente formulado, no puede prosperar.

Cargo tercero: Error de hecho manifiesto y la consiguiente violación de las normas señaladas por el censor, debido a que el sentenciador tuvo como confesión las versiones de los sindicados ante el juez competente, que, en su concepto, no lo son.

Aduce que los imputados reconocieron hechos ajenos a los que se les atribuyen, y que tenían sentido e intenciones distintas del secuestro y lesiones que les fueron deducidos en la sentencia acusada. Y agrega que la pretendida confesión, no lo es, puesto que carece de los requisitos legales prescritos en las normas pertinentes.

Dice: "Reconocer el valor de confesión, así se le califique de extra-judicial a la exposición rendida ante funcionarios del F-2 por el acusado es una falsa apreciación del derecho que quebranta en forma ostensible y protuberante el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, pues para que una exposición rendida por un acusado pueda apreciarse legalmente como confesión debe reunir los requisitos de ley y contenidos especialmente en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, ya que la estimación legal de una diligencia como confesión depende del lleno estricto de los requisitos señalados anteriormente en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal".

Para desvirtuar la eficacia del cargo que se examina basta con transcribir a continuación los pasos pertinentes de la sentencia. Dijo el fallador:

"2º A más de las confesiones y para estructurar indicios que las arropen, aparecen en contra de los reos:

a. MARIA CRISTINA MEJIA MEJIA se reconoce familiar de Ana Gabriela Mejía y también de las intimidades de sus parientes, sabía de su viaje a Europa, de sus amores rotos con Iván Botero, etc. Tanto el sábado como el domingo, María Cristina empleó un tono de voz ronco como para evitar que su allegada la descubriera y, además, el domingo portaba grandes anteojos, como los que se usan en la actualidad, casi como antifaces aptos para despistar a una señorita desprevenida.

b. MARIA CRISTINA MEJIA MEJIA y HERNAN ORTIZ RIMOLO, de ejecutivos de una fábrica de confecciones, con el correr del tiempo, pasaron a ser amantes y se contaban muchas confidencias, entre ellas, la mala situación de la fábrica de confecciones y la necesidad de su refinanciación.

c. La mujer antes citada tenía su automóvil particular, sin embargo los dos últimos días de la semana (sábado y domingo) en los que se hace un alto en la actividad laboral, sin haber urgencias, como para dar idea de lujo, de responsabilidad, amén de que no le convenía llevar su propio vehículo. Además, se escogió para llevar a la cúspide el plan fraguado, el domingo, en que las calles de Bogotá se hacen desérticas, el tránsito se aminora y se facilita así la acción de los antisociales.

d. No es cierto como dice HERNAN que su conocimiento de algunos miembros de la familia Mejía y sobre todo de Ana Gabriela, le despertó un 'donjuanismo' larvado, porque si en todas incursiones lo acompañó su amante, su amiga de confianza, su confidente, mal podía ella, como mujer histérica, de gran emotividad sexual, como lo dice el Psiquiatra Forense, prestarse al juego de conquistas femeninas, que podrían desbancarla, en desmedro de su orgullo y de su capacidad de dominio.

e. Los actos posteriores al momento más importante del drama (la botada del carro por parte de Gabriela), revelan el designio de secuestrarla, sin que quepa en mente humana hablar de atropello sexual, por lo ya expresado en el punto anterior y porque a los autores les convenía emprender las de Villadiego, verificar por la noche llamadas telefónicas intimidantes a la espectativa de limitar la acción de los padres de la muchacha y de la Policía. Esta insensibilidad de los sujetos, especialmente de la mujer madura, dos veces casada y amante de HERNAN, la retrata como mujer sin escrúpulos y capaz de cometer los mayores despropósitos".

Fluye de lo anterior que si el convencimiento del juzgador se fundamenta no sólo en las versiones de los imputados a la Policía Judicial y a los jueces competentes, sino también en el análisis de las versiones, situaciones contenidas en los ordinales precedentes, que, sumadas a las primeras, informan las conclusiones de la sentencia, no es permitido al acusador desarticular el conjunto probatorio, para restar en él, a su antojo y en forma circunstanciada, hechos que, aislados de la totalidad de que forman parte, carecen del sentido y de la significación que en ella adquieren y expresan sin equívocos.

En casos así debe el recurrente demostrar que la calificación que dio el juzgador a los hechos del sumario se muestra ostensiblemente pugnaz con la realidad de lo acontecido. No basta, se repite, aislar un hecho de su contexto y afirmar, por ejemplo, como lo hace el actor, que la confesión extra-judicial, de tan antiguo arraigo en la doctrina y en la jurisprudencia, no es, como tal, medio de prueba, y que como así lo tuvo el sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho, o, en su defecto, en error de derecho. Pues no es lo uno ni lo otro calificar de confesión extra-judicial, la versión que el sindicado hace ante la Policía Judicial, reconociendo hechos que lo perjudican.

Diversas actuaciones del sindicado informaron el criterio del sentenciador.

Su versión de los hechos a la Policía Judicial, libre y espontánea, firmada por él, tiene valor indiciario, y es confesión lo que de ella mantuvo ante el juez del conocimiento en su declaración indagatoria. Las declaraciones de los testigos. Las imputaciones que se hicieron entre sí los sindicados y las demás circunstancias y numerosos indicios que analizó en detalle y en su conjunto el juzgador de segundo grado, no se demeritan si la Corte reconoce, que la confesión extra-judicial, con este nombre, no existe en nuestro derecho procesal. Si la versión del sindicado, libre y espontánea, agregada a otros hechos igualmente relevantes, se articulan al conjunto probatorio y en él adquiere mayor veracidad, el calificativo de confesión extra-judicial que de la doctrina extrajo el juzgador para denominarla, no altera lo acontecido, ni la calificación de secuestro en grado de frustración y lesiones personales, en concurso material, que finalmente recibieron los hechos en la sentencia acusada ha sido demeritada por el recurrente. Tampoco este cargo prospera.

Cargo cuarto: Por último, tomada en su integridad la actuación de la víctima, como lo exige el actor, examinada así, en su unidad, no se advierte en ella contradicción sustancial que permita concluir en conformidad con las pretensiones del impugnador que los jueces de la segunda instancia incurrieron en manifiesto error de hecho.

Si en un primer momento dijo Ana Gabriela que, con brusquedad, fue obligada por Ortiz Rimolo a penetrar al carro, y posteriormente narró con mayor precisión y serenidad lo acontecido, y reconoció haber entrado al vehículo voluntariamente, no es menos cierto que así lo hizo con viciado consentimiento, obtenido por los frustrados secuestradores con el auxilio de preconcebidas argucias.

La sentencia acusada se profirió con vista en la compleja realidad contenida en los hechos averiguados y el recurrente pretende su demérito, simplificándola, y oponiéndole argumentos adecuados a una realidad parcial. El cargo no prospera.

La petición del colaborador Fiscal en el sentido de que declare desierto el recurso, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte sin embargo de la re-

nuncia oportunamente manifestada por el sindicado, no ha sido atendida por la Sala en razón a que, posteriormente, y antes que hubiere oportunidad de pronunciamiento, Ortiz Rimolo ratificó expresamente lo actuado por su defensor y solicitó por escrito que la Corte decida el recurso que contra la sentencia interpuso el doctor Marco A. Skinner.

En consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia -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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CASACION TECNICA

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., julio veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez.*

Aprobado: Acta Nº 36 de julio 7/77.

V I S T O S

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de 30 de junio de 1976, condenó a MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA a la pena principal de diez años y tres meses de presidio como coautor de los delitos de secuestro y robo; a MARCELA GUEVARA BALAGUERA a nueve años, tres meses de presidio por el delito de secuestro, y a ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO a nueve años y seis meses de presidio por el delito de secuestro, en su carácter de cómplices necesarios.

Los condenados MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA y ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal fallador. Como se le ha dado al trámite de rigor a tales recursos, se procede a decidirlos.

ANTECEDENTES

1. En la tarde del doce de noviembre de 1974 la mujer MARCELA GUEVARA BALAGUERA visitó a ELIAS ALVIS BONILLA, en su residencia, para solicitarle que le mostrara el apartamento que estaba dando en arrendamiento, situado en Ibagué en la carrera 7ª Nº 14-39. Una vez allí dos sujetos hicieron irrupción violenta en dicho apartamento, y amenazando con armas a ELIAS ALVIS BONILLA, le manifestaron que se trataba de un secuestro. La mujer fue utilizada para sacar a Alvis de su residencia y conducirlo al apartamento donde se efectuó el secuestro, hizo mutis por el foro cuando hicieron su aparición los dos secuestradores. Al secuestrado lo obligaron a escribir en un papel la frase: "Estoy secuestrado haga lo que ellos digan" y a poner su firma al pie de tal leyenda.

2. Alvis Bonilla quedó en el apartamento bajo la vigilancia de uno de los secuestradores, quien revólver en mano lo mantuvo en dicho lugar durante toda la noche. Pero ocurrió que el secuestrador que lo vigilaba se durmió hacia las cinco de la mañana del día siguiente, circunstancia que aprovechó el secuestrado para pedir auxilio a una vecina, a quien le dijo la situación en que se encontraba. La vecina se trasladó al Cuartel de Policía a dar la noticia del secuestro y momentos después dos Agentes de la Policía Vial capturaron al secuestrador dormido y pusieron en libertad al secuestrado Elías Alvis Bonilla.

3. El secuestrador capturado resultó ser MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA quien ante varios miembros de la Policía Judicial relató que quien había planeado el secuestro fue ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO, Contador del secuestrado Elías Alvis Bonilla, y que la mujer utilizada para conducir a Elías Alvis Bonilla al apartamento donde fue secuestrado se llama MARCELA GUEVARA BALAGUERA, hermana de Miguel Ramón, a quien le solicitaron que se trasladara de Bogotá a Ibagué para prestar el servicio que desempeñó en la comisión del secuestro.

4. Al ser capturado ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO se le encontró en sus bol-

sillos la cédula de ciudadanía del secuestrado Alvis Bonilla, las llaves del apartamento donde éste residía, y el papel en que le obligaron a escribir la frase: "Estoy secuestrado haga lo que ellos digan" y a poner su firma, pero ya estaba adicionado con la siguiente leyenda: "Exigimos $ 800.000.00 en billetes de $ 50.00 y $ 100.00 sin marcar espere llamada".

5. Los dos sujetos secuestradores requisaron a Elías Alvis Bonilla a quien despojaron de las llaves del apartamento donde residía, de su cédula de ciudadanía y de la suma de $ 2.100.00 que mantenía en sus bolsillos. Una vez liberado, se trasladó al apartamento donde residía, al cual pudo entrar, junto con los Policías que lo acompañaron, porque un vecino, empleando una escalera, llegó hasta la ventana del segundo piso, cuyos vidrios rompió y a través del hueco se introdujo a él y pudo así abrir la puerta de entrada. Todos los muebles del apartamento se encontraban en desorden. por haber sido registrado minuciosamente por ladrones, quienes de allí se sustrajeron un revólver y US$ 120.00, objetos estos de propiedad del secuestrado Elías Alvis Bonilla. Como la puerta de entrada de dicho apartamento no fue violentada, ni su cerradura destruida, es lógico sacar la conclusión de que los ladrones, para poder penetrar a dicho apartamento, utilizaron las llaves que le quitaron al secuestrado Elías Alvis Bonilla.

6. El Juzgado 2º Penal del Circuito de Ibagué, con fecha 30 de mayo de 1975, calificó el mérito del sumario con auto de proceder, mediante el cual abrió causa criminal contra MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA como coautor de los delitos de secuestro y robo; contra MARCELA GUEVARA BALAGUERA como cómplice del delito de secuestro; y contra ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO también como cómplice en el delito de secuestro. La complicidad que se predica en relación con MARCELA GUEVARA BALAGUERA y ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO es la necesaria, que describe el artículo 19 del Código Penal.

7. La Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, por sentencia del 30 de junio de 1976, confirmó la de primera instancia pero con la reforma de que las sanciones impuestas fueron las que se expresaron en el primer párrafo de esta providencia.

DEMANDA DE CASACION DE MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA

Por medio de apoderado, el condenado Miguel Ramón Guevara Balaguera presentó demanda de casación, en la cual censuró la sentencia de segunda instancia por haber violado la ley sustancial tanto por infracción indirecta como por infracción directa.

Tres violaciones denuncia la demanda contra el fallo acusado:

a) Violación indirecta de la ley sustancial por interpretación errónea de la confesión judicial de MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA. porque éste confesó haber participado en el robo pero que sólo vino a tener conocimiento de que la víctima del delito también fue secuestrada, cuando en el apartamento donde se consumó tal infracción, se lo oyó decir a uno de los codelincuentes. Sostiene la demanda que como la confesión se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, tal como lo dispone el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, el fallador no podía dividir la confesión de Guevara para aceptarla en cuanto confesaba su participación en el robo y para rechazarla en lo atinente al secuestro, por cuya razón se violó el texto legal antes mencionado.

b) Violación de la ley sustancial por infración directa. Sostiene que se violó el numeral primero del artículo 23 del Código Penal, al no dársele aplicación, debido a que Guevara Balaguera, en su confesión, negó haber participado en el secuestro, ya que se vio coaccionado por la amenaza del codelincuente, quien le dijo que debería vigilar al secuestrado, evitando su fuga, so pena de que lo eliminarían si no cumplía dicha misión.

Como se está en presencia de una causal de inculpabilidad, el procesado debió ser absuelto, y sinembargo fue condenado por el delito de secuestro, al cual no prestó su consentimiento.

c) Violación de la ley sustancial por aplicación indebida. Reitera que al ser condenado GUEVARA BALAGUERA como autor del delito de secuestro, que no confesó, la sentencia acusada violó el artículo 4º de la Ley 21 de 1973 (sustitutivo del artículo 293 del Código Penal), y también violó directamente por aplicación indebida el numeral 4º del artículo 6º de la citada Ley 21 de 1973.

El cargo lo funda en que la sentencia censurada dividió la confesión del procesado, aceptándola en cuanto al delito de robo se refiere, pero rechazándola en relación con el secuestro.

Hace la petición de que se invalide la sentencia impugnada "para que en su lugar se de cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 583, numeral primero del Código de Procedimiento Penal, casando la sentencia acusada y dictando el fallo que deba reemplazarla".

DEMANDA DE CASACION DE ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO

El apoderado de ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO sustentó el recurso de casación mediante demanda en la cual invocó la causal primera de casación en los siguientes términos:

"Violación de la ley sustancial por errónea interpretación".

"La fundamento en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y acuso el fallo condenatorio proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dictado en segunda instancia en este proceso, en cuanto se refiere al procesado ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO, por haberse pronunciado dicha sentencia violando la ley sustancial por infracción indirecta, o sea, por interpretación errónea quebrantando los artículos 215, 264, 489 num. 8º, 305, 430 y 431 del Código de Procedimiento Penal, por apreciación errónea de la prueba de CONFESION atribuida al procesado Miguel Ramón Guevara Balaguera, en cuanto con ella grava a Molina Niño acusándolo de haber planeado el delito de secuestro por el cual se le ha juzgado y condenado". (Folio 38 del Cuaderno de la Corte).

Al amparo de la causal alegada formula cinco cargos:

Primer cargo: Lo fundamenta diciendo que la "confesión extrajudicial que ante Agentes del F-2 y la Jefatura del mismo organismo hizo el procesado Miguel Ramón Guevara Balaguera, acusando a Molina Niño de haber planeado el secuestro de don Elías Alvis Bonilla" ..."no puede tomarse como tal" porque fue insinuada por el Agente Arcadio Pacheco Martínez, al asegurarle al procesado que involucrando a Molina Niño como autor intelectual del secuestro, él se favorecería; porque "lo dicho por Guevara a Pacheco no se hizo en presencia de su apoderado", ni fue escrito: "que la versión rendida por Guevara ante la Jefatura del F-2 no fue libre ni espontánea sino dirigida por el funcionario de la Policía Judicial que la recibió"; que esa versión, aun cuando fue escrita y está firmada por Guevara, "careció también de la presencia y actuación de apoderado, con todo lo cual se desconocieron y violaron ostensiblemente y de modo flagrante la regla de los artículos 264, 289 numeral 8º, 305, 430 y 431 del Código de Procedimiento Penal", y concluye que carecen en absoluto de valor probatorio, por ser inexistentes los elementos de información relativas a la confesión extrajudicial, por lo cual el Tribunal fallador incurrió "en infracción indirecta por interpretación errónea que quebrantó las disposiciones precitadas, incurriendo en error de derecho al asignarle a la prueba comentada un valor que la ley no le otorga".

Segundo cargo: El fallo acusado no le acordó ningún valor a la retractación que Miguel Ramón Guevara Balaguera hizo en su confesión judicial cuando rindió su indagatoria, respecto a la acusación que hizo contra ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO, de haber sido quien lo determinó a cometer el delito de robo. Hubo falta de apreciación, o apreciación errónea de tal retractación, porque en ella Guevara Balaguera afirmó que Molina Niño no tuvo participación en ninguna forma en la comisión del delito de robo ni en el secuestro.

Tercer cargo: La sentencia censurada sólo tuvo en cuenta los argumentos de la defensa que se refieren a la hora de llegada de Molina al apartamento del secuestrado Elías Alvis Bonilla, con lo cual incurrió en error de hecho por falta de apreciación de los restantes indicios que se tuvieron en cuenta en la sentencia condenatoria, como son los de oportunidad, amistad, capacidad para delinquir y de sospecha o actitud sospechosa.

Ataca la sentencia por haber violado el numeral 4º del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo que los artículos 215, 229, 230, 231, 234, 235 y 236 del citado Código.

Cuarto cargo: Hace una larga disquisición sobre el llamado indicio de participación y de mala justificación, que consiste en que Molina Niño no pudo encontrar en el apartamento donde residía el secuestrado Alvis Bonilla sus llaves, su cédula de ciudadanía y el papel que le obligaron a firmar en el apartamento donde se consumó el secuestro, en el cual se le agregó la exigencia de ochocientos mil pesos en billetes de $ 50.00 y $ 100.00, porque para la hora en que afirma haber hecho el hallazgo, ya Alvis Bonilla había sido libertado, su secuestrador capturado y el apartamento donde residía Alvis ya estaba vigilado por la Policía.

En la demanda, partiendo de la base de que el condenado Molina Niño dijo la verdad cuando afirmó que los objetos anteriormente mencionados los encontró en la residencia de Alvis Bonilla, a las 8 de la mañana del 13 de noviembre de 1974, se hace una minuciosa argumentación sobre los cálculos de la hora en que ocurrieron todos los hechos, conforme a los distintos declarantes, para concluir que, por la negativa de la reconstrucción de los hechos, se incurrió en error de apreciación de todos los testimonios en los cuales se hizo constar la hora en que fue libertado Alvis Bonilla y la hora en que llegó la Policía al apartamento en donde aquél se encontraba secuestrado.

Concluye la exposición de este cargo diciendo que "se produjo violación de la ley, por infracción indirecta de los artículos 215, 229, 230 231, 234, 235 y 236 del Código de Procedimiento Penal, tanto por error de apreciación de la prueba, como por omisión en la apreciación de ella, al decir el H. Tribunal que la versión de Molina Niño está huérfana de cualquier medio probatorio".

Quinto cargo: El defensor de Molina Niño hizo al Tribunal fallador la petición subsidiaria de que al condenado se le quitaron los tres años de agravación que se le impuso por haberse consumado el secuestro de Alvis Bonilla con el empleo de armas. Esa petición fue fundada en la circunstancia de que, no habiendo concurrido Molina Niño a la ejecución del delito de secuestro, no se le podía agravar la pena porque la circunstancia material del uso de armas sólo podría tenerse en cuenta para quien, conociéndola, prestó su concurso, según lo dispone el artículo 22 del Código Penal.

El Tribunal basó la existencia del elemento subjetivo a sabiendas en la lógica abstracta que lo condujo a suponer que quien planea un delito de secuestro debe considerar la posibilidad de que ocurran cualesquiera de las circunstancias de agravación enumeradas por el artículo 6º de la Ley 21 de 1973, entre las cuales se contempla la utilización de armas.

Finaliza la demanda haciendo dos peticiones, siendo la principal la de que se invalide la sentencia acusada, casándola, y se absuelva a Molina Niño; y la subsidiaria de que se deseche la agravante de la utilización de armas en la comisión del secuestro, a fin de que se dosifique la sanción correspondiente, con la rebaja pertinente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en un extenso y muy bien argumentado concepto, hace el análisis de la causal de casación invocada y de los cargos esgrimidos contra la sentencia acusada, para concluir con la solicitud de que se nieguen las peticiones de las dos demandas de casación presentadas por los apoderados de MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA y ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO.

Como muchas de las razones jurídicas de la Procuraduría son compartidas por esta Corporación, no se procede a hacer la síntesis de ellas, como es lo usual, porque ellas serán tomadas en consideración al analizar los varios cargos con los cuales se impugna la sentencia acusada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se examinarán las demandas de casación en el mismo orden en que fueron sintetizadas.

DEMANDA DE MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA

Plantea simultáneamente la violación de la ley sustancial, tanto en forma directa como indirecta, lo cual constituye un error de técnica que reiteradamente la Corte ha venido censurando. En efecto. la causal primera de casación tiene dos vertientes, según las cuales cuando se plantea la violación directa de la ley sustancial, el demandante acepta los hechos tal como los describe la sentencia acusada, discrepando únicamente en cuanto a la selección de la norma que se aplicó o sobre su interpretación. En cambio, cuando es la violación indirecta el motivo de casación alegado, el censor lo que cuestiona es precisamente el conjunto probatorio, para negar que los hechos que tuvo por probados el fallador de segunda instancia lo están, o que figuran en forma distinta a como se les entendió en la sentencia, o que no quedaron demostradas determinadas circunstancias, o que, estándolo, no se les tomó en cuenta.

No obstante la ausencia de técnica en la demanda, se entra a estudiar los cargos que se formularon para averiguar si ellos son aceptables o si carecen de toda viabilidad.

Primer cargo: Afirma la demanda que la confesión judicial de MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA no fue admitida en su integridad, tal como se hizo, sino que el fallador la dividió al aceptarla en cuanto el procesado confesó su participación en el robo, pero la rechazó en lo atinente al secuestro.

Procedió correctamente el Tribunal al dividir la confesión porque contra Guevara Balaguera existen pruebas de tanta importancia para considerarlo como coautor del delito de secuestro, tales como la confesión extrajudicial que hizo ante un funcionario de la Policía Judicial, según la cual admitió haber planeado con Molina Niño el secuestro de Elías Alvis Bonilla; la circunstancia de haber sido capturado en el apartamento donde se llevó a cabo el secuestro y el peritazgo grafológico según el cual la frase puesta en el papel que le obligaron a firmar al secuestrado, que dice: "Exigimos $ 800.000.00 en billetes de $ 50.00 y $ 100.00 sin marcar espere llamada" fue ejecutada por la mano de Manuel Ramón Guevara Balaguera (folios 145 a 147 del cuadermo principal). Este peritazgo no fue objetado por la defensa, razón por la cual es plena prueba en contra de Guevara.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo: Radica en sostener que la sentencia acusada violó en forma directa el numeral primero del artículo 23 del Código Penal porque el procesado Guevara Balaguera manifestó que intervino en el secuestro pero de manera coaccionada, ya que fue amenazado por uno de los delincuentes en el sentido de que su vida peligraría si dejaba escapar al secuestrado.

La coacción alegada se encuentra contradicha tanto por su confesión extrajudicial como porque vigiló, utilizando un revólver, al secuestrado para que permaneciera en el apartamento donde Guevara Balaguera lo mantenía privado de su libertad. Además, el hecho de haber manuscrito la frase mediante la cual se hizo la exigencia del dinero que debería entregársele a los secuestradores, para poner en libertad a Elías Alvis Bonilla, constituye un indicio de suma gravedad en contra del procesado para tenerlo como coautor del secuestro.

Por lo tanto, tampoco prospera el cargo.

Tercer cargo: Afirma la demanda que la sentencia censurada aplicó indebidamente el artículo 4º de la Ley 21 de 1973, violándolo en forma directa, porque el

condenado Guevara Balaguera no confesó el delito de secuestro sino apenas el robo, y por ello mismo también se violó el numeral 4º del artículo 6º de la mencionada ley, por haber la sentencia acusada tenido como prueba la circunstancia de agravación punitiva relativa a la utilización de armas.

Las razones expuestas para desechar los dos anteriores cargos sirven para hacerlo también en relación con éste, ya que hay por lo menos tres pruebas que sirven para predicar la coautoría del procesado en la comisión del delito de secuestro.

DEMANDA DE ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO

También invoca la causal primera la demanda de este procesado, aun cuando su factura es más técnica que la relacionada con Guevara Balaguera, ya que circunscribe el ataque a infracción indirecta de la ley sustancial, proveniente de interpretación errónea de algunas pruebas.

Los cargos que formula son los siguientes:

Primer cargo: Miguel Ramón Guevara Balaguera le relató al Agente Arcadio Pacheco Martínez que planeó junto con Antonio José Molina Niño el secuestro de Elías Alvis Bonilla, indicando que tal pacto criminoso se efectuó en un restaurante o café en la ciudad de Ibagué. Posteriormente, ese mismo relato lo hizo ante el Jefe del F-2, el cual se escribió, habiéndolo firmado tanto el funcionario de la Policía Judicial como el sindicado.

En la demanda se formula el cargo de que esa confesión extrajudicial fue insinuada por el Agente Arcadio Pacheco Martínez, haciéndole creer a Guevara que si acusaba a Molina Niño de ser el autor intelectual del secuestro, su situación procesal variaría en forma favorable.

Tal argumentación carece en absoluto de prueba en que se fundamente, por cuya razón no prospera esta parte del cargo.

También ataca la demanda la confesión extrajudicial porque no fue hecha en presencia de apoderado, ni consta en el proceso que al condenado Guevara se le hiciera saber el derecho que tenía de nombrar un apoderado, desde el momento en que fue capturado.

Se trata de una falsa argumentación porque es en la diligencia de indagatoria rendida ante el funcionario instructor o el juez del conocimiento donde el sindicado debe estar asistido de un abogado, cuya misión esencial es la de objetar las preguntas capciosas y la de oponerse a cualquier forma de coacción a que trate de someterse al indagado. En cambio, el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, atribuye a la Policía Judicial la función de "recibir por escrito y con fidelidad la versión que libre y espontáneamente quiera hacer el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho, su participación en él y la de otras personas", la cual "será firmada por el imputado en señal de asentimiento". (numeral 8º).

No prospera el cargo.

Segundo cargo: La demanda lo circunscribe en la falta de apreciación, o apreciación errónea, que la sentencia acusada le dio a la retractación de Guevara, en cuanto sostiene que participó en el robo de que se hizo víctima, en unión de otras personas, a Elías Alvis Bonilla, pero que no tuvo noticia de que también se planeaba el secuestro del citado Alvis, sino cuando dos de los codelincuentes hicieron irrupción en el apartamento donde se encontraba Alvis con Marcela Guevara Balaguera, a quien por solicitud de esta le estaba mostrando dicho apartamento para tomarlo en arrendamiento. Y que esa retractación también incluyó la afirmación de que Molina Niño era inocente, por no haber participado en la ejecución del robo ni del secuestro.

Al examinar uno de los cargos de la demanda formulada por el apoderado de Miguel Ramón Guevara Balaguera se expusieron las razones jurídicas que existen para no darle ningún valor probatorio a la retractación de la confesión extrajudicial de Guevara, razones que sirven para desechar este cargo que es exactamente igual a uno de los esgrimidos en la otra demanda.

Tercer cargo: Fundamenta este ataque en una frase de la sentencia censurada, en cuanto sostiene que el defensor de Molina Niño concentró todo el ataque a un solo indicio de incriminación, como lo es el relativo a la hora en que llegó Molina al apartamento donde residía Elías Alvis Bonilla, olvidándose de los demás de que hizo mérito el Tribunal fallador en su sentencia, tales como los de oportunidad, amistad, capacidad para delinquir, sospecha o actitud sospechosa.

Este cargo lo confecciona la demanda a base de transcripciones de los alegatos de la defensa, en los cuales se cuestionan todos los indicios que vienen analizándose desde el momento en que se dictó el auto de proceder.

En realidad no se trata de un ataque contra la sentencia censurada, sino de la defensa que el apoderado del demandante hace de su actuación durante la etapa del juicio. Es lo cierto que la sentencia acusada hace un análisis muy completo de los varios indicios que militan en contra de Molina Niño, para considerarlo como el autor intelectual del secuestro de Elías Alvis Bonilla. Si el defensor redujo su ataque a un solo indicio, o si cuestionó la totalidad de los indicios de incriminación, es circunstancia que no puede convertirse en un cargo contra la sentencia del Tribunal, tal como lo pretende la demanda de casación.

Tampoco prospera este cargo.

Cuarto cargo: Cuando fue capturado Molina Niño, la Policía le encontró en sus bolsillos la cédula de ciudadanía del secuestrado Elías Alvis Bonilla, lo mismo que las llaves del apartamento de éste y el papel en el cual Alvis manifestaba que se encontraba secuestrado y que hicieran lo que los secuestradores indicaran, en el cual Guevara Balaguera agregó que exigían $ 800.000.00 por la libertad de Alvis.

Molina Niño expresó que tales elementos se los había encontrado en el apartamento de su patrón Elías Alvis: las llaves pegadas en la cerradura, y la cédula de ciudadanía y el papel, en, que los secuestradores exigían el rescate, dentro del apartamento. El cual fue visitado por los ladrones, quienes se sustrajeron de allí un revólver y US$ 120.00.

El cargo lo organiza la demanda en el sentido de expresar que la versión de Molina debe entenderse como una verdad absoluta, que debe ser creída, porque contra ella no se ha producido ninguna prueba que la demerite. Y para tratar de sacar avante tal argumento, la demanda se dedica a hacer cómputos del tiempo que transcurrió entre el momento en que el secuestrado pidió auxilio a una vecina y aquél en el que Molina Niño afirma haber llegado al apartamento donde residía Elías Alvis Bonilla.

Se está en presencia de un indicio grave en contra de Molina Niño de ser copartícipe del secuestro de Elías Alvis, por cuanto el hecho de habérsele encontrado en sus bolsillos elementos que le fueron quitados a Alvis en el apartamento en donde lo tenían secuestrado y la circunstancia de que también portaba el papel en donde los secuestradores exigían el rescate, son hechos indiciarios que demuestran plenamente que este procesado fue partícipe en la ejecución del secuestro. Y si a esto se agrega la incriminación que le hizo Manuel Ramón Guevara Balaguera, en su confesión extrajudicial, de haber sido el cerebro que planeó el secuestro, es fácil llegar a la conclusión de que hay plena prueba de su complicidad necesaria. Además, el comportamiento de Molina Niño, cuando a varias personas les dio la información del secuestro, también sirve para concluir que estaba propiciando el pago del rescate, por cuanto a José Rivera y a Hernando Alba les dijo que no deberían darle informe alguno a las autoridades hasta que los secuestradores hicieran conocer sus pretensiones. Sólo cuando al ser requisado Molina y se le encontró en sus bolsillos la cédula de ciudadanía del secuestrado, las llaves de su apartamento y el papel sobre el monto del rescate, fue cuando vino a culminar el proceso de incriminación que tuvo en cuenta el Tribunal fallador para restarle toda importancia probatoria a la versión infantil de Molina sobre el hallazgo de elementos tan comprometedores en su contra.

Lo expuesto significa que la sentencia apreció correctamente la versión de Molina, al desestimarla en presencia de los indicios graves que recaudó el proceso, lo mismo que de la acusación que le hizo Guevara Balaguera en su confesión extrajudicial.

Se desecha el cargo.

Quinto cargo: Se afirma en la demanda que de ser condenado Molina Niño por el delito de secuestro, no se le podría incrementar la sanción con la circunstancia de agravación de la utilización de armas porque Molina no podría conjeturar que Guevara Balaguera emplearía un revólver para vigilar al secuestrado Elías Alvis, y el artículo 22 del Código Penal establece que las circunstancias materiales favorecen o perjudican a quien, conociéndolas, prestó su concurso para la comisión del delito.

Este cargo subsidiario tampoco prospera porque la situaciación de Molina Niño no puede encuadrarse dentro del artículo 22 del Código Penal sino del 19, ya que fue condenado como autor intelectual, y esta norma dispone que incurrirá en la misma sanción establecida para el delito el que determine a otro a cometerlo.

Las razones anteriores son suficientes para concluir que ninguna de las dos demandas de casación pueden prosperar, por cuya razón no será casada la sentencia acusada.

LA DECISION

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal;

RESUELVE

No casar la sentencia de 30 de junio de 1976 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por medio de la cual condenó a MIGUEL RAMON GUEVARA BALAGUERA por los delitos de secuestro y robo, y a MARCELA GUEVARA BALAGUERA y ANTONIO JOSE MOLINA NIÑO por el delito de secuestro.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada. V., (Secretario).

ACLARACION DEL VOTO

Comparto la parte resolutiva de la anterior providencia y la estructura general de la motiva.

Simplemente quiero repetir que en mi criterio, dentro de la actual organización procesal, en el ámbito del derecho penal, no existe confesión extra-judicial y que aquella pieza a la cual le dan tal denominación, viene a constituir, como también lo sostiene la Sala, un indicio.

De ahí que comparto el siguiente criterio expuesto por esta misma Corporación: "Diversas actuaciones del sindicado informaron el criterio del sentenciador".

"Su versión de los hechos a la Policía Judicial, libre y espontánea, firmada por él, tiene valor indiciario, y es confesión lo que de ella mantuvo ante el juez del conocimiento en su declaración indagatoria. Las declaraciones de los testigos. Las imputaciones que se hicieron entre sí los sindicados y las demás circunstancias y numerosos indicios que analizó en detalle y en su conjunto el juzgador de segundo grado, no se demeritan si la Corte reconoce, que la confesión extra-judicial, con este nombre, no existe en nuestro derecho procesal. Si la versión del sindicado, libre y espontánea, agrega a otros hechos igualmente relevantes, se articulan el conjunto probatorio y en él adquiere mayor veracidad, el calificativo de confesión extra-judicial que de la doctrina extrajo el juzgador para denominarla, no altera lo acontecido, ni la calificación de secuestro en grado de frustración y lesiones personales, en concurso material, que finalmente recibieron los hechos en la sentencia acusada ha sido demeritada por el recurrente".

Dejo así aclarado mi voto.

Alvaro Luna Gómez

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

Haberse dictado la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado. El actor tiene que aceptar el veredicto y discutir la interpretación que le dé el fallador en la sentencia

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., julio veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 41

V I S T O S

Entra la Corte a desatar el recurso de Casación interpuesto, por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, contra la sentencia del 24 de septiembre de 1976, mediante la cual la aludida Corporación confirmó la proferida por el Juzgado Superior de Cartago que condenó a JOSE ARTURO QUINTERO GIRALDO a la pena principal de TREINTA Y DOS MESES de presidio como responsable del delito de Homicidio en Norberto Antonio Quintero Bermúdez, y lo absolvió por el de Robo en bienes del mismo.

HECHOS

Los resumió el Tribunal en el auto que dictó para confirmar el proceder de Primera instancia, así:

"Cuando por el sitio denominado 'La Quiebra de San Pablo' en el municipio de El Aguila transitaban juntos José Arturo Quintero Giraldo y Hebert Antonio Quintero Bermúdez el 12 de mayo del pasado año, el primero propinó a éste varios peinillazos causándole la muerte en breves instantes y procediendo luego a arrojar el cadáver por una pendiente cultivada de cafetos, y luego con la misma arma cortó la maleza salpicada de sangre y unas hojas de plátano para cubrir otras manchas de la misma y, en seguida, en un tanque con agua lavó su ropa y peinilla ensangrentadas Horas después y en una vivienda aledaña al lugar de los hechos, donde momentos antes habian estado víctima y victimario, fue éste aprehendido . . .".

ACTUACION PROCESAL

El Juzgado Promiscuo Municipal de El Aguila después de efectuar el levantamiento del cadáver dictó el correspondiente auto cabeza de proceso el 13 de mayo de 1975, y ordenó la detención preventiva del procesado el 20 del mismo mes y año.

El Juzgado Primero Superior de Cartago cerró el averiguatorio y calificó el mérito de las sumarias llamando a juicio, con intervención del jurado, a José Arturo Quintero Giraldo por los delitos de homicidio y robo el 18 de diciembre de 1975. Decisión que confirmó el Tribunal Superior de Buga el 26 de febrero de 1976. Tramitada la causa y surtida la audiencia pública, el juzgado del conocimiento, con base en los veredictos emitidos, condenó al procesado por el delito de homicidio y lo absolvió por el de robo, el 19 de julio de 1976.

El Tribunal Superior de Buga confirmó en todas sus partes la sentencia del *a quo* ya mencionada. Contra ella acudió en casación el Fiscal Primero de esa Corporación, recurso que le fue concedido y, luego, aceptado por la Corte. Oportunamente presentó la demanda respectiva la cual se declaró ajustada a derecho.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliar o coadyuvar el libelo del Fiscal por cuanto no comparte "....los muy respetables y altísimos conceptos de la acusación...".

LA DEMANDA

El señor Fiscal empieza por hacer un relato de los hechos, de la actuación procesal, de lo ocurrido en la vista pública en relación con el veredicto y transcribe algunos apartes de la sentencia impugnada.

Invoca el censor la causal 2ª de casación consignada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por considerar que la sentencia se dictó en desacuerdo con el veredicto del jurado.

El cargo único que formula al amparo de esta causal, lo hace consistir en el hecho de que una vez que el jurado emitió su veredicto reconociendo que el procesado obró " en estado de ira e intenso dolor...", el juez del conocimiento, por insinuación del defensor, le solicitó la aclaración del mismo obteniendo que agregaran la frase "...por grave e injusta provocación...", que vino a variar fundamentalmente el sentido de la delincuencia.

Estima la Fiscalía que al dictarse la sentencia en armonía con ese agregado, el fallador desconoció el veredicto inicial para acoger el segundo, ilegalmente producido, pues el juez no podía pedir aclaración porque la respuesta del jurado era nítida y porque aún no se había publicado o leído.

Es así como concluye que hubo aplicación impertinente del artículo 28 del Código Penal al armonizarlo con el 362 del mismo estatuto, que era el aplicable, en forma exclusiva, conforme al veredicto que se desconoció.

LA CORTE CONSIDERA

Al amparo de la causal 2ª de Casación el Ministerio Público ataca la sentencia por haberse dictado en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Conforme a la técnica que demanda esta precisa impugnación, el actor tiene que aceptar el veredicto en su legalidad; lo que va a discutir es la interpretación que le ha dado el fallador en la sentencia. Se ataca el fallo pero se afirma la validez del veredicto, porque sólo así el demandante puede demostrar que el sentenciador, por exceso o por defecto, lo desconoció o le dio un alcance impertinente. En consecuencia, aquí no se puede atacar la existencia jurídica del veredicto, porque en tal evento el actor incurre en el absurdo de destruir la base sobre la cual tiene que edificar su razonamiento.

Esto le ha ocurrido al casacionista al estructurar el cargo. En efecto: parte de la existencia de dos veredictos. Lo que induce un sofisma que tuvo que acuñar para tratar de demostrar un desacuerdo donde no lo hubo, porque el veredicto tal como quedó, lo recogió integralmente la sentencia. Pues, sostiene el demandante que al responder el jurado "Sí es responsable pero en estado de ira e intenso dolor y sin circunstancias de asesinato", emitió un primer veredicto; que la frase "por grave e injusta provocación" que estampó posteriormente, por aclaración que pidió el juez a solicitud del defensor, produjo una segunda veredicción, ésta ya inexistente, porque aquél no tenía facultad para exigirla; y, que al acogerla en el fallo se desconoció el veredicto inicial, profiriéndose en desacuerdo con él.

La crítica descansa en la apreciación personal del censor respecto de la aclaración del veredicto, que califica de acto arbitrario del Juez, y que apuntala con varias jurisprúdencias que vienen al caso, pero en sentido contrario, es decir, para desvirtuar su propio argumento. Ha dicho esta Corporación que una de las facultades discrecionales que tiene el Juez en la audiencia pública es pedir la aclaración del veredicto cuando causa incertidumbre en cuanto al grado de responsabilidad que atribuye, bien porque su

pensamiento se enreda en la expresión escrita, o porque se queda inmóvil en la mente del jurado.

La aclaración era conducente. En la audiencia se propuso la atenuante del artículo 28 del Código Penal, y el jurado contestó que se trataba de un homicidio simple, cometido "en estado de ira e intenso dolor"; indudablemente, se refirió a esa situación jurídica concreta, pero la resolvió en forma incompleta. Podía entenderse, prima facie, *que su respuesta implicaba su pleno reconocimiento. Entonces, no resultaba indebido que el juez solicitara una precisión al respecto y que el jurado la hiciera. Si esto es evidente, su intervención en nada modificó el pensamiento del jurado que manifestó no haber consignado la frase "por grave e injusta provocación",* por error, *y no porque su voluntad fuera la de rechazar la atenuación impetrada.*

Todo indica que el fallo censurado se dictó de acuerdo con lo que quisieron los jueces de conciencia, es decir, en armonía con su veredicto y la adición que se produjo antes de concluir la audiencia pública, lo que significa que se obró conforme a derecho.

En consecuencia, la demanda no prospera.

Por fuerza de lo dicho, 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 de Casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del veinticuatro de septiembre del año pasado, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada. V., (Secretario).

VEREDICTO

El veredicto para que sea llamado tal, se requiere que sea existente, que sea válido, a fin de que pueda operar el mandato del inciso 3º del artículo 565 del Código de Procedimiento Penal que ordena que el veredicto del segundo jurado es obligatorio

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

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 41 de julio 21/77.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado NORBERTO SALAZAR CUBIDES y su defensor contra la sentencia de 9 de julio de 1976 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio por medio de la cual al modificar la de primera instancia, condenó a Salazar a la pena privativa de la libertad de diez años de presidio, a más de las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de homicidio en Manuel Santos Echeverri.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Acertadamente han sido presentados en diversas piezas así:

"...El hecho que originó este proceso ocurrió a las diez de la noche del día 12 de junio de 1972, en el bar Monterrey, de la población de Saravena, cuando entró en él Norberto Salazar Cubides (a. El Soledeño) y se sentó en una mesa contigua a aquélla en que se hallaba Manuel Santos Echeverry, dueño del bar, tomando y conversando animadamente con sus amigos Porfirio Forero y Darío Amable Gómez y llamó a Echeverry para que se acercara a su mesa; éste después de varias llamadas se acercó a él y Salazar, sin hacerle ninguna manifestación hostil, le propinó una puñalada en el estómago y acto seguido salió de la cantina, limpiando de paso la sangre del cuchillo en la hoja de la puerta, en tanto que Echeverry era conducido por su compañero Alix Granados y sus amigos Forero y Amable Gómez, al puesto de salud, pero dado el estado de gravedad fue trasladado al Hospital de Cúcuta, donde falleció el día 14 del mismo mes...".

Al día siguiente de ocurridos los hechos, el Corregidor Intendencial de Saravena inició las presentes diligencias (Fl. 2). Luego las envió al Juzgado Promiscuo Territorial de la misma población, el cual practicó numerosas pruebas y oyó en indagatoria a Norberto Salazar Cubides (Fls. 11 ss.). Enviadas a Villavicencio, su conocimiento correspondió al Juez 3º Superior, el cual declaró cerrada la investigación (Fl. 89). El juzgado del conocimiento, de acuerdo con su colaborador (Fls. 90 ss.), por auto de 13 de noviembre de 1972 llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Norberto Salazar Cubides (a. El Soledeño) por el delito de homicidio agravado (C. P. Art. 363 ordinal 5º), en Manuel Santos Echeverri (Fls. 102 ss.). El defensor nombrado por el encausado apeló de esa determinación (Fls. 112 vto. ss.) y el Tribunal la confirmó en todas sus partes por

la suya de 1º de marzo del año siguiente (Fls. 120 ss.). Con el cumplimiento de las formalidades legales, se celebró la audiencia pública (Fls. 157 ss.) y, a la única cuestión que le fue propuesta, el jurado contestó unánimemente: "Sí es responsable del delito de homicidio con insidia, pero sin alevosía, y sin que la víctima hubiera estado en condiciones de inferioridad" (Fl. 156). El 14 de diciembre de 1973 el Juzgado, dando acogida a la decisión de los jueces de conciencia, condenó a Norberto Salazar Cubides a la pena principal de diez y ocho años de presidio, a más de las accesorias correspondientes, por el delito por el cual había sido llamado a juicio (Fls. 163 ss.).

Subidas las diligencias al Tribunal por apelación interpuesta por el sentenciado y su defensor, esta Corporación, el 21 de marzo de 1974 resolvió "Declarar contradictorio y por ende inexistente el veredicto emitido por el Jurado de Conciencia en este proceso" y ordenó la convocatoria de nuevo jurado (Cuaderno Nº 2, Fls. 11 ss) lo cual se cumplió (Fls. 200 ss.) y, en esta ocasión, los jurados respondieron por unanimidad a la cuestión única: "NO ES RESPONSABLE POR FALTA DE PRUEBAS" (Fl. 206). El juez *a quo, el* 7 de octubre de 1974, DECLARO "contrario a la evidencia de los hechos el veredicto" anterior (Fls. 211 ss.), determinación que fue confirmada por el Superior (Fls. 13 ss.), habiendo salvado el voto uno de los Magistrados integrantes de la Sala, por estimar que se estaba frente a un segundo veredicto de carácter obligatorio (Fls. 17 ss.).

Se verificó nueva audiencia pública y la unánime veredicción fue: "SI ES RESPONSABLE DE UN HOMICIDIO VOLUNTARIO" (Fl. 237-. Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, contra la última de las cuales se interpuso el recurso extraordinario de casación, que ahora ocupa a la Sala.

LA DEMANDA

El censor, luego de hacer una breve presentación de los hechos y de la actuación procesal, formula dos cargos contra la sentencia impugnada: el primero, con invocación de la causal cuarta y el segundo, al amparo de la primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta: Cargo único: La sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad porque "el veredicto del segundo jurado es definitivo", según el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

De manera que al someter al procesado a tres debates públicos, como aquí se hizo, se violó el artículo 26 de la Constitución que enseña que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio".

Luego, al armonizar la norma constitucional con la 565 del estatuto procesal penal, se concluye que no se observaron en su plenitud las formas propias del juicio, por lo cual se vulneraron las garantías del procesado y sus derechos esenciales se vieron menoscabados, al aplicarse en su contra un procedimiento distinto al consagrado en la ley.

Solicita de la Corte se invalide el fallo y dé cumplimiento a lo establecido en el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera: Cargo único: La sentencia recurrida "es violatoria de la ley sustancial por violación directa del artículo 565 del Código de Procedimiento Penal". (C. de P. P., Art. 580, causal 1ª).

Lo sustenta, así: El Tribunal Sentenciador "no tuvo en cuenta que al proferirse el segundo veredicto que eximió de responsabilidad a NORBERTO SALAZAR CUBIDES, debió de revocar el fallo emitido por el Juzgado Tercero Superior el siete de octubre de mil novecientos setenta y cuatro y, disponer en su lugar, que el *a quo* dictara la sentencia en consonancia con el veredicto, pues por tratarse de segundo veredicto, por imperativo legal tenía que aceptarse, pero no interpretar equivocada y erróneamente la ley, para de esta manera seguir un procedimiento no contemplado en el Código de Procedimiento Penal, y así llegar a unas conclusiones desde todo punto de vista inacep-

tables, porque reitero a la H. Corte que tanto la primera como la segunda audiencia celebradas en este proceso son válidas y, por consiguiente, debía acogerse tanto en primera como en la segunda instancia el fallo proferido por el Tribunal Popular, cuando expresó que NORBERTO SALAZAR CUBIDES "no era responsable por falta de pruebas".

Solicita de la Corte, con fundamento en el ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, dictar el fallo que debe reemplazar al anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Se observa que aún cuando el censor plantea los dos cargos con fundamento en dos causales distintas, tanto el uno como el otro se levantan sobre el mismo hecho y, en el fondo, sobre la misma argumentación la cual, en síntesis, consiste en que cuando se profirió el veredicto absolutorio, que el demandante considera como segundo, la sentencia ha debido fundamentarse sobre él, de acuerdo con el artículo 565 del estatuto procesal penal, según el cual éste es definitivo. Lo anterior explica el por qué los dos cargos se estudiarán de manera conjunta.

Es cierto que la norma últimamente citada, dispone lo que con relación a ella se ha dicho. Pero no puede perderse de vista que ella sólo tiene aplicación en caso de que se trate de un segundo veredicto. Ahora bien:

El que el demandante considera como segundo dentro de estas diligencias, no tiene tal carácter porque procesalmente es inexistente, puesto que así lo declaró el Tribunal Superior respectivo cuando en su auto de 21 de marzo de 1974 resolvió "Declarar contradictorio y por ende inexistente el veredicto emitido por el Jurado de conciencia en este proceso".

Con relación al punto que se debate, como lo recuerda el Ministerio Público colaborador, la Corte ha sostenido que "un veredicto contradictorio es inexistente, puesto que se destruye por la rotunda oposición entre sus términos. De manera que, en esencia, la causal tercera de casación: 'cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio', está consagrando esa misma causal para la 'inexistencia' del veredicto, ya que igual da llamarlo 'contradictorio' que 'inexistente'. Mas, como para que una respuesta pueda ser considerada como veredicto, de acuerdo con lo expuesto, es necesario, por exigencia de la ley, que sea clara y precisa, tanto en cuanto afirma como en cuanto niega la responsabilidad penal, síguese que si la expresión del jurado, como respuesta al cuestionario, no afirma ni niega aquella responsabilidad con claridad y precisión, ya por condicionada, ya por ambigua, dedúcese que esta manifestación por no reunir las condiciones propias que constituyen el veredicto no puede tenerse como tal, por ser inexistente" (Sentencia del 20 de junio de 1973, casación de Bautista Sánchez).

Debe recordarse que una cosa es la audiencia pública y otra la veredicción del Tribunal popular. Si la primera se ciñe a las normas legales, ella será siempre válida. Pero la existencia de esa diligencia no implica que siempre, el veredicto con el cual culmina, también tenga vida en sí mismo. Y lo anterior, precisamente porque puede darse el caso de veredictos contradictorios, es decir, que en sí mismos llevan el germen de su desintegración y, en consecuencia, de su inexistencia. De tal modo que en casos como el acabado de proponer, la audiencia es válida, pero el veredicto con el cual finalizó es inexistente.

Entonces, con relación a lo normado en el estatuto procesal penal, es preciso tener en cuenta: para que pueda darse aplicación a su artículo 519, según el cual "En los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto...", ello implica, necesariamente, la existencia de un veredicto y ya se ha visto que cuando él es contradictorio, es inexistente y, en consecuencia, falta el elemento fundamental para poder dictar sentencia.

Y, de otra parte: Cuando en el inciso 3º de su regla 565 dispone que "El veredicto del segundo jurado es definitivo", concretamente se está refiriendo a tal pie-

za y no a ninguna otra. Claro que tanto la audiencia, como el cuestionario y el veredicto, forman lo que se denomina unidad jurídica; pero de estas tres partes integrantes de la unidad jurídica, la que es definitiva es la última, o sea el veredicto. Mas surge aquí la misma consideración que se sentó en el párrafo inmediatamente anterior: para que ese llamado veredicto sea definitivo, se requiere que sea existente, que sea válido.

En el caso sometido a estudio el denominado por el demandante segundo veredicto, como ya se vio, es inexistente y, por tanto, sobre él no se podía levantar sentencia ninguna ni tiene valor alguno para poder decir que fue segundo y que, en consecuencia, debía ser tenido en cuenta para dictar el fallo.

En consecuencia, no prospera ninguno de los dos cargos propuestos en la demanda y la providencia impugnada, como lo solicita el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no podrá casarse.

DECISION

Por lo expuesto la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 9 de julio de 1976, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CAUSAL CUARTA DE CASACION

Cómo debe alegarse

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., julio veintinueve de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 43 de julio 28/77

V I S T O S

Contra la sentencia que con fecha 26 de enero del año en curso profirió el Tribunal Superior de Bogotá y por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la del 4 de noviembre del año anterior dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad en que se condenó a JULIO MILTON BLANCO y a ARIOSTO ESPINEL ESPINEL a la pena principal de veintisiete meses de prisión, cada uno, y a ALBERTO GOMEZ GUTIERREZ a la de veintiséis meses, también de prisión, como autores del delito de robo cometido en esta capital el 30 de octubre de 1974 en contra de los intereses de la firma "Warner Lambert", interpuso en tiempo oportuno el defensor del último de los nombrados el recurso extraordinario de casación que le fue concedido, declarado admisible por esta Sala y tramitado normalmente hasta poner el proceso en estado de proferir fallo a lo cual se procede previas las siguientes consideraciones.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

En la fecha últimamente citada o sea el 30 de octubre de 1974 y a eso de las tres de la mañana, los agentes Filiberto Páez González y Alfonso Páez Cruz vieron al frente de una de las dependencias de los laboratorios "Warnes Lambert" situadas en la calle 16 con carrera 21 de esta ciudad una camioneta cuyo conductor, al darse cuenta de la presencia de la Policía, emprendió la fuga por lo cual los agentes hicieron unos disparos que, oídos por los tripulantes de una radiopatrulla, fueron causa de que éstos persiguieran a la camioneta que después de un largo recorrido fue a estrellarse contra una casa en la avenida de Las Américas con carrera 44 sitio en cuyas cercanías fue capturado el conductor del vehículo quien se identificó como Alberto Gómez Gutiérrez.

Entre tanto los agentes primeramente mencionados penetraron en el Laboratorio y allí procedieron a capturar a Julio Milton Blanco y Ariosto Espinel Espinel quienes desempeñaban las labores de vigilantes por cuenta de la empresa "PATROL".

Es de advertir que en el vehículo conducido por Gómez se encontraron cuatro cajas que contenían drogas procedentes del laboratorio en mención y que en el local ameritado había otras cajas de drogas listas para ser trasladadas.

Asimismo se estableció en el proceso que las cajas llevadas a la camioneta habían sido sacadas del Laboratorio por el hueco que dejó en la parte superior de la puerta del mismo la ruptura de un vidrio. Y que el lado de dicho hueco se encontró otro vidrio entero.

Interrogado el denunciante Fabio Zapata Gómez sobre si el vidrio se podía romper empujando la puerta, contestó en sentido negativo. También se le preguntó si la empresa había puesto allí el otro vidrio y también respondió negativamente,

Agregó que por el hueco en mención cabían tanto una persona como las cajas sustraídas y que en la parte anterior del marco de la puerta se observaban huellas de que habían tratado de forzarla por ese lado. (Fl. 61).

Se llevó a cabo una diligencia de inspección y avalúo de las drogas tanto las que estaban en la camioneta como las que quedaron en el laboratorio, diez y seis cajas en total, apreciando tales elementos en la suma de $ 117.539.00 pesos M/cte.

Oído en indagatoria Alberto Gómez Gutiérrez manifestó, en síntesis, que la noche de autos y cuando se dirigía en una camioneta a la plaza de "Paloquemao" a eso de las tres y media de la mañana, fue interceptado, en la calle 21 con carrera 16, por un individuo a quien conocía y que le pidió transportara unas cajas a la empresa "Coopetran" por lo cual le pagaría sesenta pesos. Cuando estaba subiendo dichas cajas a la camioneta el sujeto le dijo: "Arranque que nos cogió la policía" al oír lo cual el exponente sintió miedo porque presentía que lo habían involucrado en un problema grave por lo que emprendió la huida pero fue capturado y conducido a una estanción de Policía en donde se enteró que el nombre de la persona que había solicitado sus servicios era José Ariosto Espinel.

Por su parte este último, al ser indagado, dijo que la noche de autos estaba prestando servicio de vigilancia con Julio Milton Blanco en los laboratorio mencionados y que por haberse puesto a boxear con su compañero e irse éste contra una puerta, se rompió un vidrio y que entonces el exponente insinuó a su amigo Blanco que se sacaran unas cajas de drogas por el hueco que había quedado a la ruptura del vidrio a lo cual este último no quería, en un pricipio acceder, pero al fin convino en hacerlo luego de lo cual él (Blanco) contrató una camioneta que pasaba por ese lado para que llevara las cajas pero en el momento en que las estaban cargando en dicho vehículo fueron sorprendidos por la policía. Asevera que sólo él y su amigo Blanco fueron los responsables del delito.

El mencionado Julio Milton Blanco corrobora en un todo lo dicho por Espinel explicando que cuando estaban boxeando, éste lo sorprendió con un puñetazo en el pecho por lo cual se fue contra la puerta y que con el impacto de su cuerpo sobre ésta se rompió el vidrio por lo cual ambos se asustaron y trataron de conseguir otro para colocarlo en lugar del roto lo cual no fue posible porque los vidrios que habían no eran de la misma dimensión de éste.

Se recibieron las declaraciones de los agentes Filiberto Páez y Héctor Alfonso Páez quienes fueron los que vieron la camioneta frente a la bodega y penetraron primero en ella, intimando prisión a los procesados. El primero expresa que éstos le ofrecieron veinticinco mil pesos para que los dejara libres.

Rubiela Acevedo dice haber visto al procesado Gómez ingiriendo licor esa misma noche y hasta eso de las diez en el establecimiento donde ella trabaja. Y José Antonio Rozo expresa que esa misma noche y como a las doce y veinte vio la camioneta de Gómez estacionada frente a la casa de éste.

Por auto de 3 de abril de 1965 el Juzgado Octavo Penal del Circuito al que le correspondió conocer del proceso, llamó a juicio a Julio Milton Blanco y a José Ariosto Espinel Espinel como autores del delito de robo en categoría de frustrado y a Alberto Gómez Gutiérrez como cómplice necesario del mismo ilícito. El apoderado de Blanco apeló de esa decisión y el Tribunal, por medio de la suya de 14 de julio del año mencionado resolvió el recurso reformando el llamamiento a juicio para los sindicados a quienes consideró responsables como autores por el delito de robo perfecto.

Una vez verificada la audiencia pública el juzgado profirió sentencia con fecha 4 de noviembre del mismo año en la cual condenó, como queda dicho al comienzo de la presente, a Blanco y a Espinel a la pena de 27 meses de prisión, y a Gómez a la de veintiséis meses también de prisión.

Apelada esta providencia, subió al Tribunal que se pronunció sobre ella en la que ahora es materia del recurso extraordinario de casación.

Considera en ésta que hubo previo acuerdo de voluntades entre Blanco y Espinel para cometer el delito lo mismo que entre el primero y Gómez para el transporte de las mercancías.

Afirma el *ad quem* que pese a haberse iniciado los hechos a las diez y media de la noche, el vehículo sólo fue conseguido a las tres y media de la madrugada cuando por la ausencia de gente era más fácil cometer el delito y que no era posible que Espinel fuera a conseguir para el traslado de las drogas a una persona desconocida. Agrega que la actitud de Gómez fue consecuencia lógica de su participación en el delito pues no es creíble que si no sabía de la existencia de éste fuera a huir cuando se presentó la policía, a lo cual se añade que Gómez ofreció dinero a los agentes para que lo dejaran libre.

Encuentra el Tribunal bien dosificada la pena impuesta por el Juzgado. Es de advertir que el juez aumentó la sanción corporal por considerar que obraba en contra de los procesados la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal y que, además se presentaban los agravantes del numeral 4º del artículo 398 y la del artículo 399 del mismo ordenamiento es decir por haber actuado de noche y porque la cuantía de lo sustraído superaba a los diez mil pesos.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Dos cargos formula el demandante en el marco de la causal 4ª de casación y cuatro en el de la 1ª, dos de éstos por violación directa (el primero y el cuarto) y dos (el segundo y el tercero) por violación indirecta.

A continuación se resumen tales cargos, empezando por los basados en la causal 4ª y enseguida de cada uno la respuesta del Ministerio Público.

Causal cuarta. Primer cargo: Se hace consistir en que la sentencia, según el actor, fue pronunciada en un juicio viciado de nulidad de carácter procesal por error en la denominación jurídica del delito pues, siempre según el demandante, se consideró que el ilícito cometido había sido el de robo afirmación que se hizo por los juzgadores sin haber practicado durante el proceso una diligencia de inspección judicial para establecer si era cierto o no que la rotura del vidrio había sucedido en la forma como lo expresaron los procesados Blanco y Espinel. Afirma que al no decretar esa prueba se violó el artículo 265 del Código de Procedimiento Penal y se quebrantó el principio de indivisibilidad que ampara la confesión de los dos procesados pues se tomó de ella lo desfavorable con olvido del principio *"in dubio pro reo"*.

Agrega que no hay en el proceso prueba alguna que permita afirmar que la idea de sustraer las drogas nació en la mente de los procesados antes de la rotura del vidrio.

Y termina diciendo que la versión del poderdante Gómez en el sentido de que obró de buena fe al aceptar el transporte de la mercancía por el pago de setenta pesos tiene respaldo en el dicho de los otros dos procesados que respecto al primero de los cuales existe sólo un delito de hurto ya que no hubo violencia para la sustracción.

Replica la Procraduría que el cargo no puede aceptarse pues está demostrado, por una parte, que el vidrio roto estaba colocado en la parte superior de la puerta y, por otra, que sólo por allí podía penetrarse para sustraer las drogas.

Agrega que las explicaciones dadas por Blanco y Espinel no tenían otro objeto que mejorar su situación frente al hecho comprobado de haber sido sorprendidos con las drogas.

Pide, por lo tanto, que se rechace este cargo.

Segundo cargo: Afirma el actor que se quebrantó la garantía consagrada en el artículo 26 de la Constitución Política consistente en el derecho de defensa del sindicado por cuanto, al calificarse erróneamente el delito, se hizo ésta más difícil.

Responde el Ministerio Público diciendo que, puesto que no hubo errónea calificación del delito, no pudo producirse entrabamiento del derecho de defensa.

Solicita, al igual que respecto al cargo anterior, que se rechace esta censura.

Causal primera. Primer cargo. Acusa la sentencia de haber violado, en forma directa, la ley al dividir la confesión de los procesados Espinel y Blanco con lo cual, dice el actor, se quebrantó lo dispuesto por los artículos 217 y 215 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene que no existe prueba alguna atendible de que el vidrio hubiese sido roto con la intención de penetrar en la bodega y que sobre el particular no hay más que el dicho del denunciante el cual, en su concepto, carece de fundamento en los autos ya que, insiste, no se practicó la diligencia de inspección judicial a que se ha referido en los cargos anteriores.

Contesta el Ministerio Público diciendo que en realidad el recurrente está alegando, no una violación directa de la ley pues ello supondría reconocer los hechos en que se fundó el juzgador, sino una violación indirecta pero que, como sustancialmente se trata del mismo cargo que ha venido haciendo basta reproducir lo ya dicho a propósito de esa censura. Agrega que no sólo en la prueba de la rotura del vidrio se basó el Tribunal para condenar a Gómez sino también en la huida de éste, actitud que no se compadece con su alegación de inocencia y que, además, está de por medio el hecho de que los otros dos procesados fueron sorprendidos cuando colocaban las cajas en la camioneta y que su explicación sobre la ruptura del vidrio es inaceptable por todo lo cual debe concluirse que no está demostrado el error manifiesto que alega el demandante.

Segundo cargo. Asevera el censor que el Tribunal violó en forma indirecta la ley al suponer que en el proceso existía la plena prueba de la responsabilidad de Gómez Gutiérrez "por el solo hecho de haber sido encontradas en su poder las 6 cajas de drogas que fueron sustraídas de los Laboratorios 'Warner Lambert' ".

Sostiene que el *ad quem* se basó en lo dispuesto por el artículo 233 del Código Penal (sic) pero no tuvo en cuenta que para considerar responsable al tenedor de la cosa robada es necesario que antes se le haya condenado por sentencia irrevocable como autor de un delito contra la propiedad.

Replica la Procuraduría que, examinada la sentencia, no aparece en ella mencionada la disposición procesal que cita el recurrente ni se puede decir que el fallador se apoyó sólo en la circunstancia expresada por éste, o sea la de haber sido encontrados en poder de su poderdante los objetos robados, sino que también tuvo en cuenta otros indicios como el de haber huido Gómez cuando los sorprendió a él y a los otros procesados la policía y el de no parecer que fuera persona desconocida para éstos, puesto que le entregaron tales objetos.

Tercer cargo. Se formula al igual que los anteriores en el segundo cuerpo de la primera causal de casación o sea como quebranto indirecto de la ley.

Sostiene el actor que el Tribunal violó el artículo 402 del Código Penal al considerar que la huida de Gómez era un indicio de su responsabilidad en el delito de robo siendo así que, dadas las explicaciones del procesado tal hecho quedaba despojado de gravedad. Al estimar que sí la tenía, el *ad quem*, según el demandante, quebrantó los artículos 229, 230, 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal y también violó el 215 en concordancia con el 217 del mismo ordenamiento pues consideró que había prueba plena para condenar no siendo esto, así.

El Ministerio Público replica diciendo que no es cierto que el Tribunal hubiere dado el valor de indicio necesario a la fuga del procesado Gómez sino que se limitó a calificarlo de grave, como evidentemente lo es, y uniéndolo a otros indicios llegó a la conclusión de que dicho procesado era responsable, con otros, del delito materia del proceso.

Critica la actitud del actor al aislar el referido indicio para criticar su valoración por el Tribunal y concluye diciendo que no se ha demostrado por parte de aquél el error de hecho que hubiera cometido el *ad quem*.

Cuarto cargo. Vuelve a recurrir el censor al primer aparte de la causal primera de casación para decir que el senten-

ciador violó, por aplicación indebida, el ordinal 5º del artículo 37 del Código Penal así como el numeral 4º del artículo 309 del mismo ordenamiento y que dejó de aplicar el inciso 2º del artículo 21 *ibídem*.

Responde, por su parte, el Procurador Tercero que nuevamente se incurrió en falta de técnica en la demanda pues cuando de violación directa de la ley se trata, no se puede criticar el haz probatorio ya que alegar aquélla implica aceptar los hechos fundados en éste.

No obstante esa situación, el Ministerio Público estudia el cargo como si hubiera sido formulado en el segundo cuerpo de la primera causal de casación, esto es, como violación indirecta de la ley y replica que si bien el procesado Gómez carece de antecedentes penales. ello no impide que el juzgador pueda, con base en otras consideraciones, señalar una pena superior al mínimo de la fijada por la respectiva disposición penal.

En cuanto a la aplicación de numeral 4º del artículo 398 dice la Procuraduría que era procedente por haberse llevado a cabo el delito en horas de la madrugada. También estima fundada la del ordinal 4º del artículo 37 del Código Penal por no haberse dado aplicación al numeral 5º de la disposición primeramente citada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como bien anota el Procurador Tercero Delegado Penal las censuras dirigidas por el actor contra la sentencia, en la última parte de su demanda se basan todas en el segundo cuerpo de la causal primera de casación, por cuanto se critica dicha providencia por violación indirecta de la ley penal no obstante que la primera y la cuarta de ellas llaman "violación directa" a las presuntas fallas del juzgador.

Empero, la Sala pasará por alto esa falta de técnica en la casación y examinará cada uno de los cargos empezando por los formulados en el ámbito de la causal cuarta de casación.

Causal cuarta: Primer cargo: *Se hace consistir como se deja dicho, en que según el censor, el Tribunal incurrió en error en cuanto a la denominación jurídica del delito pues consideró como robo lo que, a juicio del actor, es un hurto.*

La formulación de esta censura adolece de falta de técnica porque para presentarla el demandante examina las pruebas del proceso con el objeto de desconocer que la presentación de hechos llevada a cabo por el Tribunal corresponde a la verdad.

Ahora bien, como repetidas veces lo ha dicho esta Sala, el error en la denominación jurídica del delito consiste en la calificación equivocada que el juzgador haya dado a los hechos.

La nulidad consistiría en demostrar que esos mismos hechos configuran una diversa entidad penal, es decir, se subsumen en un tipo diverso al que señaló el Juzgador.

En otras palabras, quien ataca una sentencia por error en la denominación jurídica del delito, acepta los hechos tal como los consigna la sentencia pero niega que se les pueda calificar en la forma como ésta lo hizo.

En el caso de autos el actor debió formular la presente censura en el marco del segundo aparte de la causal primera de casación alegando violación indirecta de la ley por interpretación errónea de la prueba que habría conducido al juzgador a sancionar hechos que no ocurrieron en la forma como él los consignó en la sentencia.

Teniendo en cuenta los elementos de prueba que obran en el proceso se concluye que el Tribunal denominó en forma correcta los hechos pues consideró que por haber Blanco y Espinel quebrado un vidrio para entrar en el depósito de drogas, esto es, ejercido fuerza sobre las cosas para apoderarse de los bienes ajenos, eran responsables del delito de robo e igualmente lo era Gómez por haber colaborado con ellos, previo convenio, en sacar tales bienes del poder de quien los tenía con derecho a conservarlos.

En consecuencia el cargo carece de fundamento y debe desecharse.

Segundo cargo: La afirmación de que se menoscabó el derecho de defensa del procesado Gómez porque se calificó, a

juicio del actor, en forma errónea el delito, no tiene consistencia pues su esfuerzo defensivo así como el de su apoderado tuvieron amplia oportunidad de ejercerse ya que el cargo fue formulado en forma clara y concreta.

Pudiera, por el contrario, afirmarse que es más fácil defenderse de un cargo falso que de uno verdadero pues basta demostrar la falta de fundamentos del primero lo que implica un empeño menos difícil que destruir las bases de un cargo fundado.

Tampoco prospera esta censura.

Causal primera. Primer cargo. La Confesión es una prueba que como las demás, está sujeta a valoración por parte del juez. Debe éste analizar tanto la parte subjetiva de la misma, esto es, los motivos de ella, la credibilidad del confesante, sus condiciones psíquicas etc. Como su parte objetiva, a saber, la posibilidad de que las cosas hubieran ocurrido como las narra el procesado. En este último aspecto, la ley (artículo 264 C. de P. P.) dice que debe tenérsela por verídica mientras no se presente prueba en contrario.

Debe entenderse que la disposición legal mencionada hace referencia a toda clase de pruebas. Es obligación del juzgador valorar la confesión no sólo enfrentándola a una prueba determinada sino a todo el haz probatorio.

Más aún: debe analizar si el confesante pudo haber buscado una situación jurídica menos grave, especialmente si se trata de una confesión calificada, pues la calificación puede tender no sólo a eximir de culpa sino a aminorar las consecuencias penales del acto.

Finalmente, la falta de pruebas no exime al juzgador de la obligación de valorar la confesión a la luz de la experiencia para ver si aquélla aparece como verosímil a los datos de ésta desmienten el dicho del confesante.

En el caso de autos el recurrente sostiene que era indispensable una inspección judicial para determinar si el vidrio de la parte superior de la puerta podía romperse al ser ésta golpeada con el cuerpo de uno de los procesados.

Y si bien es cierto que esa prueba hubiera sido conveniente no aparece, sin embargo, como imprescindible pues bien pudo el juzgador apreciar las circunstancias de hecho a la luz de la experiencia para llegar a la conclusión de que no era posible que las cosas ocurrieran como lo dijeron los inculpados. En otras palabras, al valorar la confesión llegó al convencimiento de que, como las cosas no suelen suceder del modo como las describe la confesión, ésta no podía ser aceptada.

Tal juicio valorativo dista mucho de ser contrario a la experiencia y de ahí que sin motivos poderosos para rechazarlos no podía hacerse esto último. El censor no ha presentado esos motivos y por ello debe rechazarse el cargo por infundado.

Segundo cargo: El Tribunal no se basó, para deducir responsabilidad a los procesados, en particular a Gómez, exclusivamente en el hecho de que en poder de éste se hubieran encontrado algunas de las cajas de drogas sustraídas a los Laboratorios. Tuvo presente otros elementos de juicio como su huída precipitada y el hecho de que a aquellas horas de la noche, hubiera estado en el sitio del delito y en compañía de los principales autores de éste.

En consecuencia la censura consiste en que no podía aplicarse la presunción de culpabilidad que consagra el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal por cuanto el procesado Gómez no ha sido condenado, con anterioridad, por delitos contra el patrimonio, carece de fundamento.

Tercer cargo: La estimación de la prueba indiciaria consistente en la huida de Gómez al advertir la presencia de la policía no puede calificarse de errónea, como lo dice el censor.

El dicho del procesado de que escapó del lugar de los hechos porque temió verse comprometido en algo grave, es, a todas luces, un simple recurso defensivo que no resiste examen si se considera la hora y el lugar en que fue encontrado y, sobre todo, lo increíble que resulta que, en vista de tales circunstancias, no hubie-

ra sospechado desde un principio que se le quería vincular a una conducta criminosa.

En otras palabras, para echar por tierra la apreciación que de ese dicho hizo el juzgador era menester aportar argumentos distintos al mismo que demostraran en forma palmar, el yerro de éste. Esos argumentos no fueron presentados por el demandante y en consecuencia no puede aceptarse esta censura.

Cuarto cargo: Las diversas censuras que agrupa el actor en este cargo carecen de solidez como pasa a demostrarse:

La falta de aplicación del inciso segundo del artículo 21 del Código Penal al procesado Gómez lejos de perjudicar a éste, lo favoreció pues lo que esa norma preceptúa es que se agrave la pena por las circunstancias personales de los otros partícipes cuando éstas son conocidas de otro en quien no concurren.

Se refiere dicho inciso a casos como el de quien participa en compañía de otros en el homicidio de una persona que está, en relación con estos últimos, en el grado de parentesco que menciona el numeral primero del artículo 363 del Código Penal.

Si el primero conoce este grado de parentesco, es responsable de asesinato. Pero si lo desconoce lo es solo de homicidio simplemente intencional.

Como se ve el argumento del censor está completamente fuera de lugar.

Por lo que hace a la aplicación del numeral 9º del artículo 37 del Código Penal. admitida por el juzgador la complicidad, como tenía que aceptarla en vista de las pruebas que se mencionan en la sentencia y que esta Sala acepta como suficientes para demostrar el acuerdo previo de Gómez con Blanco y Espinel, debía dar a ese hecho las consecuencias penales de rigor.

Ciertamente se equivocó al escogerlas, pero no en la forma como dice el actor. El error del juzgador consistió en que, estando contemplado como agravante del delito (numeral 5º del artículo 398 del Código Penal) el hecho de que se cometa por tres o más personas reunidas, como ocurrió en el caso de autos, consideró esa situación como simple circunstancia de mayor peligrosidad contraviniendo lo dispuesto por el primer inciso del artículo 37 del ordenamiento que se viene citando.

Por ese error, lejos de perjudicar al procesado, lo favoreció por lo cual no puede aceptarse la censura que en este punto hace el demandante.

En cuanto al argumento de que no podía agravarse la pena de Gómez aplicándole el artículo 399 del Código Penal por cuanto aquél desconocía el valor de los elementos que transportaba en su camioneta, tampoco es aceptable pues esa agravación de la pena es de carácter objetivo, esto es, se hace por el mayor daño que el delito causa en el patrimonio de la víctima independientemente del conocimiento que el agente tenga sobre el valor de las cosas que sustrae.

Y, por último, respecto a la agravante del numeral 4º del artículo 398 era de rigor aplicarla partiendo el sentenciador, como fundadamente lo hizo, de la consideración de que Gómez sabía que se estaba llevando a cabo un robo y accedió a prestar su colaboración en las circunstancias del mismo, entre ellas la de estarse ejecutando de noche, que fue la agravante deducida en su contra, como en la de los otros partícipes por el sentenciador.

No prosperan, por lo tanto, los cargos analizados.

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 demandada.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

DUDA EN LOS PROCESOS PENALES

Interpretación del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 44 de agosto 4/77

V I S T O S

Por consulta corresponde a la SALA revisar la sentencia del once (11) de abril del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, condenó a Luis Byron Jaramillo Toro por dos (2) delitos de concusión cometidos cuando ejercía el cargo de Juez 2º Penal Municipal de Turbo, y le absolvió por un (1) delito de peculado en la modalidad de uso indebido de caudales públicos, delito este por el cual se le había llamado a responder en juicio en la tercera de las causas aquí acumuladas. La pena impuesta como principal fue de dos (2) años de prisión y se le dedujeron y aplicaron las sanciones accesorias que corresponden a la naturaleza de la principal. También se le condenó, esta vez en forma genérica, al pago de perjuicios. En esta segunda instancia el Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que la sentencia consultada debe modificarse para condenar también por el delito de peculado y aumentar, de consiguiente, la pena.

Son tres (3), como ya se dijo, las causas acumuladas en este caso. Las investigaciones que dieron lugar a la formación de los procesos respectivos son:

1ª La que se abrió sobre la base de la denuncia que formuló Libia Rosa Carvajal. Surgió esta denuncia de un proceso por homicidio imperfecto en donde aparece como sindicado Carlos Alberto Duarte Velásquez, quien fue detenido por el Juez 2º Penal Municipal de Turbo, mediante providencia del ocho (8) de octubre de 1974. El proceso fue remitido al repartimiento de los Jueces Superiores de Medellín y allí, ante el Tribunal Superior, la mujer nombrada al principio formuló denuncia en contra de Jaramillo Toro porque éste, en su carácter de Juez y cuando conocía del proceso, le pidió la suma de $ 4.000.00 para poner en libertad al sindicado. A pesar de que el juez nombrado recibió ese dinero no cumplió con su promesa de liberar al preso y ordenó la remisión del expediente a Medellín;

2ª La que se abrió sobre la base de la denuncia que formuló Lácides Cogollo Brango. Surgió esta denuncia de un proceso por un posible delito de contrabando. Los funcionarios de aduanas en Turbo retuvieron una embarcación de propiedad de Cogollo Brango y dieron captura a los tripulantes Carlos Meléndez Santamaría, Bradley MacCoy Mier y Carmelo Bello Zúñiga. El Juez 2º Penal Municipal asumió la investigación ante la ausencia de un juez de aduanas, y liberó a los capturados. En la providencia de libertad bajo promesa de presentación personal aludió a la no captura ni indagatoria de Cogollo Brango, pero no existe actividad alguna tendiente a lograr su comparecencia. El denunciante afirma que después de la excarcelación de los tripulantes de su embarcación se dirigió personalmente al Juez en solicitud de que se le entregara la embarcación y el juez le solicitó le entregara la suma de $ 5.000.00 a cambio. Este dinero le fue enviado a Jaramillo Toro

con Bradley McCoy Mier y éste le hizo entrega del mismo en presencia de Joaquín Vergara Echeverri. El juez no entregó la embarcación ni devolvió el dinero a Cogollo Brango.

3º La que se abrió por el hecho de haber encontrado en poder de Efrén Darío Hoyos Villegas, Secretario del Juzgado 2º Penal Municipal de Turbo, un revólver perteneciente a uno de los sumarios que en dicho juzgado cursaban. Con este revólver Hoyos Villegas hirió a Heriberto Henao Barrientos en hechos de sangre ocurridos en el "Grill Tropicana" el día 16 de febrero de 1975. Hoyos Villegas portaba dicho revólver por autorización que le había dado en tal sentido su superior el juez Jaramillo Toro.

Por el primero de los tres (3) casos se llamó a Jaramillo Toro a responder en juicio por un delito de concusión en providencia del cuatro (4) de agosto de 1976 que quedó debidamente ejecutoriada. Por el segundo, se le llamó a responder en juicio por otro delito de concusión en providencia del seis (6) de octubre de 1976. Por el tercero se le llamó a responder en juicio por un delito de peculado en providencia del veintitrés (23) de noviembre de 1976. Ejecutoriadas también estas otras dos causas se produjo la acumulación de procesos en providencia del veinticuatro (24) de enero de 1977. Las tres (3) causas desembocaron en la sentencia única que ahora debe revisarse por consulta.

En relación con el primero de los asuntos acumulados la SALA no tiene reparos que formular a los análisis probatorios que hace la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín que falla. Ni a los razonamientos que la sentencia contiene, ni a la ubicación que en ella se da a la delincuencia en examen y que corresponde exactamente con aquélla que se le dedujo e imputó al procesado al llamarle a responder en juicio. Los testimonios de Libia Rosa Carvajal, Teresa Correa y Hugo Rivera, fueron debidamente examinados, criticados y concordados, para llegar a la clara conclusión de que de ellos surge la prueba plena y completa sobre el hecho de que el Juez 2º Penal Municipal de Turbo, Luis Byron Jaramillo Toro exigió la suma de $ 4.000.00 o suma aproximada a esta cantidad a cambio de poner en libertad a Carlos Alberto Duarte Velásquez, y obtuvo que esos dineros se le entregaran. No puso en libertad al sindicado y, más tarde, cuando todo se descubrió, devolvió el dinero, devolución esta que, como bien se ve, no desdibuja la infracción consumada.

En relación con el segundo de los casos acumulados, tampoco tiene la SALA objeción alguna a los exámenes, razonamientos, análisis y demás aspectos que la sentencia contiene. En este segundo caso también se trata de la exigencia de dinero por parte del Juez 2º Penal Municipal de Turbo, Luis Byron Jaramillo Toro, esta vez a Lácides Cogollo Brango, no por la liberación de alguien sino por la entrega de una embarcación que aparecía decomisada en una investigación por posible contrabando que cursaba en el despacho a su cargo. Los testimonios de Cogollo Brango, Bradley McCoy Mier y Joaquín Vergara Echeverri resultan suficientes para comprobar que todo cuanto el primero dice en su denuncia es cierto. También en este caso, como en el primero, el sindicado negó toda actividad ilícita de su parte y atacó a todos aquéllos que declararon en su contra. Sin embargo, los juiciosos análisis de la prueba recogida que trae la sentencia consultada, y los exámenes que se hicieron en el auto de proceder echan por tierra esos ataques y los que luego hizo el defensor y permiten encontrar allí la prueba plena y completa de esta segunda infracción que, al igual que la primera, es de concusión por haber solicitado el propio Jaramillo Toro la entrega de dineros por la realización de un acto propio de las funciones de su cargo.

En las dos causas que se dejan examinadas existe la prueba plena y completa del carácter de Juez 2º Penal Municipal en Turbo por parte de Luis Byron Jaramillo Toro por la época de sucesión de los hechos que se le imputan. Existe la prueba plena y completa de que en tal carácter tuvo a su cargo las investigaciones seguidas a Carlos Alberto Duarte Velásquez por homicidio imperfecto y a Lácides Cogollo Brango por un posible delito de contrabando. Y en las dos está la prueba tes-

timonial, plena y completa, de que abusó del cargo que desempeñaba, e indujo a las personas interesadas en uno y otro procesos a entregarle dinero, a cambio de la libertad del sindicado en el primero y a cambio de la entrega de una embarcación decomisada en el segundo, para infringir así el artículo 156 del Código Penal e incurrir en dos (2) delitos distintos de concusión. La disposición citada 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". Tal es la infracción que en cada uno de los casos que se dejan revisados cometió el procesado que, como bien puede verse, ni apeló los tres (3) enjuiciamientos ni apeló la sentencia de condena.

En relación con el tercero de los asuntos acumulados la sentencia consultada trae la absolución del procesado. Se trata, como al principio se dijo, del peculado por el cual también fue enjuiciado y que gira alrededor del revólver que prestó a su subalterno para su uso personal. El Ministerio Público en esta segunda instancia es partidario de que se condene por este tercer delito a Jaramillo Toro. La SALA procede al examen del punto cuestionado, de la siguiente manera:

Plenamente comprobado está en la sumaria correspondiente, que Jaramillo Toro, en su carácter de Juez 2º Penal Municipal de Turbo al recibir el despacho, recibió también, previo inventario un revólver marca "Smith & Wesson", calibre 32 largo, niquelado, número 546974, con cachas de madera, cuatro proyectiles y una vainilla. Este revólver pertenecía a la investigación seguida a Julio Marín Olaya por un delito imperfecto de homicidio en Samuel Jiménez Panesso. El expediente lleva el número 348. Con dicho revólver el secretario del juzgado, Efrén Darío Hoyos Villegas, lesionó a Heriberto Henao Barrientos, el día 16 de febrero de 1975, en un sitio de diversión denominado "Grill Tropicana". Levantada la investigación por este hecho de sangre se vino a descubrir que el revólver utilizado por el sindicado pertenecía al juzgado para el cual laboraba, y él mismo, al rendir indagatoria, dijo que portaba esa arma para su defensa personal y por autorización que había recibido de su superior el juez Jaramillo Toro. Al rendir indagatoria por el cargo de peculado que se le ha deducido a Jaramillo Toro afirmó que quien portaba ese revólver era él mismo y que cuando se cansaba de hacerlo así lo entregaba a su secretario que permanecía junto a él. Concluye por decir que el día en que se sucedieron los hechos de sangre que su secretario protagonizó no se encontraban juntos. Más tarde, en diversos escritos, manifiesta que Hoyos Villegas sacó dicha arma sin autorización suya del cajón en donde se guardaba en la oficina a su cargo. Declararon los empleados Amparo Jiménez, Etelberto Zapata Gil y Manuel Jesús Garcés. Los dos primeros afirman que el secretario Hoyos Villegas cargaba el revólver consigo y el tercero que llegó a creer que el arma le pertenecía al secretario hasta que éste le dijo que lo había recibido en préstamo del juez. Todos esos empleados declaran que era el juez quien guardaba, personalmente los diversos objetos pertenecientes a los procesos que allí cursaban. El juez afirma que muchas veces dejaba en manos de sus subalternos las llaves del armario.

Todo lo anteriormente resumido no lo desconoce la sentencia que se revisa. Se desemboca en la absolución no por falta de prueba de algunos de los hechos consignados aquí sino por la interpretación que a las disposiciones sobre peculado le da la Sala, con apoyo en diversas doctrinas que cita y comenta. El Ministerio Público discrepa de esta posición, como al principio se dijo, y afirma que el peculado existe, a pesar de los jurídicos razonamientos del juzgador de primera instancia y, sobre la base de los hechos comprobados en este tercer caso, el juez dispuso de un objeto ligado a un proceso al entregarlo a su secretario y dejarlo salir así del lugar de custodia con el consiguiente peligro de que se extraviara y privara, de esta manera, de una prueba para el proceso al cual el arma pertenecía.

La SALA considera que debe confirmarse la providencia consultada también por este aspecto del peculado que se cargó al procesado. Pero no por los razonamientos, bien equivocados por cierto, que la sentencia trae, sino porque la prueba recaudada no da base para fundamentar en ella una sentencia de condena. En este orden de cosas bueno es decir que el juez sindicado no ha dicho, en ningún momento, que prestara el revólver a su secretario para su uso personal. Afirma sí que en razón de la inseguridad ambiente él llegó a portar ese revólver consigo y que lo portó también su secretario cuando andaban juntos y él se cansaba de llevarlo consigo. Es decir, que en ningún momento se apartó del arma confiada a su tutela. Agrega que el día en que su secretario abaleó a un ciudadano con dicha arma se encontraba durmiendo en su casa y no había dado autorización alguna a su subalterno para portar el revólver. Se contrapone esta afirmación a la que hace Efrén Darío Hoyos Villegas acerca de que recibió el arma en préstamo de su superior y para proveer a su defensa personal. Las declaraciones de los otros empleados del juzgado no desbaratan el equilibrio probatorio que surge de la negativa del juez procesado y la afirmación de su secretario. Resulta claro que Amparo Jiménez y Etelberto Zapata sí vieron al secretario en posesión del arma, pero es claro que no pueden decir si la tomó por sí mismo del sitio en donde se guardaba o le fue entregada por el juez. En parecidas circunstancias se encuentra Manuel Jesús Garcés quien dice haber escuchado de labios del propio secretario la versión de que el arma le había sido prestada por su superior. Etelberto Zapata vino a darse cuenta que el revólver estaba en manos de Efrén Darío Hoyos Villegas cuando se le envió a reclamar el arma al Juez de Instrucción Criminal que tenía la investigación por lo sucedido en el 'Grill Tropicana' entre Hoyos Villegas y Heriberto Henao Barrientos.

Lo dicho entonces: la negativa del juez sindicado y la afirmación de su secretario se equilibran hasta el punto de que no puede decirse si el primero prestó el bien al segundo o el segundo lo tomó abusivamente. La duda que se presenta, a estas alturas del proceso, no puede despejarse sino inclinándose a favor del procesado por un principio universal de equidad que el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal recoge y enuncia así: "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".

Por las consideraciones que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia consultada, según razonamientos y análisis consignados en la parte motiva de ésta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

IRA E INTENSO DOLOR

Celos. Provocación. Ofensa grave e injusta

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado: Acta Nº 44 de agosto 4/77.

V I S T O S

Este proceso adelantado contra JOSE ANTONIO CASTRO LEON por el delito de homicidio en Mª del Rosario Pineda Castro, su antigua y abandonada concubina, lo finalizó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil con fallo de 19 de noviembre de 1976, en el cual le condenó a nueve (9) años de presidio, así como las accesorias pertinentes.

Oportunamente se interpuso el recurso de casación, admitido en auto de cuatro de febrero del año en curso, sustentado en demanda que ahora se considera.

HECHOS

En la sentencia de primer grado se sintetizan del siguiente modo:

"...Diecisiete años atrás cuando María del Rosario Pineda Castro apenas contaba con 16 años de edad, a poco tiempo de conocer a José Antonio Castro León, pasó a hacer vida marital con él, de cuya unión hubo 7 hijos; habiendo transcurrido esas relaciones muy críticamente con frecuentes peleas, con frecuentes maltratos de José Antonio hacia María; convivencia que se inició primero en las fincas de propiedad del padre del acusado, posteriormente en el propio perímetro urbano de Charalá en donde tuvieron su hogar en casas de Sinforiano Martínez, de Domingo Romero, de Ana R. Chacón, de Anibal Argüello y, por último, en la casa en donde ocurrieron estos hechos, que había sido comprada por Castro para María del Rosario, en el mes de junio de 1973.

"José Antonio y María del Rosario convivieron hasta aproximadamente el mes de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que aquél sin que se sepan exactamente las razones, resolvió interrumpir las relaciones con la occisa para contraer matrimonio con doña Zenaida León Ardila, familiar parece del propio Castro León Ardila. Desde esa fecha, hasta la fecha de la muerte de María del Rosario, indudablemente, las relaciones entre ellos fueron deteriorando notoriamente, hasta el punto en que el acusado poco frecuentaba la casa de su antigua amante; razón que debió inclinar a ésta a aceptar un nuevo hombre precisamente, de año y medio atrás, venía haciendo vida marital con Juan de Jesús Ferrucho, lo que naturalmente provocó el descontento y las peleas más frecuentes de Castro con María del Rosario; la que visitaba muy de vez en cuando, especialmente cuando Ferrucho no se encontraba en Charalá, cuyas ausencias eran frecuentes y prolongadas, por su oficio de trapichero, o peón de moliendas.

"Esa era pues la situación reinante entre acusado y occisa hasta eso de las seis y media de la tarde del 19 de octubre del año pasado cuando Castro León llegó a la casa de María del Rosario y sin entrar al interior de ésta entabló con ella conversación en la puerta de la calle por algún rato, para luego de un cruce corto de palabras y hacerle seguramente los reclamos

que venían siendo frecuentes entre ellos, por sus respectivos comportamientos; desenfundó un revólver que portaba y disparó contra ella yendo a hacer impacto el proyectil en la región mamaria izquierda con perforación del ventrículo derecho y su muerte pocos minutos después; no sin antes alcanzar ella a entrar a su alcoba para morir allí, en medio de sus pequeños hijos que aún dormían plácidamente ajenos a esta tragedia.

"El acto homicida fue presenciado por María del Carmen Castro hija de los protagonistas de estos hechos quien a una distancia de unos ocho metros vio el espectáculo sangriento; habiendo oído cómo su madre, herida, manifestaba repetidamente que José Antonio Castro la había matado, recibiendo a su vez respuesta del agresor con la siguiente frase: 'calle la jeta malparida porque le pego otro tiro'. Consumado el homicidio José Antonio montó en su caballo y se ausentó del lugar de los hechos, para presentarse sólo cuatro días después voluntariamente ante el Comando de Policía de Charalá...".

ACTUACION PROCESAL

La investigación la asumió el Juzgado Promiscuo Municipal de Charalá pero rápidamente la continuó el Juez Cuarto de Instrucción Criminal, funcionario que en auto de 28 de octubre de 1975 decretó la detención preventiva sin beneficio excarcelario de CASTRO LEON. Luego volvió nuevamente al Juzgado Promiscuo en referencia, primero por remisión que hiciera el citado Juez de Instrucción y después por comisión conferida por el Juzgado Segundo Superior. Perfeccionado el sumario, este juez de plena competencia lo calificó con auto de llamamiento a juicio para que CASTRO LEON respondiera del delito de homicidio simplemente intencional (febrero 26/76). Realizada la audiencia pública, el jurado de conciencia respondió el cuestionario propuesto: "Sí es responsable pero en estado de intenso dolor provocado por los celos". El fiscal recomendó esta veredicción: "Sí es responsable", al paso que la defensa presentó estas alternativas: "a) No es responsable; b) Sí la mató, pero no es responsable; c) Sí, pero en estado de intenso dolor por grave e injusta provocación".

El juzgador de primera instancia entendió que tal veredicción se apartaba nitidamente de las hipótesis insinuadas por la defensa y pronunciaba uno "simplemente condenatorio, sin atenuante ni agravante de ninguna naturaleza", desalojando la posibilidad de la benéfica circunstancia consagrada en el artículo 28 del Código Penal, aspecto este cuestionado de modo principal en la demanda que ahora es objeto de estudio. Esto le llevó a dictar la sentencia de 28 de junio de 1976, en la cual se impuso a CASTRO LEON como pena privativa de la libertad, ocho (8) años de presidio, sanción que fue variada por el Tribunal en la forma ya indicada, invocándose para esa acentuación de pena esta reflexión: "...debe ser aumentada (la básica del artículo 362 del C. P. ocho años) equitativamente en un año más por cuanto de autos aparece que concurre la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 12 del artículo 37 *ibídem*, debido a que la víctima se hallaba en estado de gravidez en el momento de ocurrir la muerte, según se constató expresamente en la diligencia de necropsia como se vio antes, circunstancia que era conocida por el reo según lo manifestado por éste, siendo entonces más nociva las consecuencias del crimen ...".

LA DEMANDA

Dos causales invoca el recurrente.

1.) *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* (artículo 580, Ord. 2º del C. de P. P.) subrayas propias del original.

2.) Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea (artículo 580, Ord. 1º aparte 1º *ibídem*).

La primera censura se estructura en este único cargo: el juzgador de derecho no supo precisar el exacto efecto jurídico de

la veredicción pues negó lo que él estima situación bien clara, o sea, el reconocimiento de la atenuante del artículo 28 del Código Penal.

Partiendo de la libertad que tiene el jurado para valorar los hechos y no sujetarse a fórmulas rígidas en el reconocimiento de determinadas cuestiones que deben tener una repercusión jurídica, advierte, en fávor de su tesis, que CASTRO LEON al proceder como lo hizo no vulneró un derecho de su antigua amante (su disponibilidad sexual) sino que actuó bajo el "afecto del padre hacia los hijos, que en la conducta seguida por María del Rosario al entrar en concubinato con otro hombre, de quien ya se hallaba embarazada, obviamente afectaba la situación moral de aquéllos, pues debian apreciar que su padre, al menos, habia convivido con la madre por muchos años, guardándose ambos igual respeto y concurriendo uno y otro a la educación de la prole". En otras palabras, la prostitución que ejercía María del Rosario Pineda, era francamente lesiva de la formación moral de los hijos de CASTRO LEON.

Esta circunstancia la deriva el memorialista a la injusta y grave provocación que el fallador de derecho no encuentra indicadas explícitamente en el comentado veredicto.

Recalca que como al jurado de conciencia le está vedado admitir y establecer circunstancias de menor o mayor peligrosidad, la locución incorporada al veredicto y precedida de una conjunción adversativa ("pero"), tiene que representar una consecuencia jurídica, vale decir, la diminuente del estado de intenso dolor causado en grave e injusta provocación.

Agrega, sobre el mismo tema, que al confesarle María del Rosario sus relaciones sexuales con Juan de Jesús Ferrucho y el embarazo que a éste le debia creó una provocación abierta, injusta y grave. Bajo este apremio sicológico, los celos de que hablaran los jurados, actuó contra su examante.

Concluye su argumentación con esta glosa: "...No estimarlo así, conduce a soluciones contrarias a derecho, a saber: 1ª) Que debe tenerse como no existente la oración adversativa. 2ª) Que existe, pero no conlleva ningún efecto jurídico. 3ª) Que se ocupó el jurado de asuntos ajenos a su competencia: de indicar una circunstancia de menor peligrosidad...".

Aconseja, entonces, que la Sala profiera el fallo que debe reemplazar a la sentencia acusada.

La segunda censura toma cuerpo en este solo cargo: si el juzgador aceptó en su proveído que CASTRO LEON actuó dentro de estado emocional (la excusa del justo dolor que no debe confundirse con la excusa de la provocación) que le restaba serenidad y conciencia, mal puede afirmarse al mismo tiempo pero para agravar desmedidamente la pena, que quiso obtener mayores daños y procurar no sólo un perjuicio a María del Rosario sino también al ser que llevaba en sus entrañas. Para poder deducir este gravoso efecto sería necesario establecer que CASTRO LEON procedió con ánimo frío y cálculo tranquilo. Y es inadmisible esta pretensión, pues "en el dolo de ímpetu no caben tales cálculos sobre la intensidad del daño a producir. La mayor peligrosidad que surge de ese 'hacer más nocivas las consecuencias del delito' se funda en la mayor intensidad del dolo, pues el agente se propone no solamente dañar el interés jurídico que resguarda la definición penal en que incurre, sino que también quiere incrementar el perjuicio de su conducta delictiva".

Su petición la concreta en que se invalide parcialmente el fallo y se corrija la intensificación de pena privativa de la libertad señalada por el *a quo*.

CONCEPTO FISCAL Y APRECIACIONES DE LA CORTE

Para desestimar el cargo que apoya la primera causal de casación, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal trae a colación el extenso y preciso debate que se hizo sobre la degradante de la provocación y sin embargo el jurado no condensó su respuesta en una fórmula que aproximadamente se pudiera tomar en ese controvertido sentido.

No es dable, por las demostraciones que aporta la sumaria, considerar el compor-

tamiento de María del Rosario Pineda como constitutiva de una ofensa grave e injusta para el procesado. A esto se opone rotundamente el abandono de que fuera objeto la concubina dejándola con una carga familiar desproporcionada a sus propios recursos. En estas circunstancias CASTRO LEON no podía imponer fidelidad a una mujer excluida de su afecto y desatendida económicamente, aspectos imprescindibles para ambientar sicológicamente un agravio injusto y grave.

Recuerda la unánime y mantenida tendencia de la doctrina, que insiste en apoyar la aminorante no en la existencia de la reacción anímica que sí en la provocación que la ha desencadenado debiendo exhibir ésta las características anotadas, para evitar que simples contrariedades, dolores espirituales o incontroladas cóleras, disminuyan la naturaleza de una acción delictuosa.

Conviene al Ministerio Público, en este punto, con las explicaciones consignadas por los falladores de primera y segunda instancia. Tan procedentes estima sus apreciaciones que reproducen los pasajes más sustanciales de esas providencias. De ahí que concluya apoyando la interpretación que se hiciera del veredicto.

Estos comentarios del Procurador, tan coincidentes con los expresados en el fallo impugnado, tienen una absoluta validez. Contra ellos el análisis del recurrente pierde significación y mérito. Permanecen las aplicaciones doctrinarias que sustentan la sentencia. Esas razones bastan para desechar el cargo. Pero en complemento y ratificación de las mismas, conviene destacar los siguientes puntos:

El impugnador trata de caracterizar el intenso dolor como injusto y grave acudiendo a los celos que el jurado reconociera en CASTRO LEON. La acomodación no puede ser más forzada. Pero dándose cabal cuenta del poco fundamento que esta circunstancia puede ofrecer para una deducción de esta índole, desplaza el sentimiento del procesado de su esfera propia y egoísta a una consideración noble, esto es, el honor, la dignidad de los hijos que procreara con María del Rosario Pineda, menospreciados por su actividad sexual con Ferrucho.

Pero, entonces, en qué queda el concepto de los celos? Acaso este sentimiento no traduce una inquietud e inestabilidad anímicas porque la persona amada haya mudado o pueda mudar el cariño y la estima para darlos a otro? Si algo aparece como impacto propio y personal que no pasaba de la esfera de los intereses de CASTRO LEON, fue este reconocimiento del jurado, muy en consonancia con la manifestación que le hiciera María del Rosario Pineda de tener otro hombre, de haberlo sustituido a él. Mal puede desviarse este sentimiento egoísta, que nacía y moría en el procesado, hacia una inexistente protección de la buena fama y de sus hijos o al mantenimiento de la integridad afectiva de María del Rosario hacia ellos. Cuando el jurado condicionó el intenso dolor a los celos, estuvo muy lejos de admitir un comportamiento noble en CASTRO LEON, representado en una posible represalia por ofensas dirigidas o causadas a sus abandonados hijos. Y más lejos todavía que acudiera a este concepto para caracterizar así el intenso dolor de grave e injusto. El jurado comprendió clara y exactamente el planteamiento probatorio que se le propuso, o sea, que CASTRO LEON padeció un sentimiento de dolor por los celos que lograra despertar en él la relación de María del Rosario Pineda con Juan de Jesús Ferrucho. Esa contrariedad no involucra para nada la situación de la prole. Lo que influye en forma exclusiva es la desposesión definitiva que sufre CASTRO LEON y que le es comunicada por su ex-amante. Aquí la reacción no envuelve a los hijos de María del Rosario y CASTRO LEON, que sí el extrañamiento de éste de la esfera amorosa de su antigua concubina y la privación de sus goces sexuales, así se dieran éstos esporádicamente.

Tampoco es de recibo motejar a María del Rosario de asumir una conducta "francamente inmoral, corruptora de sus hijos, quienes debieron soportar las veleidades de su madre, al tratar carnalmente a dos hombres", porque está debidamente establecido que esta promiscuidad sexual surgió cuando CASTRO LEON,

luego de abandonar a su amante de diez y siete años y contraer interesado matrimonio católico con Zenaida León Ardila, no dispuso los medios materiales para que su ex-concubina pudiera apartarse de otros hombres y no requiriese de ese trato carnal para conseguir la subsistencia suya y la de sus hijos. Pero algo más grave todavía: CASTRO LEON no sólo dejó de proveer el cumplimiento de estas obligaciones legales sino que ocasionalmente, valiéndose quién sabe de qué apremios o motivos interfirió los amores de María del Rosario y Ferrucho. Era, pues, él quien agregaba deterioro a la unidad y exclusividad del nuevo hogar que pretendía formar su víctima. No sólo pervirtió en su juventud a María del Rosario, la cargó de hijos naturales, la abandonó para casarse con otra y dejó de cumplir con su asistencia económica sino que también la prostituyó al impedirle que sólo Ferrucho obtuviera sus complacencias carnales y llegara a legalizar sus relaciones.

Desde el momento en que CASTRO LEON contrajo matrimonio con Zenaida León Ardila y dejó de velar por su asistencia alimentaria y la de sus hijos, quedó impedido para exigir fidelidad sexual a María del Rosario Pineda. Las liviandades de ésta, por amor, vicio o necesidad, no podían constituir ofensa grave e injusta a quien más gravemente y de modo más injusto le había agraviado.

Como bien lo recuerda el a quo *y el concepto del Procurador, no interesa tanto la existencia de una alteración anímica como sí la causa del mismo, esto es, la injusta y grave provocación que la hace surgir. No es lo mismo perder por particulares fenómenos sicológicos (v. gr. una predisposición a no ser contrariado), la serenidad de espíritu o el equilibrio emocional, que sufrir esa misma alteración por estímulos de terceras personas que obran injusta y gravemente. En el primer caso es el propio temperamento o talante, y solo él, la causa de la reacción y de los daños causados, mientras en el segundo el provocador estimula un descontrol, crea un riesgo y, consecuentemente, atempera un poco el juicio crítico que merece la conducta dolosa de quien no logró mantenerse en una línea de corrección y pacífica coexistencia.*

Los celos y el intenso dolor reconocidos por el jurado, no pueden llevarse, en el caso comentado, a la disminuente del artículo 28 del Código Penal, porque la reacción de CASTRO LEON no pasa de ser personalísimo sentimiento de frustración, propiciado por él mismo, que nunca pudo caracterizarse como provocación grave e injusta de su ex-concubina.

Tampoco es argumentación atendible la que señala el censor acudiendo a este simplísimo raciocinio: como el jurado no puede reconocer circunstancias de menor peligrosidad y es necesario darle algún efecto a sus manifestaciones, la única interpretación válida al intenso dolor causado en los celos es la de constituir el estado emocional que estructura el artículo 28 del Código Penal.

Si bien el recurrente recuerda acertadamente la limitación que trae el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, esto no quiere decir que el jurado no puede incurrir en desafueros, impropiedades o respuestas inocuas. Estas posibilidades, y muchas más, pueden darse sin que se altere sustancialmente una veredicción. Al juez de derecho le corresponde establecer su alcance, precisar sus efectos y determinar su procedencia. Lo que sea admisible, así se reconocerá; y lo que estime necio, contradictorio o contraevidente así lo declarará. La forma como se integra el jurado de conciencia su libertad para apreciar los hechos, el amplio y antidogmático modo como suele concebir sus respuestas, indican de entrada las irregularidades que pueden matizar su labor. Por eso es factible la ocurrencia de invadir una órbita que no le es propia (enunciar una circunstancia de mayor o menor peligrosidad) sin que el juez de derecho tenga la veredicción por ineficaz o esté impedido, a su vez, para reclamar como suya esa atribución, coincidir en ese factor de disminución o aumento de la pena o rechazarlo por inadmisible.

Se desestima la censura.

En cuanto a la segunda causal invocada, al Ministerio Público acepta la impugnación. Su análisis sigue cerradamente la línea conceptual que desarrolla el recu-

rrente. De ahí que al respecto escriba: "...Es evidente, como lo afirmó el jurado, que CASTRO LEON consumó el homicidio en estado de intenso dolor provocado por los celos y si bien es cierto que esta manifestación no puede tenerse en cuenta para calificarla como de menor peligrosidad por prohibirlo expresamente el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal; sin embargo, los falladores se refirieron a ella.

"El verbo rector que describe la circunstancia atribuye al agente un 'querer' u 'orientar' su voluntad hacia un fin deterterminado: 'hacer más nocivas las consecuencias del delito'.

"La mayor peligrosidad a que se refiere la norma citada se fundamenta en la mayor intensidad del dolo, en el mayor daño o perjuicio ocasionado a la víctima con el comportamiento delictuoso que revela perseverancia en el designio criminal.

"Si el acusado obró en un arrebato de locura, o en estado pasional provocado por los celos no tuvo capacidad volitiva de calcular el daño inferido o de hacer más nocivas las consecuencias de su acto, como lo afirma el apoderado demandante.

"Así las cosas, opina este despacho, que el Tribunal Superior de San Gil aplicó indebidamente el artículo 37, ordinal 12, del Código Penal, por cuanto lo hizo valer a una situación extraña no regulada por él. El cargo prospera...".

La glosa aparenta solidez fácil entendimiento y aplicación en el sentido que lo quieren la defensa y la Procuraduría delegada. Pero si se cuida la valoración se comprenderá que el planteamiento tiene una generalidad que no se aviene con la exigible precisión del concepto y no responde adecuadamente a los principios que incorpora.

Valgan estas razones en demostración de lo anterior:

a. Afirmar o reconocer un estado emocional no implica carencia absoluta de lucidez mental, que impida la previsión de ciertos acontecimientos o circunstancias, la apreciación de ciertos valores, o la orientación de la voluntad hacia un determinado fin, etc. Para arribar a la conclusión que puntualiza el cargo, tendría que partirse de una emoción obnubilante, pero obnubilante en forma intensa y profunda, al punto que impidiera el conocimiento de factores que puedan incidir en la calificación dolosa de su conducta y en la dosificación de la pena que corresponde a su comportamiento. No es esto lo que sucede en el caso *sub judice*. El procesado padeció una alteración sicológica, pero la misma no le impidió advertir que su víctima era la madre de sus hijos, que tenía una pesada carga familiar (niños de 2 y 4 años) y en ese momento estaba en avanzado estado de gravidez (6 meses). Perfectamente podían concomitar esa alteración anímica causada por sus celos y el conocimiento de esos hechos, especialmente de la última situación. Entonces, si le era dable sopesar esas condiciones personales de la víctima no le era menos factible asumirlas para producir un mayor daño con su acción. Esto fue lo que quiso decir el *a quo* y en lo que apoyó la intensificación de la pena privativa de la libertad que reprocha el recurrente.

Si no se admitiera este enfoque, no podría explicarse la preparación ponderada que un homicida-asesino pueda disponer para actuar contra quien le ha agraviado. Tendría que repudiarse la coexistencia de los artículos 28 y 363 del Código Penal, admitida por la doctrina. O sería necesario aceptar, también, que el intenso dolor o la emoción que sólo constituyen circunstancias de menor peligrosidad, no dejan posibilidad para actuar dolosamente, lo cual nadie pregona. Pero si esto último es así, no puede decirse que tal propósito se radique en su forma básica y no se vea afectado en su valuación, por otros factores que lo hacen más intenso y merecedor de mayor reprobación y pena, v. gr. una cualquiera de las previsiones indicadas en los ordinales 4º, 6º, 7º, 8º, 10, 12, 13 del artículo 37 del Código Penal.

Nótese cómo la causa determinante del estado emocional de CASTRO LEON se ubica en los celos motivo que no es propiamente de naturaleza altruista sino que está constituido por componentes que revelan cierto egoísmo y asociabilidad. No es, pues, una circunstancia de menor peligrosidad nítida, pura y con incidencia

plena sobre la sanción. Constituye un factor de muy relativa importancia, en cuanto a mermar la pena, y que no logra opacar o excluir otra serie de condiciones propicias a un plausible aumento de la misma. Bien mirados los hechos cabe anotar que si el reconocimiento, por parte de María del Rosario Pineda, de estar embarazada por Ferrucho, culminó el proceso de celos que reconocía a CASTRO LEON y desencadenó su mortal agresión, el objetivo de ésta bien podía tener una doble proyección: María del Rosario y el hijo concebido con Ferrucho. El estímulo anímico, la activación dolosa de la conducta posibilitaba ese doble afán de destrucción. No se advierte, entonces, un ostensible y ofuscante desacierto del fallador y, por el contrario, hay razones por lo menos controvertibles para apoyar su criterio.

De otro lado la modificación de la pena, de prosperar la tacha, exigiría la exclusión de otras circunstancias de mayor peligrosidad que no sustituyeran a la desechada. Como la Sala tendría que observar plenamente todos los aspectos del comportamiento, sus modalidades, personalidad del sentenciado, etc., para ubicar una sanción conforme a esos índices, tendría, se repite, que partirse de un presupuesto: la exclusión de otros motivos de mayor peligrosidad. Y no es difícil escrutar más de una de estas circunstancias, omitidas por el Tribunal, que servirían adecuadamente al mantenimiento de una sanción como la dispensada por él.

El cargo tampoco prospera.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, *no casa* la sentencia, ya mencionada en su origen fecha y naturaleza.

Cópiese notifíquese, cúmplase, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

ALEVOSIA

En qué consiste. Su diferencia con la venganza

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

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez*

Aprobado: Acta Nº 44 de agosto 4/77.

VISTOS

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, con fecha 8 de octubre de 1976, dictó sentencia para impartirle confirmación a la proferida por el Juzgado Primero Superior de la mencionada ciudad el 6 de agosto del año citado, por medio de la cual condenó a DIOFANEL GUERRERO CABRERA y LUIS RAMON GUTIERREZ SUAREZ a la pena principal de quince años de presidio como coautores del homicidio agravado de Gonzalo Navarro Gómez.

Los procesados interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal y como se ha cumplido el trámite legal, se procede a decidirlo.

ANTECEDENTES

1. Siendo aproximadamente las dos de la tarde del sábado 27 de septiembre de 1975, se encontraba Gonzalo Navarro Gómez trabajando en labores de latonería en un vehículo estacionado frente al bar Venezuela, ubicado en el corregimiento de Tibú de la jurisdicción municipal de Cúcuta. La posición de Navarro, descrita por varios testigos, cuando estaba dedicado a sus labores, era la de estar agachado, dándole la espalda a la calle. Dos sujetos, que resultaron ser DIOFANEL GUERRERO CABRERA y LUIS RAMON GUTIERREZ SUAREZ, atacaron a Navarro por la espalda, a quien propinaron cuatro puñaladas, una de las cuales quedó localizada en la cuarta vértebra toráxica dos en el hemitórax derecho (tercero y octavo espacio intercostal) y la cuarta en el flanco izquierdo, conforme la diligencia de autopsia (folio 6 del sumario).

Consumado el delito, los agresores se dieron a la fuga, pero fueron capturados momentos después por dos agentes de la Policía.

El móvil del ilícito fue la venganza porque el occiso Gonzalo Navarro Gómez había denunciado el 23 de mayo anterior, a Miguel Antonio Guerrero, hermano de Diofanel Guerrero Cabrera, por haber cometido un delito de tráfico de marihuana, y, como consecuencia de la acusación se inició el correspondiente sumario, dentro del cual se dictó auto de detención contra Miguel Antonio Guerrero, quien se encontraba privado de su libertad para la fecha en que fue muerto su denunciante.

2. El Juzgado Primero Superior de Cúcuta, con fecha 7 de enero de 1976 calificó el sumario con un auto de proceder, mediante el cual llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado de conciencia, a DIOFANEL GUERRERO CABRERA y LUIS RAMON GUTIERREZ S., como coautores del homicidio de Gonzalo Navarro Gómez. En la parte motiva se dejó constancia de que los agresores actuaron con alevosía porque atacaron a su víctima por la espalda, sin que ésta se hubiera dado cuenta de la agresión sino en el momento en que le infirieron la primera puñalada. También quedó expresado en ella que la venganza fue el motivo determinante de la infracción.

3. Durante la audiencia pública se le sometió al jurado sendos cuestionarios en relación con cada uno de los acusados. En ellos se incluyó la frase: "Y en la ejecución de tal acto el acusado obró con el propósito de matar y con alevosía". La respuesta fue la siguiente: "Sí son responsables sin venganza y en estado de embriaguez".

4. El juzgado dictó el 6 de agosto de 1976 la sentencia de primera instancia, en la cual, acogiendo la veredicción, impuso la pena principal de quince años de presidio a cada uno de los acusados.

5. La Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia, mediante la suya de 8 de octubre de 1976.

DEMANDA DE CASACION

El recurso de casación interpuesto por los procesados y su apoderado, fue sustentado mediante demanda que la Corte declaró ajustada, desde el punto de vista formal, a las exigencias del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Contra la sentencia de segunda instancia se esgrimieron los siguientes motivos de impugnación.

CAUSAL SEGUNDA

Se enuncia esta causal diciendo que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Al amparo de esta causal se formulan dos cargos:

Primer cargo: Los acusados afirmaron en sus indagatorias que, por estar embriagados plenamente, no tuvieron conciencia de lo que hicieron, y que, como para actuar con alevosía, se requiere que el autor del homicidio proceda con conciencia lúcida, se desprende de tal circunstancia la consecuencia de que los acusados no pudieron actuar con alevosía. A lo cual se agrega que fueron golpeados varias veces en la cabeza, de donde se debe deducir que no son normales.

Segundo cargo: Durante la audiencia pública se debatió ampliamente el estado de anormalidad de los acusados, debido a la embriaguez aguda en que se encontraban -al decir de ellos-, cuando cometieron el homicidio; que el defensor solicitó que los procesados fueran condenados como autores de homicidio voluntario, porque la embriaguez plena en que estaban, descartaba la agravante de la alevosía por haber actuado sin conciencia; que por tales razones las preguntas que el juez hizo al jurado de si los acusados ejecutaron el hecho de suprimir la vida de Gonzalo Navarro Gómez con alevosía fue contestado en forma negativa, en cuanto a dicha circunstancia de agravación, pero como el jurado no estaba integrado por expertos en Derecho, coincidieron los términos que emplearon en su respuesta, y por tal motivo queriendo decir que los acusados actuaron sin alevosía, afirmaron "Sí son responsables sin venganza y en estado de embriaguez".

De dichos cargos deduce la demanda de casación que el Tribunal, al proferir su sentencia, en vez de condenar a los acusados como autores de un homicidio voluntario (artículo 362 del Código Penal) lo hizo por homicidio agravado (asesinato) al tenor del artículo 363 siguiente.

Termina solicitando que se case la sentencia impugnada y la Corte dicte "en su lugar la sentencia que deba reemplazarla tal como lo dispone el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal".

CAUSAL CUARTA

La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Formula los siguientes cargos, al amparo de la causal alegada.

Primer cargo: En sus indagatorias, los procesados "plantearon una situación de anormalidad, que debió necesariamente influir en su embriaguez y en la realización de los hechos, que al no probarse con los medios idóneos y científicos por parte de la justicia afectó de modo sustancial la plenitud de las formas propias del juicio criminal que se les adelantó y con ello se contrarió de manera notoria e injusta la voluntad del Supremo Legislador que en el artículo 26 de la Carta consagra,

garantiza y defiende el derecho de defensa, esto es, el derecho esencial del individuo de no ser juzgado sino mediante la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Los artículos 411 y 412 del Código de Procedimiento Penal disponen que los procesados deben ser sometidos a examen por peritos médicos siempre que haya indicios de que se encuentran en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal o que están embriagados. Al no haber sido sometidos a dicho examen, se violó una forma propia del juicio, que conduce a determinar la forma del juzgamiento y la clase de sanciones que debe imponerse en caso de condena.

Segundo cargo: Los cuestionarios sometidos al jurado son nulos o inexistentes porque fueron redactados en términos incomprensibles, tal como se desprende de la inclusión de la palabra "alevosia" en ellos.

Solicita la demanda que se invalide la sentencia proferida por el Tribunal fallador, lo mismo que la de primera instancia y se declare la nulidad de todo el juicio, incluyendo el auto que dispuso el cierre de la investigación, y se "ordene devolver el proceso al Juzgado Primero Superior por conducto del Tribunal para que se reponga el procedimiento afectado de nulidad".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal hizo un detallado estudio sobre la impugnación contra la sentencia acusada, llegando a la conclusión de que ninguno de los cargos en que se funda pueden prosperar. Como la mayor parte de las argumentaciones del Ministerio Público serán utilizadas por esta Corporación, no se hace su síntesis.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se procede a estudiar las causales de casación alegadas, comenzando por la cuarta, conforme lo determina la técnica, ya que la primera tarea del fallador radica en estudiar si el proceso no adolece de nulidades.

CAUSAL CUARTA

El primer cargo esgrimido para sustentar esta causal, se hizo consistir en que a los acusados no se les sometió a exámenes técnicos para averiguar cuál es su personalidad, a efecto de poder determinar si el homicidio lo cometieron en cualquiera de las circunstancias enumeradas por el artículo 29 del Código Penal.

La base del cargo resulta errónea porque a lo largo del proceso no se vislumbró que los acusados se encuentran en estado de enajenación mental. La alegación de que actuaron sin conciencia, debido a la embriaguez aguda, es situación que no es de las contempladas por el artículo 29 mencionado, ya que es la intoxicación crónica producida por el alcohol lo que justifica la sustitución de las penas por las medidas de seguridad, asi como la incompetencia del Jurado para juzgar en tal evento, porque de conformidad con el numeral 5º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal le correspondería al Juez Superior el Juzgamiento, sin intervención del jurado.

Según las argumentaciones de la demanda, los procesados pierden la conciencia siempre que ingieren alcohol. Al respecto no hay prueba alguna, y, antes bien, se produjo la declaración del Agente de la Policía que los capturó, que sirve para demostrar que en los momentos de la captura que ocurrió pocos minutos después de que los acusados eliminaron a Gonzalo Navarro Gómez no presentaban signo alguno de embriaguez. Pero, de ser cierta la afirmación de que el alcohol les produce el trastorno síquico de pérdida total de la conciencia, los acusados no podrían siquiera alegar la circunstancia de menor peligrosidad de la embriaguez voluntaria, porque ellos sabían que el alcohol les producía ese efecto, y no obstante ingerían grandes cantidades de alcohol. Tal circunstancia requiere que el agente no haya podido preveer las consecuencias delictuosas que pudieran emanar de la embriaguez. Como para los acusados tenía que ser previsible la pérdida de su con-

ciencia al tomar licores embriagantes, porque siempre les ocurría así, según lo afirma la demanda, la causal de menor peligrosidad de la embriaguez voluntaria no pueden alegarla.

El comportamiento de los acusados a lo largo de todo el proceso ha sido normal, sin que pudiera sospecharse que los dos están afectados de enajenación mental, intoxicaciones crónicas o graves anomalías síquicas. La aseveración hecha en la demanda de que ellos actuaron sin conciencia se encuentra refutada por el acusado LUIS RAMON GUTIERREZ SUAREZ, ya que en su indagatoria sostuvo: "...nosotros viniendo de para arriba, salió ese tipo a tirarme y yo salí corriendo para defenderme". Dicha afirmación es la mejor prueba de que GUTIERREZ SUAREZ mintió cuando, a renglón seguido, dice: "No me recuerdo de nada".

El segundo cargo radica en sostener que los cuestionarios son nulos porque fueron redactados de manera incomprensibles para el jurado, por habérsele preguntado si los acusados habían actuado con alevosía.

Si se aceptara, por simple vía de hipótesis, que los integrantes del jurado desconocían el significado de la palabra alevosía, esa ignorancia tuvo necesariamente que desaparecer porque el Fiscal explicó en qué consistía esa agravación, según se desprende del siguiente pasaje del acta de la audiencia: "Aludió (se refiere al Fiscal) a la calificación del delito en el auto de proceder y para explicar la razón de la agravación deducida recordó cómo la víctima había sido agredida por la espalda quitándole toda oportunidad de defensa por lo cual concurría la circunstancia de agravación de la alevosía bien deducida por el señor juez por las motivaciones relacionadas" (folio 239).

Los dos cargos analizados no prosperan porque ni los acusados se encuentran en ninguna de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, ni el Jurado de Conciencia desconocía el significado del término alevosía, según se dejó explicado.

CAUSAL SEGUNDA

Dos cargos contiene la demanda para sustentar la causal alegada, que consiste en que la sentencia se dictó en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Primer cargo: Se sostiene en la demanda que la alevosía y la embriaguez plena se contradicen de manera fundamental, hasta el extremo de que cuando el agente está embriagado no puede actuar a traición, porque para ello sería indispensable que su conciencia no estuviera obnubilada. Ningún dato recogió el proceso que tienda a demostrar que los acusados actuaron embriagados plenamente. Por tal razón es superfluo hacer disquisiciones doctrinarias al respecto. En cambio, lo que sí está probado es que el homicidio tuvo como motivo determinante la venganza de Diofanel Guerrero Cabrera, debido a que desde el 23 de mayo de 1975 se encontraba en la cárcel su hermano Miguel Antonio Guerrero, como consecuencia de la denuncia que contra él formuló el occiso Gonzalo Navarro Gómez, de haber cometido un delito de tráfico de estupefacientes (folio 72).

La aseveración de los dos acusados, de encontrarse ambos en estado de embriaguez aguda, en los momentos en que cometieron el homicidio, fue refutada por el Agente de la Policía, Héctor Peña Herrera, quien los capturó a las 2:15 de la tarde, o sea, pocos minutos después de consumado el hecho delictuoso. En efecto, uno de los capturados dijo dirigiéndose al Agente Mora: "No me mate que nosotros nos entregamos" habiendo manifestado ambos que habían herido para defenderse. Al preguntársele al Agente Peña Herrera si los capturados "se encontraban en el completo uso y goce de sus facultades mentales o algo observaron raro en el ánimo de cada uno de ellos", contestó: "Para mí estaban normales, respondieron perfectamente las preguntas que se les hicieron y por el hecho de haber dicho uno de ellos 'Mora no nos maten que nosotros nos entregamos' es porque se hallaban en su estado normal, en sus cabales juicios y la conducción se hizo en el vehículo y demostraron serenidad, no se

les notó nada anormal" ..."Ninguno de ellos estaba embriagado por efecto del licor, ni drogados en el supuesto caso de que digan que se encontraban en estado de inconciencia para no acordarse de nada; pues tengo cinco años de estar trabajando en esta institución y la experiencia que he adquirido me permite asegurar que no estaban ni borrachos, ni drogados. Yo he trabajado en asuntos de estupefacientes en virtud de curso hecho en la ciudad de Bogotá" (folio 3)4.

Si fuera cierto que los acusados actuaron en forma inconciente cuando cometieron el homicidio, atacando sorpresivamente por la espalda a su víctima, no habrían adoptado el comportamiento normal de que hicieron gala, como lo fue darse a la fuga, atender la voz de alto que les hicieron los dos Agentes de Policía que los capturaron, el haberles entregado los dos cuchillos todavia ensangrentados, el haber implorado a uno de sus captores que no los mataran porque ellos se entregaban sin hacer resistencia, el haber manifestado uno de ellos que actuó para defenderse, y, por último, haber hecho un relato coherente sobre el suceso delictuoso.

De lo expuesto fluye la consecuencia de que los acusados actuaron alevosamente, por cuyo motivo no prospera el cargo.

Segundo cargo: *La respuesta dada por el Jurado a los dos cuestionarios que el Juez de Derecho les sometió es de una claridad meridiana, por cuanto en ellas se sostiene que los acusados sí son responsables de haberle dado muerte a Gonzalo Navarro Gómez, pero que actuaron "sin venganza y en estado de embriaguez".*

El Jurado negó que los acusados hubieran actuado guiados por el motivo determinante de la venganza, porque tanto en el auto de proceder como en la audiencia se expresó que la muerte de Navarro Gómez tuvo como antecedente la conducta del occiso, al acusar a Miguel Antonio Guerrero, hermano de Diofanel Guerrero, de ser autor de un delito de tráfico de estupefacientes, y por tal denuncia aquél se encontraba privado de su libertad desde varios meses antes de que el denunciante hubiera sido eliminado por parte de los acusados. Por lo tanto, la expresión "Sin venganza", que el Jurado incluyó en su respuesta condenatoria, apunta al mencionado antecedente y no a la forma como fue ejecutado el homicidio.

Si el Jurado se hubiera propuesto condenar a los acusados como autores de un homicidio voluntario, así como afirmó que ellos actuaron "sin venganza", también lo habrían decidido explícitamente en tal sentido. Como durante la audiencia el Fiscal expuso que la causal de agravación de la alevosía consistía en que los procesados atacaron al occiso por la espalda, a traición, con lo cual aprovecharon la condición de indefensión en que se encontraba, resulta a todas luces insostenible el aserto de que cuando el Jurado negó el motivo determinante de la venganza en la ejecución del ilícito, lo que estaba era descartando la forma alevosa como se consumó el homicidio. . . . . .

La veredicción debe ser interpretada por el Juez de Derecho cuando ella contiene expresiones oscuras o equívocas, que pudieran conducir a conclusiones distintas, según el enfoque desde el cual se les viera. Pero cuando la respuesta es afirmativa, en relación con el contenido total de la cuestión sometida a la consideración del Jurado, cualquier interpretación distinta a la aceptación de la respuesta tal como se hizo, conduciría a suplantar la voluntad del Juez de hecho. Y si durante la audiencia, como ocurrió en el caso de autos, el Fiscal analizó las circunstancias especificadoras del hecho, y explicó que el ataque sorpresivo y la agresión por la espalda a la víctima en forma de proceder alevoso, no cabría partir del supuesto que los integrantes del Jurado desconocían el significado del término "alevosía".

Confundir la venganza, que es motivo de la conducta, con la alevosía, que es forma de la ejecución del hecho, es tesis inaceptable para los miembros de un Jurado de Conciencia, que se supone son personas que reúnen las cualidades exigidas por el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal. Por otra parte, quedó dicho que el Fiscal que concurrió a la audiencia explicó al Jurado en que con-

sistió el proceder alevoso de los dos acusados.

Por lo tanto, tampoco prospera este cargo.

LA DECISION

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

RESUELVE

No casar la sentencia acusada.

Cópiese notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD POR VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO

Agravantes de los numerales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal. Cuando hay error de nomenclatura

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

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 46.

V I S T O S

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 10 de septiembre de 1976 que confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado Séptimo Superior el 17 de mayo de 1976, mediante la cual condenó a FERNANDO GONZALEZ, por el delito de Homicidio, con características de asesinato, cometido en la persona de Alfonso Sierra Guevara, a la pena principal de 180 meses de presidio, a las accesorias de rigor y a pagar los perjuicios causados con la infracción.

HECHOS

Se resumieron por los falladores de las instancias en la siguiente forma:

"...Estos ocurrieron en el Barrio Las Cruces de esta ciudad de Bogotá, en la madrugada del 27 de febrero del año que corre (1973), cuando un sujeto desconocido se acercó al vehículo automotor distinguido con placas D. 2183 que minutos antes había estacionado en la esquina de la calle 2ª con carrera 8ª del citado barrio y comenzó a observarlo detenidamente hasta que de un momento a otro y notando que el conductor del Nissan Patrol se encontraba inclinado sobre el timón y dormido disparó un arma de fuego haciendo blanco sobre el cuerpo de dicho conductor quien al recibir los disparos despertó, salió del automotor y cayó muerto frente a la taquilla del teatro situado en aquel lugar. El homicida ante la presencia de la Patrulla de la Policía huyó velozmente hacia la carrera 9ª con calle primera y consiguió, luego de ofrecer resistencia, usando contra los agentes del orden arma de fuego, penetrar al Hotel Turista distinguido con el Nº 1-81 de la carrera 9ª donde se le hizo salir de su escondite al recibir orden de la Policía de que si no lo hacía así se le lanzarían bombas lacrimógenas. Capturado que fue se le decomisó el arma utilizada, la que había escondido en dicho hotel dentro del contador eléctrico...".

ACTUACION PROCESAL

Luego de la diligencia del levantamiento del cadáver de Alfonso Sierra Guevara efectuada por el Comisario de Policía Judicial del Centro, inició la investigación el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal el 2 de marzo de 1973 dictando el auto cabeza de proceso. El mismo juzgado decretó el 7 de marzo de 1973, la detención preventiva del sindicado Fernando González.

El juzgado Séptimo Superior, mediante providencia del 6 de junio de 1973, lo llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, como autor responsable del delito de homicidio. Determinación que confirmó el Tribunal de Bogotá el 4 de mayo de 1974.

El juzgado de conocimiento, después de tramitar la causa, dictó sentencia condenatoria el 17 de mayo de 1976, acogiendo el veredicto de responsabilidad que emitió el Jurado. Apelada esta decisión, fue confirmada, en segunda instancia, con el fallo que, por razón del recurso extraordinario, examina la Corte.

DEMANDA DE CASACION

Cuatro cargos formula el actor a la sentencia recurrida, todos al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues en su concepto se dictó en juicio viciado de nulidad, por haberse violado el artículo 26 de la Constitución Nacional. Son los siguientes:

Primer cargo: Lo construye sobre dos aspectos diferentes que trata de integrar con los mismos supuestos de hecho. Así:

a) Violación del sumario

Después de señalar todas las pruebas que en su concepto dejó de practicar la Policía Judicial y el funcionario instructor, sostiene que por tal circunstancia se violó una forma propia del juicio penal: el sumario.

Al respecto dice: "...Se viola porque pruebas esenciales y conducentes se han dejado de practicar, o se han practicado sin el lleno de las formalidades legales y no se pueden valorar y de este modo, o se da por demostrado un cuerpo de delito que no está comprobado plenamente o se deriva (sic) hacia un error de imputabilidad. Se viola porque el funcionario no ha recogido toda aquella diversidad de hechos, de rastros, de indicios que constituyen a asegurar la prueba de la materialidad del delito, y por esta omisión no es posible después establecer una verdad favorable a la justicia, o se viene a establecer una duda que ha de resolverse en impunidad. Se viola porque se sigue un sistema de absoluta acusación, sin que se haya procedido a investigar con igual celo lo favorable al procesado. Y se viola porque no se hayan tenido en cuenta todas las garantías procesales a que tiene derecho el sindicado, fuera del reconocimiento de su derecho de defensa, como el que sea reconocido y careado, cuando esto es fundamental para establecer el concepto de autoría y responsabilidad...".

Antes de esta enumeración de las varias maneras de violar el sumario, había expresado como síntesis de su pensamiento lo siguiente:

"...El sumario es, pues, una forma propia del juicio penal en su sentido lato, y cualquiera de las diligencias que deban efectuarse para comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad, o viceversa, siempre que tiendan a cumplir el auto cabeza de proceso, y especialmente para la investigación de los hechos y la investigación de los autores o partícipes, que dejen de practicarse, desintegran el valor jurídico de esa parte del proceso y se comete una nulidad de orden constitucional. No existe sumario sino se hace todo lo necesario a que el instructor está obligado en virtud de los principios de publicidad oficiosidad, legalidad e irrevocabilidad de la acción penal. Y como la legalidad de la pena, depende de la legalidad del juicio, sobre un sumario ilegalmente instruido no se puede fundar ni la legalidad del auto de proceder y mucho menos de una sentencia condenatoria...".

b) Violación del Derecho de Defensa

Vuelve nuevamente a referirse a la omisión de muchas pruebas por parte del instructor, a la consecuencial deficiencia de la recaudada durante el sumario. De aquí que manifieste:

"...A esta ilegalidad del sumario por la falta de cumplimiento de formas procesales ineludibles a la estructura vital del juicio, contribuyó sin duda alguna la carencia absoluta de defensa del sindicado, quien no contó con un personero judicial que contradijera la prueba oficiosa y solicitara pruebas en favor del sindicado, interviniendo en todos los actos de la investigación. No existió defensa real y efectiva porque no hubo apoderado de confianza ni designado de oficio. Este caso es sin duda alguna excepcional, pues un sumario en donde el sindicado se mantiene sin defensa durante toda la investigación, allí se ha quebrantado en forma muy grave e irreparable la institución del derecho de defensa, desconociéndose en

forma completa las garantías que el artículo 26 de la Constitución otorga. Aquí no se puede hablar de cualquier irregularidad u omisión, sino de una forma sustancial omitida...".

De prosperar este cargo solicita que se invalide el proceso desde el auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación.

Segundo cargo: Lo hace consistir en que se puso a consideración del jurado un cuestionario elaborado en desacuerdo con el auto de proceder, lo que implica que el procesado fue condenado sin observar la plenitud de las formas propias del juicio.

Advierte que en la autopsia se describieron las heridas que recibió el occiso y que los médicos concluyeron: "...La causa determinante de la muerte fue ANEMIA AGUDA POR HERIDA PENETRANTE EN CORAZON Y EN HIGADO. Lesiones ocasionadas por proyectil de arma de fuego y por su naturaleza mortal...". Descripción de heridas y conclusión científica que no fueron incluidas en el cuestionario, que se redactó de esta manera:

"...CUESTION UNICA:

El procesado Fernando González, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable SI o NO, de haber dado muerte, con intención de matar, a ALFONSO SIERRA GUEVARA, empleando para ello arma de fuego (revólver) y aprovechando de las condiciones de indefensión en que la víctima se hallaba (dormido), según hechos ocurridos en la madrugada del 27 de febrero de 1973, en la esquina de la calle 2ª con carrera 8ª de esta ciudad, jurisdicción de este distrito judicial...".

Para fundamentar jurídicamente la censura afirma:

"...De la lectura del cuestionario en pugna se deduce que en su texto no quedó inserto el hecho materia de la causa, que se debe entender aquí como 'el pliego de cargos' hechos al procesado como autor de la muerte. Y el cargo que se le imputó a González fue en primer lugar haber causado la muerte de Sierra Guevara; en segundo lugar haberla causado por medio de una lesión de carácter mortal; y en tercer lugar haber ocasionado esta lesión por medio de una arma de fuego. Estos cargos tenían que incluirse en su totalidad dentro del cuestionario para que hubiera correspondencia entre éste y el enjuiciamiento, y exactamente para que contuviera todos los elementos del cuerpo del delito por el cual se llamó a juicio al procesado...".

Al finalizar aduce que a un homicida no se le condena por emplear arma de fuego sino por haber causado una herida mortal apta para eliminar una vida humana. Que "...la sentencia impugnada al confirmar la condenatoria de primera instancia, mantuvo el desquiciamiento entre auto de proceder y cuestionario, y condenó sobre un veredicto que no respondió sobre el cuerpo del delito, pues no le fue propuesto en aquella cuestión única...".

Pide que si el cargo prospera se anule el proceso desde la elaboración del cuestionario para que se haga en debida forma.

Tercer cargo: Similar al anterior, pero bajo otro supuesto, consistente en que el cuestionario se confeccionó equivocando la circunstancia específica de agravación reconocida por el auto de proceder, pues en éste se le atribuyó la contemplada por el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal y en aquél la del numeral 6º de dicha disposición.

Anota que precisamente en el auto de enjuiciamiento se dijo que se daba la agravante del numeral 5º porque quien resultó muerto "...se encontraba dormido, hecho que constituye sin lugar a dudas 'alevosía'. Realmente la víctima del homicidio se encontraba así en un verdadero estado de indefensión..."; que en el cuestionario se dijo "...aprovechándose de las condiciones de indefensión en que la víctima se hallaba (dormido)..."; y, que el jurado contestó "...aprovechando de las condiciones de indefensión de la víctima...".

Luego de un ponderado estudio de los numerales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal, para demostrar que objetiva y subjetivamente son distintos y que no pueden aplicarse el uno por el otro, con-

cluye: "...la sentencia ha violado, pues, la ley penal sustancial por no cumplirse con la plenitud de las formas propias del juicio penal, por la injuridica conformación del cuestionario en cuanto al contenido de la circunstancia de agravación del homicidio ....la sentencia condenatoria quedó en disonancia con dicho enjuiciamiento perpetrándose la nulidad de orden constitucional que se está alegando...".

Aquí, también pide que al prosperar la censura, la Corte invalide el proceso desde la formulación del cuestionario.

Cuarto cargo: Lo configura en el hecho de que el juez al desechar, en plena audiencia, una nulidad planteada por la defensa, negó el recurso de apelación propuesto contra esa decisión, continuando su trámite ilegalmente.

Al respecto, consigna: "...Al negar la apelación de un auto de carácter interlocutorio y proseguir la audiencia, se quebrantó la forma propia del juicio penal en este aspecto, pues además de ser concedido ha debido de ser suspendida la audiencia pública en espera del resultado de la segunda instancia. El juez rompió la unidad jurídica del juicio, pues al negar el recurso de apelación de un auto interlocutorio desconoció el texto de la ley procedimental, desconoció el derecho del procesado a su defensa y pretermitió todo el trámite de la segunda instancia que es de obligatorio cumplimiento dentro de la organización jurídica de la justicia...".

No obstante lo expuesto dentro del concepto de violación supralegal, al finalizar la tacha, arguye: "...la interposición de una apelación contra una decisión de carácter interlocutorio, ha debido suspender la continuación del debate. Al no hacerlo, procedió sin competencia, y la competencia, es otra de las formas propias del juicio penal. De acuerdo con el artículo 34 del Código de Procedimiento penal los jueces superiores conocen con intervención del jurado del delito de homicidio. Pero si el juez séptimo superior dejó de ser competente para proseguir la audiencia, se produjo la nulidad de que habla el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal...".

Impetra la invalidación del proceso desde el momento en que debió de concederse el recurso de apelación denegado.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Hace un pormenorizado análisis de la demanda y de sus argumentos para concluir que se debe desechar sus pretensiones pues ninguno de los cargos alcanza a constituir la causal cuarta de casación penal por vía supralegal.

Primer cargo: Expresa que la Corte, ha anotado la conveniencia de que desde el primer momento el procesado disponga de un apoderado que lo asista; y al mismo tiempo que la defensa efectiva se cumple con plenitud en la causa, en donde debe afrontar los cargos que, en concreto, se le ha formulado en el auto de proceder. De lo cual deduce que sólo en esta etapa es posible hablar de violación efectiva del derecho de defensa.

Que, en consecuencia, en este proceso el procesado tuvo defensor y que éste ejerció a cabalidad sus funciones, lo que hizo principalmente en la audiencia pública "...en la cual solicitó la nulidad a la que hace alusión; y en forma suficiente y con detenimiento examinó las pruebas y las razones e interpretaciones que existían en favor de su cliente...", sin que pueda decirse que hubo quebrantamiento del derecho de defensa, que ha venido ejerciendo hasta última hora.

De otro lado, sostiene que las fallas investigativas que alega, se plasman en la falta de demostración del cuerpo del delito y de la responsabilidad, es planteamiento que debe hacerse por conducto de la causal primera, pero anota que ella no tiene cabida en los juicios con intervención del jurado.

Segundo cargo: Afirma que al preguntarle al jurado si el procesado era responsable "...de haber dado muerte con intención de matar, a Alfonso Sierra Guevara, empleando para ello arma de fuego (revólver) y aprovechando las condiciones de indefensión...", no aparece que el cuestionario sea incompleto y, por

ende, no contenga el cuerpo del delito y la responsabilidad conforme al auto de proceder "...porque se preguntó al jurado sobre el hecho de haber ocasionado la muerte y con la intención de matar, con empleo de arma de fuego, en condiciones de indefensión, es decir, como lo expresa la jurisprudencia que cita el señor apoderado, si a consecuencia de la acción del acusado se ocasionó la muerte por la acción ilícita de aquél; y la respuesta del jurado fue concreta y suficiente, como queda visto...".

Tercer cargo: Observa que no hubo confusión en cuanto a que se sometió al jurado la causal de agravación prevista en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, pues precisa:

"...El cuestionario propuesto al jurado se ciñó en términos generales y concretatamente en cuanto a la agravación, al auto de proceder, en forma estricta, ya que incluía la pregunta si el procesado obró "...aprovechándose de las condiciones de indefensión en que la víctima se hallaba (dormido)..." y el jurado, como ya se dijo respondió afirmativamente y que actuó "... aprovechando las condiciones de indefensión de la víctima...". Que fue lo que de acuerdo con la realidad probatoria ocurrió.

En tal virtud, concluye que no existe discrepancia entre el auto de proceder, el cuestionario y el veredicto, pues examinadas "...tales actuaciones procesales, aparece la correspondencia exacta de unas con otras, por cuanto la circunstancia deducida se relacionó con el sueño de la víctima en el momento del ataque, que imposibilitaba su defensa, por esto se preguntó y por lo mismo respondió afirmativamente el jurado...".

Cuarto cargo: Aunque es cierto que en la audiencia se pidió una nulidad que se negó por el juez, quien tampoco accedió a revocar esa decisión, también es verdad que se aludió al recurso de hecho mediante la expedición de copias, de lo cual no se hizo uso por la defensa.

Pero, posteriormente propuso de nuevo la nulidad ante el propio juez y más tarde ante el Tribunal, habiendo sido desechada en ambas instancias. Por manera que si el defensor no fue oído en esa oportunidad "...por la vía indicada logró suficientemente tal propósito y el examen y resolución acerca de su petición...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El impugnante formula a la sentencia cuatro cargos al amparo de la causal cuarta de casación, pues estima que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional al festinarse las formas propias del juicio y, principalmente, el derecho de defensa.

1) Falta absoluta de defensa.

Afirma el recurrente que en el sumario y también en la causa el procesado no tuvo apoderado que lo asistiera en debida forma, y que se omitieron pruebas fundamentales sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad.

Se ha dicho con notable acierto que la defensa en juicio es cuestión de simple estrategia, relegada al buen sentido y a la perspicacia de sus titulares. En este sentido, resulta difícil precisar cuándo un modo de actuar o de no actuar en el proceso constituye falta de defensa. Muchas veces una actitud equivocada, una dirección torpe de ella, la hace nugatoria; así como su acertada orientación, o su atinado ejercicio, la torna fructífera. Pero, calificar lo uno o lo otro, es asunto intrincado. De aquí, que la Corte haya expresado: "...la actividad de la defensa dentro del proceso penal supone un plan preordenado dentro del cual el abogado ejerce cabalmente su función bien sea interponiendo recursos o absteniéndose de hacerlo; planteando determinadas tesis en el acto de la audiencia o propugnando por otras; solicitando la práctica de pruebas o asumiendo una actividad pasiva sobre este particular. La forma como se ejerce la defensa en las diversas etapas del proceso es compleja, y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados..." (Cas. Penal, sent. del 23 de enero de 1975).

La verdad es que en este proceso, durante el sumario, el procesado tuvo apoderado. Basta observar que en la indagatoria se dice: "...el señor juez le hizo sa-

ber el derecho que tiene de nombrar un apoderado que lo asista en las presentes diligencias a lo cual manifestó que no tiene a quien nombrar, y por lo tanto el Despacho procede a nombrarle de oficio al doctor . . ., abogado titulado e inscrito en este Despacho quien estando presente aceptó el cargo para el cual ha sido nombrado previa las formalidades de ley, prometió cumplir fiel y honradamente con los deberes del cargo . . .". Esto establece que se le nombró apoderado de oficio a un profesional del derecho, que aceptó el cargo y se posesionó, no sólo con facultad para ejercerlo en la indagatoria sino "...en las presentes diligencias", es decir, en la etapa instructiva.

Ahora bien, que dicho apoderado no hubiera pedido pruebas, formulado solicitudes e interpuesto recursos, como lo anota el impugnante, no comporta violación del derecho de defensa, pues no se impidió, por modo alguno, su ejercicio. De dónde inferir que no fue ésta una actitud intencionada, con miras a que no se lograra el perfeccionamiento del sumario? O bien, encaminada a sentar las bases de una defensa ágil en la causa? No habiendo elementos de juicio que permitan pensar que, si hubiera obrado de otra manera, la situación jurídica del reo sería más benigna o se hubiera resuelto reconociendo su inocencia, hay que concluir que esa pasividad que se le endilga, no afectó el derecho de defensa.

El demandante, quien fue el que precisamente ejerció la defensa del procesado en la causa, explotó allí la aparente deficiencia investigativa como arma eficaz, y la sigue esgrimiendo dentro del recurso extraordinario de casación. Es así que en la audiencia pública edificó su solicitud de absolución por falta de pruebas y la subsidiaria de inexistencia de la agravante de asesinato, sobre los presuntos vacíos contradicciones, omisiones de pruebas y fallas de la investigación. Y, en este recurso, para fundamentar el cargo que se examina sobre esos mismos supuestos.

En este orden de ideas sostiene que al dejarse de practicar varias pruebas para despejar las incognitas que planteaban las recaudadas, se violó el sumario, forma propia del juicio penal, y se quebrantó el derecho de defensa. Entonces lo pertinente es analizar el alcance jurídico que podrían tener las pruebas cuya ausencia señala el casacionista, porque como lo ha dicho esta Corporación "...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 excluyente 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...". (Cas. Penal, Sent. de marzo 30 de 1976). A esto hay que agregar, que tampoco lo es, la omisión de pruebas que nada agregan al conocimiento que se tiene del hecho ni de la responsabilidad del inculpado.

Concretamente el actor señala las pruebas que cree se dejaron de practicar así:

Por parte de la Policía Judicial "...La inspección minuciosa del lugar de los hechos; el examen prolijo de los rastros del delito; el recogimiento de elementos que servían para asegurar las pruebas de su materialidad, como las ropas del occiso, la búsqueda de sangre dentro del jeep y fuera de él, si había o no perforaciones en alguna parte del mismo, si había o no huellas de combustión de pólvora en los asientos o en las puertas, y si las puertas se encontraron abiertas o cerradas; levantar un croquis del lugar; haber mantenido retenidos a los testigos de la referencia, y por lo menos haberles hecho firmar lo que expresaron en el acto; haberle hecho firmar al sindicado lo que manifestó en el mismo acto o luego de su captura...".

Por parte del funcionario instructor "...Reconocimiento en rueda de presos del sindicado por los testigos que lo incriminaron; careos con los mismos; ampliación y aclaración de la diligencia de necropsia; un peritazgo en balística sobre los tres proyectiles que llegaron a su poder; aclaración del Laboratorio Forense para que explicara cuántos proyectiles

recibió y cuántos devolvió el Instructor, y sobre todo para que explicara cómo recibió el que resultó abollado en el extremo; declaración a los agentes que encontraron el proyectil en el portón del hotel para que dijeran si lo habían encontrado abollado o no; explicación sobre el colgajo orificial de piel del occiso que se examinó, puesto que los balazos tuvieron que penetrar por encima de la ropa...".

La sola lectura de las transcripciones anteriores pone en evidencia que el censor hace una lista de actividades y diligencias que al parecer dejaron de efectuar la policía y el funcionario de instrucción, o cuya práctica no fue solicitada por el apoderado o defensor. Enumera unas pruebas, pero no entra a demostrar su inexcusable omisión para la defensa del procesado, lo que de por sí consiste en comprobar la bondad de cada una de ellas. No se trata de advertir que el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado no quedaron bien acreditados en el sumario, porque faltaron aquellas pruebas, lo que hay que demostrar es que éstas hubieran determinado necesariamente una resolución favorable.

De toda aquella relación de pruebas no practicadas, se refiere únicamente a dos: la pericia balística y la inspección judicial con reconstrucción de los hechos.

Respecto de la primera, anota: "...Si al procesado se le probó que disparó, no se sabe con seguridad si lo hizo una o dos veces, pues de acuerdo con el dictamen del Laboratorio Balístico, sólo disparó con el revólver que se encontró en el Hotel Turista el disparo que lo hirió en el brazo derecho, que como se sabe no fue mortal ni el que produjo la muerte del occiso. El funcionario de instrucción no se inquietó lo más mínimo por despejar esta incógnita del sumario, dejando de ordenar una pericia en balística. Por esta razón en el sumario no quedó demostrado el cuerpo del delito de homicidio. González no mató con el proyectil Nº 1 El Nº 2 no fue disparado con el revólver examinado. No está demostrado que este proyectil hubiera sido el que se entró (sic) en la entrada del hotel Turista. Y, si lo es, entonces, dónde está ese tercer proyectil que penetró por el octavo espacio intercostal de Sierra Guevara, siendo así que según la diligencia de necropsia dos proyectiles se encontraron en el cuerpo de éste, correspondientes a las dos lesiones y ambos aparecen remitidos al Laboratorio Forense?...".

No expresa el demandante en qué debía consistir la pericia balística a que alude y cuál el asunto que pondría en claro. Es decir, no justifica la prueba. Tampoco señala la incidencia decisiva que podría tener para la situación jurídica de su representado. Lo que está dejando en claro, al interpretar a su tamaño la prueba existente, es la inocuidad de esa peritación balística o su omisión afortunada, todo lo contrario de lo que debía resaltar.

Con miras a la reconstrucción de los hechos, aduce: "...La investigación no determinó cómo pudieron ocurrir los hechos, fuera de admitir que el occiso se encontraba dormido sobre el timón y que el procesado disparó hacia el carro. Nada más. Pero la posición o distancia desde donde disparó, la posición que tenía el occiso al momento de los disparos; el por qué un disparo tomó de abajo hacia arriba; si las heridas del brazo derecho significaron que hubo lucha o defensa, y por lo tanto que Sierra Guevara no se encontraba dormido; si el agente de policía Tavera Sáenz sí pudo ver a quien disparaba, nada de esto se trató de establecer por medio de la reconstrucción acompañada de peritos oficiales. Si se efectúa se hubiera podido establecer entre otras cosas, que un balazo dirigido desde afuera del jeep con la puerta cerrada, no podía dar en el octavo espacio intercostal, y nadie vio que el procesado hubiera abierto la puerta y se hubiera acercado hasta una posición adecuada a los resultados de los disparos...".

De haberse practicado la reconstrucción, dicha diligencia no hubiera comprobado nada trascendente como lo quiere hacer ver el impugnante, pues nada nuevo se hubiera obtenido al establecer que el balazo dirigido desde afuera del jeep, con la puerta cerrada no fue el que penetró por el séptimo (que no octavo) espacio intercostal y causó la muerte según la necropsia, porque Alba María González

Medina que presenció el insuceso relató que, estando la víctima dormida sobre el timón, al recibir el primer disparo se bajó del automóvil, luego de lo cual ella oyó otras detonaciones, esto indica que los dos impactos de bala que se encontraron en el cadáver uno lo recibió dentro del automotor y el otro no, circunstancia que vendría a corroborar lo que se pretende demostrar con la prueba reclamada, y que la hace, por lo mismo, inocua frente al hecho de que en esos instantes el único que disparaba era el procesado.

Entonces, por todo lo expuesto, queda absolutamente claro que no se violó el derecho de defensa ni se quebrantaron las formas propias del juicio.

El cargo no prospera.

2) *Elaboración incompleta del cuestionario.*

Aduce el demandante que al haberse establecido que la causa determinante de la muerte fue anemia aguda por herida penetrante del corazón y del hígado, ha debido de elaborarse el cuestionario incluyendo estos aspectos para que existiera correspondencia con el auto de proceder, pues tal como lo redactó el juzgado se rompió esa armonía y se dejó de preguntar al jurado sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad, no observándose las formas propias del juicio.

Al jurado se le preguntó:

"...CUESTION UNICA:

El procesado Fernando González, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable SI o NO, de haber dado muerte, con intención de matar, a ALFONSO SIERRA GUEVARA, empleando para ello arma de fuego (revólver) y aprovechando de las condiciones de indefensión en que la víctima se hallaba (dormido), según hechos ocurridos en la madrugada del 27 de febrero de 1973, en la esquina de la calle 2ª con carrera 8ª de esta ciudad, jurisdicción de este Distrito Judicial?...".

Cuando el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal establece la manera como se formula el cuestionario, exige que el hecho que es materia de la causa se determine con "...las circunstancias que lo constituyan...", es decir, con aquellas que tienen alguna relevancia para el derecho, pues agrega: "...sin darles denominación jurídica...". La descripción de la lesión mortal inferida, tiene importancia jurídica frente a la responsabilidad que decide el jurado? Ninguna. La cuestión sometida a su consideración sigue siendo la misma a pesar de que la herida no se describe, porque preguntar por la muerte de un semejante, producida por otro con intención de matar, con aprovechamiento de condiciones de indefensión, con arma de fuego, en un lugar, día y hora determinados, es interrogar por un homicidio, con características de asesinato, que es el hecho punible concreto que se atribuye en el auto de proceder.

La omisión que se alega carece de trascendencia jurídica porque el hecho materia del juzgamiento siguió siendo sustancialmente el mismo, como lo afirma el señor Procurador Delegado al observar: "...en la pregunta se incluyeron los elementos propios del delito, como también las circunstancias correspondientes, con expresión concreta de la agravante aludida...".

No habiéndose alterado en el cuestionario la naturaleza jurídica y las circunstancias esenciales del hecho, su concordancia con el auto de proceder resulta innegable, como innegable aparece que no se violaron las formas propias del juicio ni se maltrató el derecho de defensa.

El cargo no prospera.

3) *Elaboración falsa del cuestionario.*

Sostiene el censor que en el auto de proceder se le imputó al procesado la circunstancia agravante del homicidio del numeral 5º del artículo 363 del Código Penal y que en el cuestionario se le preguntó al jurado por la prevista en el numeral 6º de esa norma, situación que protocoliza un desacuerdo manifiesto entre esas piezas del proceso, lo que comporta violación de las formas propias del juicio y del derecho de defensa.

Argumenta que las dos agravantes específicas son distintas, pues distintos son los verbos rectores que las constituyen: mientras la del numeral 5º emplea el verbo "poner", la del numeral 6º utiliza el verbo "abusar", sinónimo de aprovechar. Por lo cual dice: "...El primero es un verbo transitivo. La acción tiene en el su-

jeto su causa, y por consiguiente puede ser determinada, orientada y cumplida con sentido finalista. La acción por ser del sujeto compromete su autoría y dispone su responsabilidad. Los otros dos verbos no exigen la actividad del sujeto como causa de un hecho, sino que el hecho existe previamente a la intención y voluntad del sujeto para ponerlo a su servicio, abusando o aprovechándose de él ...".

No se trata de definir la diferencia técnica entre una y otra agravante, lo que se debe establecer es si el cuestionario se redactó en forma concreta, porque preguntó por la circunstancia específica que imputó en el pliego de cargos respectivo.

*Pues bien, en el auto enjuiciatorio del juzgado se dijo que se configuraba el numeral 5º del artículo 363 ya que "...la víctima, como se desprende del informe dado por Alba María González y Luis Giraldo al señor Comisario, efectivamente se encontraba dormida, hecho que constituye sin lugar a dudas la 'alevosía'. Realmente la víctima del homicidio se encontraba así en un verdadero estado de indefensión...". ... ...

No obstante lo anterior el juez prosiguió la audiencia hasta su terminación. Considera que esta actitud condujo a un trámite ilegal que vulneró la forma propia del juicio y el derecho de defensa.

Fundamenta la censura en el siguiente razonamiento, que contiene la síntesis de su criterio: "...la interposición de una apelación contra una decisión de carácter interlocutorio, ha debido de suspender la continuación del debate. Al no hacerlo, procedió sin competencia, y la competencia es otra de las formas propias del juicio penal. De acuerdo con el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal los jueces superiores conocen con la intervención del jurado del delito de homicidio. Pero si el Juez Séptimo Superior dejó de ser competente para proseguir la audiencia, se produjo la nulidad de que habla el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal...".

No tiene asidero jurídico la argumentación del demandante en el caso concreto. Basta recordar que sólo cuando se concede el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, contra un auto que lo permite, el juez de instancia pierde competencia mientras resuelve el Superior. Aquí, no se concedió el recurso y su sola interposición no podía producir ese efecto. Luego, hay que concluir que la audiencia se prosiguió en legal forma.

De otro lado, ningún derecho se violó al negarse el recurso de apelación, porque no se hizo por mero capricho sino con fundadas razones. No se causó ningún perjuicio, pues se llegó a conceder el recurso de hecho, cuya suerte omite precisar el recurrente. Es más, el problema de la nulidad volvió a ser planteado ante el juez y ante el Tribunal, y recibió la atención que se merecía en las instancias. Esto descarta cualquier asomo de atropello a la defensa en juicio.

El cargo no prospera.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal-, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *DESECHA* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria de diez de septiembre del año pasado, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y de la cual se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PARTE CIVIL

Para que pueda aceptarse una demanda de parte civil, debe aparecer la legitimación en causa

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., agosto dieciséis de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 46, de agosto 11/77

V I S T O S

El abogado EDUARDO RIVEROS CASTRO, "obrando en mi propio nombre, y en mi condición de denunciante en este proceso, ante el Honorable Magistrado Sustanciador (sic) concurro para solicitar el derecho de reconocerme la parte civil", de acuerdo con lo que a continuación de su escrito expone.

SE CONSIDERA

1. En los hechos manifiesta el abogado Riveros Castro que denunció a los Magistrados Carlos Burgos Moyano, Alfonso Pérez Delgado y Gonzalo Rojas Velásquez (del Tribunal de Villavicencio) y al Secretario "para que se establezcan las responsabilidades sobre falsedad que se encuentra en el cuaderno de incidente de reconocimiento de Carmen Rosa Ramón Rey, como heredera del causante David Rey Céspedes hecha por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Villavicencio, consistente en la alteración manual (sic) de la fecha de la providencia que revocaba la vocación hereditaria dada por dicho Juzgado a mi clienta Carmen Rosa Ramos R.", alteración con la cual "pudo haberse dejado por fuera de término una recusación de impedimento que propuse contra el Magistrado Carlos Burgos Moyano, quien actuaba como sustanciador o ponente en este proceso, por haber conocido del juicio con anterioridad en forma irregular". Agrega: "El (sic) no habérsele dado la tramitación procedimental o jurídica que necesitaba mi escrito de recusación se afectaron los intereses económicos de mi cliente por haber perdido la oportunidad única de hacer valer sus derechos legalmente frente a otros allegados al juicio; ya que se entiende que otra hubiera podido ser la suerte procesal de mi cliente si el magistrado se desprende del negocio dándole vía libre a la recusación para que llegara a la sala de decisión buscando nuevos criterios jurídicos desprovistos de cualquier insinuación ya preconcebida".

Como pruebas señala "las que obran dentro del mismo proceso" en Derecho dice: "Arts. 125, 126, 127, 128 y subsiguientes del Código Penal; y 2341 del Código Civil y normas concordantes". Finaliza indicando las direcciones de los denunciados y la suya propia.

2. *Para que pueda aceptarse una demanda de constitución de parte civil dentro del proceso penal, a más de ser presentada en la debida oportunidad (C. de P. P., artículo 126), debe aparecer la legitimación en causa ya que, de lo contrario, debe ser rechazada, pues como lo dispone el artículo 131, inciso 1º, del estatuto procesal penal. "El rechazo de la demanda sólo podrá fundarse en ilegitimidad de la personería del demandante".*

Según la norma 125 del Código últimamente citado, son titulares de la acción

civil "las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito o sus sucesores".

Entonces, como lo ha sostenido la Corte, "es preciso que el perjuicio causado con el delito, del que deriva el interés jurídico para obrar o legitimación en causa, aparezca como algo cierto o probable al tiempo de la presentación de aquélla, bien porque resulte del hecho ilícito en sí lo que acontece cuando es el propio sujeto pasivo de la infracción el que demanda, ora porque se aduzcan elementos de juicio que acrediten el daño sufrido por el accionante"

En el caso ahora sometido a la consideración de la Sala no se cumple el requisito de la legitimación en causa. En efecto: El abogado Riveros Castro formuló la denuncia penal que dio origen a este proceso. Pero ese solo hecho no lo convierte en perjudicado con los denunciados como posiblemente ilícitos. De ser ciertos, otra sería la persona víctima de ellos, en cuya cabeza estaría la acción para obtener la correspondiente indemnización, llegado el caso. Como tampoco se opera ese fenómeno, por el de ser apoderado, en otro proceso, de la presunta víctima de los que se consideran delictuosos. Para poder actuar dentro del penal, con la pretensión de ser tenido como parte civil, se requiere el perjucio sufrido o la seria posibilidad de ello.

Agréguese a lo anterior que es el propio Riveros Castro quien afirma no tener interés en las resultas de la presente investigación ya que por una parte manifiesta, luego de decir que entiende que hay parcialidad del Magistrado Burgos Moyano para con él, que le gustaría que la Corte "tuviera en cuenta estas incidencias para formarse un mejor concepto de la actitud que se ha seguido contra mí por haberme visto obligado a denunciar unos hechos que considero irregulares, y que me obligaban en defensa de los intereses de mi cliente" (Fl. 65) y, por otra, en la ratificación de su denuncia, expresa y claramente, al ser "PREGUNTADO". Cuáles son las consecuencias de carácter procedimental que usted atribuye al borrón que es materia de su querella, en el juicio que se viene citando. CONTESTÓ. Procedimentalmente niguna para mí, para las otras partes que me pregunta el señor juez no podría determinarlas en este momento. Unicamente me remito al hecho de la alteración de la fecha en una providencia judicial y que entiendo que sin haber justificación para ello, la ley establece un proceso de investigación penal que nos lleva a establecer precisamente dónde está la materialidad del hecho" (Fl. 11).

De donde se concluye que no apareciendo el abogado Eduardo Riveros Castro como perjudicado con el delito que se investiga dentro de este proceso, carece de personería para constituirse parte civil, por lo cual, su pretensión en tal sentido no podrá aceptarse, con fundamento en lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal en su artículo 131, inciso 1º.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia RECHAZA la demanda de constitución de parte civil solicitada dentro de estas diligencias por el abogado Eduardo Riveros Castro.

Una vez ejecutoriada esta providencia vuelve al Despacho.

Cópiese, notifíquese.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

JUECES DE PRIMERA INSTANCIA DENTRO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Sus facultades. Cuándo y por qué pueden comisionar y a qué funcionarios. Sus actuaciones son válidas

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., agosto dieciséis de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón*

Aprobado: Acta Nº 46 de agosto 11/77

V I S T O S

Con fecha 13 de septiembre de 1976 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dictó sentencia con la cual confirmó la dictada por el Comandante de la Tercera Brigada, como Juez de Primera Instancia, modificándola en cuanto a la tasación de las penas, contra los procesados SILVIO COBO DELGADO, RAUL CONTRERAS, ELIODORO OREJUELA ESCOBAR e ISNAR ENRIQUE MOLINA al hallarlos responsables de violación de las normas del Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Los condenados interpusieron recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, por medio de apoderado legalmente constituido, se presentó la demanda que debe resolverse en esta providencia.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El día 26 de septiembre de 1975 el teniente Harold Jaramillo, oficial adscrito a la Policía Judicial, puso en conocimiento del Comandante de la Tercera Brigada con sede en Cali, que en el punto denominado "Altamira", del corregimiento de San Francisco, municipio de Timba (Cauca), había practicado una requisa "con resultados enteramente positivos, ya que se hallaron una serie de elementos que generalmente se utilizan para elaborar el estupefaciente denominado cocaína y, además, observando que se encontraba el polvo blanco diseminado en una de las piezas de la finca, el que dice el señor Comandante 'se comprobó que era cocaína'. Tal sustancia se encontró, en parte, debidamente procesada, como también en vía de elaboración, e igualmente se hizo el decomiso de todos y cada uno de los objetos aludidos que pudieran tener relación con la conducta posteriormente a investigar, entre las que figuró un vehículo automotor que dijo el señor Cobo le pertenecía".

El señor Comandante de la Tercera Brigada, el mismo día 26 de septiembre en que recibió el informe a que se hizo referencia, dictó auto mediante el cual dispuso comisionar "con amplias facultades al señor Juez 76 de Instrucción Penal Militar adscrito al Departamento de Policía 'Valle', para que inicie y perfeccione la investigación a que haya lugar". Del mismo modo, se dispuso enviar al Instructor todos los elementos recogidos en la diligencia practicada por la Policía Judicial y en cuanto a los detenidos, quedarían desde ese momento a órdenes del Instructor en la Cárcel de "Villanueva" (Fl. 2).

El Juez 76 de Instrucción Penal Militar dictó, el primero de octubre, auto en el cual dispuso que se tuviera como base para dictar el de cabeza de proceso los in-

formes y demás documentos enviados por la Brigada, "y en consecuencia, cúmplase la comisión impartida por el señor Juez de Primera Instancia de la Tercera Brigada..." ordenando abrir la investigación.

El Instructor practicó todas las diligencias ordenadas en el auto referido, resolvió la situación jurídica de los incriminados mediante auto de detención, dispuso la práctica de las pruebas de laboratorio las cuales dieron resultado positivo sobre que se trataba precisamente de cocaína, en un alto grado de concentración, etc.

Vencido el término de instrucción, el cuatro de diciembre ordenó remitir el proceso al señor Brigadier General Comandante de la Tercera Brigada funcionario que avocó el conocimiento del asunto, dispuso que los dictámenes periciales fueran puestos a disposición de las partes, solicitó el concepto del Fiscal Permanente de la Brigada quien conceptuó que los procesados debían ser condenados, y luego de resolver diversas solicitudes de los apoderados de los sindicados, dictó sentencia el nueve de enero del mismo año de 1975 decisión que fue apelada para ante el Tribunal Superior Militar donde se hallaba cuando el gobierno decretó el levantamiento del estado de sitio y el proceso pasó a la justicia ordinaria -Tribunal Superior de Popayán- en donde, como se anotó fue confirmada con algunas modificaciones en cuanto a la tasación de las penas impuestas primitivamente, -decisión esta que es objeto del recurso de casación-.

LA DEMANDA DE CASACION

En ejercicio del poder que le fuera otorgado por todos los procesados, el actor presenta una demanda en la cual anuncia que "invoco contra el fallo recurrido las causales de casación 4ª y 1ª, cuerpo 2º, previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal", y al amparo de estas dos causales formula dos cargos con fundamento en la causal primera, y uno con apoyo en la cuarta así:

Causal cuarta. Cargo único: Se anuncia el cargo sobre la base del fallo "se dictó en un juicio viciado de nulidad por incompetencia del juez, en los términos del numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal...". El cargo tiene el siguiente desarrollo:

a) El Decreto Legislativo 1250 de 1970 atribuyó a la jurisdicción penal militar el conocimiento de los delitos consagrados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes. para que fueran tramitados según las reglas del procedimiento de los consejos de guerra verbales, y con aplicación del consagrado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar que adscribe competencia a los jueces de Primera Instancia, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 4º del mismo decreto, son "los contemplados en los artículos 330, 336 y 342 del Código de Justicia Penal Militar...";

b) De conformidad con lo establecido en el artículo 590 cuyo texto se transcribe en la demanda, "corresponde al juez de primera instancia, es decir, al Comandante de la Brigada, calificar el parte, la denuncia, el aviso o el informe... y, si encuentra base de procedibilidad, perfeccionar la investigación dentro del breve término establecido". Se trataría, expresa el censor, de un caso de competencia privativa u original que por tener esa calidad no puede ser delegada sino para el cumplimiento de precisas tareas determinadas. Esta competencia privativa del Comandante de Brigada no significa que no pueda encomendar a otro funcionario la recepción de determinadas pruebas, con la sola condición, fundamental, en sentir del actor, de que primero se "haya dictado auto cabeza de proceso", por lo que "el comisionado no puede reemplazar al comitente en lo básico de la competencia de éste, como es dictar el auto cabeza del proceso, detener, excarcelar o admitir la constitución de parte civil";

c) Como conclusión obligada de las premisas anteriores, según el libelo, "si la acción se ha iniciado o proseguido por funcionario distinto del juez de primera instancia, el proceso es nulo desde el auto que lo inició, las pruebas recogidas quedan sin valor, la detención está fuera de la ley, y es forzoso hacer la declaratoria pertinente, ahora en sede de casación".

Apoya sus puntos de vista, sobre varias decisiones de la Sala Penal de la Corte en donde se habrían recogido los principios fundamentales expresados antes;

d) En el caso *sub examine* estaría comprobada a cabalidad la nulidad alegada si se toma en consideración que no fue el comandante de la Tercera Brigada quien abrió la investigación, sino el Juez 76 de Instrucción Penal Militar, funcionario que no sólo tomó esta determinación sino que, adelantó la investigación y dentro de ella, recibió indagatorias, dispuso la destrucción de los estupefacientes, ordenó la detención de los incriminados, etc., todo lo cual, según el censor correspondía, por modo exclusivo, al Comandante de la Tercera Brigada como Juez de Primera Instancia, con cuyo desconocimiento se habría generado la nulidad alegada;

e) En otro de los apartes de la demanda el recurrente esgrime argumentos para refutar los que fueron tomados en cuenta por el *ad quem* al rechazar los cargos formulados en la instancia y relativos a la nulidad propuesta entonces, como ahora.

Causal primera. Primer cargo: El Tribunal, al dictar el fallo recurrido, habría incurrido en error manifiesto de hecho por cuanto la prueba testimonial sobre la que descansa el fallo, se haría practicado con violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal que ordena que los testimonios deberán ser recepcionados directa y personalmente por el juez o funcionario instructor circunstancia que deberá ser puesta de presente en la respectiva diligencia. De otra parte, dice el recurrente "la norma se completa con la prohibición de delegar esa tarea y con la sanción de que si el testimonio no se recibe de conformidad con lo preceptuado, no tendría valor alguno". En el presente caso, debería dictarse fallo absolutorio por ausencia de prueba, y al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal "pues la decisión de condena incurrió en manifiesto error de hecho al tomar en cuenta esa prueba sin existencia jurídica, lo cual lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974".

Segundo cargo: Por cuanto se aplicó en exceso tanto la pena privativa de la libertad como la pecuniaria, se habría violado el artículo 43 del Decreto sobre Estupefacientes. El actor discurre largamente sobre los presupuestos del cargo, los que serán contestados en su oportunidad.

Finalmente en las conclusiones de la demanda, el censor plantea a la Corte estas alternativas:

Que si la sentencia no se casare por el cargo relativo a la nulidad, deberá hacerlo por el de ausencia total de prueba sobre la culpabilidad de los condenados pues, según se dice, "el requisito para la asunción correcta de los testimonios no se cumuplió toda vez que no se hizo constar en el texto de las declaraciones, ni aparece tampoco otra fuente de la prueba de haber satisfecho" la condición de ser recepcionadas por el juez ante su secretario, que para el caso, según el censor, sería el Comandante de la Tercera Brigada con sede en Cali;

b) Si por caso, la Corte no hallare fundados ninguno de los dos cargos anteriores, entonces deberá casarse el fallo igualmente, esta vez, para que se realice correctamente la dosimetría penal en cuanto al aspecto de la pena pecunaria como el de la privativa de la libertad, que se considera excesiva.

RESPUESTA DEL PROCURADOR

El Delegado Primero en lo Penal al contestar la demanda, solicita a la Corte desecharla por cuanto que, con argumentos y razones que se examinarán en seguida, no ha demostrado el demandante ninguno de los vicios en que habría incurrido el fallador de segundo grado y que lleven a la invalidación del fallo acusado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal cuarta. Cargo único: *El Decreto 1188 de 1974 por su artículo 48 adscribió el conocimiento de las infracciones relativas al tráfico de estupefacientes, en forma exclusiva a los Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito. Seguramente, y esto, porque el Decreto 1250 de 1975 no contie-*

ne motivación alguna, -el auge del consumo, y especialmente del comercio de los estupefacientes, determinaron que el Gobierno tomara la determinación, con fines de política criminal, de hacer mucho más rápido, y quizás más efectiva la lucha contra los traficantes, y de ese modo dispuso que el conocimiento de este tipo de delitos estuviera a cargo de la Justicia Militar y por los brevísimos procedimientos previstos en su estatuto para el tratamiento y fallo de los delitos propios de los cuerpos armados.

En este punto, anota con sobra de razón el Procurador, que "la competencia dada por el Decreto Legislativo a los Comandantes de Brigada... no fue determinada por un fuero especialísimo reconocido por la ley a las personas sino que únicamente se tuvo en cuenta la naturaleza de hecho delictual", de manera tal, sigue el Procurador, que al realizarse ese traslado de competencia de la Justicia Ordinaria a la Castrense "no se estaba instituyendo la llamada competencia restrictiva o retenida que nace para aquellos casos especialmente consagrados por nuestro ordenamiento jurídico con base en el fuero personal en que están colocados determinados funcionarios públicos...".

Y es esencialmente sobre los presupuestos anteriores que el apoderado entiende la existencia de la nulidad alegada, cuando en apoyo de sus pretensiones busca sustento en doctrinas de la Corte, que como bien lo recuerda el colaborador Fiscal tuvieron otros presupuestos de hecho.

Así, por auto de 29 de mayo de 1971, que es uno de los fallos citados en la demanda, la Corte sostuvo la tesis, que bien valdría la pena se reexaminara, que no podía legítimamente constituirse la parte civil, sino mediante demanda presentada ante el juez competente, ya que esa función era indelegable. Sucede sin embargo, que el recurrente no advirtió que se estaba en presencia de un proceso que se adelantaba contra un juez, situación que hacía nacer la llamada competencia privativa o restringida. Por ello, en uno de los apartes del citado fallo, adujo la Corte entre otras, las siguientes razones, en las que se evidencian nítidamente los presupuestos de tal competencia: "el fuero *obliga a que las decisiones fundamentales para los fines del proceso deban ser tomadas por el funcionario a quien la ley ha señalado como juzgador, en razón de la* calidad del acusado, *y que si esa función se delega en otros* de inferior categoría, *se contrarían las razones que hay para* amparar *a aquél con* el fuero *porque se está sacando el juzgamiento de manos de quienes la ley considera que ofrecen mayores garantías tanto para el acusado como para la justicia" (el subrayado es de este fallo).*

Y en auto de 7 de noviembre de 1972 que también ha sido traído como antecedente por el demandante, la Corte concretó su pensamiento así: "En los asuntos de competencia de los Tribunales Superiores de Distrito, entre los cuales está, como queda dicho, el juzgamiento en primera instancia de los jueces por las llamadas causas de responsabilidad *el Magistrado Sustanciador puede 'comisionar a cualquier Juez para practicar las diligencias...' Pero este poder de delegación es limitado..." no entendiéndose que pueda incluir el auto cabeza de proceso que siempre debe ser dictado por el juez competente.*

No son pues de recibo, en el caso de autos, los antecedentes jurisprudenciales citados por el actor, porque aquí no se trataría de la adscripción de una competencia por razón de la calidad o investidura de los sindicados sino antes bien, por la naturaleza del hecho, que por su altísimo índice y significado de perturbación social, determinó al Gobierno a buscar, por todos los medios, que la lucha contra este tipo de delincuencia se realizará sino con la mayor efectividad, sí, por lo menos, con la mayor rapidez, obviamente, sin que ello quiera significar que dejara de tener aplicación la norma superior que manda que los procesos se ritúen con la salvaguardia de los intereses de quienes intervienen en los procesos penales.

"El procedimiento especial" consagrado en el artículo 590 del Código Castrense, está específicamente dispuesto para el trámite de los delitos propios de quienes tienen la investidura de militares, como

son los de Abandono del Puesto, Deserción y Abandono del Servicio que, por su naturaleza son de una comprobación en extremo simple que no exige los engorrosos trámites de un prolongado proceso investigativo. Esa la razón para la manifiesta brevedad de los términos allí previstos que seguramente serán de muy difícil aplicación en los procesos que se adelantan, por violación al Estatuto de Estupefacientes.

La norma dice, que una vez se tenga conocimiento por medio de parte, denuncia, aviso o información de la comisión de uno de esos delitos militares, el Juez de Primera Instancia, que lo es para el caso, el Comandante de Brigada, perfeccionará la investigación en ocho días, dará traslado al fiscal por veinticuatro horas y al defensor por igual término y luego dictará el fallo dentro de los tres días siguientes. Es decir, que en quince días se habrá hecho la investigación y se habrá dictado el fallo. Cosa se repite, sino imposible, por lo menos muy difícil de que se cumpla en tratándose de procesos por delitos de tráfico de estupefacientes.

La norma manda que el juez de Primera instancia perfeccione *la investigación, entendiéndose entonces, que la expresión* perfeccionar *debe tener no sólo el significado gramatical propio de acabado de una obra, lo que significa la existencia de la misma, sino el jurídico, que implica necesaria y lógicamente, la existencia de una investigación, no pudiéndose perfeccionar una investigación que no existe. La situación entonces, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no admite interpretaciones dudosas. Si el Juez de Primera Instancia se informa de la existencia de la comisión de un delito, por cualesquiera de los medios no taxativamente indicados en la norma, puede hacer una de dos cosas u ordenar que la investigación se perfeccione, para lo cual, lógicamente ha debido dar algún valor o significado probatorio al parte, denuncia, aviso o informe, de que el hecho delictuoso ha tenido ocurrencia al igual de lo que ocurre en la justicia ordinaria en cuanto a la obligación contenida en el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal. Y, entonces, nada impide que pueda considerarse como auto cabeza de proceso, precisamente la* orden de perfeccionar *la investigación, precisamente, porque ya se ha tenido conocimiento de la comisión o existencia del delito que obliga a que se abra y se perfeccione la investigación correspondiente. Pero, si así puede disponer que la investigación se perfeccione, puede también ordenar que no se perfeccione lo cual, traducido al terreno del derecho, estará a significar que el hecho que llegó a su conocimiento por el parte, denuncia, aviso o informe, no es delito o que a quien se sindica, no lo ha cometido, situación esta que traducida al lenguaje jurídico significa que el señor Comandante de Brigada dicta un clásico auto inhibitorio (artículo 320 del C. de P. P.). Las dos hipótesis previstas encajan perfectamente dentro de la facultad acordada por la ley al Comandante, por la potísima razón, se repite, de que si tiene competencia o facultad para disponer que una investigación se perfeccione, también deberá tener la misma competencia o facultad para disponer el contrario; de la misma manera que en la justicia ordinaria la ley da facultad al juez para que pueda tomar determinaciones en cualquiera de los dos sentidos.*

En el caso presente se tiene que al señor Comandante de la Tercera Brigada, con sede en Cali, se le ha pasado un completísimo informe sobre la comisión de un delito que es de su competencia (Decreto 1250 de 1975). Qué podía hacer el señor Comandante frente a ese informe? O entender, y eso fue lo que entendió, que se había violado la ley penal en materia que era de su competencia exclusiva, y no tenía más que hacer sino, disponer conforme lo hizo, que se abriera la correspondiente investigación, para lo cual, y como se hace siempre por parte de los jueces castrenses, utilizó las palabras de la ley, es decir, dispuso que la investigación se perfeccionara para lo cual comisionó al Juez de Instrucción Penal Militar a quien podía comisionar. El Instructor repitió el auto cabeza de proceso, incluyendo esa especie de programa investigativo, que sin hacer parte esencial del

auto cabeza de proceso, consagra la ley como objeto de la investigación en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo demás, y tal como lo anota el Procurador, débese establecer la substancial diferencia que existe entre las disposiciones contenidas en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal y el 590 del Código de Justicia Penal Militar, precisamente en cuanto a las facultades que estrictamente le corresponden, en un caso (artículo 52) al Magistrado Sustanciador, y en el otro (590) al Juez de Primera Instancia. En el primero de ellos, la ley, clara, expresa y terminantemente, dice, que el auto cabeza de proceso mediante el cual se ordena abrir una investigación dentro de los procesos por competencia restrictiva, privilegiada o retenida corresponde, de modo exclusivo, el Magistrado Sustanciador. Es decir, que esta facultad es absolutamente indelegable. En cambio, en cuanto hace a las facultades de los Comandantes de Brigada -Jueces de Primera Instancia- no existe una limitación tan definitiva y terminante, salvo, seguramente cuando se trata de militares cobijados por el fuero castrense de acuerdo con el cual debe respetarse la jerarquía militar que es principio inspirador de toda la instrucción castrense.

Pero si lo anterior no bastare para sostener la tesis de la ausencia total de la nulidad alegada, téngase presente que el artículo 360 en concordancia con el 501 del Código de Justicia Penal Militar atribuyen al Juez de Instrucción Penal Militar "jurisdicción y facultad *para investigar* todos *los delitos de competencia de la justicia castrense cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho". Y, el 501 de la misma obra, 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 que ordene por lo menos las diligencias iniciales".*

Y no se diga que estas normas no tienen aplicación frente a la competencia adscrita por el Decreto 1250 a las autoridades militares, por la simple razón de que en ninguna parte el citado decreto hizo referencia a que se aplicaran en el juzgamiento de los delitos de tráfico de estupefacientes, solamente ciertas y determinadas normas del Código Militar. No. El decreto no lo podía decir, por cuanto debía ajustarse a los procedimientos militares que eran precisamente los que se querían ver aplicados en la lucha contra los narcotraficantes.

Por todo lo anterior, es de evidencia que el cargo formulado no puede prosperar.

Segunda causal. Primer cargo: Como bien lo anota el Procurador, este cargo también descansa sobre la pretendida nulidad propuesta en la causal que se ha estudiado. De manera que el cargo deberá correr la misma suerte del anterior: o sea, que si no ha existido nulidad, como se demostró, tampoco se estaría en presencia del "manifiesto error de hecho" que, entre otras cosas, no sería de hecho sino de derecho, por la razón simple de que el fallador no ignoró la existencia de la prueba testimonial, ni menos la inventó para sostener sobre ella el fallo impugnado. Si el censor afirma que el vicio radica en la forma como se recepcionó la prueba, en el modo como el fallador la hizo llegar al proceso, o sea, con violación de lo preceptuado en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, entonces se estaría en presencia no de un error evidente de hecho, sino de derecho, por violación de la norma que rectora la forma de la asunción de la prueba al proceso.

Pero, en definitiva, como todo lo anterior reposa, como se anotó, en la pretendida pero no demostrada nulidad, aquí tampoco cabe el error de derecho porque no se ha violado la aludida norma, -ni ninguna otra-.

Por tanto el cargo no prospera .

Segundo cargo: Como se recordará la censura se relaciona con la simetría tanto en lo referente a las penas privativas de la libertad como a las pecuniarias con lo que se habría violado, por aplicación indebida, el artículo 43 del Decreto 1858 de 1974.

Debe recordársele al demandante que la consideración de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, como lo ha sostenido en reiterados fallos la Corte, son en su aplicación, de resorte privativo de los jueces del conocimiento, quienes proceden dentro del marco discrecional otorgado a ellos por la voluntad expresa del legislador (artículo 36 del Código Penal), por lo cual debe respetarse el criterio salvo el caso de ostensible oposición entre la realidad evidenciada en el proceso y la decisión judicial, que no es esta la situación que se plantea en la sentencia objeto de la censura en casación. Pero si se quiere abundar en razones, téngase en cuenta las que orientaron el fallo del Tribunal Superior de Popayán claramente expuestas allí.

Primeramente, se dice en dicho fallo, que los incriminados son autores de la infracción consistente en "elaborar" co caina, conducta que, como se expresa en la sentencia, es la que origina las otras consagradas en la misma norma, razón por la cual, la consideran, con buen juicio, como modalidad más grave, para arrancar entonces y dentro de los límites permitidos por el mismo artículo, de una sanción superior al mínimo de tres años allí consagrado.

Luego, y haciendo uso del poder discrecional de que se habló, entiende el Tribunal que se presentan las circunstancias de mayor peligrosidad definidas en los numerales 5º y 9º del Art. 36 del Código Penal sobre lo cual no cabe reparo en casación, por lo menos en este caso, en donde no se advierte un rebasamiento arbitrario de la potestad discrecional del fallador. El Tribunal se funda, además, y en forma absolutamente ajustada a la ley, para hacer los aumentos de penas, en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 43 relativo a la cantidad de droga que les fuera encontrada a los procesados, y para el caso del señor Silvio Cobo Delgado, en el hecho de ser éste el propietario de la finca en donde se halló la droga, situación que contempla el artículo 50 del estatuto sobre estupefacientes.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

DECISION

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con la Procuraduría Primera 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.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vasquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Consistente en ordenar al Tribunal convocar al mismo Jurado para practicar una nueva audiencia, violando abiertamente las normas procedimentales (artículo 529 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional)

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., agosto dieciséis de mil novecientos setenta y siete,

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 46, agosto 11/77.

V I S T O S

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto contra la sentencia proferida por esa entidad el 2 de septiembre del año pasado, por medio de la cual, al confirmar la de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Superior de ese distrito, absolvió a SEGUNDO OTONIEL PANTOJA BETANCOURT "por los delitos conexos de homicidio consumado y de homicidio frustrado, por los cuales fue llamado a responder en juicio".

HECHOS

Ciñéndose a la realidad que arrojan las pruebas, han sido reseñados dentro de estas diligencias, así: "El día 24 de junio de 1973, siendo aproximadamente las tres y media de la tarde, en la sección 'Capilla' jurisdicción del municipio de Samaniego, por el camino público transitaban los señores Segundo Arnulfo Cortés Ceballos, Alfonso Melo, Hernando Melo, Marco Tulio Pantoja, por el camino público con dirección a la sección 'El Potrero', al pasar por frente a la casa del señor Otoniel Pantoja, Nemesio Melo lanzó una frase ultrajante contra la familia Pantoja que a su vez conllevaba un reclamo por un incidente ocurrido en un día anterior; este hecho hizo que se protagonizara un intercambio de frases descomedidas entre los Pantoja con Nemesio Melo; acto seguido, bajó de la casa Gerardo Pantoja armado de una peinilla con dirección al lugar que se encontraba Nemesio Melo en actitud de desafío, pero sin que se presentara la riña; a continuación intervinieron varios de los familiares de Otoniel Pantoja en un ataque a piedra en contra de Nemesio Melo y de las personas que con él se encontraban, quienes se limitaron a esquivar las piedras que se les lanzaba, de un momento a otro, Otoniel Pantoja, armado de revólver hizo unos disparos en contra de los señores Melo, causando la muerte de Nemesio Melo e hiriendo a Alfonso Melo".

ACTUACION PROCESAL

El mismo día en que ocurrieron los hechos el Juzgado Promiscuo Municipal de Samaniego inició esta investigación (Fl. 2). Se practicaron numerosas pruebas; se oyó en indagatoria a Segundo Otoniel Pantoja Betancourt, quien desde el primer momento fue señalado como autor de los hechos delictuosos (Fls. 21 ss.), y contra él, el 2 de julio siguiente se dictó auto de detención por el Juzgado 11 de Instrucción Criminal (Fls. 34 ss.). El 29 de diciembre del mismo año el Juzgado 2º Su-

perior declaró cerrada la investigación (Fl. 257) y, el 29 de enero de 1974 llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Pantoja Betancourt por los delitos de homicidio, "consumado e imperfecto en el grado de frustrado" en Nemesio Melo y Luis Alfonso Melo, respectivamente (Fls. 274 ss.). Cuando el Tribunal conoció de estas diligencias en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el auto de enjuiciamiento por el defensor del procesado, aquél fue confirmado (Fls. 298 ss.). Cumplidos los trámites de ley, se celebró la respectiva audiencia pública (Fls. 325 ss.), la cual culminó con los siguientes veredictos: Para el homicidio en Nemesio Melo: "Sí es responsable sin intención de matar"; para el homicidio frustrado en Luis Alfonso Melo: "Sí es responsable sin intención de causar la muerte" (Fl. 332). En desarrollo de tal veredicción el juzgado del conocimiento por sentencia de 27 de mayo de 1975 condenó a Pantoja Betancourt a la pena principal de 5 años y 4 meses de presidio, a más de las accesorias de rigor (Fls. 333 ss.). Consultada esta providencia, el Tribunal, por la suya de 23 de julio del mismo año, "DECLARA NULA LA SENTENCIA condenatoria proferida en esta causa, y ordena que el Juzgado *a quo,* convoque al mismo jurado ya sorteado, para que en nueva audiencia pública decida en definitiva sobre la responsabilidad del acusado Segundo Otoniel Pantoja Betancourt" (Fls. 348 ss.).

En cumplimiento de tal decisión (354), el juez del conocimiento señaló dia y hora "para llevar a efecto la diligencia de AUDIENCIA PUBLICA en la causa que por el delito de Homicidio se adelanta en contra de SEGUNDO OTONIEL PANTOJA BETANCOURT" (Fls. 355, 360, 365, 372). Celebrada esta diligencia (Fls. 373 ss)., los veredictos fueron los siguientes: Para el homicidio en Nemesio Melo: "No es responsable por haber obrado en legítima defensa" (Fl. 379); para el homicidio frustrado en Luis Alfonso Melo: "No es responsable, actuó en legítima defensa" (Fl. 380). El Juez 2º Superior, por auto de 25 de marzo de 1976, declaró contrario a la evidencia de los hechos los anteriores veredictos (Fls. 383 ss.). Apelada la providencia por el defensor del procesado, el Tribunal, por la suya de 21 de mayo de 1976 decretó la nulidad del auto por medio del cual se habia decretado la contraevidencia y ordenó que "el Juzgado *a quo* dicte sentencia de acuerdo con el veredicto del *juri* proferido en la audiencia pública del 18 de marzo del presente año", o sea con el absolutorio (Fls. 392 ss.). En acatamiento a lo anterior, el juzgado del conocimiento concedió libertad bajo caución al procesado (Fls. 399 sgt.) y el 30 de junio del mismo año lo absolvió, "por razón de los hechos que originaron el presente proceso" (Fls. 403 ss.). Luego, por sentencia de 2 de septiembre de 1976, el Tribunal, a más de no decretar la nulidad solicitada por el Ministerio Público (Fls. 412 ss.), confirmó la absolutoria de primera instancia. Luego se produjo la interposición del recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

LA DEMANDA

El recurrente, que lo es el señor Fiscal 3º Superior del Tribunal de origen, luego de reseñar los hechos y la actuación procesal, al amparo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula un cargo contra la sentencia impugnada y, con invocación de la segunda, otra censura.

Primero: Causal cuarta: Cargo único: Enunciado: La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta.

Para fundamentarlos expone: El Tribunal, al declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia que condenó al procesado y disponer que se convocara al mismo jurado "para que en una nueva audiencia pública decida en definitiva sobre la responsabilidad del acusado", desconoció palmariamente la ley procedimental, puesto que los Miembros del Jurado sorteado, actuaron en la audiencia pública celebrada el día 9 de mayo de 1975 (Fls. 325 a 331), contestaron los cuestionarios del juez de la causa (Fl. 332), y

cumplieron así con su deber legal. A esos jueces de hecho no era dable convocarlos a otra audiencia, puesto que la función a ellos encomendada por la ley, se agotó en el mismo momento en que profirieron sus veredictos, en la forma estatuida por los artículos 535 y 536 del Código de Procedimiento Penal.

"La actuación de esos jueces de hecho en otro acto, tal como lo ordenó la Sala de Decisión Penal, contraría expresamente las disposiciones que reglan "las audiencias con intervención de jurado", rompiendo la continuidad de las deliberaciones que estatuye el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal, y lo que fue más grave, expuso a esos ciudadanos a que quebrantaran el artículo 561 de la misma obra.

"Si los jueces de hecho profirieron sus veredictos, su actuación procesal culminó precisamente en ese instante procesal, y toda actuación de ellos a posteriori, es a todas luces antijurídica, y contraría las leyes que regulan el buen suceso de la causa.

"Lo ordenado por la Sala de Decisión Penal, de "convocar al mismo jurado ya sorteado, para que en una nueva audiencia ...", no encuentra disposición alguna que lo sustente y antes por el contrario, conculca lo consignado en el Capítulo 3º, Título 2º del Libro 3º del Código de Procedimiento Penal, y lo que es más grave aún, se aparta y menoscaba el artículo 26 de la Constitución Nacional, que dispone que "nadie podrá ser juzgado sino ..... observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"Y esta conculcación de las 'formas propias de cada juicio' se evidencia aún más en la causa *sub examine*, cuando el Juez *a quo* pretermitió dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal al celebrar la que aquí se ha denominado como 'segunda audiencia' (Fls. 373 a 378), puesto que pretermitió la lectura de los autos enjuiciatorios de primera y segunda instancia, y en su lugar hizo leer el auto de 23 de julio de 1975, proferido por la Sala de Decisión Penal. La omisión de los autos de enjuiciamiento al iniciar la reunión, fue glosada por el Fiscal del juzgado y por el propio defensor del acusado. Este defensor dijo: 'si se trata de nueva audiencia, o segunda audiencia, tenía que leerse los autos de proceder de primera y segunda instancia, que es lo que no se ha hecho y que a la postre puede declararse una nulidad' ". (cfr. Fls. 377 y 378).

"Aquella pretermisión de dar lectura a unas piezas esencialísimas para la buena suerte procedimental de la causa, como son los autos de enjuiciamiento, obviamente indica que el juicio se tramitó sin observar la plenitud de las formas propias a que hace alusión el artículo 26 de la Constitución Nacional.

" ....

"De otra parte, en la sentencia impugnada, la Sala de Decisión Penal se puso en flagrante contradicción con lo que ella misma había declarado en el auto de julio 23/75, auto en el cual reputó los veredictos proferidos en la audiencia del 9 de mayo, como 'jurídicamente inexistentes' y por lo mismo, 'como actos fallidos, incapaces de generar ninguna relación procesal, ni comprometer el poder decisorio del órgano jurisdiccional', para reconocer en la sentencia impugnada, validez a esos mismos veredictos, y en tal virtud, considerar que los 'veredictos' pronunciados el 18 de marzo de este año (Fls. 379 y 380), por ser los 'segundos', son 'definitivos' y 'obligatorios', tal como lo estatuye el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal".

Finaliza este cargo con la petición de que la Corte "ordene reponer el juicio a partir del auto viciado de nulidad y que invalide lo tramitado en esta causa, previa infirmación de la sentencia impugnada".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que la nulidad propuesta "a través de la causal 4ª de Casación tiene amplio fundamento, por las razones que consigna la demanda y que se relacionan con irregularidades cuya

consecuencia es la invalidación de la actuación, para que al reponerse ésta, se surta legalmente". Y, en tal sentido amplía la argumentación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El cargo anterior está llamado a prosperar. En efecto:

Los primeros veredictos: "Sí es responsable sin intención de matar" y " Sí es responsable sin intención de causar la muerte", los interpretó el juez de primera instancia en el sentido de que el jurado "afirma la responsabilidad del encausado al dar muerte a la víctima y ocasionar las lesiones descritas al ofendido Luis Alfonso Melo Mora, descartando la intención de causarle la muerte, figura contemplada en el (sic) artículo 365 del Código Penal para el primer caso y lesiones personales para el segundo, artículo 371 ibidem. Los Jueces de Conciencia pueden apreciar las pruebas del proceso según su leal saber y entender, sacando conclusiones con entera libertad y sólo cuando éstas están en abierta contradicción con la realidad procesal el juez de derecho debe declarar su contraevidencia". En consecuencia ,condenó por homicidio ultraintencional (C. P. Art. 365) y por lesiones personales (id. Art. 371).

Al conocer el Tribunal de esta determinación por vía de consulta, manifestó que "el veredicto proferido por el Tribunal Popular en la presente causa es inexistente o equívoco y anfibológico, por incompleto", por lo cual "con fundamento en él. no puede dictarse sentencia, ya que eliminada la intención de matar al responder la primera serie del cuestionario, no se sabe si el juri *consideró a Pantoja responsable de homicidio culposo, como insinuó su defensor en la vista pública, o si lo consideró responsable de homicidio preterintencional, como lo creyó el señor juez del conocimiento. Situación similar se presenta al eliminar la intención de dar muerte, en la respuesta a la segunda serie del cuestionario, pues se desintegra el delito conexo de homicidio frustrado, pero no se sabe si el jurado calificó a Pantoja como responsable de un delito de lesiones personales intencional o culposo; esta interpretación cambia la calificación* in genere, el nomen juris *del delito, consignado en el auto de proceder, lo que impide al juez proferir condena sobre esta nueva figura delictiva, respecto de la cual no fue llamado a juicio al procesado, ni fue interrogado el Tribunal Popular".*

De donde concluyó que la sentencia es nula por violar la estructura lógica del proceso, como la declaró y, de remate, ordenó que "el juzgado a quo, *convoque al mismo jurado ya sorteado, para que en nueva audiencia pública decida en definitiva sobre la responsabilidad del acusado Segundo Otoniel Pantoja Betancourt", tal como se cumplió, con las consecuencias ya señaladas.*

El Tribunal no podía tomar la determinación que acaba de precisarse, sin violar abiertamente las normas procedimentales que deriven sobre la materia y, en consecuencia, sin incurrir en nulidad supralegal, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución, por violación de las normas propias del juicio.

Ordena terminantemente el artículo 529 del Código de Procedimiento Penal: "No podrán ser jurados en determinada causa: los que hubieren formado parte de otro jurado en que se haya debatido el mismo proceso".

Esta tajante prohibición, que no admite excepciones, encuentra su inconmovible fundamento en la necesidad de garantizar de la mejor manera tanto la imparcialidad de los jueces, alejándolos de todo preconcepto, como también la de los derechos de la sociedad y del procesado, que podrían verse afectados con el hecho de que quienes ya como jurados en una primera audiencia tomaron determinada decisión, vinieran a servir el mismo cargo, dentro del mismo proceso, en otra posterior. Lo cual también colocaría en tremenda y difícil posición a los juzgadores en conciencia.

Además, con aquella extraña determinación del Tribunal, se viene a chocar con la norma 564 del estatuto procesal penal según la cual, "con ningún pretexto podrá interrumpirse la labor de los jurados después de que hubieren terminado las ale-

gaciones de la audiencia", pues esa medida equivale a establecer una interrupción, un interregno entre la primera audiencia y la pretendida segunda, lo cual también repugna con la regla 563: "Las audiencias en los juicios en que interviene el jurado, no podrán interrumpirse por lapsos mayores de dos días".

Dispone el artículo 26 de la Constitución, en su inciso 1º: Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y, observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

De manera que, como lo ha sostenido la Corte, la infracción de esta regla, en cuanto se refiere a la plenitud de las formas propias del juicio, hace relación "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".

Ella consagra un complejo de garantías individuales y sociales que no pueden ser desconocidas por ningún funcionario. Quiere que, en la tramitación de los procesos, se cumpla la plenitud de las formas de cada juicio, lo cual viene a garantizar el derecho de defensa del procesado.

En el caso sometido a estudio, ya se puso de presente cómo asiste razón al demandante cuando afirma que se violaron elementales normas procesales que miran hacia el debido juzgamiento garantizado por la Carta. En consecuencia, se incurrió en una nulidad de esa naturaleza, la cual debe ser declarada. Y, como ella nació con el auto del Tribunal de julio 23 de 1975, visible a los folios 348 y siguientes del primer cuaderno, tal declaratoria se hará a partir de esa pieza, inclusive y, se ordenará devolver las diligencias al Despacho de origen para que se continúe la actuación legal correspondiente, debiéndose casar previamente la sentencia impugnada.

Segundo: Causal segunda: Cargo único: Enunciado: La sentencia impugnada, proferida por mayoría, "no está en consonancia con los cargos formulados en los autos de proceder de primera y segunda instancia".

Para sustentarlo manifiesta que Pantoja fue llamado a juicio como autor de los delitos de homicidio intencional en Nemesio Melo y de homicidio frustrado en Luis A. Melo; pero que, en cambio, en la sentencia se les absuelve por esos mismos delitos, "a través de un juicio plagado de inequívocas irregularidades procedimentales, las que obviamente generan nulidades legales y supralegales, como tuvimos oportunidad de anotar al alegar la causal 4ª de casación en párrafos precedentes".

No es del caso estudiar este cargo, en atención a la conclusión a la cual se llegó al analizar el anterior.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CASAR la sentencia proferida dentro de este proceso el 2 de septiembre de 1976 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto,

SEGUNDO: DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado en estas diligencias a partir del auto de fecha 23 de julio de 1975, inclusive, visible a los folios 348 y siguientes del primer cuaderno y,

ORDENAR que vuelvan al Tribunal de origen para que se continúe la tramitación legal correspondiente.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

ERROR DE HECHO MANIFIESTO

Lo manifiesto es lo que no requiere demostración

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., agosto diecisiete de mil novecientos setenta y siete .

Magistrado ponente: *Doctor José María Velaso Guerrero.*

Aprobado: Acta Nº 47

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado LUIS ALFONSO TAPIAS CARRILLO contra la sentencia de 5 de noviembre último dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual lo condenó a cinco (5) años de presidio como responsable del delito de robo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los consigna el Tribunal de Instancia en la siguiente forma:

"El 4 de marzo de 1975, a eso de las nueve y veinte de la mañana, fue asaltado el Firts National City Bank de la avenida 6ª Nº 49-98 de esta ciudad, por siete individuos, que en forma sorpresiva penetraron a dicha dependencia imposibilitando al Agente de Policía y al celador del Banco, y amenazando con armas de fuego que todos portaban a los empleados de la institución, como a los clientes que en esos momentos estaban adelantando gestiones bancarias. Los maleantes de este robo se apoderaron de la suma de dos millones sesenta y ocho mil setecientos nueve pesos con cuarenta centavos ($. 2.068.709.40) y antes de salir del banco profirieron amenazas contra los empleados y huyeron en un Dodge Dart de color azul".

Por auto de cinco de marzo de 1975, el Juez 17 de Instrucción Criminal de Bogotá inició la correspondiente investigación penal. Vinculó a Luis Alfonso Tapias Carrillo y decretó su detención preventiva por auto de 26 de septiembre de 1975.

Practicadas numerosas diligencias tendientes al perfeccionamiento de la investigación, el Juez 25 Penal del Circuito de esta ciudad la declaró cerrada por auto de 12 de diciembre del referido año.

Calificado el mérito del sumario, se le llamó a responder en juicio criminal por el delito de robo, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior en proveído de 26 de marzo de 1976.

Practicadas nuevas pruebas en la etapa del juicio, tuvo ocasión la audiencia pública el 28 de julio de 1976 y mediante proveído de 12 de agosto siguiente, se le favoreció con sentencia absolutoria. Consultada conforme a la ley, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 5 de noviembre pasado, lo condenó a la pena de cinco (5) años de presidio y accesorias de rigor.

Admitido el recurso extraordinario de casación el 21 de enero último, se declaró ajustada la demanda presentada por el defensor, en su aspecto formal, mediante proveído de 17 de marzo del año en curso.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el actor hace un cargo a la sentencia recurrida por

"violación indirecta del artículo 9º de la Ley 21 de 1973, modificadora del artículo 404 del Código Penal, sustancial tipificante del delito de Robo, al reconocer autoría del señor LUIS ALFONSO TAPIAS CARRILLO en la comisión de tal ilícito, ocasionada por error evidente de hecho como consecuencia de la apreciación indebida de los testimonios de cargo de los señores LUIS ENRIQUE PEREZ TAPIAS y JORGE ELIECER GARNICA MORA, y la falta de apreciación de los testimonios de cargo de los señores GERARDO PERAFAN TEJADA, ARGEMIRO MONDRAGON, LUIS RINCON RODRIGUEZ, ALIX MERY RINCON SANTANDER, JAIME ANTONIO PORRAS CAMACHO, RAMIRO FIGUEROA, FANNY GUARIN DE FIGUEROA y MARIA HELIA VELEZ DE GONZALEZ".

El actor realiza una severa crítica a los testimonios de Luis Enrique Pérez Tapias y Jorge Eliécer Garnica Mora, por considerarlos interesados en favorecer la entidad bancaria perjudicada y en la cual prestaban sus servicios. Transcribe apartes de sus intervenciones en el proceso, para concluir que no pueden tenerse como plena prueba dadas sus imprecisiones y contradicciones.

Destaca los testimonios de descargo, que si bien acepta fueron recepcionados deficientemente por el instructor, en la etapa del juicio en "forma exhaustiva y severa el funcionario del conocimiento los sometió a prolongados y profundos interrogatorios", testimonios estos, que no fueron tenidos en cuenta por el sentenciador para proferir su sentencia condenatoria.

Acoge, igualmente apartes del concepto Fiscal del Tribunal de Instancia, considerándolos de innegable valor para efectos del recurso, y transcribe:

"...Aquí debe aceptarse lo dicho por el señor defensor: *EL SINDICADO TAPIAS CARRILLO NO PODIA ESTAR EN CALI Y EN BOGOTA A UN MISMO TIEMPO.*

Claro, mientras el denunciante y Jorge Eliécer Garnica dicen que Tapias Carrillo hacía parte de las personas que atracaron el banco, *los demás testimonios están diciendo que para esa fecha y hora, el procesado Luis Alfonso Tapias Carrillo se encontraba en la ciudad de Cali, a mucha distancia de esta ciudad capital.*

No se hizo nada luego de dictarse el auto de proceder con miras a fortalecer la prueba de culpa, *sino que antes por el contrario, apareció una tremenda duda,* buscada por el señor defensor hábilmente que consiguió realmente para bien de su defendido".

Y concluye:

"De ahí surgió necesaria e infaliblemente *LA DUDA* observada tanto por el *a quo* en su fallo final, como por la distinguida representante del Ministerio Público en su acertado concepto de CONFIRMACION".

"Visto lo anterior, resulta evidente el manifiesto error de hecho en que incurrió el Honorable Tribunal debido a la falta de apreciación a la prueba de descargo. En tal virtud hubo violación indirecta de la norma por causa de la deficiente labor investigativa del fallador de Segunda Instancia en el campo probatorio. Resultó en consecuencia, desestimado también el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, *debido a las insalvables dudas que surgieron en favor del procesado en el balance probatorio*". (Subraya la Sala).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita que no se case la sentencia recurrida, por cuanto la demanda de casación confunde, en un solo concepto, el error de hecho manifiesto y el error de derecho en la apreciación de las pruebas. Y porque, además, pretende demostrar una coartada con un conjunto de testimonios de familia enderezados a demostrar que para la época de los hechos delictuosos que se atribuyen al sindicado, éste se encontraba en la ciudad de Cali, versión que no corresponde a la del acusado en su indagatoria, ya que era natural que en el origen de estas investigaciones, un hecho de tanta trascendencia hubiera sido alegado por Luis Alfonso Tapias Carrillo, con mejor memoria que los testigos posteriormente traídos al proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º *Si el error de hecho a cargo del sentenciador al tenor del cuerpo 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, debe ser ostensible y manifiesto, el recurrente no podía sustentarlo con base en la duda que "hábilmente" buscada por la defensa, tomó cuerpo en el proceso.*

Lo manifiesto, es lo que no requiere demostración. Lo claro y patente de suyo. Sencillo por naturaleza y descubierto.

Lo dudoso, según el diccionario de la lengua, implica "suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o acerca de un hecho o noticia".

Lo manifiesto y lo dudoso son términos excluyente, que no pueden predicarse los dos, al unísono, respecto de un mismo hecho.

La duda comporta la "Suspensión voluntaria y transitoria del juicio, para dar espacio y tiempo al espíritu, a fin de que coordine sus ideas".

Es lo dudoso, entonces, lo que no puede ni debe ser invocado como fundamento del error de hecho manifiesto a que se contrae el numeral 1º, inciso 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, como lo ha pretendido, sin fortuna, el actor.

Muy distinto sería si habiendo reconocido el sentenciador, la existencia de la duda, la hubiese despojado, contrariamente a derecho, en perjuicio del sindicado. En esta hipótesis se daría una muy clara violación de las garantías fundamentales del proceso, que aún de oficio, pudiera ser declarada por la Corte. (Art. 26 de la Constitución Política y 216 del Estatuto de Procedimiento Penal).

El cargo no prospera.

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, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen .

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Cómo opera en el concurso de delitos

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., agosto diez y ocho de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez*

Aprobado: Acta Nº 47 de agosto 16/77

V I S T O S

Contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el 2 de septiembre de 1976, han interpuesto recurso de casación los procesados JOSE ANTONIO ALDANA, JOSE ABEL ARCE, BLAS MARIA JIMENEZ, BENJAMIN HERNANDEZ CRUZ y MIGUEL ANTONIO RONDON.

Por haberse cumplido la tramitación del recurso se procede a decidirlo.

ANTECEDENTES

1. El 30 de abril de 1968, GILBERTO ROMERO CHARRY formuló denuncia ante el Juez Penal Municipal de San Martín (Meta) contra MIGUEL RONDON, ANTONIO ALDANA y ABEL ARCE porque le invadieron la finca denominada "El Higuerón", situada en la vereda El Merey, jurisdicción del municipio de San Martín y desentecharon una edificación que tenía allí, utilizando planchas de zinc, que separaron del techo, en provecho de ellos. Señaló el denunciante que esos hechos tuvieron ocurrencia en junio de 1967.

El 3 de mayo siguiente, GILBERTO ROMERO CHARRY amplió la denuncia para indicar que MIGUEL RONDON vendió a ABEL ARCE el terreno que éste ocupa en la finca El Higuerón; así mismo, afirmó que Miguel Rondón también vendió "un campamento techado de zinc" y un tractor, ambos de propiedad del denunciante.

2. El 12 de julio de 1975, el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Martín calificó el mérito del sumario por el delito de invasión, con sobreseimiento definitivo a favor de Miguel Antonio Rondón y temporal a favor de Antonio Aldana, Abel Arce, Blas María Jiménez y Benjamín Hernández; y por el delito de robo con sobreseimiento temporal a favor de todos los antes mencionados.

3. La Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, por auto de 27 de noviembre de 1975, revocó el sobreseimiento despachado por el inferior y, en su lugar dictó auto de proceder contra MIGUEL ANTONIO RONDON, ANTONIO ALDANA, ABEL ARCE, BLAS MARIA JIMENEZ y BENJAMIN HERNANDEZ como autores de los delitos de robo e invasión, expresando que de esos delitos tratan los capítulos II y V del título 16 del Libro 2º del Código Penal.

4. El juzgado de primera instancia dictó sentencia el 26 de abril de 1976 contra los procesados, a quienes condenó a las siguientes penas privativas de libertad:

A MIGUEL ANTONIO RONDON RIVERA veintiséis meses de prisión, "como autor de los delitos de invasión y robo en concurso continuado y daño en cosa ajena"; y

A JOSE ANTONIO ALDANA, JOSE ABEL ARCE, BLAS MARIA JIMENEZ y BENJAMIN HERNANDEZ CRUZ veinticinco meses de prisión, a cada uno, "como autores de los delitos de invasión y robo en concurso y en forma continuada".

5. El Tribunal Superior de Villavicencio confirmó la sentencia por la suya del 2 de septiembre de 1976, pero modificándola en cuanto al monto de la pena privativa de la libertad, pues impuso a MIGUEL ANTONIO RONDON RIVERA cuatro años y ocho meses de prisión, y a JOSE ANTONIO ALDANA, JOSE ABEL ARCE, BLAS MARIA JIMENEZ y BENJAMIN HERNANDEZ CRUZ tres años y siete meses de prisión.

DEMANDA DE CASACION

Por conducto de sus apoderados, los procesados presentaron sendas demandas de casación, en las cuales se adujeron varias causales de impugnación, pero como todas ellas coinciden en el planteamiento que hacen en relación con la causal cuarta, la Sala se referirá únicamente a ella, por lo que adelante se expondrá.

CAUSAL CUARTA

Fue enunciada diciendo que la sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad.

El cargo que se formula al amparo de la causal alegada radica en que cuando se dictó el auto de proceder ya estaban prescritas las aciones penales por los delitos de robo e invasión de terrenos, por cuya razón ya carecía de competencia el Tribunal cuando produjo el enjuiciamiento.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal está de acuerdo en el planteamiento sobre la prescripción de la acción penal por el delito de invasión de tierras, que describe el artículo 424 del Código Penal, pero no así en la relativa al robo, porque en el caso concreto el máximo de la pena imponible sería de doce años, pero pide que se case la sentencia, declarando prescrita la acción penal por el delito de invasión y anulando el proceso, a partir del auto de proceder, inclusive, porque éste adolece de defectos tan graves como el de la imprecisión y ambigüedad de los cargos que formula, lo cual lesiona el derecho de defensa y condujo al Tribunal a condenar a los procesados dando aplicación al artículo 8º de la Ley 21 de 1973, que es posterior a uno de los delitos imputados, no obstante tratarse de norma más gravosa que el artículo 402 del Código Penal, que estaba vigente para la época en que se cometió el robo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La prescripción de la acción penal se predica del delito concreto por el cual se ha adelantado el proceso, y no de la descripción general que trae el Código Penal de las conductas punibles. Además, tiene dicho la Corte, en múltiples jurisprudencias, que la prescripción de la acción se refiere a las infracciones, tal como aparecen descritas en las respectivas normas, sin que tenga repercusión en dicho fenómeno el concurso ni la continuidad de los delitos, porque esos institutos se tienen en cuenta para la imposición de la pena, pero no para calcular el tiempo en que se opera la prescripción de las acciones. Cuando al procesado se le acusa de varios delitos, las respectivas acciones prescriben por separado, sin que sea lícito al juzgador recurrir a los cálculos de pena imponible con ocasión de los fenómenos del concurso o de la continuidad de los delitos, porque para la prescripción de la acción sólo se tiene en cuenta "la sanción fijada en la respectiva disposición penal", conforme lo expresa el artículo 105 del Código Penal.

El concurso ideal o formal de delitos, como el material o real, el delito continuado y la reincidencia son factores que no forman parte del delito, sino institutos cuya finalidad es la de dosificar la pena imponible al autor. Los concursos y la continuidad se concibieron para favorecer al reo, evitando que cada delito sea sancionado por separado, sumándose aritméticamente las penas, con cuyo procedimiento las penas así impuestas resultarían excesivas.

Pero el Tribunal de instancia entiende este problema al revés, porque estando el delito de invasión de tierras sancionado con arresto de dos a veinte meses (Art. 424

del Código Penal) y el robo simple con prisión de uno a ocho años, según el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, (aplicable al caso de autos por haber estado en vigencia en junio de 1967, que fue la época en que se cometió el delito, y ser norma más favorable que la posterior), o con prisión de dos a ocho años, conforme al artículo 8º de la Ley 21 de 1973, (que no obstante ser posterior al acto imputado y contener una sanción más grave que la ley anterior fue la que se aplicó), el Tribunal al hacer el cálculo de la pena imponible, sancionó con dos años de prisión el delito de invasión de tierras porque integraba el concurso material de delitos (robo simple e invasión de tierras). En efecto, por boca de su colaborador fiscal, el Tribunal fallador calcula la sanción argumentando que como el delito más grave es el de robo, cuya pena mínima es de dos años de prisión (según la ley posterior desfavorable), el concurso material con la invasión de tierras acarrea un aumento de penas de dos años de prisión, porque el artículo 33 del Código Penal dispone que se aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentado hasta en otro tanto. Con esta clase de interpretaciones se desquicia, en su esencia, el criterio de benignidad que orienta el instituto del concurso de delitos, y se arriba a franca violación de normas penales, porque si los delitos de robo e invasión de tierras se hubieran juzgado por separado, como habría que imponer a los autores la pena mínima, por no concurrir circunstancias de agravación, ni de mayor peligrosidad, las sanciones serían de dos años de prisión por el robo y la de dos meses de arresto por el delito de invasión de tierras (artículo 402 y 424 del Código Penal), que con la conversión del arresto a prisión ascendería la suma aritmética de las dos penas a dos años y veinte días de prisión (artículo 60 del Código Penal).

La acusación radica en que habiendo transcurrido un lapso de ocho años y cinco meses, desde la época de la comisión de ambos delitos (junio de 1967) hasta el día de la ejecutoria del auto de proceder (1º de diciembre de 1975), la acción penal de las dos infracciones ya estaba prescrita cuando se profirió el llamamiento a juicio. En efecto, como el delito de invasión de tierras lo sanciona el artículo 424 del Código Penal con arresto de dos a veinte meses, la prescripción de la acción penal se operó en junio de 1972, o sea tres años y medio antes de la fecha en que se abrió la causa criminal; y como la figura básica del robo, que es la imputada, tiene un máximo de pena privativa de la libertad de ocho años, (artículo 402 del Código Penal) dicha prescripción se consumó al cumplirse ese término, contado a partir de la época en que la infracción tuvo ocurrencia. En noviembre de 1975, ya había discurrido el tiempo de prescripción de la acción, fecha en que fue proferido el auto de vocación a juicio (artículos 105 y 107 del Código Penal).

En esa circunstancia, el fallador conservaba la competencia únicamente para declarar la cesación del procedimiento, porque la acción penal no podía proseguirse debido al fenómeno de su prescripción (artículo 163 del Código de Procedimiento Penal), presentándose la situación procesal de incompetencia para todos los demás (artículo 210, numeral 1º, ibidem), *tal como acontece en este proceso, por cuya razón prospera la censura planteada en las demandas de casación contra el fallo impugnado (causal 4ª del artículo 580).* Como la sentencia será casada por ese motivo, no hay necesidad de examinar las demás causales aducidas.

LA DECISION

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

RESUELVE

1º) Casar la sentencia acusada, decretar la nulidad del juicio, a partir del auto de proceder, inclusive, declarar la prescripción de las acciones penales por los

delitos de robo e invasión de tierras y ordenar la cesación de todo procedimiento contra los procesados.

2º) Decretar la libertad incondicional de los procesados MIGUEL ANTONIO RONDON RIVERA, JOSE ANTONIO ALDANA, JOSE ABEL ARCE, BLAS MARIA JIMENEZ y BENJAMIN HERNANDEZ CRUZ.

Cópiese, notifíquese, cúrsense las comunicaciones del caso, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

EXTORSION

Consiste, ante todo, en el ejercicio de amenazas y violencias

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., septiembre dos de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 54 de septiembre 1/77

VISTOS

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia que lleva fecha 27 de septiembre del año pasado, confirmó en todas sus partes la proferida el 5 de mayo del mismo año por la Brigada de Institutos Militares en su calidad de Juez de Primera Instancia y por medio de la cual se condenó a HECTOR NEFARIO PEÑA BERNAL a la pena principal de 16 meses de presidio más las sanciones accesorias correspondientes al pago de los perjuicios causados con la infracción como autor del delito de extorsión cometido en esta ciudad entre el 8 y el 13 de marzo del año pasado y del que aparece como ofendido Jorge Heymann gerente de la empresa Hilanderías Fontibón que funciona en la capital de la República. En la misma providencia se ordenó cesar todo procedimiento contra Luis Roberto Garzón Bustos quien había sido indagado dentro del presente proceso.

Contra la sentencia primeramente mencionada recurrió en casación el procesado Peña Bernal y como le hubiera sido concedido el recurso y declarado admisible por esta Sala, se tramitó hasta su agotamiento, llegado el cual se procede a decidir lo que sea del caso.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Pueden resumirse los primeros diciendo que el 8 de marzo del año pasado recibió el señor Jorge Heymann una llamada telefónica en que se le decía que su vida estaba en peligro. Siguieron a ésta otras llamadas tanto a la fábrica Hilanderías Fontibón como a su residencia y en las que también se le amenazaba tanto a él como a su familia, amenazas de cuya realización sólo podía librarse, según se le decía, entregando la suma de doscientos mil pesos y además cincuenta ampolletas de COMMEL. En el curso de las conversaciones telefónicas se convino con el extorsionador que se le entregarían ochenta mil pesos pero no las ampolletas debido a la imposibilidad de conseguir la droga. Pero no concurrió éste a la cita por lo cual se convino otra para el 13 de marzo acordándose que la entrega la haría, en Fontibón, una hija de Heymann. Previamente éste se había puesto de acuerdo con el DAS entidad que destacó un agente para que asesorara al ofendido y, en acuerdo con el gerente general de la empresa y demás personal directivo de la misma se hizo un paquete que contenía cien pesos en billetes y el resto en papel que simulara dinero.

En esta forma el día 13 de marzo del año pasado, se dirigió la menor Ziva Heymann en el carro de su padre y con el chofer del mismo al sitio señalado por el extorsionador o sea la carrera 3ª con calle 5ª de Fotibón. Al llegar allí se detuvo un bus del cual bajó un individuo que posteriormente resultó ser Luis Roberto Garzón Bustos quien dijo que iba por un paquete. Al ser capturado manifestó que sólo le estaba haciendo un favor a un pa-

sajero que le pidió reclamara una caja. Señalando al pasajero, se le capturó e identificó como Héctor Nefario Peña Bernal.

Adelantada la investigación, se convocó un Cosejo de Guerra Verbal que se llevó a cabo el 27 de abril del año pasado y en el cual fue sometido a consideración de los vocales el cuestionario de rigor que dos de ellos contestaron afirmativamente y uno en sentido negativo.

El presidente del mismo profirió sentencia el 5 de mayo en la cual se hizo hincapié en lo expresado por Peña Bernal durante la audiencia en el sentido de que sí había amenazado a Jorge Heymann por venganza de que lo hubiera obligado, con engaños, a renunciar a su trabajo y por haber intervenido activamente en la desintegración del sindicato de la fábrica.

Agrega la providencia en mención que se trata de un delito frustrado de extorsión por cuanto el sindicado "realizó todos los actos tendientes para (sic) la consumación del ilícito, pero éste no se realizó por circunstancias independientes a su voluntad".

Termina imponiendo al procesado la pena que se mencionó al comienzo de la presente providencia.

El Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, entidad a la que pasó el proceso por haberse levantado el estado de sitio, expresó lo que sigue sobre la responsabilidad de Peña Bernal:

"No cabe la menor duda que el único responsable del delito investigado es el sujeto Héctor Nefario Peña Bernal quien confesó plenamente ser el autor del mismo y haberlo fraguado con anterioridad, en razón de que el administrador de Hilanderías Fontibón, mediante engaños, hizo que renunciara a su empleo, y como dirigente del sindicato allí existente, entregándole como indemnización la suma de $ 20.000.00 con los cuales montó un negocio que fracasó, además que el señor Heymann le había prometido ayudarle a conseguir otro empleo sin que lo hubiera logrado, y desesperado por su situación económica, ya que es casado y padre de familia, decidió poner en marcha su plan que culminó en su captura".

El Tribunal aceptó esos razonamientos, insistiendo en que el móvil del hecho fue la venganza y considerando que se reunían a plenitud los requisitos que para condenar establece el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Cargo único: Solo un reproche dirige el demandante a la sentencia recurrida. Lo hace consistir en que, según a su concepto, ésta es violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea "pues el delito no se configuró por falta de uno de sus elementos esenciales, cual fue el provecho ilícito".

Para sostenerlo transcribe una doctrina de esta Sala y luego expresa:

"A la luz de esta clara y sabia jurisprudencia, obligadamente se concluye: a) propósito o fin de obtener un provecho o aprovechamiento ilícito, que esas mismas cosas por su naturaleza no sean basura, sino que tengan la capacidad de significar provecho; y 3º (sic) que esas cosas así consideradas, se obtengan o pueda ser obtenidas por entrega, envío o depósito...".

Y concluye:

"Como fue evidente en este proceso, el paquete chileno que fue preparado por la autoridad pública, nunca llegó a manos de Héctor Nefario y ese paquete no contenía ningún enriquecimiento, ni la pantomima usada por éste tuvo como finalidad ninguna clase de lucro, lo hizo por rabia, porque Jorge Heiman (sic), el presunto extorsionado, obligó a Nefario a que le desbaratara el sindicato en cuya (sic) empresa trabajaba Nefario y Heymann por más de dos años, por esta circunstancia a la segunda llamada de aquél Heymann le conoció la voz y le dijo que bien sabía que esa plata no la tenía y de allí en adelante la farza (sic) fue preparada por Heymann y por los agentes de la autoridad...".

Replica el Procurador Tercero Delegado Penal que el actor pese a haber manifestado que el cargo lo formulaba por infracción directa de la ley, sin embargo, al

afirmar que no se había demostrado uno de los elementos de la infracción, se había colocado fuera del cuerpo primero de la causal porque fundamentaba su censura en error de apreciación probatorio por parte del juzgador.

No obstante eso pasa a analizar el cargo para manifestar que no demostró el recurrente el error en que hubiera incurrido el Tribunal pues no logró desvirtuar que el procesado hubiera hecho uso de los medios adecuados para lograr la entrega de lo exigido.

"Si no obstante lo anterior, no logró obtener este provecho o entrega por circunstancias ajenas a su voluntad, esto precisamente configura el delito de (sic) su modalidad frustrado, que haga desaparecer el propósito de obtener provecho ilícito, la forma como se efectuó la entrega o lo que se pretendió entregar, pues aquél realizó todos los actos necesarios para la consumación de la infracción".

Termina solicitando que se nieguen las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cargo único que se hace a la providencia recurrida y que se deja resumido en apartes anteriores, contiene dos aspectos que es preciso dilucidar por separado: el primero es el relativo al móvil en cuanto alega el actor que por haber sido impulsado Peña Bernal por un sentimiento de venganza al amenazar a Heymann no puede decirse que tuviera la intención de obtener un provecho ilícito y, por lo tanto, faltaría uno de los elementos del tipo. El segundo se refiere al hecho de que el ofendido puso en conocimiento de la autoridad la amenaza de que era objeto y la policía dispuso que se entregara al procesado un paquete que contenía cien pesos en billetes y papeles sin ningún valor que simularan dinero. A este dispositivo policial lo califica el demandante de "paquete chileno" y niega que hubiera producido algún enriquecimiento en el procesado.

Respecto a la primera cuestión, esto es, la referente al móvil fácil es ver que el de venganza no excluye el propósito de lucro en el agente, pues bien pudo haber sido impulsado éste por ambos ya que su fin principal fue el de causar al ofendido un perjuicio que bien podía tener carácter económico.

Por lo que hace a la segunda, esto es, la ayuda pedida a la autoridad y las disposiciones que ésta tomó para capturar al procesado, se tiene, en primer término que no es cierto hubiera carecido de efectos económicos el hecho de que a manos de éste hubiera llegado el paquete preparado por aquélla pues contenía la suma de cien pesos que aunque muy inferior a la exigida por Peña Bernal hubiere, de todos modos, significado un provecho ilícito para éste.

Pero aunque el paquete contuviera sólo papeles, no es posible negar que se presentó un delito imperfecto de extorsión en el grado que señalan las sentencias de primera y segunda instancia, esto es, como delito frustrado.

El artículo 406 del Código Penal describe el ilícito en mención diciendo:

"Artículo 406: El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad o falsa orden de la misma y con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de ocho meses (ahora dos años) a cinco años (ahora seis años). En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o crédito".

Teniendo en cuenta la disposición que antecede puede decirse que el delito de extorsión en el derecho penal colombiano consiste ante todo en el ejercicio de amenazas o violencias, esto es, de una constricción de carácter psíquico o físico puesta en acción con el objeto de apoderarse de una cosa, de dinero o documentos cuya desposesión pueda ocasionar a quien tiene derecho a ellos un perjuicio de carácter patrimonial, o para obligar a éste a suscribir o destruir un documento.

Es necesario tener en cuenta que en nuestro derecho, a semejanza de lo que

ocurría en el anterior código penal italiano (1889), no es necesario para que este delito se perfeccione que el agente se apodere de la cosa, dinero o documento sino sólo que estos bienes salgan del poder del derecho-habiente como consecuencia de la coacción.

De ahí que el delito se perfecciona tan pronto se ha conseguido uno de tales fines aun cuando no se haya producido el apoderamiento de esos bienes por parte del extorsionador.

Ahora bien: si éste ha puesto en acción amenazas o violencias pero no ha conseguido la entrega, envío, depósito o puesta a disposición de la cosa o no se ha firmado o destruido el documento, significa que se ha dado comienzo a la etapa ejecutiva del delito pero que no se ha perfeccionado.

Entonces se presenta la figura de la tentativa o del desistimiento.

Y si, además, ha realizado todo cuanto era naturalmente necesario para el constreñimiento sin que, por cualquier circunstancia se haya ejecutado la acción buscada (entrega, envío, etc.) significa que se está en presencia de un delito frustrado o, como se llama en el derecho penal moderno, una tentativa completa.

En esta última categoría de delito imperfecto cabe la conducta juzgada en el presente proceso ya que Peña Bernal ejecutó todos los actos necesarios para causar temor en Heymann.

Y no vale decir, como lo hace el actor, que la intervención de la autoridad hizo que no llegara a las manos del procesado el paquete preparado por la policía, y que aunque hubiera llegado no existieron para éste posibilidades de enriquecerse, esto es, de obtener un provecho, falta por ello uno de los elementos del delito.

Porque, como ya se vio, el resultado del provecho ilícito no es en derecho penal colombiano uno de los elementos del tipo de la extorsión ya que el legislador no lo exige.

En el caso de autos, se repite, la situación permite que se califique la conducta del procesado como delito frustrado porque de una parte hizo todo lo necesario para causar temor en la víctima y de otro, no se alcanzó a producir una entrega propiamente dicha de bienes.

Pero es imposible negar que la conducta de Peña Bernal fue idónea para producir temor en el ofendido ya que contenía amenazas contra su vida y la de sus familiares y que tal situación no puede descartarse porque hubiera acudido a la policía.

"La entrega a la policía de una carta amenazante, dice un autor, no puede ser tenida como una prueba de indiferencia por parte del destinatario frente al anuncio de un mal. No se puede establecer una presunción '*juris et de jure*' de indiferencia frente a un comportamiento que puede, por el contrario, significar precisamente la preocupación de éste por ponerse al abrigo del mal anunciado buscando para ello la protección de la fuerza pública. La indiferencia es despreocupación y en ésta se podría pensar sólo cuando el interesado no recurriese a la autoridad ni depositase o consignase la cosa pedida" (Guiuseppe Ragno. II delito di estorsione, pág. 307).

Y otro tratadista de la materia insiste: "Si alguien envía una carta amenazadora en la cual exige la entrega de una suma de dinero y el amenazado acude a la fuerza pública, la intervención de ésta se presenta sólo como un acto independiente de la voluntad del culpable que no quita al envío de la carta amenazadora el valor de acto idóneo dirigido de modo no equívoco a cometer la extorsión" (Pannain, citado por Regno).

De otro lado la idoneidad de la conducta del procesado no desaparece por el hecho de que el paquete preparado por la policía sólo contuviera cien pesos. Bien pudo ocurrir que sólo tuviera papeles. Tal comportamiento de la víctima indica que sintió temor y quiso librarse de las amenazas contra su vida, acudiendo a la autoridad para capturar a quien lo estaba amenazando.

Significa todo lo anterior que el delito se cometió en la forma imperfecta por la que se juzgó al procesado y que, en consecuencia, correspondía aplicar a éste las disposiciones legales que subsumían su conducta, a saber, los artículos 406 y 17 del Código Penal.

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.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

CAUSAL CUARTA DE CASACION

Con ella no se trata de revivir la instancia

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., septiembre veinte de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón*

Aprobado: Acta Nº 62, Septiembre 19/77

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el doctor Armando González M., contra la sentencia de 23 de agosto del año anterior, proferida por el Tribunal Superior Militar que impuso al procesado, Ex-agente de la Policía Nacional, GABRIEL ISIDRO VASQUEZ LOPERA la pena de ocho años de prisión y las accesorias de ley, como responsable del delito de homicidio en Darío de Jesús Pino.

Al recurso se le dió el trámite establecido en la ley procedimental penal.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los que originaron el proceso ocurrieron en la noche del 23 de marzo del año de 1975 en la población antioqueña de Yarumal cuando el ex-agente demandó al occiso, quien se encontraba en avanzado estado de embriaguez, que se identificara y le entregara el arma que portaba. Como el beodo se negó a hacerlo, y simplemente extendió la mano para hacer entrega al agente del cuchillo que portaba, éste resolvió disparar por dos veces consecutivas su carabina ocasionándole la muerte en forma casi instantánea.

Las primeras diligencias investigativas fueron practicadas por el Inspector Segundo Municipal de Policía, y más tarde, por el Juez 52 de Instrucción Criminal funcionario que las envió al Comando del Departamento de Policía "Antioquia" en su condición de Juez de Primera Instancia y dada la calidad de miembro de la Policía Nacional del procesado. El comando de Policía convocó Consejo de Guerra ordinario el cual culminó con la sentencia de condena que fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior Militar, objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA DE CASACION

Con apoyo en las causales cuarta y primera de las consignadas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula dos cargos así:

Causal cuarta: Cargo único: De la lectura de los planteamientos que el censor hace al amparo de esta causal, no se comprende con certeza en qué consiste el cargo que se le formula a la sentencia ya que unas veces da a entender que se trataría de errónea calificación jurídica del ilícito, deducción que se desprende del reexamen que hace de la mayoría de las pruebas aportadas al proceso, a través del cual hace una clásica presentación de instancia, para adelante insinuar que se estaría más bien en presencia de una de las nulidades supralegales -inobservancia de las formas del juicio- que habría conducido a la falta de defensa del procesado.

Causal primera: Cargo único: En forma subsidiaria al de nulidad formula este cargo que según dice "no es por infrac-

ción directa, o sea, que... no se trata de suponer que dejó de aplicarse en la sentencia acusada una disposición aplicable al caso controvertido, sino de reclamar la violación que se llama indirecta, que implica reconocimiento del hecho en sí, en este caso la muerte de Pino, pero cuyo juzgamiento se hizo por equivocada y errónea apreciación de acontecimientos registrados en el escenario mismo de la tragedia donde los testigos presenciales no alcanzaron a percibir visualmente y con exactitud el desarrollo de los mismos y por ello resulta inaceptable admitir que Vásquez tuvo un propósito definido y claro de causar la muerte que se le imputa, cuando está demostrado evidentemente que el disparo no fue hecho directamente al cuerpo de Pino y que concurrieron otras circunstancias, como sería el caso fortuito o la culpa y que hubieron podido establecerse y reconocerse procesal y sustantivamente si la investigación hubiese tenido un acopio de importes de convicción más amplios y científicos y con lo cual otra hubiera sido la suerte de mi defendido".

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Procurador Delegado para la Policía Nacional contesta la demanda y solicita a la Corte se deseche por cuanto los cargos que contra la misma se han formulado no tienen la menor demostración.

En cuanto a la causal cuarta, entiende el Delegado que lo que pretendió demostrar el recurrente es que se había incurrido en errónea calificación de los hechos. Sin embargo, expresa, que el cargo no puede prosperar por cuanto la calificación jurídica -genérica que se le dio a la infracción en el auto de proceder, se ajusta plenamente a los mandamientos del artículo 540 del Código de Justicia Penal Militar que substancialmente es es igual al 483 del estatuto procedimental ordinario.

En relación con la causal primera, dice el Delegado, que debe rechazarse por cuanto tal causal en su cuerpo segundo, "no tiene cabida dentro de los procesos que se fallan con intervención de los jurados de conciencia", porque "la valoración de la prueba la hacen tales vocales dentro de su fuero interno, y su fallo, que es en conciencia, lo expresan a través del veredicto".

SE CONSIDERA

No es difícil en verdad responder la censura que se hace al fallo. En el primero de los cargos, apoyado en la causal cuarta de casación, como se dijo, el recurrente pretende revivir la instancia y presenta un alegato en el que en ninguna forma, y de ninguna manera, llega a la demostración de la existencia legal o constitucional de la alegada nulidad. Simplemente, se atiene a que no se practicaron pruebas que, en su sentir, habrían determinado un fallo, sino absolutorio para su patrocinado, sí por lo menos con alguna circunstancia aminorante de la responsabilidad, situación que, como resulta evidente, no encaja dentro de la causal invocada.

En cuanto a la subsidiaria, relativa a la violación indirecta de la ley, resulta claro, como lo anuncia el Procurador, que ella no es proponible en los procesos en que intervienen los jurados o vocales, no sólo por las razones que el Delegado esgrime, sino principalmente, porque de prosperar la causal le correspondería dictar a la Corte el fallo que reemplazara el recurrido, entonces sí, con prescindencia del jurado, o sea, con violación evidentísima de las normas que gobiernan los procesos.

Los cargos no prosperan.

Por las consideraciones que se dejan expresadas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *NO CASA* el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

DICTAMEN PERICIAL

Valor probatorio de los emitidos por la Policía Judicial. Término para su impugnación

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., octubre tres de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez.*

Aprobado: Acta Nº 66, octubre 3/77

V I S T O S

Procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado GUSTAVO ARISTIZABAL MONSALVE, contra la sentencia de 10 de noviembre de 1976 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al reformar la de primera instancia proferida por el Comando de la Cuarta Brigada, con sede en la misma ciudad, como Juez de Instancia, condenó a Aristizábal Monsalve a la pena principal de cuatro años de presidio y a pagar por vía de multa la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), a más de las accesorias de rigor, "por violación al Decreto 1188 de 1974".

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquéllos, de acuerdo con la realidad que arrojan las pruebas, fueron presentados en la sentencia impugnada de la siguiente manera:

"Con base en algunos informes obtenidos por agentes secretos del DAS, procedieron a las investigaciones iniciales, con el fin de procurar la retención de los traficantes y el decomiso de la marihuana. El diez y ocho de septiembre del año pasado obtuvieron el primer contacto con el sujeto Gustavo Adolfo Aristizábal Monsalve, quien los puso en contacto con José Humberto Bernal Zapata, quien a su turno se comprometió a conseguir la mayor cantidad posible, para lo cual les concertó una cita en el barrio 'Las Camelias' de esta ciudad, al día siguiente diez y nueve, con el fin de ultimar los detalles hora y lugar de la entrega. Cumpliendo esta última cita, se trasladaron al hotel Selenita, ubicado en Junín con Amador, en donde fueron relacionados con el señor Héctor de Jesús Restrepo Ospina. Con estos sujetos quedaron de encontrarse a las siete de la noche en ese lugar y cumpliendo esta cita se trasladaron a la carrera 39 Nº 68-34, en donde les fue entregada la cantidad de setenta y tres libras de marihuana por los encartados Héctor de Jesús Restrepo Ospina y José Humberto Bernal Zapata. Cuando ya se encontraban en el centro de esta ciudad, procedieron a identificarse y a dejar a los individuos a órdenes de las autoridades del DAS y posteriormente en poder de la Cuarta Brigada. Al día siguiente y en las primeras horas de la noche fue capturado Gustavo Adolfo Aristizábal Monsalve y puesto a órdenes de las autoridades competentes.

"A Folio 3 obra el examen toxicológico practicado en el Laboratorio Criminológico de DECYPOL, con resultado positivo para marihuana, con un peso de 36,807 kilos. Se anota que fueron ocho bolsas y que de cada una de ellas se tomó la porción necesaria para el análisis químico toxicológico".

Con fundamento en los informes que le fueron enviados por el Grupo de Policía Judicial Departamento Administra-

tivo de Seguridad, Seccional Antioquia el Comandante de la Cuarta Brigada, como juez de primera instancia, inició las presentes diligencias (Fl. 5). Se practicaron las pruebas de rigor, se oyó en indagatoria a Héctor de Jesús Restrepo Ospina (Fls. 17 sgt.), José Humberto Bernal Zapata (Fls. 19 sgt.) y Gustavo Adolfo Aristizábal Monsalve (Fls. 21 sgt.), contra quienes el 8 de octubre de 1975 el Juzgado 20 de Instrucción Penal Militar dictó el correspondiente auto de detención, "como sindicados de violar lo preceptuado en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 (Posesión y Tráfico de Marihuana)" (Fls. 30 ss.). El apoderado de Aristizábal solicitó reposición del auto de detención precautelar y la libertad de su patrocinado (Fls. 37 sgt.), lo cual le fue negado (Fls. 49 sgt.).

Agotada la tramitación legal correspondiente, por sentencia de 23 de abril de 1976, el juez de primera instancia condenó a los tres sindicados a la pena principal de tres años de presidio, cada uno, y a pagar por vía de multa, también cada uno, la suma de cinco mil pesos, "como autores responsables del delito de TRAFICO DE MARIHUANA que define, tipifica y sanciona el artículo 2º de la Ley 17 de 1973, concordante con el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 que la reglamenta", sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, con la modificación antes dicha, providencia esta última objeto del recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

LA DEMANDA

El censor, luego de una esquemática presentación de los hechos, del proceso y de su decisión, formula dos cargos contra la sentencia recurrida, los cuales, por consideraciones de orden lógico, se presentarán y estudiarán en orden inverso al que tienen en el libelo respectivo.

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal -encargado-, por medio de juicioso concepto al cual se harán las debidas referencias, solicita se deseche el recurso en estudio.

Primer cargo: (segundo de la demanda):

La sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad constitucional (Art. 26) "por haberse pretermitido la PLENITUD de las formas propias del juicio, concretamente los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 de 1974..., que consagró en el Capítulo VII, artículos 68 a 76, inclusive, los mecanismos conducentes no sólo a la destrucción de las sustancias incautadas, sino a las previsiones mínimas garantes de la certeza absoluta de que la sustancia o sustancias incautadas en un caso dado, sean de aquéllas que el mencionado decreto prescribe y no elementos inocuos". Luego de transcribir apartes de la sentencia impugnada, manifiesta que esos "requisitos complementarios" a que aquélla alude, "conforman nada menos que *LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS* del mismo y la omisión de uno cualquiera de ellos viola el *principio de legalidad*, porque se trata de normas adjetivas, procesales, sin estirpe entre una y otra, a más de que se lesiona un mandato supralegal, paladinamente consagrado en el artículo 26 de la Carta".

Agrega que se violó el artículo 70 del Decreto 1188, porque contra su prescripción, en el informe policial del folio 1 vuelto, no aparece constancia de que el Ministerio Público hubiera estado presente en la respectiva diligencia.

Se contesta el cargo:

El Decreto 1188 de 1974 en su Capítulo VII, artículos 68 y siguientes, reglamenta lo relativo a "la destrucción de las sustancias incautadas".

Es cierto, como lo anota el impugnador que en el proceso se omitieron algunas de las previsiones contenidas en las normas que precisa. Mas ello no es causal de nulidad legal, puesto que no están instituidas como tales y, tampoco lo son de rango constitucional, ya que no constituyen una violación de las normas propias que rigen el juicio en cuanto puedan afectar la defensa de los sindicados.

Por otra parte, como lo anota el Ministerio Público colaborador, "El dictamen rendido por peritos oficiales del Laboratorio Criminológico de 'DECYPOL', Policía Judicial, tenido como prueba del

cuerpo del delito, fue puesto en conocimiento de las partes sin haber sido impugnado. Y teniendo el valor probatorio señalado en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, ningún objeto práctico se conseguía con una nueva peritación por parte del Instituto de Medicina Legal toda vez que no se discuten sus conclusiones respecto a la calidad o naturaleza de la hierba incautada o su peso, factores estos determinantes de la infracción atribuida al acusado".

En consecuencia este cargo no prospera.

Segundo cargo: (primero de la demanda):

Lo fundamenta en la causal primera del artículo 580 del estatuto procesal penal "canon consagratorio del ERROR DE HECHO MANIFIESTO EN LOS AUTOS y que me permite subdividir conforme a los dos elementos de prueba que sirven de base a la sentencia atacada", así: error en la apreciación de los testimonios y en la de los indicios.

Primero: Con relación al error en la apreciación de los testimonios manifiesta que la sentencia se edificó "sobre los testimonios de los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad: MARCO ELIAS FRANCO ARCILA, JAVIER VILLEGAS SOTO y LUIS MANUEL CAMARGO, quienes aseveraron en su informe que, fue mediante la intervención de mi prohijado como lograron, en su gestión enderezada a la detección y combate de los narcotraficantes, la 'compra' de los 36,807 kgs. del nefasto vegetal".

Agrega: Esos testimonios por no ser responsivos, exactos ni completos, no tienen relievancia probatoria. A continuación transcribe el informe del folio 1 firmado por aquéllos y luego lo que considera pertinente de sus declaraciones posteriores y para concluir que "De la simple lectura de los autos salta de bulto, ... que el juzgador de segunda instancia ha cometido protuberante *error de facto* en la apreciación de las pruebas que se puntualizan, conclusión a que llega sin necesidad de encadenar razonamientos más o menos sutiles y que se constatan sin ningún esfuerzo dialéctico, error cuya existencia se admite con solo señalarlo, cuya ocurrencia se impone a la mente con solo mostrarlo, como resultado de la objetividad procesal". Todo, porque señala algunas contradicciones entre el Informe y las posteriores declaraciones en relación, por ejemplo, en lo referente a la manera como venía envuelta la marihuana; porque Franco Arcila omite una narración detallada en su exposición. Y, porque Villegas Soto apenas se ratificó en el Informe.

Segundo: Dice que el sentenciador dio equivocada apreciación a la circunstancia de ser Aristizábal aficionado al consumo de la marihuana, pues de ahí dedujo, según interpretación del demandante y no porque en la sentencia se diga en forma expresa, que Aristizábal conocia a los expendedores de la hierba. Aquella adición a la marihuana, apenas es un indicio levísimo que no guarda "nexos íntimos con la calidad que se le dedujo en la sentencia atacada: la de narcotraficante o cómplice de tales menesteres".

Se responde el cargo:

Quiere la ley que cuando de la invocación del error de hecho se trate, éste debe aparecer "manifiesto en los autos", es decir, que en ellos sea claro, patente.

El carácter anterior, no aparece en el caso sometido a estudio ni tampoco así lo hace resaltar la demanda.

Pero hay algo más que impide profundizar en el estudio propuesto. El censor invoca el error de hecho, pero su argumentación se retira de esa línea para adentrarse en la de derecho. En efecto:

Sabido es cómo 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 que el de hecho consiste en tener como existente un hecho que no ha ocurrido o en negar o distorsionar el que sí ocurrió, siempre que la prueba erróneamente apreciada demuestre lo uno o lo otro. Es de aquí en donde debe saltar lo manifiesto del error.

La casación tiene su técnica precisa y el demandante no le es lícito desconocerla ni a la Corte suplir las deficiencias que

sobre el particular puedan presentarse. Aplicando lo anterior al caso contemplado, se tiene: El censor invoca el error de hecho que, en su criterio, aparece de modo manifiesto en los autos, pero sus argumentos, incompletos en su presentación y en su desarrollo, tienden a establecer uno de derecho. Además, como lo anota el Ministerio Público, "Tampoco expresa el concepto de la violación, ni menos aún demuestra el quebrantamiento de la ley sustancial".

Finalmente, cabe observar: ni siquiera cita cuáles son las normas que regulan las pruebas que dice infringidas; y, con relación al deficiente desarrollo, apenas se observa que lo que pretende es anteponer su propio criterio interpretativo de la prueba a aquél seguido por los falladores de instancia: es el enfrentamiento escueto de su propio criterio al del fallador, con el propósito de hacer prevalecer determinada conclusión. Y este criterio, según lo ha sostenido la Corte, no es suficiente para lograr la prosperidad de un recurso de casación.

Por tanto el cargo habrá de desecharse.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 10 de noviembre de 1976 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dentro de estas diligencias.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez. Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

ASOCIACION PARA DELINQUIR

Es un delito autónomo, diferente de los demás ilícitos que puedan cometer los asociados

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

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto.*

Aprobado: Acta Nº 67

V I S T O S

El Tribunal Superior de Pamplona por sentencia que lleva fecha 16 de Dic. del año pasado reformó la proferida por el Juzgado Primero Penal de ese mismo Circuito en que se condenó a ADONAY VILLAMIZAR CACERES, EDUARDO CALA, SERAFIN MARTINEZ, ALIRIO CACERES VILLAMIZAR y JOSE ISRAEL LOPEZ RODRIGUEZ a la pena principal de cinco (5) años de presidio, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios causados con la infracción como responsables por el delito de ROBO que tuvo lugar el 27 de agosto de 1975 en Bochalema y del cual aparece como ofendida la señora Antonia Prada viuda de Gómez.

Contra dicha sentencia interpusieron los procesados y el defensor de Eduardo Cala recurso extraordinario de casación que les fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala por auto de 3 de marzo del año en curso.

Empero el recurso fue declarado desierto por lo que hace a Adonay Villamizar. El defensor de los restantes presentó, en tiempo oportuno, demanda de casación que se consideró ajustada a las prescripciones legales.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El día que se deja mencionado o sea el 27 de agosto de 1975, se presentaron al almacén que en la plaza de Bochalema tiene la señora Antonia Prada viuda de Gómez tres individuos uno de los cuales pidió que le mostraran unas camisas y cuando la dueña del negocio se aprestaba a hacer lo que se le solicitaba dos de los desconocidos la asieron por los brazos y en tanto que el tercero la amenazaba con un revólver, la condujeron a un dormitorio inmediato donde, luego de amordazarla, le ataron las manos a la espalda y la amenazaron con darle muerte dedicándose en seguida a buscar en el local y en el interior de la vivienda objetos de valor. Fue así como se apoderaron de un revólver calibre 32 largo, cincuenta tiros, cuatrocientos (400) bolívares en plata antigua, una máquina de escribir marca "Underwood", una chompa y cuatro camisas. En el momento de estar esculcando las pertenencias de la señora de Gómez entró al almacén la niña Maritza Peña y al darse cuenta de que llamaba a la señora, úno de los asaltantes salió y le dijo que ésta no estaba pero como la menor se diera cuenta de lo que estaba sucediendo huyó dando voces de auxilio al oír lo cual huyeron los asaltantes. La víctima logró zafarse de sus ligaduras y salió a buscar ayuda organizándose de inmediato la persecución de los asaltantes. Es de añadir que los asaltantes golpearon a la niña María Victoria González quien vive con la ofendida y le hicieron sangrar la nariz luego de lo cual la ataron con una sábana a la pata de una cama después de amarrarle la sábana a la cabeza.

Esa misma noche se logró capturar a Adonay Villamizar y a Eduardo Cala quienes iban a pie por la carretera que conduce a Cúcuta y que en el sitio de "Cascajar" fueron alcanzados por un vehículo en que iba el sargento de la Policía Nacional Ananías de Jesús Gómez y el agente José Hernando Sánchez quienes encontraron en poder de Villamizar un revólver "Smith & Wesson" 32 largo y en el de Cala un revólver calibre 38 largo, unos bolívares en plata y una camisa que llevaba puesta el primero de los nombrados y que la señora de Gómez reconoció como una de las que le habían sido robadas por los asaltantes. También reconoció como suyo el revólver 32 largo.

Esa misma noche fueron aprehendidos también Serafín Martínez y Alirio Villamizar quienes después de haber viajado un trecho en bus se apearon en el paraje "La Donjuana" en donde los sorprendieron los agentes de policía José Hernando Sánchez y Circuncisión Berbesí.

Igualmente durante la noche de autos fue capturado José Israel López R., quien conducía un taxi en que se trasladaron a la población de Bochalema los individuos atrás mencionados y en el cual se encontraron algunos de los objetos robados entre ellos, una chompa de dril, una camisa y además una sábana con manchas de sangre.

Por indicación de Adonay Villamizar fue localizada en las cercanías en que fuera capturado dicho individuo y oculta entre el monte una máquina de escribir "Underwood" que también la ofendida reconoció como suya.

En la captura del chofer López R., participó el agente Evangelista García Largo quien confirmó que en el carro se encontraron las prendas arriba mencionadas.

Todas las personas que se dejan citadas declararon en los autos. Además lo hizo Nicomedes Boada Peña para la época de los hechos Alcalde de Bochalema y quien participó en la captura de López Ramírez. Confirma el encuentro de las prendas citadas en el vehículo que éste conducía y el reconocimiento que de ellas hiciera la viuda de Gómez. Afirmó, además, que el chofer negó haber transportado a los asaltantes aun cuando sí aceptó haber llevado dos personas hasta una piscina pública. También dijo que en el carro de López se había encontrado la sábana con manchas de sangre.

Se practicaron varias diligencias de reconocimiento en rueda de personas. Así se tiene que en la primera de ellas y pese a que algunos de los sindicados habían cambiado su aspecto rasurándose la barba (Fl. 80 vto.) la denunciante reconoció sin vacilar a Serafín Martínez, Adonay Villamizar y a Eduardo Cala como los asaltantes (Fl. 81). Nuevamente los reconoció en una diligencia practicada más tarde (Fl. 128).

Por auto de diez de abril de 1976 se abrió causa criminal contra Adonay Villamizar Cáceres, Eduardo Cala, Serafín Martínez y José Israel López por el delito de robo, los tres primeros en calidad de autores directos y el último como coautor.

Apelada esta providencia, el Tribunal la confirmó por la suya de 21 de junio del mismo año.

Tramitado el juicio sin que se practicaran nuevas pruebas se llevó a cabo el 14 de octubre del año citado la audiencia pública.

Luego, el 3 de noviembre se dictó sentencia de primera instancia por la cual se condenó a cada uno de los procesados a la pena principal de tres años de presidio más las accesorias del caso así como también al pago de los perjuicios causados con la infracción.

La decisión fue apelada por los defensores de los procesados y el Tribunal resolvió el recurso por la que ahora es materia de casación y que, como se deja anotado al principio de la presente, lleva fecha 16 de diciembre del año pasado.

En ella el *ad quem*, reproduce lo que, sobre responsabilidad de los procesados había dicho en el auto de proceder y que, en sustancia, consiste en afirmar que con las declaraciones y el reconocimiento que de aquéllos hiciera el teniente de la aduana José Antonio Villamizar, los reconocimientos practicados por la ofendida, el encuentro en poder de Adonay Villamizar del revólver 32 largo perteneciente a ésta, las monedas viejas de plata, pertene-

cientes también a la viuda de Gómez y que fueron halladas en poder de Eduardo Cala, el haber sido estos dos últimos procesados quienes indicaron el lugar preciso en que habían escondido la máquina de escribir robada a dicha señora, identificando también tal artefacto por el testigo Víctor Hugo Sandoval, se comprueba suficientemente la responsabilidad de esas personas en el delito juzgado.

También con reproducción de lo dicho en la providencia vocatoria a juicio, el Tribunal rechazó las versiones que sobre su conducta dieron los procesados cuando afirmaron haber comprado esos objetos a unos desconocidos que jamás pudieron ser hallados.

Y concluye el Tribunal: "Significa lo anterior que los elementos constitutivos del delito de robo investigado aquí no son meras conjeturas ni historias fantásticas porque existe la demostración completa en virtud de pruebas que llevan a la verdad de los hechos investigados. No son, pues, simples hipótesis sino el resultado de evidencias demostrativas de la violencia ejercida sobre la persona de Antonia viuda de Gómez, tal como se comprueba con el dictamen médico-legal que obra a folio 203 y donde expresa que presenta 'grandes equimosis y laceración circular alrededor de las muñecas posiblemente por haber estado maneatada (sic) fuertemente y equimosis leve en la espalda'. Aunque desafortunadamente no se examinó a la menor que fue golpeada y cubierta con una sábana que tenía al momento de capturarse el automóvil manchas de sangre".

En cuanto hace a la responsabilidad del chofer José Israel López Rodríguez, también sobre las líneas del auto de proceder el Tribunal dice que este individuo fue señalado por varios testigos como la persona que había conducido a dos individuos que se habían "botado" en una curva de la carretera. Además se estableció que había transportado a dos de los procesados, y por último, fueron encontrados en su vehículo varios de los objetos robados así como una sábana ensangrentada.

En el auto de proceder había hecho el Tribunal un amplio análisis de pruebas que reprodujo en la sentencia y como tanto los procesados como sus defensores hicieron de nuevo los mismos planteamientos que presentaran tanto en la audiencia como posteriormente, el *ad quem* se refiere *"in extenso"* a ellos para desecharlos.

Analiza luego las penas impuestas para concluir que debían ser aumentadas teniendo en cuenta que se trata de un robo agravado y que los procesados tienen antecedentes que los señalan como peligrosos lo cual lo lleva a señalar en cinco (5) años la pena privativa de la libertad que se les impone.

DEMANDA DE CASACION Y CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Actuando a nombre de los cuatro procesados el apoderado formula una demanda de casación conjunta en la cual hace a la sentencia recurrida cuatro cargos, uno de ellos en el marco de la causal 4ª del artículo 580, esto es, porque, en su concepto, se dictó en un juicio viciado de nulidad y los otros tres en el segundo cuerpo de la causal 1ª, o sea por presunta violación indirecta de normas sustanciales.

Se resumen a continuación tales censuras y, a continuación de cada una, el concepto del Ministerio Público.

Primer cargo: Aunque formulado en último término por el actor debe examinarse en primer lugar este cargo por alegarse nulidad de la actuación.

Dice, en efecto, el demandante que no competía a la justicia ordinaria el conocimiento del presente proceso sino a la castrense por presentarse en autos, según afirma, el fenómeno de la "asociación para delinquir" cuyo conocimiento, por la época de los hechos, estaba atribuido a la justicia penal militar por mandato del artículo 2º del Decreto 1250 de 1975.

Replica la Procuraduría que ese fenómeno no se da en autos y que, además, de aceptarse su existencia se estaría agravando la situación jurídica de los procesados, lo que es inadmisible en casación.

Segundo cargo: Formulado en primer término por el casacionista se presenta

en el ámbito del segundo inciso de la causal primera de casación, esto es, como violación indirecta de la ley.

Lo hace consistir el demandante en que, a su juicio, el sentenciador incurrió en apreciación errónea y en falta de apreciación de algunas pruebas lo que le hizo incurrir en errores ostensibles de hecho y de derecho.

Señala como error (no dice si de hecho o de derecho) la apreciación que la sentencia hace del informe del agente Circuncisión Barbesí pues dice que no tiene el carácter de indicio grave el hecho de que en poder de Alirio Cáceres se hubieran encontrado un reloj, unos billetes de cien bolívares y unos cartuchos para revólver 32 largo si como el de que dicho individuo (Cáceres) tuviera mojados los pantalones y que fuera hermano medio de otro de los procesados.

Agrega que el Tribunal dejó de apreciar la prueba consistente en la declaración de la ofendida en cuanto al examinar las fotografías de Cáceres expresó que dicho individuo no había tomado parte en el asalto (Fl. 72 vto.).

Asimismo señala como no tomada en cuenta por el *ad quem* la prueba consistente en el hecho de que la menor Maritza Peña Siza (Fl. 127) no reconoció a Cáceres Villamizar (Fl. 128) como parte del grupo de asaltantes.

Y finalmente critica que el sentenciador no hubiera apreciado el dicho de los propios procesados en la parte que negaron haber concurrido al asalto.

Replica el Ministerio Público, en síntesis, que el procesado Cáceres no supo dar explicación satisfactoria de la procedencia de los proyectiles y que, además, éstos fueron reconocidos por la señora Prada de Gómez lo mismo que el revólver como de su propiedad. La misma señora reconoció sin vacilaciones, en rueda de presos, a los tres procesados Cáceres, Villamizar y Martínez como los asaltantes.

Y que respecto a las otras circunstancias fueron apreciadas por el Tribunal en su justo valor.

Agrega que el actor no logró demostrar la violación medio y que por eso debe desecharse la censura.

Tercer cargo: También en el marco del segundo cuerpo de la causal primera de casación, acusa el censor la sentencia recurrida por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Señala esta vez como erróneamente apreciadas las siguientes:

a) El informe del sargento Ananías Gómez en cuanto dice que los procesados fueron conducidos a la población de Bochalema donde la víctima los identificó plenamente.

Sobre este particular asevera el demandante que se trata de un reconocimiento inválido por no haberse ceñido al rito legal y que por ello el Tribunal no podía basarse en esa prueba.

b) Tacha igualmente de inválido el reconocimiento que la ofendida hiciera de los procesados en el curso de la declaración rendida por ella y luego de haberlos observado y de haber visto un periódico en que se publicaban las fotografías de aquéllos.

Comenta el actor que esto último era irregular y que no debió tomarse en cuenta por el sentenciador.

c) La declaración del chofer Juan Pablo Montañez en cuanto afirma que al perseguir a los asaltantes preguntaron a unos trabajadores y a otras personas si habían visto bajarse dos personas de un automóvil y aquéllos respondieron que se habían "botado" en una curva de la carretera.

Califica dicha prueba de simplemente referencial o de oídas y de que no podían tomarse en cuenta aquellos dichos por no haber sido los informantes llamados a declarar.

d) Segundo reconocimiento practicado por la ofendida. Dice el actor que esta prueba se llevó a cabo un mes después de los hechos y que tuvo lugar luego de otros reconocimientos irregulares.

Agrega que el sentenciador dejó de apreciar la declaración del agente de policía José Hernando Sánchez en cuanto, según este declarante, los procesados Villamizar y Cala no dijeron que ellos hubieran escondido la máquina de escribir sino que habían visto cuando unos individuos la escondían.

Y también critica que el Tribunal no hubiera hecho caso a las afirmaciones de inocencia de Villamizar, Cala y Martínez.

Responde la Procuraduría que el reconocimiento hecho por la ofendida en la persona de los asaltantes fue ceñido a las normas legales y que, por lo tanto, bien podía el juzgador basarse en dicha prueba, lo mismo que en otras, para condenar a éstos. Señala entre esas otras pruebas el hallazgo en poder de los procesados de objetos pertenecientes a la señora Prada de Gómez y el hecho de haber sido Adonay Villamizar quien suministrara la información para encontrar la máquina de escribir perteneciente a ésta.

En consecuencia, pide que se deseche esta censura.

Cuarto cargo: Al igual que los anteriores, se formula en el segundo aparte de la primera causal de casación, o sea, se censura la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial debida a errores en la apreciación de la prueba.

Se señalan como erradamente interpretadas en relación con el procesado Israel López la declaración del alcalde Nicomedes Boada quien se refiere a que por informes de unos obreros se localizó el carro de dicho procesado ya que ellos dijeron que lo habían visto con las puertas abiertas y en su interior dos sujetos listos a arrojarse. Critica que no se hubiera traído a los autos las declaraciones de dichos obreros.

Asimismo censura la del teniente de Aduanas José Antonio Villamizar quien durante su declaración reconoció a dos de los asaltantes en los retratos publicados por un periódico.

Agrega que los juzgadores tanto de primera como de segunda instancia dejaron de apreciar la declaración del agente Evangelista García Largo quien desmintió al Alcalde cuando éste dijo que López le había manifestado haber ido solo en su carro cuando la verdad es que llevó a los procesados. También censura la sentencia por haber desechado la versión dada por dicho procesado en su indagatoria y que el recurrente considera está respaldada en los autos.

El Procurador contesta diciendo que el actor se ha limitado a anteponer su personal criterio sobre la interpretación de las pruebas al del Tribunal pero sin presentar razones para que se deseche el último. Y agrega que las afirmaciones del Alcalde Boada Peña se encuentran respaldadas por el dicho del declarante Juan Pablo Montañez (Fl. 76) a quien el demandante no menciona. Y que, por lo demás, el propio chofer López aceptó haber sido abordado por cuatro sujetos que se bajaron del vehículo antes de que la policía lo interceptara.

Respecto al reconocimiento acepta que no se ciñó a las normas de los artículos 407 y 408 del Código de Procedimiento Penal pero agrega que en las fotos publicadas por el periódico y que tuvo en sus manos el teniente Villamizar estaba Israel López por lo que dicha circunstancia no puede perjudicar a éste.

En consecuencia solicita que se rechace esta censura.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se examinarán a continuación los cargos resumidos comenzando por el que se expone en el marco de la causal 4ª por ser ese el orden lógico en casación.

Primer cargo: *Basta la simple consideración, hecha ya por el Ministerio Público, de que, de aceptarse la pretensión del actor en el sentido de que en el presente proceso se pasó por alto la existencia de un delito de asociación para delinquir del que serían responsables sus propios patrocinados, para desechar esta censura.*

El actor posiblemente no cayó en la cuenta de que por el hecho de reconocer la presencia de ese ilícito no desaparecería el de robo por el cual se juzgó a sus poderdantes pues la "societatis sceleris" *es un delito autónomo, diferente de los demás ilícitos que puedan cometer los asociados, como bien lo dice el artículo 3º del Decreto 2525 de 1963 al señalar la pena que por la asociación corresponde a los participantes en ella y añadir "sin perjuicio de la sanción que les corresponda por esos delitos" o sea los de homicidio, robo, extorsión, secuestro, violencia*

carnal o delitos contra la salud y la integridad colectiva.

Así pues, se impone rechazar este cargo.

Segundo cargo: La tacha que hace el censor a la sentencia de haber considerado como indicio grave el hallazgo en poder de los procesados de varios objetos tomados de la tienda de la señora Prada viuda de Gómez, no puede admitirse porque la posesión de tales artículos, entre ellos la sábana ensangrentada con que ataron a la menor María Victoria González, tiene un poder acusatorio imposible de negar, tanto mayor cuanto que aquéllos no pudieron señalar con precisión de dónde los habían obtenido. De tal manera que es incuestionable el carácter de grave que tiene tal indicio y no erró el Tribunal, sino, por el contrario, acertó plenamente, al conferirle tal carácter.

Las otras dos circunstancias que menciona el actor, o sea ser Alirio Cáceres hermano medio de Adonay Villamizar Cáceres y haber tenido mojados los pantalones cuando se le capturó no fueron tomados como indicios únicos por el Tribunal que se limitó a hacer de el primer hecho un eslabón de la cadena indiciaria sin destacarlo entre los otros.

En cuanto al hecho de que la ofendida no hubiera señalado, en los reconocimientos a Cáceres como partícipe en el asalto no tiene el efecto que le atribuye el actor pues de otras pruebas resulta la incriminación, por ejemplo, la de haber estado en compañía de los otros procesados, decir no conocerlos cuando era hermano medio de uno de éstos, haberse encontrado un reloj de su pertenencia entre los objetos decomisados a éstos y que la ofendida reconoció como suyos.

En síntesis, obran en los autos elementos suficientes para establecer la responsabilidad de este procesado y por eso no puede admitirse que el Tribunal hubiera cometido errores de hecho, mucho menos de derecho, en la apreciación de las pruebas que determinaron la condenación de este procesado.

Se rechaza este cargo.

Tercer cargo: Tampoco acierta el censor al tratar de desvirtuar el valor que el Tribunal concedió a los reconocimientos que la ofendida hiciera en la persona de los procesados Villamizar, Martínez y Cala como los tres asaltantes.

En efecto fueron dos las oportunidades en que la señora Prada viuda de Gómez señaló, en rueda de personas, a las tres mencionadas, como los individuos que entraron a su almacén, la amenazaron, la ataron a ella y a la menor que la acompañaba y luego se llevaron unos artículos del mismo. Este señalamiento lo hizo la ofendida sin titubeos de ningún género. Y de allí que la prueba ofrezca, junto con las demás que cita la sentencia, sólido fundamento para condenarlos.

Tampoco puede tacharse de leve el indicio consistente en que los procesados Villamizar y Cala hubieran señalado el lugar en que estaba escondida, entre el monte, la máquina de escribir.

Por último no cabe duda de que en poder de estos dos procesados estuvieron los objetos encontrados en el carro conducido por López y que la ofendida reconoció como suyos.

Como se ve existen en los autos suficientes elementos de juicio para condenar a los procesados en mención y no aparece por parte alguna que de aquéllos hubiera hecho el Tribunal una interpretación errónea, mucho menos de carácter manifiesto como lo requiere el inciso segundo del aparte primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

No se admite el cargo.

Cuarto cargo: Al igual que los anteriores contiene apreciaciones personales del actor sobre las pruebas que, en realidad, no demuestran la indebida apreciación de éstas, ni, menos, el error ostensible en que, según aquél, ha incurrido el juzgador.

La conducta punible del chofer Israel López está suficientemente demostrada en los autos, particularmente por el hecho de haber transportado en su carro a los otros procesados y haberse encontrado en dicho vehículo objetos provenientes del robo. Agrégase a eso sus negativas fallidas de negar no sólo ese transporte sino el conocimiento de los procesados

y se tiene una cadena de prueba suficiente para condenarlos.

No prospera el cargo.

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 y a que se ha hecho referencia en la parte motiva de la presente.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada, V., (Secretario).

CASACION. DEMANDA. TECNICA

Causales. Cómo se deben proponer. Infracción directa. Aplicación indebida. Interpretación errónea

FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO

Son los árbitros funcionarios públicos? La falsedad que comete un árbitro, en ejercicio de sus funciones, lo hace reo de un delito de responsabilidad?

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., octubre veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 65

V I S T O S

Corresponde a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Bogotá y por el defensor de *Alberto Samper Gómez* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 2 de abril de 1976, por medio de la cual confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Superior el 10 de julio de 1975, en cuanto condenó a éste por el delito de Falsedad recaído en documento público y en perjuicio de la Nación.

HECHOS

Fueron resumidos en la sentencia impugnada, así:

"Con fecha 12 de diciembre de 1961 el Gobierno de Colombia suscribió con la Compañía Colombiana de Electricidad -que se había establecido en el territorio de la República con fines a la explotación de un servicio público desde el año de 1927- un precontrato de compra-venta por medio del cual se comprometían a comprar y vender, respectivamente, todos los instalamentos de propiedad de la precitada Compañía.

"II. A fin de que el Gobierno pudiese dar cumplimiento a las obligaciones pactadas, el Legislador colombiano expidió la Ley 13 de abril 13 de 1962. Con fundamento en ésta y previa aprobación por el Consejo de Ministros se perfeccionó la negociación el 4 de junio del citado año cuando las partes firmaron la Escritura Nº 2210 en la Notaría 7ª Circuital de Bogotá (Cuad. Nº 7). Conforme a dicho título escriturario se convino en su Cláusula Cuarta sobre precio y AVALUO DE BIENES, que: 'El precio de venta de los bienes a que se refiere el ordinal b) de la cláusula segunda (2ª) será el que determine pericialmente la firma de reconocida competencia que al efecto designe el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (International Bank for Reconstruction and Development), cuya sede está en la ciudad de Washington. Las partes acuerdan que la firma no será ni colombiana ni estadinense y que el precio que aquélla determine, como valor de los bienes que se venden, será obligatorio para las (2) partes contratantes. Para la designación de la firma avaluadora, las partes contratantes dirigirán de común acuerdo, dentro de los quince (15) días siguientes a la

firma de la promesa, la correspondiente solicitud al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. En caso de que alguna de las partes no cumpla esa obligación, la otra podrá formular la referida solicitud a nombre de ambas..... El avalúo de que trata la presente cláusula será hecho en moneda de los Estados Unidos de América, o sea en dólares. El justo precio de los bienes materia de ese avalúo será determinado por la firma avaluadora mediante la aplicación de las normas pertinentes para avalúos del Interstate Comerce Act de los Estados Unidos de América, como aparece en las cláusulas primera (1ª) segunda (2ª) tercera y cuarta (3ª, 4ª) del inciso b) de la Sección Décima novena (19) de la parte primera (1ª) de dicho Interstate Comerce Act, previa la clasificación y agrupación de los bienes según el sistema de contabilidad de la Pederal Power Commission, como quedó expresado en la cláusula anterior...'.

"III. En virtud de la transcrita cláusula contractual, las partes contratantes (Gobierno y Compañía Colombiana de Electricidad) firmaron con la Compañía de Ingenieros Consultores de 'SURVEYER NENNIGER & CHENEVERT' domiciliada en la ciudad de Montreal -Provincia Quebec- Canadá, la convención de fecha 6 de febrero de 1963 (cuad. Nº 15). Con fecha 25 de noviembre siguiente la precitada Compañía hizo entrega del avalúo efectuado con un estimativo de US..... 38.448.379.00.

"IV. El Gobierno colombiano, que había recibido los bienes contratados desde el 31 de julio de 1962 cuando empezó a cancelar el precio, por contados según lo convenido, hizo saber a la Compañía Colombiana de Electricidad -con fecha noviembre 17 de 1966- por intermedio del Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico que, no aceptaba el avalúo presentado por la Compañía Canadiense de Ingenieros Consultores por cuanto aquélla se había apartado de las normas acordadas y que se relacionaban con la Ley Interstate Commerce Act. Como consecuencia de dicho desacuerdo y al tenor de lo pactado en la cláusula 15 del precontrato de compraventa, Gobierno y Compañía Colombiana de Electricidad firmaron el compromiso del 11 de julio de 1967 conforme al cual convinieron en llevar el asunto a un Tribunal de Arbitramento al cual proponían el cuestionario siguiente: "Al hacer el avalúo de los bienes vendidos al Gobierno por la Compañía Colombiana de Electricidad, la firma avaluadora 'SURVEYER, NENNINGER & CHENEVERT', cumplieron, SI o NO, con lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato de compraventa de los bienes de la compañía".

"El fallo que debía proferir el Tribunal de Arbitramento debería ser en derecho y con sujeción a las normas del Capítulo 47 del Código Judicial de entonces, y de la Ley 2ª de 1938, de conformidad con la cláusula contractual arriba citada (15ª de la Escr. 2210 de 1962).

"V. El precitado Tribunal de Arbitramento fue acordado en la forma siguiente: por el Gobierno, el doctor ALEJANDRO URIBE ESCOBAR; por la Compañía Colombiana de Electricidad, el señor JORGE R. DE CAPRILES. Estos aceptaron el cargo conferido y en ejercicio de sus funciones procedieron a elegir al señor ALBERTO SAMPER GOMEZ, como tercer árbitro y Presidente del Tribunal, al mismo tiempo que designaban secretario de la entidad al doctor HUMBERTO ZAPATA ESCOBAR. Integrado, así, el Tribunal, sus Miembros acordaron iniciar sus sesiones el 19 de septiembre de 1967, a partir de las 10 de la mañana, en la sede de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandando como gastos en el cumplimiento de sus funciones la suma de $ 420.000.00, suma esta que recibió, de las partes, el propio Presidente del Tribunal y depositó en cuenta bancaria especial, cumpliéndose en esta forma lo pactado en el capítulo 10º del compromiso arbitral que expresaba: 'Las partes consignarán en manos del Presidente del Tribunal de Arbitraje la cantidad de dinero en pesos colombianos que se estime necesaria para los gastos de arbitraje. El Gobierno y la Compañía compartirán los gastos del arbitraje'.

"Desde el momento de la iniciación de la audiencia arbitral estuvieron presentes los doctores VICENCIO LOZANO ARA-

NA y EDUARDO ZULETA ANGEL quienes actuaron como representantes de la Nación y de la Compañía, respectivamente, siendo el primero Procurador Delegado en lo Civil.

"VI. Después de continuas y prolongadas audiencias, en las cuales se debatieron argumentos en pro y en contra de la aceptación del avalúo presentado por la firma canadiense de ingenieros, llegó el 13 de octubre, cinco y media de la tarde, cuando procedió 'EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR ALBERTO SAMPER G. DECLARO ABIERTA LA SESION EN ASOCIO DEL SECRETARIO, ABOGADO HUMBERTO ZAPATA ESCOBAR y JOSE R. DE CAPRILES; DE LOS REPRESENTANTES DE LAS PARTES DOCTORES VICENCIO LOZANO ARANA y EDUARDO ZULETA ANGEL. EL PRESIDENTE MANIFESTO A LAS PARTES QUE EN VISTA DE HABERSE PEDIDO YA TODAS LAS PRUEBAS Y DE HABER LAS PARTES ALEGADO ANTE EL TRIBUNAL, DECLARABA CERRADA LA AUDIENCIA. SE LES NOTIFICO A LAS PARTES EN LA MISMA AUDIENCIA'. Esta determinación se encuentra firmada debidamente.

"Los árbitros habían empezado sus deliberaciones desde el 9 del precitado mes de octubre. Por lo tanto, en los días 11 y 13 de octubre de 1967 no solamente tenían cabal cumplimiento las últimas audiencias arbitrales sino que también se llevaban a cabo las deliberaciones por parte del Tribunal de Arbitramento. Al finalizar aquéllas el 14, disímiles criterios acompañan a sus integrantes. Mientras el doctor ALEJANDRO URIBE ESCOBAR sostiene que en la realización del avalúo de los bienes de la Compañía no se dio cumplimiento a la cláusula 4ª del contrato y aquél se efectuó sin sujeción a las disposiciones pertinentes del Interstate Commerce Act. según lo acordado, el árbitro JOSE R. DE CAPRILES sostiene la tesis contraria, es decir, que el avalúo mencionado si se había sujetado a lo pactado por las partes. Frente a esta extrema posición interviene el Presidente del Tribunal señor ALBERTO SAMPER GOMEZ quien comparte el criterio del señor De Capriles, obteniéndose, en estas condiciones una decisión mayoritaria. Y como tuviese que viajar de urgencia el prenombrado señor De Capriles, a los Estados Unidos, se suspende la deliberación quedando suspendida la discusión cuando el doctor Uribe Escobar exponía sus razones a favor de la tesis por él promulgada. A pesar de esto, los miembros mayoritarios ordenaban al secretario redactar los antecedentes de una decisión respecto de la cual aquéllos harían otro tanto en cuanto a la motivación y conclusiones para una vez terminada enviarla a la ciudad de Medellín donde debía firmarla el doctor Uribe Escobar y elaborar su salvamento de voto.

"VII. Sin embargo en la precitada fecha 14 de octubre encontrándose ausente del debate el precitado árbitro Uribe Escobar, los doctores De Capriles y Samper ordenaron al secretario la elaboración de un acta, con fecha de la vispera, y la cual sustituirían la ya firmada y notificada de aquella fecha. Su tenor es: '...El señor Presidente doctor Alberto Samper G. declaró abierta la sesión .... El señor Presidente manifestó: el Tribunal decreta la práctica de las siguientes pruebas: que se agregue a los autos y se tenga como prueba el informe suplementario del avalúo del sistema de plantas eléctricas de 'Greenwood Conty Electric Power Comision'. Notificado a las partes. El señor Presidente manifestó a las partes que en virtud de haberse pedido ya todas las pruebas y de haber las partes alegado ante el Tribunal declaraba cerrada la audiencia. Firman los que en ella intervinieron. Fdo. Alberto Samper G. Presidente. Sin firma. Alejandro Uribe Escobar, Arbitro. Fdo. José R. De Capriles. Arbitro. Sin firma. Humberto Zapata Escobar".

"Con fundamento en esta prueba decretada, en el texto 'Principles of Business Lam' y un escrito presentado por el doctor Zuleta Angel, el 20 de octubre siguiente terminaron de redactar el Laudo Arbitral mayoritario los árbitros doctores De Capriles y Samper Gómez, llamando telefónicamente a Medellín al doctor Uribe Escobar a fin de que viajara a Bogotá, éste manifestó que lo haría con el objeto de continuar discutiendo las razones por

las cuales hacia que se apartara del criterio de la mayoría arbitral, mas como lo expresara el doctor Samper que ya estaba redactado el Arbitramento, optó el doctor Uribe Escobar por posponer su viaje. Posteriormente volvió a llamarle el doctor Samper al árbitro doctor Uribe Escobar insinuándole que enviara su firma en un pliego de papel sellado, propuesta que fue rechazada por el doctor Uribe Escobar. Convinieron, entonces, que el secretario viajaría a Medellín con el objeto de que firmara el Laudo el árbitro mayoritario. Sin embargo, el sábado 21 de octubre, resolvieron firmarlo solamente los doctores De Capriles y Samper Gómez y el secretario ordenaron que lo notificara a las partes como en efecto se hizo. Como el secretario viajara a Medellín con el fin de hacer firmar tanto el fallo, ya notificado, como el acta que pretendía sustituir la auténtica del 13 de octubre, el doctor Uribe solamente vino a recibirlo el miércoles siguiente, negándose a firmar tanto uno como otro de los documentos, por las razones conocidas.

"VIII. Por último encontramos en el proceso que, habiendo recibido el señor Samper Gómez la suma arriba anotada para gastos del arbitramento, en el Banco del Comercio- Sucursal Plaza de San Martín-, abrió la cuenta respectiva, que habiendo viajado a los Estados Unidos dicho árbitro y habiendo sido cancelado el viaje hecho por Avianca por una entidad distinta al Tribunal de Arbitramento relacionado, el presidente de éste, giró de aquella cuenta el cheque Nº 031772, con fecha 3 de julio de 1968 y por la suma de $ 7.002.71, y, que fue a engrosar su cuenta particular.

"Conforme a la anterior pormenorizada relación de hechos y previa la preliminar investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación, se inició el averiguatorio penal respectivo siendo a éste vinculados mediante declaración de inquirir a los prenombrados árbitros señores Samper Gómez y De Capriles, al apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad, doctor Eduardo Zuleta Angel, averiguatorio que hubo de ser calificado, luego de variados incidentes procesales, con el definitivo sobreseimiento para el último de los nombrados, declarada extinguida la acción por muerte para el segundo y enjuiciado criminalmente el primero en su condición de autor y presunto responsable de los delitos de Falsedad en Documento Público y Prevaricato, en concurso. Además, contra este mismo sindicado se adelantó por separado proceso investigativo por el presunto delito de Abuso de Confianza, proceso que fue calificado con auto de vocación a juicio, motivo por el cual hubo de operarse el fenómeno acumulativo de procesos, siendo esta la razón para que el *a quo* hubiese dictado la sentencia condenatoria, que es objeto de revisión, contra el señor Alberto Samper Gómez por los delitos de FALSEDAD, PREVARICATO y ABUSO DE CONFIANZA".

ACTUACION PROCESAL

La Procuraduría General de la Nación al tener conocimiento de algunas irregularidades comisionó al Procurador del Distrito Judicial de Bogotá para hacer las averiguaciones del caso. Reunidas por este funcionario una serie de pruebas comprometedoras, procedió a formular denuncia. Fue así como el Juzgado Segundo Superior de Bogotá dictó, el día 3 de septiembre de 1968, el auto cabeza de proceso con base en la indagación preliminar del Ministerio Público.

El 30 de octubre de 1968, el Juzgado del conocimiento ordenó la detención preventiva de los miembros del Tribunal de Arbitramento señores Samper y De Capriles por los delitos de Prevaricato y Falsedad, que fue confirmada por el Tribunal.

El 30 de abril de 1969, el Juzgado Segundo Superior llamó a responder en juicio a los procesados. El señor Alberto Samper Gómez quedó comprometido por los delitos de Falsedad, Prevaricato y Abuso de Confianza. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el auto de proceder para Samper Gómez, el 31 de julio de 1970.

El 10 de julio de 1975 el Juzgado profirió sentencia condenatoria contra Alberto Samper Gómez por los delitos mencionados. Por su parte, el Tribunal Su-

perior de Bogotá declaró prescrita la acción penal por los ilícitos de Prevaricato y Abuso de Confianza, y confirmó con modificaciones, la condena de Samper Gómez por Falsedad en documentos públicos, 2 de abril de 1976.

El procesado y el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Bogotá interpusieron recurso de casación contra la sentencia y el Tribunal lo concedió. La Corte lo declaró admisible y dispuso los traslados de ley a los recurrentes. Presentadas las correspondientes demandas de casación, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal coadyuvó totalmente la del señor Fiscal del Tribunal. Esta Corporación las declaró ajustadas a derecho.

Surtido el traslado a la parte no recurrente, el apoderado de la parte civil dio respuesta al defensor y lo mismo hicieron el Procurador Delegado y el defensor, a sus mutuos libelos.

DEMANDA DE CASACION

1) Demanda del defensor

Empieza por hacer el relato de los antecedentes que originaron el proceso, del hecho materia del juzgamiento y de la actuación procesal.

Le formula a la sentencia tres cargos, así:

"...La sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que impuso al señor Alberto Samper la pena principal de veinticuatro meses de presidio, es violatoria de la ley sustancial por los siguientes conceptos:

A) Infracción directa de los artículos 233 y 231 del Código Penal y 26 de la Constitución Nacional.

B) Por aplicación indebida de los mismos artículos 233 y 231 del Código Penal.

C) Por interpretación errónea de los mismos textos 233 y 231 del Código Penal ...".

Después, entra a determinar el concepto de estas violaciones *in genere*, en dos sub-capítulos, de esta manera:

a) Ausencia del delito de falsedad. Inexistencia del documento.

Aquí se refiere al acta de la sesión del Tribunal de Arbitramento del 13 de octubre de 1967 que se protocolizó con el expediente en la Notaría Séptima de Bogotá para decir:

"...Nadie ha podido afirmar que el cuerpo escrito de dicho documento público hubiera sido alterado en su forma o en su contenido ni que las firmas que la autentican no sean las de sus legítimos autores. Por consiguiente, no es posible hablar de que dicha acta haya sido falsificada...".

Igualmente, se refiere a lo que él llama borrador o proyecto de acta del mismo día, que se aportó al proceso firmada sólo por Samper Gómez y De Capriles, para expresar:

"...El papel en sí, al cual desde un principio hemos llamado borrador o proyecto de acta NO ES UN DOCUMENTO PUBLICO, no constituye siquiera la categoría de documento en el sentido jurídico de la expresión por la sencilla razón de que, no estando firmado por un árbitro y el secretario era absolutamente inocuo, carecía de validez jurídica...".

Luego, agrega:

"...La inocuidad del papel mencionado por su solo aspecto formal, carecía de firmas, le quitaba autenticidad y su no incorporación al expediente, cosa que jamás se intentó pues no está probado, le quita a dicho papel el carácter de documento y, mucho menos, asumiría el carácter o condición de documento público...".

Más adelante precisa:

"...si el informe, papel o borrador, proyecto o ante-proyecto de acta o como quiera llamársele carece de carácter documental por todas las razones antes señaladas, no es posible hablar de DOCUMENTO PUBLICO, entidad objetiva a la cual se refieren tanto el artículo 233 como el 231 del Código Penal. Y, si la referencia de documento público no puede atribuírsele el escrito inauténtico tantas veces mencionado, resulta axiomático que ni los artículos 231 ni 233 se refirieron a esta clase de escritos no documentales, resultando que el escrito visible en

este papel, en la forma como ocurrió, no está previsto como delito, pues, repito, los artículos 233 y 231 del Código Penal sólo hacen referencia a ESCRITURAS O DOCUMENTOS PUBLICOS...".

Enseguida aduce que ha habido error en el proceso al considerar a los árbitros funcionarios por el solo hecho de ejercer transitoriamente funciones públicas, pues, en su sentir, del artículo 1º del Código Judicial derogado y vigente para la época de los hechos, del artículo 31 del Código de Procedimiento Penal, y aún del artículo 664 del actual Código de Procedimiento Civil, permiten llegar a la conclusión contraria, esto es, a la de que, si bien ejercen funciones públicas, no son funcionarios públicos sino simples particulares.

Por último, remata ese acápite con esta consideración:

"...Desaparecida la calidad de funcionario público que inicialmente pero en forma equivocada se le atribuía a los árbitros por el señor Juez Segundo Superior, resulta también clarísimo que el señor Alberto Samper Gómez como tantas veces lo hemos sostenido no podia ser sujeto del delito previsto por el artículo 231, ni el anteproyecto o borrador de acta convertirse por la misma causa en documento público...".

b) Ausencia de Tentativa.

Niega que exista tentativa en el comportamiento imputado a Samper Gómez, porque el acta tantas veces mencionada no tenía aptitud para causar daño, porque decir en ella que se tendría como prueba un libro de consulta, que realmente lo era, no significaba alterar la verdad, y porque no existió dolo de parte de su patrocinado.

Al efecto, consigna:

"...Si alguien pretendiera en ejercicio de funciones públicas o como funcionario público, extender una acta para dejar constancia de la existencia de un objeto, habría primero que considerar, para afirmar falsedad, si el acta existió para reconocer en ella un documento público, y luego examinar si el objeto existe realmente, porque de existir podría darse el caso de un acta falsa que da testimonio de un objeto cierto.

Es así como en el caso de autos, se imputa la pretensión de haber elaborado un acta, que se quedó trunca porque le faltaron firmas, materialmente elaborada por el secretario del Tribunal, quien fue absuelto, acción dirigida a hacer aparecer como incorporado un libro que realmente existe y que fue materia de controversia durante el juicio. De donde ni sería delito imperfecto de una afirmación que no estuvo contenida en documento público, porque no tuvo existencia; ni de delito imperfecto de la afirmación de un hecho falso porque el hecho tenía existencia dado que el libro era real físicamente y fue usado en el proceso...".

Para terminar la demanda hace de ella el siguiente resumen:

"...Creo, señores Magistrados que he dejado establecido con claridad en la presente demanda, que no existió nunca el delito de falsedad atribuido al señor Alberto Samper Gómez en la sentencia de segunda instancia cuya impugnación ha sido objeto de mi propósito. En esas condiciones, aparece también claro que si hubo en la misma decisión del Tribunal una abierta y precisa violación de la ley sustantiva por infracción directa de los artículos 231, 233 y consecuencialmente del artículo 26 de la Constitución en el concepto que quedó explicado: inexistencia de documento, inexistencia de documento como calificado de público, e inexistencia de empleado o funcionario público con competencia y capacidad para haber cometido el desafuero atribuido...".

2) Demanda del Ministerio Público

El Fiscal Tercero del Tribunal formuló su demanda de casación. Tanto el Fiscal como el Procurador Delegado, que lo coadyuva, hacen un resumen de los antecedentes del caso, del hecho imputado y de los sucesos procesales. Este último se limita a las causales invocadas por aquél, pero amplia los conceptos y refuerza sus razonamientos.

Dos cargos le hacen a la sentencia impugnada:

a) *Violación Directa*

Afirman que hubo violación directa del artículo 233 del Código Penal, por aplica-

ción indebida, y del 231 de la misma obra, por falta de aplicación "...ya que reconociendo la Corporación que el señor Samper Gómez en calidad de árbitro falsificó el acta del 13 de octubre de 1967 -documento público- y en ejercicio de funciones, concluye que obró como 'simple particular'...".

Continúa, más adelante, diciendo que el Tribunal, a pesar de reconocer que el árbitro Samper Gómez en ejercicio de sus funciones elaboró el acta falsa para sustituir la auténtica y dictar sentencia en consonancia con ella, responde como particular en los términos del artículo 233 del Código Penal y no como funcionario por el delito de responsabilidad de que trata el artículo 231 de dicho estatuto.

El Procurador, por su parte, arguye:

"...No hay necesidad de abundar en razonamientos jurídicos... para concluir en la calidad de funcionarios públicos de los particulares cuando administran justicia, a pesar de su carácter ocasional o transitorio. Esta calidad se deriva, principalmente, de la naturaleza de las funciones que desempeña.

Si su atribución es la de administrar justicia, por fuerza debe concluirse en su carácter de funcionarios públicos con todas las consecuencias que de él se derivan. De una parte, porque sus actuaciones han sido plenamente reconocidas por la ley y sus decisiones son sentencias definitivas no sometidas a revisión... De otro lado, porque ese carácter los coloca en la posibilidad de incurrir en delitos de responsabilidad, mientras están en el desempeño del cargo...".

Para terminar y a manera de síntesis, expresa:

"...A los fines de este recurso extraordinario de casación bien se puede concluir así: el señor Samper es un funcionario público de carácter transitorio porque como árbitro libró una orden en el ámbito de su competencia, rodeada de formalidades legales, pues creó un documento público contrario a la verdad, con capacidad de engañar, en perjuicio de la fe pública, la calidad probatoria del escrito y del interés jurídico tutelado en el documento, todo con el pleno conocimiento de la conducta que pretendía realizar y con la voluntad de llevarla a cabo, como en efecto ocurrió.

En definitiva, si el señor Alberto Samper obró como árbitro en ejercicio de funciones al crear un documento público contrario a la verdad dentro del ámbito de sus atribuciones, debe responder penalmente como funcionario público y no como particular...".

b) *Violación Indirecta*

En cuanto a este cargo el Fiscal asegura que, en la sentencia, el Tribunal incurrió en violación indirecta de los artículos 36, 37 y 39 del Código Penal, por error de hecho, "...al ignorar por completo las circunstancias agravantes que concurrieron en el comportamiento ilícito del acusado Samper Gómez...".

Se remite expresamente a las siguientes circunstancias de mayor peligrosidad:

"...Artículo 37, Numeral 3º. El haber abusado por motivos innobles o fútiles. El contribuir conciencia (sic) y deliberadamente a dictar un fallo en perjuicio de los intereses económicos de su propio país en beneficio de una empresa extranjera, no es, precisamente un acto 'noble' y 'altruista' sino altamente reprobable.

Artículo 37. Numeral 5º. La preparación ponderada del delito. Es obvio que el comportamiento delictivo del señor Samper no fue improvisado. No se esperó la cláusula (sic) de los debates y el viaje del árbitro Uribe a Medellín para confeccionar un acta en sustitución de la auténtica para dictar fallo en perjuicio de la Nación, apoyado en la prueba ilícitamente allegada.

Artículo 37, Numeral 9º. El obrar con la complicidad de otro previamente concertada. Se aprovechó la cláusula del compromiso arbitral de dictarse el fallo por mayoría para obrar los árbitros Samper y De Capriles en estrecho acuerdo. Fue así como elaboraron el acta falsa del 13 de octubre de 1967, sustituyeron la auténtica y dictaron fallo los dos, privando al árbitro Uribe de la oportunidad de presentar salvamento de voto.

Artículo 37, Numeral 15. La posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad y oficio. El señor Alberto Samper para la época de la comisión del de-

lito ocupaba posición destacadísima en la sociedad colombiana como que era presidente de una de las empresas más importantes de Colombia...".

Para concluir, precisa:

"...Se trata de error de hecho manifiesto en los autos por falta de apreciación de las pruebas que demuestran las circunstancias de agravación mencionadas, y las cuales obran en el proceso, con infracción, por falta de aplicación, de los artículos 36, 37, numerales 4º, 5º, 9º y 15 y 39 del Código Penal, en relación con el 231 del mismo estatuto...".

El Procurador nada agrega a este motivo de censura.

ALEGATO APRECIATORIO

Dentro del trámite propio del recurso de casación cada sujeto procesal, no recurrente, tiene la oportunidad de presentar un escrito de libre hechura, es decir, no sujeto a formalidades legales, para referirse, fundamentalmente, a la validez de los cargos formulados en la demanda a la sentencia de mérito, ya para impugnarlos o bien, para demostrar su acierto.

Aquí, la parte civil, que no recurrió en casación, presentó una alegación oponiéndose a las pretensiones de la demanda del defensor; y al mismo tiempo los recurrentes, quienes asumieron posiciones antagónicas en sus respectivas demandas, también presentaron alegatos para refutarse mutuamente, aprovechando el error manifiesto de la Secretaría al correrles traslado como partes no recurrentes.

Sea ésta la oportunidad para precisar que en técnica de casación penal se denomina recurrentes los sujetos procesales que interponen el recurso y luego se les concede y admite; y no recurrentes aquéllos que no lo interponen, o que habiéndolo interpuesto no se les concede, o finalmente no se les admite. En el primer evento, porque adquieren sin duda la calidad procesal de recurrentes; en el segundo, no, porque no lo desean, o simplemente porque no lo logran. Bajo este entendimiento, se pone de resalto que, dentro del recurso, no pueden coexistir en un sujeto determinado las dos calidades, pues no es posible ser recurrente y no serlo al mismo tiempo y frente al mismo objeto: la sentencia. Surge, pues, por este modo, que la actuación cae en el principio de contradicción.

Lo anterior significa que la Corte queda exonerada de considerar los alegatos apreciativos del Ministerio Público y la defensa.

Qué sostiene la parte civil? Principia por señalar que la demanda del defensor carece de técnica y se remite, en este punto, a los argumentos del Ministerio Público. Afirma que tuvo existencia jurídica el delito de Falsedad, por la calidad del sujeto activo, por el comportamiento, por las funciones, por el objeto material del ilícito y por el dolo. Para comprobar su aserto analiza la prueba, el hecho que ella traduce y la credibilidad que merece. Y, termina solicitando a la Corte:

"...desechar la demanda de casación presentada por el apoderado especial de Alberto Samper Gómez, por no ajustarse a la técnica propia del recurso extraordinario de casación, desconocer varios de los hechos acreditados en autos y carecer de fundamentos jurídicos...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1) Sobre la demanda del defensor.

Señala este recurrente la causal que invoca para pedir la invalidación total del fallo, indica el motivo que dentro de ese ámbito aduce, y enuncia simplemente el sentido que lo genera. En efecto, propone la causal, por su nomenclatura, cuando cita el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal; precisa, dentro de ella, el motivo, cuando afirma que hubo violación directa de la ley y cita el inciso primero del numeral 1º de este precepto; y, por último, determina el sentido de esa violación al expresar que incurrió por el sentenciador en:

"...A) Infracción directa de los artículos 233 y 231 del Código Penal y 26 de la Constitución Nacional;

B) Por aplicación indebida de los mismos artículos 233 y 231 del Código Penal;

C) Por interpretaión errónea de los mismos textos 233 y 231 del Código Penal...".

Al concretar el concepto de estas violaciones y entrar a demostrarlas, hace el estudio del acta del 13 de octubre de 1967 del Tribunal de Arbitramento, que se reputa falsa, para desentrañar si fue alterada en sus firmas o en su contenido a fin de concluir que "...no es posible hablar de que dicha acta haya sido falsificada...".

Califica de "borrador o proyecto" la otra acta de la sesión del mismo día, que encontró el investigador, porque observa que sólo tiene las firmas de dos árbitros, Samper Gómez y De Capriles, faltando la del otro y la del secretario, análisis formal de la prueba que lo lleva a despojarla de su valor jurídico como documento público.

De otro lado, impugna la calidad de funcionarios públicos de los miembros del Tribunal de Arbitramento, en especial la de su patrocinado, esto es, ataca un criterio que el fallador no tuvo en cuenta, puesto que fue lo que éste concretamente rechazó, sembrando así desconcierto en la censura, al impugnar la prueba, dándole el mismo sentido y alcance que tuvo en la sentencia.

Todo el discurrir probatorio del recurrente sigue encaminado a demostrar que no hubo delito de falsedad por "...inexistencia de documento, inexistencia de documento como calificado de público, e inexistencia de empleado o funcionario público con competencia y capacidad para haber cometido el desafuero atribuido ...", razón por la cual entiende que el sentenciador incurrió en violación directa de la ley sustancial.

Fácilmente se observa que el impugnante ha presentado una demanda carente de técnica o sustancialmente inepta, como pasa a demostrarse:

a) Acusa la sentencia de violación directa de la ley y, no obstante, ataca la prueba, la analiza en su forma y en su contenido, fija sus alcances probatorios, discute su existencia y su validez y, finalmente, opone su criterio al del fallador para resaltar, por esta vía, el quebranto de normas sustanciales. En síntesis: pretende demostrar que se cometió error de derecho, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba.

Equivoca, sin duda alguna, la violación directa con la indirecta, el inciso primero con el segundo de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuyos contenidos y técnica impugnativa no pueden confundirse.

En la violación directa *no se impugna la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la ley sustancial se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar, en su integridad, los hechos que declara probados la sentencia, para edificar sobre ellos la censura. En cambio, es propio de la* violación indirecta *discutir la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la norma sustancial sea mediato, esto es, a través de ella. Y si éste es su sentido, resulta de imperativo lógico rechazar, en forma total o parcial, los hechos que declara probados la sentencia para demostrar que se violó la prueba y que, por este modo, se conculcó la ley.*

Más concretamente:

En la violación directa *se afronta un problema de fondo; la* aplicación *de la norma sustancial, bajo tres* sentidos *diferentes: su falta de aplicación o su aplicación indebida o su interpretación errónea.*

En la violación indirecta *se afronta un problema de forma; la* contemplación *del hecho y de su prueba, bajo dos aspectos diferentes: el error manifiesto de hecho y el error de derecho.*

Resulta claro que es presupuesto lógico de la violación directa aceptar los hechos en la forma como los apreció el fallador, pues así el caso concreto se convierte en fundamento inmutable para, de plano, ubicar el error en la aplicación *de la norma misma. En cambio, si se rechazan los hechos que tuvo en cuenta el sentenciador y se ataca la manera como los apreció se destruye la forma específica del caso concreto para hacer recaer el error en la* contemplación *de la prueba como medio de llegar a la violación de la norma sustancial.*

Entonces, si el actor se interna en el estudio de las pruebas o de los hechos que ellas demuestran para discutir la apreciación que les dio o les negó el fallador, se sitúa dentro de la violación indirecta. Es-

to acontece cuando se formula un error de hecho (contemplación material), porque se deformó al alcance fáctico de la prueba, porque estando en el proceso no fue considerada, o porque no hallándose materialmente en él fue imaginada o supuesta; y cuando se propone un error de derecho (contemplación jurídica), porque se violó la legalidad de la prueba en su aducción, se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna.

Contrariando estos principios, el demandante se refiere al acta falsa que ostenta fecha del 13 de octubre de 1967, para expresar:

"...El papel en sí, al cual desde un principio hemos llamado borrador de acta o proyecto de acta no es un documento público, *no constituye siquiera la categoría de documento en el sentido jurídico de la expresión por la sencilla razón de que, no estando firmado por un árbitro y el secretario era absolutamente inocuo, carecía de validez jurídica...".*

"...Era, pues, un papel inservible no utilizado, ni siquiera en intento, no podía serlo por carecer de todas las firmas requeridas para que tuviera validez jurídica...".

"...La inocuidad del papel mencionado por su solo aspecto formal, carencia de firmas, le quitaba autenticidad y su no incorporación al expediente, cosa que jamás se intentó pues no está probado, le quita a dicho papel el carácter de documento...".

"...La carencia de firmas en un papel escrito que está determinado a producir ciertos efectos jurídicos, como es bien sabido, vicia el acto porque la totalidad de las firmas de los árbitros forman parte de la sustancia del acto (sustantia actus) *y sin éstas el acto no tiene validez, no tiene relevancia jurídica, es prácticamente un acto que no existe...".*

Esta manera de atacar el fallo, impugnando la prueba que le sirvió de sustento, para negarle todo valor probatorio y destacar su inexistencia jurídica, es situar el debate en el terreno de la violación indirecta. Así aduce un error de derecho consistente en que se le dio valor de prueba a un escrito que no fue confeccionado conforme a la ley. Es decir, que el censor discute la existencia jurídica de la prueba y reprocha al juzgador por haberla considerado jurídicamente apta para declarar probada la falsedad en la sentencia. De donde se ve que alega una violación medio que de contragolpe produjo una violación fin en la norma sustancial que estatuye el delito cuestionado, lo que implica error de técnica en la sustentación del cargo.

b) Señala que hubo violación directa de la ley sustancial en la sentencia por falta de aplicación, por aplicación indebida y por interpretación errónea de los artículos 233 y 231 del Código Penal.

Esta forma de referirse a los sentidos de la violación es incorrecta. No es posible alegarlos al mismo tiempo y con respecto a la misma norma sustancial *porque se incurre en manifiesta contradicción. La falta de aplicación, que proviene de un error acerca de la* existencia *del precepto, significa que éste se omitió en la sentencia; la aplicación indebida, que se origina en un error de* selección *de la norma, traduce que ésta no contempla los hechos reconocidos por la sentencia; y, la interpretación errónea, que nace del falso* significado *que se le atribuye al texto de la ley, exige la aplicación del mandato que regula el caso concreto en la sentencia.*

La incongruencia radica en lo siguiente: si alega falta de aplicación de una norma no puede aducir al mismo tiempo su aplicación indebida, porque no es posible exigir su reconocimiento y simultáneamente atacar su escogencia o, a la inversa, porque al impugnar su selección la tilda de impertinente. Y, cuando propone su interpretación errónea, no es lógico que alegue su falta de aplicación, porque no se puede discutir el contenido de la que no se tuvo en cuenta; y, si critica la interpretación del precepto, no es consecuente al reclamar su aplicación indebida, y viceversa, porque la interpretación errónea supone la correcta elección de la norma, y esto excluye su improcedencia.

c) Denuncia la sentencia de violar directamente el artículo 26 de la Carta. Hace el cargo dentro del inciso primero, numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Denominada la impugnación por el demandante como infracción directa del mandato constitucional sólo puede ser entendida como falta de aplicación del mismo, ya que en los otros sentidos de la violación directa que propone omite mencionarlo, es decir, lo excluye sin lugar a dudas.

Es evidente que la violación directa, por falta de aplicación, del aludido precepto, conduce necesariamente a demostrar que no se observó una norma subalterna: la ley. En efecto, el artículo 26 de la Carta se refiere a leyes preexistentes, a leyes de competencia, a leyes procesales y, por último, a leyes más favorables. Al alegar el recurrente que no existe delito, hace referencia a la disposición sustancial preexistente que tipifica y sanciona el acto imputado y que se aplicó, para decir o querer significar que no podía aplicarse; pero, si al amparo de la norma supralegal reclama su aplicación, o mejor señala su inobservancia, incurre en manifiesta contradicción que deja sin fundamento la censura y crea una antilogía que la Corte no puede de oficio desentrañar.

Esto que es un simple corolario de las observaciones anteriormente formuladas, destaca el enfrentamiento de la tesis central que sostiene el impugnante, con el sentido en que expresa fue violado por el sentenciador el artículo 26 de la Constitución.

Aflora una inexcusable falta de técnica en los planteamientos del actor. En tal virtud, la Corte se abstendrá de examinar en el fondo esta demanda.

2) *Sobre la demanda del Ministerio Público.*

Ha dicho la Corte que la demanda que presenta el Fiscal de un Tribunal y el escrito mediante el cual el Procurador Delegado en lo Penal la coadyuva o amplía, constituyen una pieza jurídica inescindible, o mejor una sola demanda proveniente de un mismo sujeto procesal, el Ministerio Público.

De suerte, que sin hacer menciones expresas del autor de determinado argumento, se procede a efectuar su estudio, en conjunto.

Empieza por afirmar su pleno convencimiento de que el procesado cumplió un comportamiento constitutivo de falsedad en documento público, como presupuesto de las tachas que luego formula a la sentencia. Cuestión previa que no demerita ni desvía la censura.

Sobre este punto tiene razón el Ministerio Público. Con efecto:

El 13 de octubre de 1967, el Tribunal de Arbitramento realizó la última audiencia y de ella se dejó constancia en acta de esa misma fecha, firmada por todos los árbitros y el secretario. Escrito que textualmente expresa: "...El presidente manifestó a las partes que en vista de haberse pedido ya todas las pruebas y haber las partes alegado ante el Tribunal, declara cerrada la audiencia. Se les notificó a las partes en la misma audiencia...". Al día siguiente, 14 de octubre, los señores Alberto Samper Gómez y José R. de Capriles, en su condición de árbitros, exigieron al secretario del Tribunal doctor Humberto Zapata Escobar una nueva acta con el ánimo de sustituir la original. El documento, fiel al objetivo de sus ordenadores, dice en lo pertinente: "...El señor presidente manifestó: el Tribunal decreta la práctica de las siguientes pruebas: que se agregue a los autos y se tenga como prueba el informe suplementario del avalúo del sistema de plantas eléctricas de 'Greenwood Conty Electric Power Commisión'...". En consecuencia, a espaldas de las partes y del otro árbitro, se decretó la prueba. Seguros de que esta acta sería la definitiva, los árbitros señores Alberto Samper Gómez y José R. De Capriles profirieron el laudo, el 21 de octubre, declarando que la firma avaluadora se había ceñido a lo dispuesto por la Cláusula Cuarta del contrato de compraventa, esto es, a la ley Interestate Comerce Acts de los Estados Unidos de América.

La inmutación de la verdad en la última acta, produjo consecuencias jurídicas trascendentales: fue sustancialmente incorporada a la sentencia cuando estimaron la prueba en ella decretada y la tuvieron como uno de sus fundamentos. Así, en el acápite de su parte considerativa intitulado "Motivación del Fallo", se la cita y analiza con el inocultable propó-

sito de demostrar la costumbre estadinense de aceptar informes suplementarios destinados a satisfacer exigencias, corregir errores, o llenar vacíos elaborados con posterioridad a un trabajo de avalúo. Justamente para darle esta fuerza al informe adicional presentado por la Compañía Colombiana de Electricidad, que había ofrecido la firma avaluadora al Gobierno antes de constituirse el Tribunal y que las partes comprometidas expresamente aceptaron que no podía tenerse como integrante del avalúo, materia exclusiva del juicio arbitral.

Como las determinaciones del Tribunal, según el compromiso, se tomaban por mayoría de votos, el acta contentiva del decreto de la prueba que no era "borrador", porque la verdadera había sido firmada y notificada a las partes, tenía aptitud jurídica para producir efectos nocivos; efectos que se hicieron patentes en el fallo que dictaron también por mayoría los árbitros señores Alberto Samper Gómez y José R. De Capriles, los mismos que suscribieron el acta falsa.

Estos dos documentos no los firmó el árbitro doctor Alejandro Uribe Escobar, porque el acta no correspondía a la verdad y porque el laudo fue notificado a las partes, sin antes darle la oportunidad de salvar su voto. Finalmente, el acta cuestionada no se protocolizó con el expediente, porque intervino la Procuraduría General de la Nación al tener conocimiento de tales irregularidades y la decomisó.

Todo conduce a demostrar que, en el caso presente, se cometió falsedad en documento público.

LOS CARGOS

Dos son los cargos que le formula el Ministerio Público a la sentencia del Tribunal al amparo de la causal primera:

a) Violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 233 del Código Penal y, por falta de aplicación del artículo 231 del Código Penal (Causal 1ª, inciso 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal).

b) Violación indirecta de la ley sustancial, por falta de apreciación de la prueba, por error manifiesto de hecho, que lo indujo a dejar de aplicar los artículos 36, 37 y 38 del Código Penal (Causal 1ª, inciso 2º, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal).

VIOLACION DIRECTA

Sobre la base de que el sentenciador encontró plenamente demostrado que Samper Gómez ejerció el cargo de árbitro, discute el Ministerio Público la conclusión jurídica que éste derivó de ese hecho, para señalar que el procesado no actuó como particular sino como funcionario, ejerciendo transitoriamente la función pública de administrar justicia, como miembro de un Tribunal de Arbitramento constituido por la Nación y la Empresa Colombiana de Electricidad S. A., para dirimir en derecho, sus diferencias. De aquí, deduce la violación directa de la ley sustancial.

La hace consistir en que, no obstante haber aceptado el fallador que Samper Gómez, en calidad de árbitro y en ejercicio de funciones públicas, falsificó el acta de la sesión del Tribunal del 13 de octubre, lo condena como "simple particular", dando aplicación indebida al artículo 233 del Código Penal, cuando en realidad debió de condenarlo por el artículo 231 de la misma codificación, norma esta que dejó de aplicar, al desconocer que ella estatuye el delito de responsabilidad que le corresponde al procesado, pues cometió el hecho siendo funcionario y abusando de sus funciones.

El planteamiento del recurrente así discernido, obliga a establecer dos aspectos fundamentales: Son los árbitros funcionarios con carácter público? La Falsedad que comete un árbitro, en ejercicio de sus funciones, lo hace reo de un delito de responsabilidad?

El Código Penal distingue entre funcionario o empleado público por la forma como han sido redactadas algunas de sus disposiciones. En efecto, cuando se refiere a estas dos calidades, con relativa frecuencia emplea la locución "funcionario o empleado público", utilizando el adjetivo "público", en singular, lo que significa que da por sentado que todo funcio-

nario es público por antonomasia, pero no que todo empleado tiene esa calidad.

No cabe duda que esta distinción responde a la que en derecho público se entiende, en principio, por funcionario y por empleado público. La diferencia fundamental entre uno y otro descansa en que el funcionario ejerce una función pública, con jurisdicción y autoridad, mientras que el empleado público cumple una labor de simple coadyuvancia a los fines del Estado.

Los árbitros, administran justicia. Ejercen esa función propia del Estado, con jurisdicción y autoridad, como lo pregona el origen de la institución arbitral, su cuidadosa reglamentación legal y su razón de ser. Precisamente, el compromiso y la cláusula compromisoria que la justifican tienen su fundamento en la voluntad contractual expresada por las partes de renunciar a que los jueces conozcan y zanjen su controversia; por este modo, se produce la sustitución del órgano judicial ordinario, y no propiamente de la jurisdicción, porque ésta se ejerce de iure *por un Tribunal, que, si bien lo constituyen los interesados con particulares, se encuentra reconocido por la ley.*

Si los árbitros están investidos de autoridad, si tienen jurisdicción y competencia, si administran justicia, hay que convenir que son funcionarios públicos de carácter transitorio en el caso concreto sometido a su especial conocimiento, y que el ejercicio ilegal de funciones públicas los hace penalmente responsables. Precisamente, porque los delitos de responsabilidad nacen, de modo exclusivo, del ejercicio indebido de las funciones públicas que la ley atribuye para ser cumplidas de manera permanente o transitoria. De aquí que sea un absurdo sostener que sólo se puede incurrir en esa clase de ilícitos cuando se tienen funciones públicas de carácter permanente y que se es inmune a ese tipo de infracciones cuando se detentan en forma ocasional, pues en ambos casos la violación recae sobre la norma que establece y regula la función misma, por razón o con ocasión de su ejercicio. Los miembros de un Tribunal de Arbitramento son particulares porque simplemente no pertenecen a la jerarquía judicial, pero son funcionarios públicos porque imparten justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley como los jueces, y, claro está, con las mismas atribuciones y responsabilidades que a éstos corresponde.

De ser ésta la calidad atribuible a los árbitros y éste el alcance de su responsabilidad, resulta claro que cuando cometen falsedad en escrituras o documentos públicos que están llamados a autorizar, abusando de sus funciones, no se les puede aplicar el artículo 233 del Código Penal, sino el 231 del mismo ordenamiento, por configurar este último un delito de responsabilidad, como lo dice la Corte:

"...La falsificación documentaria a que se refiere la norma en mención, tiene modalidades especiales, pues a diferencia de otros casos que se contienen en el Capítulo de la falsedad en documentos, aquélla exige para su estructuración como hecho sancionado por esa disposición, fuera de los caracteres generales que integran la figura, como son la alteración de la verdad, el perjuicio propio de la falsedad y el dolo especial, los de que el agente activo sea un funcionario o empleado público que proceda en la ejecución del hecho con abuso de funciones, y que el acto se realice sobre aquellas escrituras o documentos que de manera privativa él está encargado de autorizar con su firma.

"...Estas modalidades que no son propias de las demás hipótesis de la falsificación documentaria contemplada por el Código Penal, bien sea que se cometan por los particulares o por los funcionarios públicos cuando actúan en su carácter particular, hacen que la falsedad en referencia sólo puedan cometerla los funcionarios o empleados públicos en ejercicio de las funciones que les da la investidura, abusando de estas funciones y únicamente sobre aquellas escrituras o documentos que están encargados de autorizar con su firma. Y tan cierto es esto, que cuando el particular o el funcionario público en su condición de particular cometen falsedad en documentos públicos, su penalidad no es la que establece el inciso del artículo 231, sino la que prevé el artículo 233, pues no puede predicarse respecto de ellos que han precedido en

ejercicio de funciones y con abuso de éstas, ni que alteraron la verdad en relación con escrituras o documentos que legalmente estuvieron facultados para autorizar con sus firmas.

"Se trata, por lo tanto, de un evento punible que sólo pueden realizar los funcionarios o empleados públicos cuando actúan con extralimitación de funciones y por ello el hecho que constituye la infracción está comprendido dentro de aquellas figuras delictivas, llamadas delitos oficiales o de responsabilidad . . ." (G. J. Nº 2127, Tomo IXXIV, auto del 28 de abril de 1953).

Se ha probado, en consecuencia, el quebrantamiento directo de la ley sustancial, como lo propuso y demostró el Ministerio Público.

En tal virtud, este cargo prospera, circunstancia que releva a la Corte de considerar el resto de esta demanda.

LA DECISION

En razón de lo anterior, se invalidará parcialmente la sentencia del 2 de abril de 1976, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual condenó al señor Alberto Samper Gómez a la pena de 24 meses de presidio, por el delito de falsedad en documento público.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal la Corte procede a corregir en lo pertinente el mencionado fallo, así:

En el artículo 231 encaja el comportamiento que se le imputa a Samper Gómez y la pena mínima que prescribe esta norma es la de 36 meses de presidio; ésta será la que en definitiva debe purgar el sentenciado, pues no se dan motivos especiales para incrementarla.

Las penas accesorias sufrirán las naturales modificaciones de esta enmienda. Se le impondrá la condena, en abstracto, al pago de los perjuicios causados con la infracción y se le negará el perdón judicial y el beneficio de la condena condicional.

Teniendo en cuenta únicamente el tiempo que estuvo en detención preventiva y la rebaja de pena que le otorgó la Ley 40 de 1968, el condenado Samper Gómez cumplió, en su totalidad, la sanción impuesta.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal-, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *CASA* parcialmente la sentencia de que se ha hecho mérito en la parte motiva. En consecuencia, *CONDENA* al procesado ALBERTO SAMPER GOMEZ, así:

1) A la pena principal de TREINTA Y SEIS MESES DE PRESIDIO, en lugar de la de veinticuatro meses de la misma calidad allí señalada.

2) A las siguientes penas accesorias: interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de la patria potestad; y publicación especial de la sentencia.

3) A pagar a la Nación los perjuicios ocasionados con el delito.

4) Finalmente, *NIEGA* al mismo SAMPER GOMEZ el perdón judicial y la condena condicional, por ministerio de la ley.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

SALVAMENTO DE VOTO

Exponemos a continuación, en forma resumida, las razones que nos han llevado a apartarnos respetuosamente de la decisión mayoritaria:

1. Consideramos, en primer lugar, que el escrito llamado "acta" en el cual se agregó la frase en que se ha hecho consistir el delito de falsedad documental "... El señor presidente doctor Alberto Samper G. manifestó: que se agregue a los autos y se tenga como prueba el informe suplementario del avalúo del sistema de plantas eléctricas de 'Grenwood County Electric Power Commission' " no es siquiera un documento en el sentido jurídico-penal del término.

En efecto: de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso se tiene que el Tribunal de Arbitramento estaba compuesto por tres personas: Alejandro Uribe Escobar, Alberto Samper G., Jorge R. De Capriles.

Significa lo anterior que, a menos que se hubiera convenido por los dichos árbitros en que uno o dos de ellos pudieran firmar un documento, todo escrito para que tuviera carácter documental, esto es, pudiera producir efecto en derecho, debía ir firmado por los tres.

Especialmente si se le atribuye a ese escrito, como lo ha hecho la Sala mayoritaria, el carácter de documento público. Porque cuando el funcionario es colegiado, como en el caso de la Corte y los Tribunales ordinarios, salvo los casos expresamente exceptuados la voluntad del Estado no puede expresarse por una parte de los miembros que componen el colegio sino por todos.

Así lo establece claramente el Código de Procedimiento Penal en su artículo 174 al tratar sobre las resoluciones de juez colegiado y disponer que "el Magistrado disidente tiene la obligación de salvar el voto, tanto respecto de la parte motiva como de la resolutiva de la providencia".

Esta obligación de firmar es, si se quiere, más perentoria cuando se trata no de documentos dispositivos o que expresen una decisión, como es el caso de la norma citada, sino de aquéllos que contienen una narración de hechos o una aseveración de verdad.

Porque no es posible que sólo una parte de los que componen un autor múltiple, como es el caso del juez colegiado, pueden narrar un hecho o afirmar o negar algo y la otra parte ni narre, ni afirme ni niegue.

Si una de las Salas de la Corte o de un Tribunal practican v.gr. una diligencia de inspección ocular y algunos de los Magistrados que participaron en ella se niegan a firmar el acta, no existe documento porque el autor no está completo.

Y si no existe documento cuando por simple omisión se dejan de tomar algunas firmas, mucho menos cuando algunos de los miembros del Tribunal se niegan a firmar el escrito por que entonces es manifiesta la voluntad de no documentar sin la cual, al decir de los autores, no puede existir documento.

Sobre este particular dice MIRTO:

"Son documentos (actos) complejos los que resulten de la cooperación jurídica necesaria de varios sujetos en la producción del mismo. Entra en tal categoría el documento colegiado que se tiene cuando la potestad de expedir un documento pertenece a un colegio de personas físicas, las cuales jurídicamente concurren en igual forma a la emanación del mismo de modo que el voto de la mayoría o de una mayoría especial prevalece sobre el de una minoría: característica del acto colegiado es que la voluntad se declara conjunta y contemporá-

neamente" (La Falsitá in Atti, 1955, pág. 204).

Debemos insistir los suscritos sobre esas circunstancias para poner de resalto la afirmación ya hecha de que la llamada "acta falsa" no alcanza a ser siquiera un documento por faltarle requisitos indispensables para ello. En primer término, la falta de verdadero y legítimo autor y, en segundo, el hecho protuberante de que uno de los llamados a serlo manifestó su voluntad de no documentar en ese sentido.

En consecuencia, faltando un documento sobre el cual puede recaer la acción del presunto falsario, falta el objeto material del delito de falsedad documental y falte, por consiguiente, este ilícito.

II. Pero aun en el caso, aceptable, sólo en gracia de discusión, de que hubiera existido documento, tampoco habria delito de falsedad documental por resultar inocua la alteración de la verdad atribuida al procesado.

Es bien sabido que para que exista delito de falsedad en documentos se necesita que la acción produzca un perjuicio real o potencial sobre un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha dicho la Corte en diferentes oportunidades.

"La ley no puede, sin incurrir en tiranía, erigir en delito un hecho que no cause perjuicio efectivo o sea, al menos, apto para producirlo, pues fuera de las infracciones de daño y de peligro no existen otras en derecho penal. De consiguiente, la falsedad innocua, aquella que no tiene siquiera la potencia de dañar, jamás podrá ser considerada como falsedad punible. La fe pública, particularmente no se siente lesionada por ella, porque el Estado no impone a los asociados la creencia en la autenticidad, la veracidad e intangibilidad de todas y cada una de las palabras escritas en un documento, así sea un instrumento público, sino en la verdad de haberse consignado en él los derechos y relaciones jurídicas que éste debe probar.

"En consecuencia, cualquiera alteración de la verdad en un documento que no afecte la prueba, preconstituida mediante el otorgamiento del documento respectivo, de la relación jurídica que en éste quiso consignarse, es indiferente a la fe pública; y como aquello tampoco lastima ningún otro derecho de los protegidos por el magisterio penal, es forzoso concluir que no alcanza a asumir el carácter de delito" (G. J. t. LXXXVII, págs. 761 y 762, año 1958).

Esta doctrina la ha mantenido la Corte y se sostiene en la sentencia a que se refiere el presente salvamento de voto.

Solo que mientras la mayoría de la Sala afirma que se está en el caso de autos frente a una falsedad perjudicial y, por lo tanto, punible, los suscritos afirmamos lo contrario, o sea que la alteración contenida en el escrito a que se ha hecho referencia es totalmente inocua y que, por lo tanto, no existe delito de falsedad documental.

En efecto: la sentencia mayoritaria sostiene que "... la inmutación de la verdad en la última acta, produjo consecuencias jurídicas trascendentales: fue sustancialmente incorporada a la sentencia cuando estimaron la prueba en ella decretada y la tuvieron como uno de sus fundamentos. Así, en el acápite de su parte considerativa intitulado 'Motivación del Fallo' se la cita y analiza con el inocultable propósito de demostrar la costumbre estadinense de aceptar informes suplementarios destinados a satisfacer exigencias, corregir errores o llenar vacíos elaborados con posterioridad a un trabajo de avalúo. Justamente para darle esta fuerza al informe adicional presentado por la Compañía Colombiana de Electricidad, que había ofrecido la firma avaluadora al Gobierno antes de constituirse el Tribunal y que las partes comprometidas aceptaron expresamente que no podía tenerse como integrante del avalúo, materia exclusiva del juicio arbitral".

Hace a continuación la sentencia otras consideraciones sobre si el escrito tachado de falso era o no un "borrador" porque el verdadero había sido firmado por las partes y si tenía o no aptitud para producir efectos nocivos, llegando en ambos casos a resultados afirmativos.

Sobre el particular hay que advertir, en primer término, que el informe suplementario hecho para el Comité Financiero del Condado Greenwood en 1965 sobre el ava-

lúo de la"Greenwood County Electric Power Commission" contiene dos partes, cada una de ellas compuesta de varias otras.

Así: en primer término se encuentra una "carta de introducción", luego cuatro grupos de preguntas sometidas por otros tantos senadores durante una reunión que se había efectuado después de dar acceso a las partes al proyecto de informe y con el fin de que pudieran inquirir sobre dicho informe lo que quisieran, reunión luego de la cual se elaboró el informe definitivo.

En segundo lugar aparecen dos documentos: el primero es una carta de un senador que era el Consejero General de la Comisión de Servicios Públicos de Carolina del Sur dirigida a uno de los senadores que habían formulado preguntas y obtenido algunas respuestas consignadas en la primera parte del informe a que ya se hizo referencia y un segundo documento denominado "Sistema de Energía Eléctrica del Condado de Greenwood" (Greenwood County Electric System).

Examinada la "Carta de Introducción" se observa que en ella se dice que a pedido de la Junta Financiera del Condado de Greenwood (Greenwood County Finance Board) se reunieron en determinado día (9 de diciembre de 1965) los representantes de "Ebasco Services", con otras personas para presentar un informe titulado "Avalúo de los sistemas de Utilidad Eléctricos de la Comisión de Energía Eléctrica del Condado de Greenwood" (Appraisal of Electric Utility Systemms of Greenwood County Electric Power Commission), que se abrió la reunión para oír preguntas y responderlas y que al final de dicha audiencia se aceptó el informe como había sido presentado, salvo algunas correcciones tipográficas de menor entidad. Y añade: "Los representantes de Ebasco fueron instruidos para preparar un suplemento al presente informe en que se incluirán las preguntas y respuestas cubiertas en la reunión". Debe anotarse que algunas de las respuestas a estas preguntas requirieron ciertas investigaciones adicionales. De ahí las discrepancias que pueden aparecer entre las respuestas suministradas en la reunión y las contenidas en el presente suplemento.

Es de advertir que la segunda parte del informe que se viene mencionando contiene dos "exhibit": uno de ellos la carta al senador ya mencionada y el otro una serie de datos sobre producción de energía eléctrica y su respectivo avalúo. Quien sepa algo de inglés entiende que un "exhibit" no es un informe sino un documento o cualquier otra prueba que se presenta ante otras personas para ilustrar su criterio.

Habida cuenta de lo anterior se tiene que el único informe suplementario que contiene el tan traído y llevado informe de la Greenwood es el que encierra las preguntas y respuestas formuladas en una audiencia pública.

No puede, en consecuencia, afirmarse que con base en ese informe suplementario se introdujo en la decisión del Tribunal de Arbitramento formado por Caprile, Uribe Escobar y Samper Gómez un informe suplementario elaborado por la Compañía Colombiana de Electricidad que las partes habían aceptado no tener como parte del avalúo.

Es decir, no puede afirmarse que el informe de la Greenwood fuera la puerta de entrada para este informe e implicar que sin la frase introducida al escrito que se ha llamado acta no se habría tenido en cuenta dicho informe.

Porque, en primer término, se tiene que lo único tomado en cuenta por el Tribunal de Arbitramento del informe de la Greenwood fue el procedimiento de preguntas y respuestas hechas en una reunión como puede verse claramente en el fallo arbitral en cuya parte pertinente se dice bajo el rubro de "Informes adicionales":

"Bajo los procedimientos similares de la ley de Estados Unidos de América, se acostumbra que para absolver objeciones, aclaraciones o explicaciones a un avalúo, hecho por peritos, se pueden hacer diligencias dentro de un plazo razonable como está en el informe suplementario el avalúo del 'Sistema de Plantas Eléctricas de Greenwood County Electric Power Commission'. En este caso, a so-

licitud de una de las partes, en diciembre 9 de 1965 los Avaluadores presentaron un informe de fecha noviembre de 1965 sobre avalúo de propiedades de la compañía. Antes de esa fecha, todos los interesados habían tenido acceso al informe para que pudieran hacer cualesquiera preguntas relacionadas con el mismo. Después de la presentación del informe, se abrió una sesión de preguntas y respuestas en la cual todos los interesados tuvieron oportunidad de ser oídos, y todos participaron. Al terminar el periodo de preguntas y respuestas recibieron instrucciones de preparar un informe suplementario, en el cual incluyeron las preguntas y respuestas de la reunión. De acuerdo con estas instrucciones, se presentó el informe suplementario al de noviembre de 1965, anotando que éste requirió investigación adicional de parte de los avaluadores".

No hay en el fallo de los árbitros ninguna otra referencia al informe adicional de la Greenwood como sí hay a otros fallos arbitrales pronunciados en los Estados Unidos de Norteamérica y que se traen a cuento para demostrar la amplitud que en ese país tienen los avaluadores, menciones que no han despertado ninguna controversia siendo así que se refieren no al procedimiento adoptado por éstos sino a los elementos o factores del avalúo mismo.

No se ve, en consecuencia, cuáles fueron los efectos jurídicos que la adición tantas veces mencionada en el escrito denominado acta pudo tener ya que, como se ha visto, no fue ella la puerta de entrada del tan discutido informe suplementario de la Compañía Colombiana de Electricidad.

No hay base para afirmar que la mención del informe de la Greenwood hubiera tenido otro efecto que el de justificar el sistema de preguntas y respuestas formuladas en audiencia, al ejemplo de lo que se hizo en el caso de esa compañía norteamericana.

Pero se dice en la sentencia que esa mención sirvió para "demostrar la costumbre estadinense de aceptar informes suplementarios destinados a satisfacer exigencias, corregir errores o llenar vacíos elaborados con posterioridad a un trabajo de avalúo".

En ninguna parte del informe de la Greenwood se dice que se hubieran hecho modificaciones al avalúo inicial. La carta introductoria de que se ha hablado se limita a afirmar que pueden aparecer algunas discrepancias ("any discrepancies which *may appear* between the answers submitted at the meeting and those contained in this supplement"). No dice perentoriamente que las hubiera. No puede, pues, aseverarse que allí se asentaba la costumbre de modificar avalúos por medio de informes complementarios.

De otra parte ni de dicha carta ni de de ningún otro documento contenido en el informe de la Greenwood aparece que se hubiera aceptado el informe complementario. Se dice en la carta introductoria que ese informe se rindió pero no que se hubiera admitido. Mal puede la Sala mayoritaria decir que con base en el cuaderno de la Greenwood se probó que fuera costumbre en los Estados Unidos aceptar informes complementarios fueran éstos o no modificadores de los primitivos avalúos.

Pero hay más: el gobierno colombiano autorizó a los árbitros para que se sirvieran del Informe Suplementario de la Compañía Colombiana de Electricidad como elemento de juicio.

Fue así como en carta fechada el 18 de enero de 1967 el Presidente de la República se dirigió a la Compañía manifestando que "...con carácter informativo el Gobierno acepta que se entregue a los árbitros el informe complementario del avalúo primitivo ofrecido por la firma avaluadora".

Posteriormente, el 16 de junio del año mencionado, el Gobierno, por medio de un "memorándum" del Presidente de la República expresó que el informe adicional no tenía por qué entrar a formar parte del avalúo pero que la Compañía tenía el derecho de presentar dicho informe como prueba.

De otra parte se tiene que, según las normas vigentes sobre arbitramento en la época de los hechos, las partes podían presentar las pruebas que estimaran per-

tinentes sin necesidad de autorización previa.

"En la audiencia, dice un reputado autor colombiano, refiriéndose a los Tribunales de Arbitramento, el tribunal oye a las partes, examina los testigos que se le presentan, *se entera de los documentos que exhiban las partes* (se subraya) y de las razones que aleguen, es decir, que puede practicar pruebas testimoniales, *documentales* (nuevamente se subraya) y de posiciones que son testimonios de las partes y luego dar ocasión a que las partes formulen sus alegatos orales" (Hernando Morales. Curso de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, 1960, pág. 545).

De todo lo anterior fluye necesariamente la conclusión de que el agregado que se hizo al escrito tantas veces citado no fue indispensable para que los árbitros hubieran podido tener conocimiento del informe de la Colombiana ya que la presentación de éste habia sido autorizada por el Gobierno, y, además, hacerlo era un derecho de las partes.

Carece, en consecuencia, de efectos jurídicos ese agregado y debe reputarse, por lo que hace al delito de falsedad documental, como una alteración inocua de la verdad.

Agréguese a las anteriores consideraciones la de que la determinación de la costumbre seguida en estos casos por los Estados Unidos no era materia de convenio entre las partes. En efecto, éstas habían pactado que el avalúo se regiría por las normas del Insterstate Commerce Act (CA) en la parte pertinente. Examinada ésta se observa que allí no se hace la más remota alusión a la costumbre. De tal manera que no puede afirmarse que establecerla fuera cuestión que tuviera repercusiones jurídicas en el fallo de los árbitros.

Todo tiene, pues, a demostrar que la mención hecha en el fallo arbitral al informe de la Greenwood no contribuyó en forma alguna a crear una situación de derecho falsa, ni a alterar una verdadera ni a extinguir un derecho o una pretensión jurídica. O sea que fue, como se ha venido repitiendo, absolutamente inocua y por lo tanto, también lo fue la mención que a dicho informe hizo el escrito debatido.

III. Se rechazan en la sentencia las pretenciones del apoderado de Samper sobre la base de que son contradictorias ya que invocó simultáneamente, respecto a unas mismas normas, los artículos 231 y 233 del Código Penal, las tres modalidades de violación directa que contempla el primer cuerpo de la causal primera de casación.

Ciertamente la Corte ha dicho que tal procedimiento constituye falta de técnica en el recurso aludido pero si se leen los argumentos en que sustenta el recurrente su solicitud fácilmente se ve que se refieren únicamente a la aplicación indebida de esas normas ya que su alegato en este sentido es muy claro pues se limita a afirmar que no se cometió delito de falsedad, esto es, que se aplicaron en forma indebida las citadas disposiciones del Código Penal, aseveración que según han demostrado ya los suscritos, tiene suficiente fundamento en los autos.

Por eso estimamos que la consideración sobre falta de técnica debió ceder ante el fondo de la cuestión y que se hacía necesario examinar los argumentos presentados por el censor para decirle si tenía o no razón en sus solicitudes.

IV. Finalmente los razonamientos expuestos en las dos primeras partes de este salvamento nos llevan a la conclusión de que debieron desecharse los cargos hechos a la sentencia por el Ministerio Público, aceptarse los de la defensa y, por lo tanto, casarse el fallo recurrido dictándose en su lugar uno de carácter absolutorio.

Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano, Abadía.

SALVAMENTO DE VOTO

Auncuando comparto en su integridad las razones jurídicas expuestas por los Magistrados doctores Luis Enrique Romero Soto y Pedro Elías Serrano Abadía, procedo a elaborar el presente para recalcar sobre algunos puntos que, aunque aparecen tratados en dicho salvamento, no se les dio la importancia que tienen.

1. La demanda de casación presentada para sustentar el recurso interpuesto por Alberto Samper Gómez no fue examinada por considerarse que adolecía de falta de técnica consistente en que se adujo, simultáneamente, la violación directa y la indirecta. Se afirma en la sentencia que en la demanda se entra a cuestionar la prueba relacionada con el acta, presuntamente falsa, del 13 de octubre de 1967, negándole todo valor probatorio, para desembocar en la alegación de que los artículos 233 y 231 del Código Penal fueron violados en forma directa.

Tal enfoque es erróneo porque en la demanda no se desconoce la existencia del acta tenida como falsa. Lo único que en ella se discute es que tal escrito no constituye propiamente acta de una sesión del Tribunal de Arbitramento, que falló el pleito entre el Gobierno de Colombia y la Compañía Colombiana de Electricidad sobre el avalúo de los bienes que dicha sociedad le vendió al Estado Colombiano. Y no lo es porque el artículo 1221 del Código Judicial, vigente para la época en que funcionó el mencionado Tribunal de Arbitramento, disponía que "de cada sesión se levanta un acta de lo que en ella ocurra, acta que autorizan los arbitradores y el Secretario". Como el escrito que se ha tenido por acta únicamente estaba firmado por los árbitros Alberto Samper Gómez y José R. De Capriles, no apareciendo en él las firmas del otro árbitro Alejandro Uribe Escobar ni la del secretario del Tribunal de Arbitramento Humberto Zapata Escobar, resulta obvio concluir que tal escrito no alcanzó a convertirse en acta.

Si el escrito en mención no es un acta del Tribunal de Arbitramento, no es un documento, ni mucho menos uno de carácter público, de donde fluye la consecuencia de que fue aplicado indebidamente el artículo 233 del Código Penal, al ser condenado el árbitro Alberto Samper Gómez como autor de la falsedad de tal escrito, por no ser documento público ni oficial.

La razón expuesta es suficiente para concluir que la providencia de la Corte cometió el error de abstenerse de analizar el cargo formulado contra la sentencia acusada en sede de casación, so pretexto de que la demanda carece de técnica. Lo acertado habría sido que se hubiera interpretado la acusación en su sentido natural y obvio, como lo es el de que se aplicó indebidamente el artículo 233 del Código Penal porque la presunta acta falsificada es un simple escrito que no alcanzó a ser documento, debido a que su autor, integrado por cuatro personas, como son los tres arbitradores y el secretario del Tribunal, no la firmaron todos, sino únicamente dos de ellos.

2. Otro error de la sentencia de la Corte radica en considerar que los arbitradores son funcionarios o empleados públicos, para poder condenar al árbitro Alberto Samper Gómez con aplicación del artículo 231 del Código Penal, porque el artículo primero del Código Judicial, que regía en octubre de 1967, disponía que los árbitros son personas particulares "que participan en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ella incluya a tales entidades, ni a los emplea-

dos que las componen, ni a los citados particulares en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial".

En consecuencia, si los árbitros son personas particulares que no pertenecen al poder judicial o rama jurisdiccional, no se encuentra razón alguna para predicar que son funcionarios o empleados públicos, ya que de serlo, necesariamente tendrían que formar parte de la rama ejecutiva o de la legislativa del poder público.

Lo artificioso de la tesis en cuestión se pone de bulto en el siguiente pasaje de la sentencia de la Corte:

"Los miembros de un Tribunal de Arbitramento son particulares porque simplemente no pertenecen a la jerarquía judicial, pero son funcionarios públicos porque imparten justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley como los jueces, y, claro está, con las mismas atribuciones y responsabilidades que a éstos corresponde" (Páginas 34 y 35 de la sentencia).

Si los árbitros son al mismo tiempo particulares y funcionarios, como lo asevera el fallo, se está en presencia del quebrantamiento del principio de identidad porque al mismo tiempo son una cosa y otra.

El disentimiento del suscrito radica esencialmente en que las dos conclusiones del fallo son erróneas, por cuanto debió casarse la sentencia, por inexistencia del delito de falsedad, absolviendo al procesado Alberto Samper Gómez; y, consecuencialmente, debió desecharse el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público.

Julio Salgado Vásquez

VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO

Cómo debe plantearse este cargo

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

Magistrado ponente: *Doctor Luis Enrique Romero Soto*

Aprobado: Acta Nº 73

V I S T O S

Contra la sentencia de 19 de noviembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad en la que se condenó al abogado CIRO ALFONSO MEDINA SANTOS a la pena principal de trece meses de prisión más las accesorias correspondientes como responsable por el delito de "falsas imputaciones hechas ante las autoridades" conducta que tuvo lugar en esta capital el 4 de agosto de 1973, interpuso el procesado recurso de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala que lo ha tramitado hasta ponerlo en estado de resolver de fondo sobre lo que se pide.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

En la fecha que se deja últimamente mencionada se presentó ante la Unidad Operativa de la calle 40, turno "C" de la Policía Judicial de esta ciudad el abogado Ciro Alfonso Medina Santos quien manifestó, en síntesis que iba a formular denuncia penal contra Elberto Román Peñaranda al que acusó de haber tratado de extorsionarlo varias veces para que pagara una suma de dinero a José Oliverio Parra de la cual el denunciante había abonado una parte. Consistía la extorsión al decir de éste, en haberle manifestado Román Peñaranda que si no pagaba el resto él cedía el crédito al doctor Clímaco Buitrago, entonces Magistrado del Tribunal de Aduanas y contra el cual Medina Santos había formulado denuncia. Agrega que la misma amenaza le hizo a José Parra a quien, además, le dijo que si no le pagaba le daba un tiro. Esos cobros los hacía, dice Medina Santos, a nombre de "Artecto". Agrega que Román Peñaranda siguió llamándolo a su oficina de abogado y amenazándolo para que le cubriera la cantidad de veinte mil pesos diciéndole siempre que él entregaría el crédito al doctor Buitrago. Eso mismo le decía a la esposa del denunciante a la cual instaba para que interviniera ante su marido a fin de que éste pagara, lo que repitió hasta ponerla al borde de una crisis nerviosa. Termina diciendo que Román Peñaranda fue oficial de la Policía y que se le dio de baja por mala conducta. Asimismo, añade, Román Peñaranda fue acusado de concusión cuando desempeñaba el cargo de Juez 34 Penal Municipal de Bogotá y estuvo detenido por ello. También le atribuye haber estado en combinación con ladrones de automotores pues entregaba carros robados.

Medina Santos, pese a que al final de la denuncia que se deja resumida dice ratificarse bajo la gravedad del juramento en los cargos que hace a Román Peñaranda, se negó a juramentarse cuando fue llamado para ello.

No obstante, posteriormente presentó un memorial diciendo que por "señoría, compasión y misericordia" se había negado a ratificarse bajo juramento en su denuncia pues así se lo había pedido el propio Román Peñaranda pero que como

dicho individuo se había "crecido" insistía en ella.

Se adelantaron entonces algunas diligencias y previo concepto del Ministerio Público, les puso fin el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, por medio de auto fechado a 8 de febrero de 1974 en el cual declaró que los hechos denunciados por Ciro Medina Santos no constituían delito alguno y ordenando la casación del procedimiento por los delitos de extorsión y chantaje a que se refería dicha denuncia.

Posteriormente, en memorial dirigido al Juez Penal del Circuito de Bogotá y que fue repartido al Octavo de esa categoría, Elberto Román Peñaranda formuló a su turno, acusación contra Ciro Alfonso Medina Santos la que hace consistir en haberlo denunciado ante el Oficial de Turno "C" de la Unidad Operativa de la calle 40 perteneciente a la Policía Judicial atribuyéndole hechos falsos, o sea los que se dejan resumidos en los apartes anteriores de esta providencia.

Iniciada la investigación se trajeron a los autos, en primer término, copias de lo pertinente del proceso a que dio lugar la denuncia de Medina Santos contra Peñaranda y de que ya se ha dado cuenta (Fls. 8 a 14).

Asimismo, e igualmente en copia, el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el 5 de abril de 1974 el de cese de procedimiento proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá y a que ya se hizo también referencia.

Perfeccionada la investigación, se la cerró por auto de seis de agosto del año últimamente mencionado y el juez calificó su mérito en providencia de seis de septiembre del mismo en la cual llamó a juicio a Ciro Alfonso Medina Santos por el delito de "falsas imputaciones".

Apelada esta providencia por el sindicado y su apoderado, el Tribunal le confirmó por la suya de 11 de julio de 1975, salvo en lo concerniente a la libertad provisional concedida a Medina Santos beneficio que le fue revocado.

Adelantando el juicio en el que se practicaron varias pruebas se dictó por el Juzgado del conocimiento la sentencia arriba mencionada y en la que se condenó a Medina Santos a la pena principal de trece meses de prisión, como se deja expresado.

Apelada dicha providencia por el procesado y su defensor, el Tribunal la confirmó en todas sus partes, como también se ha consignado arriba.

En esta última, el Tribunal expresó, en lo pertinente:

"Pues bien: la denuncia en cuestión (se refiere a la presentada por el doctor Medina Santos contra el doctor Román Peñaranda), tenida como noticia criminis (sic), surtió todos sus efectos jurídicos, como que dio origen a la iniciación de un proceso penal tendiente a lograr el total esclarecimiento de los hechos, con las secuelas que de ello se desprendieron. El propio denunciado solicitó su indagatoria; se hizo la investigación que se juzgó pertinente y, finalmente, se produjo auto de cesación de procedimiento contra el sindicado, por inexistencia del delito. Confirmada como fue tal providencia, este Tribunal ordenó que se investigara penalmente la conducta del denunciante.

"A esto último se refiere el presente proceso. En un principio, se pretendió que los hechos denunciados por el doctor Medina no eran constitutivos de delito, con el natural propósito de la defensa de suprimirle entidad jurídica a las que a la postre resultaron imputaciones falsas. Bien lo observó esta Sala en otra oportunidad al explicar cómo de autos se comprueba que el doctor Ciro Medina, abogado especializado en Derecho Penal, al formular el denuncio contra su colega le dio a los cargos endilgados su verdadera denominación jurídica, ubicando las conductas descritas como realizadas por su denunciado, dentro de los tipos o moldes señalados por el legislador como punibles. Sobre este particular no podía vacilar el denunciante y tan ello es así, que los cargos formulados, en principio, mostraban todo su carácter delictuoso. De otra parte, su condición de abogado especialista en esta rama del derecho, no le permitía equívocos en tan elemental aspecto.

"Añádase a lo dicho, el hecho muy significativo de que una vez fracasado el intento de demostrar la atipicidad de los

hechos denunciados, se procuró particularmente por el procesado darle un vuelco a la situación tratando de demostrar a lo largo de estos folios la veracidad de los cargos, esto es, que el doctor Román sí había cometido los delitos de extorsión y chantaje".

Agrega el *ad quem* que está claramente demostrado en los autos que el doctor Medina procedió con pleno conocimiento de que el sindicado no era autor de los delitos por los cuales lo denunciaba. Sobre este particular menciona la declaración del doctor Oscar Antonio Osorio quien relata que Medina le manifestó haber cometido tremendo error al denunciar a Román creyendo que lo había hecho en la Comisaría del Norte cuando en realidad esa denuncia la había presentado en la Unidad de Policía Judicial del Norte. Asimismo comenta el hecho de que el doctor Medina se hubiera presentado a decir que no se ratificaba en la denuncia por "señorío", "compasión" y "misericordia" hacia Román después de que éste se había hecho presente ante el Juzgado instructor solicitando que se le recibiera indagatoria. Considera el Tribunal igualmente mentirosa la afirmación del primero cuando expresó que había llegado a un acuerdo amistoso con el segundo lo mismo que la de que Román lo había hecho objeto de coacciones y amenazas para que retirara la denuncia.

De otro lado señala el Tribunal que la existencia de las presuntas amenazas de Román a Medina para que pagara resultaron desmentidas con el dicho de la secretaria del segundo, Gloria de O'Mara quien dice no haberse enterado jamás de ellas.

Insiste en que otro testigo, Reinaldo Cetina citado por Medina como conocedor de tales amenazas, dice que no tuvo conocimiento de ellos ni de que Román tuviera conexiones con los "jaladores" de carros.

Finalmente y refiriéndose al certificado que el teniente Alfonso Sánchez Medina enviara, a solicitud del juez, y en que manifiesta tener conocimiento de que en los archivos de la División de Orden Público le figuran antecedentes al doctor Román como miembro de una pandilla comandado por un sujeto Antonio Silva, dedicado a extorsionar mediante robo de automotores expresa el *ad quem* que no se puede tener como una prueba seria ya que no aparece ratificada con las formalidades legales, es una afirmación insular en el proceso y no viene respaldada con el informe de las fuentes de donde fue tomada.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Dos cargos formula la demanda contra la sentencia recurrida. El primero de ellos por violación indirecta de la ley sustancial por interpretación errónea de algunas pruebas y el segundo, dentro del marco de la causal cuarta de casación, por haberse dictado la sentencia, según el censor, en un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional.

Por ser de preferente examen el último se hará primero el resumen del mismo y su estudio.

Cargo único: Causal cuarta: Sostiene el demandante que se violó el artículo 26 de la Carta por no haberse observado las formas propias del juicio por no reunirse, en su concepto, los requisitos que los artículos 418 y 215 del Código de Procedimiento Penal establecen para dictar sentencia condenatoria, es decir, no aparecer la plena prueba que ese ordenamiento exige tanto para dictar auto de proceder como para proferir sentencia de condenación.

Niega el actor que tenga dicho poder probatorio las declaraciones de Aljure y Osorio. Agrega que se coartó el derecho de defensa de su representado porque a pesar de que durante la audiencia pública se dispuso oficiar al Juzgado 17 Superior pidiéndole enviar copia de la providencia dictada contra Román Peñaranda por el Tribunal Superior en que se afirmaba que éste había cometido el delito de falsedad en documentos por uso de un escrito falso, tal oficio no fue enviado.

El Procurador Tercero Delegado Penal responde al cargo diciendo que no se coartó en forma alguna el derecho de defensa del procesado ya que éste lo ejerció de manera amplia mediante las alegaciones

y la presentación de las pruebas que consideró pertinentes.

Por lo que hace a la omisión de oficiar al Juzgado 17 Superior a que se refiere el actor, replica el Ministerio Público que si bien eso fue cierto no lo fue menos que no se trataba de una prueba sustancial aparte de que sobre el mismo punto obraban en el proceso otras probanzas y de que tampoco se reclamó oportunamente sobre dicha omisión.

Pide, en consecuencia, que se deseche este cargo.

CAUSAL PRIMERA

Tres son los cargos que formula el actor en el marco del segundo aparte de este motivo de casación, a saber:

Primer cargo: Lo hace consistir en que, según su concepto no se tuvieron en cuenta los documentos emitidos por el "DAS" en el sentido de haber estado el denunciante vinculado a actividades ilícitas relacionadas con automotores, específicamente de pertenecer a una banda de "jaladores" de carros. Agrega que uno de los documentos del DAS afirmaba que en una época de su vida Román Peñaranda se había dedicado a esta actividad y que en dicho Departamento Administrativo existían otros elementos de juicio sobre el particular, afirmaciones que fueron posteriormente ampliadas en otro oficio en el cual se decía que "Román Peñaranda fue miembro de una pandilla comandada por un sujeto de nombre Antonio Silva, reconocido jalador de vehículos así como el defensor de cuantos miembros de su cuadrilla se vieron involucrados en problemas con la justicia...".

Estima el demandante que esos documentos son plena prueba pese a lo cual no fueron tenidos en cuenta por el Juzgado por no haberse rendido tales informaciones bajo juramento, requisito que considera innecesario en este caso por tratarse de documentos públicos, por todo lo cual cree que se incurrió en error esencial de derecho por parte de la juez.

Replica la Procuraduría que el juzgado desestimó dichos documentos por considerar que eran simples informaciones personales que dice el DAS haber tenido de los antecedentes del doctor Román Peñaranda y que el Tribunal fue del mismo criterio y echó, por otra parte, de menos el informe sobre esos antecedentes y la mención de los procesos de los cuales fueron tomados tales datos.

Agrega, por su parte, el Procurador que los oficios en mención se refieren a "versiones confidenciales" o sea que no se precisan los informes ni los datos en ellos contenidos ni se menciona su origen por lo que no podía, con base en tales documentos y pese a su procedencia oficial, tomarse en cuenta lo que decían para llegar a conclusiones definitivas sobre las actividades que el querellado atribuyó al denunciante en este respecto.

Asevera, además, el Ministerio Público que uno de los puntos de apoyo de Medina Santos para hacer cargos a Román Peñaranda fue el dicho de David Aljure quien al ser interrogado dentro del proceso no ratificó el cargo de haber Román Peñaranda cobrado recompensas por carros robados.

Pide, en consecuencia, rechazar la censura.

Segundo cargo: Lo hace consistir el actor en que el Tribunal no tuvo en cuenta las anotaciones que en la hoja de vida del denunciante como oficial de la Policía dan cuenta de numerosos antecedentes y procesos lo que, en su concepto, permite comprobar la afirmación que el querellado hace sobre la ausencia de calidades morales en el denunciante Román Peñaranda.

Se refiere éste concretamente a las anotaciones que aparecen en la hoja de vida de Román Peñaranda por falsedad, peculado, tentativa de homicidio, mutilación de expedientes y robo de municiones lo que no fue tenido en cuenta por el fallador. Señala, además, que Román presentó una hoja de vida en que no figuraban antecedentes y que era, por lo tanto, distinta de la verdadera. Todo ello lo lleva a la conclusión de que Medina Santos no mintió en sus afirmaciones sobre la falta de honestidad del querellante y que como no se dio a las constancias antedichas el valor de plenas pruebas, se incurrió en error de derecho.

Contesta el Ministerio Público que si bien en la hoja de vida de Román Peña-

randa cuando hacia parte de la Policía Nacional aparecen relacionados varios procesos y además se dice que se propuso su retiro por considerarse que su conducta moral y profesional no era satisfactoria, no es menos cierto que dichos procesos terminaron por absoluciones o cesaciones de procedimiento, según aparece de las constancias que obran en los autos a folios 435 a 440 del cuaderno principal.

Y concluye que si no aparecen constancias de que Román Peñaranda hubiera sido condenado en los procesos que se mencionan en tales constancias, no puede decirse que el juzgador hubiera incurrido en error manifiesto al no tener en cuenta la mencionada hoja de vida.

Tercer cargo: Con mención del artículo 26 de la Constitución Política seguida de la afirmación de que no se observaron las formas propias del juicio, dice el censor que a ello se llegó por haberse dado pleno valor al dicho del querellante y de los testigos Aljure y Osorio quienes al decir del censor "mintieron deliberadamente ...".

Responde la Procuraduría que la mención al artículo 26 de la Carta no es admisible en el presente caso ya que tal norma se relaciona con las garantías del juzgamiento en tanto que el demandante hace referencia a la presunta interpretación indebida de unas pruebas, lo que no tiene que ver con aquéllas y que corresponde, por el contrario, a la índole del segundo aparte de la causal primera de casación. Hace ver que cada una de estas causales tiene su campo propio "sin que puedan proponerse en relación con determinada causal alegaciones que corresponden a otra".

No obstante esa falla de técnica entra a analizar el cargo para hacer ver que el censor no demostró que los testigos en mención hubieran faltado a la verdad como tampoco el querellante pues del certificado del "DAS" no se desprende contra éste ninguna acusación concreta.

Pide por ello que se deseche el cargo al igual que los anteriores.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el orden que se dejan expuestos, serán examinados a continuación las censuras que el actor endereza contra la demanda recurrida.

Pero antes de entrar en dicho análisis debe ponerse de presente que ni la denuncia ni las sentencias versan solamente sobre la acusación de inmoralidad que hiciera Medina Santos a Román Peñaranda en el tiempo durante el cual fuera éste oficial de la Policía Nacional sino que además abarca los cargos de extorsión que el primero formuló contra el segundo en su denuncia al decir que lo había constreñido mediante amenaza a pagar una deuda a la firma "ARTECTO" porque, de lo contrario, le pasaría los repectivos títulos al doctor Clímaco Buitrago Botello, por entonces Magistrado del Tribunal de Aduanas y a quien Medina Santos había denunciado ante la Corte. También se refiere la denuncia de éste a amenazas que dice Román Peñaranda hizo a la esposa del primero con el mismo objeto anotado y a presuntas concusiones cometidas cuando ocupaba el cargo de Juez Municipal.

También debe advertirse que el entonces denunciante Medina Santos se negó a ratificarse bajo juramento en su acusación a Román Peñaranda diciendo que lo hacía por "señoría, compasión y misericordia" lo que no aparece en forma alguna demostrado en los autos.

Causal cuarta. Cargo único. *Se formuló por presunta violación de las formas propias del juicio. Empero, de las dos partes que contiene esta censura ninguna se refiere a esa garantía constitucional pues la primera de las acusaciones dice relación a la falta de plena prueba para condenar lo que no hace parte de las formas del juicio sino que se refiere al requerimiento que la ley (artículo 215 C. de P. P.) hace de que para condenar debe obrar en el proceso la plena prueba de la responsabilidad a más de estar demostrado el cuerpo del delito.*

El valor probatorio de los elementos de convicción no hace parte de las formas del juicio pues cualesquiera sean éstas, o sea, trátese de un juicio penal ordinario o an-

te el Senado o ante los jueces de menores, etc., el valor de las pruebas no varía. Puede decirse que mientras las formas en mención constituyen la parte externa de los procesos, esto es, las modalidades que caracterizan cada juicio en sus diversos pasos o etapas, según lo ordenado, en cada caso, por la ley, las pruebas hacen parte, con otros elementos, del contenido de los juicios y si se viola el rito procesal que el Código de Procedimiento dispone para que sean llegadas, la censura en casación no puede hacerse por la causal cuarta sino por el segundo cuerpo de la primera y a título de error de derecho.

Y por lo que hace a la indebida valoración de su contenido, tampoco puede hacerse por la causal cuarta sino también por la segunda y a fuer de error de hecho en la apreciación de las mismas.

Así que hay evidente falta de técnica en la formulación de este aspecto del primer cargo lo que, de por sí, impide sea considerado.

Por lo que hace a la segunda crítica, a saber, haberse coartado el derecho de defensa al procesado por no pedirse una prueba que solicitó en audiencia, se tiene, como lo advierte el Ministerio Público, que la constancia en cuestión no tenía incidencia en el presente proceso pues se trataba de demostrar que Román Peñaranda había alterado su hoja de vida o mentido respecto a ella lo que hubiera podido ser materia de una acusación de falsedad en documentos u otro proceso análogo que nada tenía que ver en éste, a más de que ya obraban en los autos certificaciones de la Policía Nacional sobre el comportamiento del querellante.

No prospera este cargo.

Causal primera. Primer cargo: Se refiere esta censura a la presunta omisión del juzgador por no haber tenido en cuenta las certificaciones del DAS sobre la conducta de Román Peñaranda cuando hacía parte de dicha institución.

Revisado, el expediente se encuentra que no es cierto hubiera prescindido los juzgadores de primera y segunda instancia de considerar tales constancias sino que no estimaron que tenía suficiente valor probatorio para demostrar esa mala conducta pues se basaban en informaciones cuya fuente ni siquiera mencionan esos documentos y también en procesos que se demostró terminaron en forma favorable para el querellante.

De otro lado corresponde repetir lo dicho al comienzo de la parte resolutiva en cuanto a que, aun teniéndose como fundada la acusación que Medina Santos hiciera a Román Peñaranda de haber pertenecido a una banda de "jaladores" de carros por haber sido abogado de sus integrantes, tampoco se podía dar por demostrado el presente cargo pues no fue esa la única acusación que el primero hiciera al segundo en su denuncia sino que además le hizo el cargo de extorsionador y de concusionario a los cuales no se refiere la presente demanda y que, por lo tanto, no han sido demostrados o sea que continúan teniendo el carácter de una falsa imputación ante las autoridades que, por sí sola, hace que no pueda casarse la sentencia.

No se acepta, en consecuencia esta censura.

Segundo cargo. Se responde en la misma forma que el anterior pues se refiere nuevamente a que el Tribunal no tuvo en cuenta las certificaciones que sobre mala conducta de Román Peñaranda suministró la Policía Nacional.

Pero esta acusación, se repite, no fue la única dirigida por el procesado a Román Peñaranda sino que también le hizo las de extorsionador y concusionario sobre las cuales no se pronuncia el demandante, o sea que sigue sin justificarse este aspecto de la denuncia y, por lo tanto, continúa en pie la sentencia por lo que a él se refiere.

Tampoco prospera este cargo.

Tercer cargo. Mezcla en él el actor dos causales distintas con mengua evidente de la adecuada técnica de casación. En efecto, invoca simultáneamente una presunta nulidad constitucional por violación de las formas propias del juicio y violación indirecta de normas sustanciales por interpretación errónea de pruebas, concretamente del dicho del ofendido al que, dice, se concedió valor de plena prue-

ba pese a tratarse del propio denunciante.

Examinado el cargo se tiene que debe desechársele no sólo por la falta de técnica anotada sino también por el ya expuesto motivo de que sólo se refiere a la acusación que el procesado hiciera a Román Peñaranda de haber pertenecido a una pandilla de ladrones de carros, lo cual, como también se deja advertido, no fue sino uno de los tres cargos que le formuló y que aun cuando se hubiera logrado probar no habría margen para casar la sentencia pues quedarían en pie los otros dos sobre los cuales la demanda ni siquiera intenta un principio de demostración.

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.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada. V., (Secretario).

REDUCCION DE LA PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO

Interpretación del Decreto 2119 de 1977 y de la Ley 32 de 1971. Tiempo legal de estudio y trabajo

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez*

Aprobado: Acta Nº 75, Noviembre 15/77

V I S T O S

El sentenciado CESAR ALIRIO LEON GARCIA solicita de esta Corporación el beneficio de libertad condicional e invoca a su favor el articulo 85 del Código Penal y lo dispuesto en la Ley 32 de 1971 sobre reducción de la pena por trabajo y estudio.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

1º) César Alirio León García fue condenado definitivamente a la pena privativa de la libertad de sesenta y tres (63) meses de presidio por el delito de robo.

Para poder otorgarse el beneficio de libertad condicional, según el artículo 85 del estatuto penal, el sentenciado debe haber cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta, las cuales, en el presente caso corresponden a 47 meses 6 días.

César Alirio se encuentra privado de su libertad, por razón de estas diligencias, desde el 6 de diciembre de 1974, lo cual significa que hasta la fecha de hoy ha purgado 2 años 11 meses 9 días.

Habida cuenta de los cómputos anteriores, para gozar del beneficio de libertad condicional aún le faltan por pagar 11 meses 27 días.

2º) Reducción de la pena por trabajo y estudio:

Con relación a este punto, es preciso tener en cuenta:

Según el Decreto 2119 de 1977, por medio del cual se reglamenta la Ley 32 de 1971 y se deroga el 1923 de 1973, "cualquier intensidad horaria que supere los límites de seis (6) a ocho (8) horas diarias a que se refiere el inciso anterior, no se tendrá en cuenta para los efectos de rebaja de la pena" (Art. 2º, inc. 2º) y que, además, "El recluso podrá trabajar y estudiar siempre que lo haga en días diferentes, en cuyo caso sus jornadas de estudio y trabajo se computarán independientemente para los efectos de los artículos 1º y 3º de la Ley 32 de 1971, en las limitaciones horarias establecidas en el artículo precedente".

A su solicitud acompañó el peticionario algunos certificados sobre tiempo de trabajo y estudio que el Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Personero Tercero Delegado en lo Penal, solicitó que fueran aclarados, lo cual se dispuso. Las autoridades del respectivo establecimiento carcelario, en cumplimiento del decreto anterior, no hicieron otra cosa que repetir "lo dicho en los certificados anteriores ya conocidos, sin que por tanto exista variación alguna", como lo anota el colaborador.

3º) En orden a negar la petición que se viene considerando es suficiente tener en cuenta:

Al folio 190 de este cuaderno figura una constancia expedida por el Departamento Administrativo de Seguridad -Jefatura de la División de Laboratorio e Identificación-, de acuerdo con la cual a "César Alirio León García quien además ha usado los nombres de..... cuyas impresiones dactilares del pulgar e índice derecho figuran estampadas en el memorial petitorio, se encuentra registrado en esta División con PRONTUARIO Nº 216733 y le aparecen las siguientes constancias: SIN FECHA. -ROBO-. Bogotá. Juzgado 18 Penal del Circuito condenó a la pena de cinco (5) años de presidio".

Lo anterior significa que, por una parte, para el cómputo referente a la libertad condicional, habría que tener en cuenta no el lapso correspondiente a las tres cuartas partes a que se refiere el artículo 85 del Código Penal, sino el de las cuatro quintas partes que fija la regla 89 del mismo estatuto y, por otra, que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 32 de 1971 sobre "redención de penas por trabajo y estudio", esta medida no será aplicable, entre otros, a los reincidentes (Arts. 1º, inc. 3º y Art. 3º).

En consecuencia, la libertad solicitada habrá de negarse.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal-, de acuerdo con su colaborador. NIEGA al sentenciado CESAR ALIRIO LEON GARCIA el beneficio de libertad por él impetrado y al cual se refiere esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Luis Eduardo Mesa Velásquez, (Conjuez).

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CORRUPCION DE MENORES

El corromper, significa el hecho de la sustracción de la tutela jurídica constituida para él en relación con la función sexual de la cual es incapaz. La corrupción admite diversos grados de intensidad

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E. noviembre diecisiete de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón*

Aprobado: Acta Nº 76

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSE VELEZ PEREZ contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó a la pena de trece meses de prisión y a las accesorias de ley al hallarlo responsable del delito de corrupción de menores.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El juzgado de instancia lo resume así:

"Se refiere de autos que, a finales del mes de noviembre del año próximo pasado la menor Silvia Helena Méndez Moyano llegó a trabajar en calidad de recepcionista a la oficina del doctor José Vélez Pérez. De la relación laboral que nació como consecuencia del contrato de trabajo, por razón de la mutua atracción sentimental que surgió entre ellos, pasaron a las amorosas dentro de las cuales no faltó el trato cariñoso y los tocamientos eróticos que fácilmente permitieron el acoplamiento sexual".

La investigación de los hechos denunciados por la menor la adelantó directamente el Juez 26 Penal del Circuito funcionario que una vez perfeccionada, dictó auto de llamamiento a juicio contra el procesado providencia que recibió confirmación del Tribunal al desatarse el recurso de apelación interpuesto por el apoderado. Celebrada la audiencia, el juzgado dictó sentencia de condena la cual fue igualmente confirmada por el superior por decisión tomada dentro del trámite del recurso de apelación. Contra dicha sentencia se interpuso recurso extraordinario de casación al cual se le dio el trámite legal.

LA DEMANDA DE CASACION

Cargo único: Expresa el demandante en la enunciación del cargo lo siguiente:

"El fallo recurrido apreció erróneamente las declaraciones de la denunciante Silvia Helena Méndez y de su hermana Dora Villamil de Puello, error que condujo a este doble reconocimiento simultáneo: a) el acceso carnal del procesado en aquélla, hecho inexistente o al menos dudoso; b) la corrupción de la menor por el medio indicado, efecto que no se presentó y sin el cual la infracción se desintegra. El primer reconocimiento sirvió para dar establecido el segundo, y fue así como llegó el juzgador a una equivocación de la adecuación típica, la del artículo 326 del estatuto represor, acomodando el sentido de aquellos dos testimonios a las múltiples exigencias de la figura punible. De no producirse ese error de derecho, el fallo no hubiera conformado el cuerpo del delito, y, por lo tanto, hubiera absuelto al procesado. Al atribuir al doctor Vélez Pé-

rez el acceso carnal y la corrupción, sin estarlo, la sentencia desconoció además el artículo 215 de la ley procesal, violación medio que culminó en el quebranto de la norma sustancial citada. Como quedó enunciado, el motivo de casación está previsto en el artículo 580, causal primera, cuerpo segundo, del Código de Procedimiento Penal".

Con fundamento en la alegación anterior, cuyo desarrollo se examinará en seguida, el casacionista solicita a la Corte invalide el fallo y dicte la sentencia absolutoria que lo reemplace.

Según se afirma en la demanda, para demostrar "el grave error de derecho en que incurrió el fallo", se hacen disertas exposiciones -sobre los elementos compositivos del tipo penal referidos a la previsión contenida antes de la reforma introducidas por el Decreto 522 de 1971 modificatorio del artículo 326 del Código represor para demostrar que con la nueva previsión legislativa, en el caso de autos, no puede lograrse la necesaria adecuación al tipo de delito que se imputa al procesado.

Discurre el memorialista sobre los alcances de la primitiva concepción del delito de corrupción de menores contenida en el artículo 326 del Código Penal, para afirmar que de acuerdo con doctrina y jurisprudencia, para la configuración del hecho allí descrito, era suficiente con la comprobación de dos hechos: "el acceso carnal en la menor y la voluntariedad de ésta para tal acto", no exigiéndose, por tanto, que hubiera existido corrupción pese a que el Título del delito contenía tal denominación.

El artículo 1º del Decreto 522 de 1971, en sentir del memorialista, modificó sustancialmente la figura básica definida en el artículo 326 del Código Penal, hasta el punto que se afirma que se creó "un nuevo tipo" en el que entrarían a conjugarse, como elementos propios los siguientes: acceso carnal en mujer mayor de catorce años y menor de dieciséis; "que por ese medio la mujer se corrompa"; y que el acceso haya sido consentido. La nueva figura delictiva exigiría, ahora para su configuración, dos elementos fundamentales: "uno, referido a la modalidad de la acción, y el segundo enfocado a la consecuencia de ésta". De todo lo anterior concluye el ilustrado recurrente, y luego de enjundiosas disgregaciones gramaticales y etimológicas, que para que se estructure el nuevo delito de corrupción de menores, el "único medio hábil para corromper" sería el acceso carnal, con la condición adicional de que "efectivamente se corrompe".

Se extiende ahora en interesantes disertaciones doctrinales, jurisprudenciales y gramaticales sobre el contenido y significado de la expresión "corromper", para concluir que "podría entenderse que la corrupción sexual consiste en inculcar a una mujer -menor de diez y seis años y mayor de catorce- costumbres y sentimientos que alteran su personalidad, encaminándola a la descomposición física y moral". La ley no precisa diferencias entre las dos formas de corrupción, luego han de tenerse en cuenta ambas. Una mujer corrompida sexualmente es la que ha tergiversado su conducta y aunque ordinaria y ocasionalmente vuelva a la naturalidad, lleva consigo el conocimiento y la práctica de un vicio o una serie de aberraciones. "Las afirmaciones anteriores las respalda el demandante con abundante cita de autores nacionales y extranjeros, para concluir que 'el acceso carnal no corrompe, ni tiene en sí mismo irregularidad deformante'. Es un acto que viene de la naturaleza y como tal, acto puro. Sin embargo, puede rebajarse en manipuleos desdorosos que, cuando se ejecutan en la persona indicada por el artículo 326, pueden impulsar al proceso corruptor".

De lo anterior se concluye que en el caso que se examina, no ha existido la corrupción que, como se vio, es elemento esencial del delito y efecto, además, causado por el acceso carnal, por cuanto que "la denunciante sale exenta de todo maleficio que hubiera podido contaminarla, y, en vez de encontrarse en un estado humillante por efecto del vicio, goza de sus atributos personales de libertad y dignidad. Esas condiciones biológicas y psíquicas que acompañan a quien ha perdido su autodeterminación en cuestiones sexuales, unida al rebajamiento en prácticas tan anormales, no sólo no tuvieron

ocurrencia, sino que no podían tenerla, dadas las calidades morales de la presunta víctima. Aquí no hay sujeto pasivo de corrupción... (porque) la conjución carnal, caso de darse por establecida, no derivó hacia perversas costumbres, ni abatió las concepciones de la ofendida respecto de la normalidad de la copulación. "Todo lo anterior encontraría demostración en los autos principalmente si se considera la versión de la ofendida sobre la forma, los modos, los fines, las razones que tuvo para entregarse sexualmente al sindicado.

"Con la misma prueba más valorada -dice el recurrente- es decir, con las declaraciones de la denunciante y de su hermana, pretende instituir tanto el acceso carnal como la corrupción, pero resulta que no quedó establecido ni el medio corruptor ni mucho menos el efecto, que es la corrupción misma", de donde surgiría el error de derecho alegado como sustento del recurso.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal -encargado- acoje integralmente los planteamientos del recurrente y solicita a la Corte "casar la sentencia recurrida y en su lugar absolver al procesado".

Hacen parte del concepto las siguientes afirmaciones:

1. "El cargo único formulado a la sentencia acusada consistente en ser violatorio de la ley penal sustancial por error de derecho en la apreciación de los testimonios rendidos por la denunciante y su hermana y en el dictamen médico-legal practicado a aquélla, está llamado a prosperar";

2. Luego de transcribir diversos apartes de la versión ofrecida por la menor en las varias diligencias a que fue sometida, dice el Delegado que "de la anterior transcripción se infiere que las respuestas dadas por la presunta ofendida resultan evasivas, reticentes y en grado sumo dubitativas respecto al acceso carnal a que la sometió el procesado mediante su consentimiento".

3. Luego del necesario examen relativo al conocimiento que la menor tenía sobre cuestiones sexuales, afirma que "no cabe duda que los falladores en las instancias apreciaron erróneamente el testimonio de la denunciante respecto al acceso carnal con el procesado, el dictamen médico-legal y la declaración de Dora Villamil de Puello; error de valoración que los llevó a dar por demostrado, sin estarlo, el acceso carnal y la consiguiente corrupción de la menor. Es decir, que el error de derecho en la apreciación de estos medios de convicción trajo como consecuencia el quebranto de la norma penal sustantiva aplicada en la sentencia impugnada", por lo que, el cargo prospera.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En una reciente decisión de esta Sala se hicieron precisiones sobre el alcance de las hipótesis previstas en el segundo inciso del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, relativas a los conceptos de error de hecho y de derecho, que por su claridad e importancia conviene transcribir así:

Concepto del error de hecho: "Tres son las formas posibles del error de hecho: 1.)El sentenciador ignora la existencia de una prueba que, si la hubiese valorado, habría definido el proceso en sentido diferente; 2.) El sentenciador presume la existencia de una prueba de naturaleza preponderantemente conclusiva; y 3.) El sentenciador distorsiona o falsea el sentido de la prueba en que funda su juicio de forma que su interpretación por él vale lo mismo que haberla supuesto o suprimido".

Concepto del error de derecho: "Son dos las versiones del error de derecho en la apreciación de las pruebas: 1.) El sentenciador admite y le concede valor probatorio a un hecho aducido al proceso, irregularmente, con omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción; y 2.) El sentenciador valora un hecho probatorio y le otorga mérito superior o inferior al que le fija el legislador".

En desarrollo de las premisas anteriores, se lee en la referida sentencia, que "el error de hecho manifiesto recae sobre la

realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona. El error de derecho, en cambio, toca directamente con la norma que regula la forma de su aducción al proceso, o le fija su mérito legal de convicción. En su primera hipótesis, el error de derecho consiste en que el sentenciador aprecia un hecho real del proceso al que el legislador niega todo valor por haber sido aportado a él sin la observancia de sus requisitos procedimentales. En segunda, el sentenciador otorga a un hecho real del proceso, bien aducido a él, un valor diferente del que le ha sido precisado legalmente" (Casación de primero de septiembre de 1977, Magistrado doctor Velasco Guerrero).

Aplicar al caso en examen las precisiones anteriores, resulta tarea fácil. Se afirma, por el demandante, la existencia de un error de derecho en la segunda de las modalidades indicadas, o sea en la resultante de un exceso en valoración de la prueba del que le ha fijado el legislador a la misma. En el caso *sub examine* se trataría de un exceso, en la valoración por el *ad quem* de los testimonios de la denunciante y el de su hermana, como también del que le otorgó al dictamen médico-legal, de acuerdo con el cual, en el caso de la menor Silvia Helena Méndez se estaba en presencia de un himen dilatable o complaciente que seguramente imposibilitó la demostración plena, por ese aspecto, del acoplamiento sexual con el sindicado.

Sin embargo, no dijo el recurrente cual es el valor probatorio que la ley otorga a la prueba testimonial o a la practicada por peritos cuyo rebasamiento constituye el indicado error de derecho.

Y, naturalmente, no podía el censor indicar el valor probatorio que la ley otorga a la prueba testimonial, por la simple razón de que, como claramente lo indica el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal "al juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas sobre la crítica del testimonio, etc.". Es decir, que como ha sido expuesto en forma tan reiterada, la ley procedimental colombiana abandonó el sistema de la tarifa legal de las pruebas y concedió amplio margen al fallador para su apreciación, lo cual significa que en materia de prueba testimonial, no es posible que se presente la hipótesis planteada por el demandante, porque ello implicaría un enfrentamiento entre el criterio del fallador que al analizar el mérito probatorio de la prueba, ha llegado a un determinado convencimiento, con el criterio del censor, que al hacer el análisis de la misma puede llegar a conclusiones diversas.

Igual discurso merece la censura que se hace al dictamen médico-legal ya que de acuerdo con lo estatuido por el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen no es por sí plena prueba y su valor lo deja el legislador a la apreciación del juez, con la sola condición de que su aceptación o rechazo sean motivados.

Mucho menos se daría la otra hipótesis del error de derecho, que no ha sido planteada en la demanda, y relativa a las irregularidades o formalidades previstas en la misma ley para la aducción de la prueba al proceso.

Pero auncuando la demanda adolece de la falla fundamental anotada téngase en cuenta, sin embargo, que el Tribunal en la sentencia recurrida hace un análisis muy certero sobre las razones por las cuales determinó otorgar el valor preeminente a las pruebas de cargo sobre las cuales apoya la sentencia, así:

"El Tribunal reitera sus argumentaciones expuestas en el auto calificatorio del mérito del sumario -se lee en la sentencia- es decir cuando se confirmó el pliego de cargos elevado por el *a quo*. Ciertamente la menor Silvia Helena rindió una versión que es digna de credibilidad ... debiendo por ende aceptarse la ejecución del acto sexual en la menor por parte del abogado Vélez. Justamente la forma como la menor perjudicada expuso en una de sus ampliaciones de denuncia la realización del acto sexual, en su primera ocasión, con Vélez, así como los actos libidinosos que aquél ejecutara con anterioridad al coito, demuestran en la ofendida la veracidad de su dicho, sin titubeos de ninguna clase, su exposición clara y no contradictoria; lo que fortalece aún más la credibilidad que esta Corporación y el

a quo han dado a su dicho". Y, más luego; "Otro punto de importancia del otro proceso es el señalamiento efectuado por Silvia Helena en cuanto que el encartado tiene unos lunares en la parte alta de la espalda, hecho este que no fue controvertido por Vélez en el expediente", etc.

De modo que, no resulta en forma alguna jurídico, montar una hipótesis de error de derecho, como lo quieren el demandante y el Procurador, para enfrentar el criterio del fallador con el de la parte, relativo a la valoración que uno y otros dan a la prueba aportada al proceso, a la que, como se dijo, no otorga valor probatorio especifico la ley.

Sin embargo de lo anterior, resulta muy pertinente comentar algunas de las afirmaciones del censor relativas a la interpretación de los textos legales sobre el delito imputado a su representado.

Es incuestionable que la reforma introducida por el Decreto 522 de 1971 al artículo 326 del Código Penal varió el contenido de la disposición original, pero seguramente no con los alcances que le atribuye el memorialista. La primitiva norma, evidentemente, no se refería al efecto de la corrupción lograda a través del acceso carnal con la menor colocada como parte integrante del elemento material de la infracción (conducta), sin embargo de lo cual, debe considerarse que habiendo distribuido la materia delictiva el Código en la parte especial con fundamento en la consideración del INTERES JURIDICO tutelado y no en el respectivo artículo, sino en el correspondiente Título, dividido a su vez, en Capítulos, y refiriéndose el V, precisamente a la "corrupción de menores", no podía ser otro el interés jurídico tutelado que el que versa sobre la integridad física y moral de la ofendida relacionada con la actividad sexual. Y si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 325 del Código Penal, el resultado corruptor, y por consiguiente, la consumación del ilícito se entendía perfeccionado con el hecho de ejecutar "actos eróticos sexuales", que no necesariamente se concretaran en el acceso carnal, con mucha mayor razón debería entenderse que el resultado corruptor se había logrado, cuando el acto erótico-sexual se cumplía con el acceso carnal, que era la previsión contenida en el artículo 326 *ibídem*, por la simple razón, más de lógica que de derecho, de que la conjunción carnal constituye fisiológicamente el acto libidinoso por excelencia.

Resultaría absurda la interpretación que se diera al texto legal, antes de la reforma, si se afirmara que cuando mediante actos eróticos sexuales, diversos del acceso carnal se perfeccionaba el delito de corrupción de menores, porque se habría logrado la corrupción de la menor, no así cuando en cambio de actos libidinosos el agente efectivamente hubiera realizado el coito con la menor, por cuanto que ese acto no resultaba idóneo para lograr el mismo efecto que consuma el reato, o sea la corrupción.

"Que, sea también la conjunción carnal un acto libidinoso escribe MARIO MANFREDINI, no sólo en el sentido considerado por nosotros como suficiente a integrar el elemento del delito, sino también en el significado de ser capaz de una corrupción moral, es cuestión sobre la cual existe conformidad de criterios; y es cuestión de mirar las cosas en la realidad, porque es obvio que la conjunción carnal es acto fisiológico cuando es realizado con intención biológica; pero es siempre acto libidinoso cuando se usa para la satisfacción pura y simple del deseo sexual; y es acto libidinoso cuando se ha realizado aisladamente, diremos así, del fin biológico. De todos modos es la puerta a la actividad sexual, es el medio por el cual la sexualidad se despierta en su más alto grado" (M. Manfredini, Trattato di diritto Penale, 2ª ed. Vol. IX, p. 194).

Pero en donde mayor énfasis ha puesto el censor para demostrar la inexistencia del delito de corrupción de menores en el caso de autos, es en el relativo a la prueba, a la demostración de la corrupción como efecto de la conducta realizada por el procesado, aceptando, desde luego, que éste yació con la menor. Es claro que el delito, de acuerdo con la nueva normación introducida por el Decreto 522, ha sido configurado como delito de resultado, de daño, y no de mero peligro presunto o concreto. Es claro también que debe existir, como sucede en todos los

delitos materiales, un nexo o relación de causalidad entre la conducta y el resultado o efecto que consuma el reato.

Lo fundamental en este caso es determinar si para la existencia del ilicito, hay necesidad de demostrar fehacientemente que existió la corrupción como efecto o resultado de la conducta del agente.

Y, en caso de que esa demostración sea necesaria, deberá indicarse por cuáles medios ha de lograrse, todo esto por la simple razón de que el concepto corrupción no es objetivo, real, palpable por los sentidos, por lo menos no, en la generalidad de los casos por no tratarse de un evento o resultado naturalístico, sino jurídico-social que como lo afirma algún autor, por tal debe entenderse "el estado fisiopsíquico en que se encuentra una persona menor a causa del intempestivo y anormal resurgimiento de los instintos sexuales y de la consiguiente necesidad de satisfacerlos". Estado de corrupción que el mismo autor dice, puede manifestarse también "en una perturbación moral, en el sentido de que en el individuo debe existir la conciencia, aún rudimentaria y confusa, de la naturaleza y valor de la perturbación física, y con ella la determinada voluntad de satisfacer, de modo normal o anormal, completo o incompleto, el estímulo sexual" (Mario Dondina "Corruzione di minoreni, en Novissimo digesto italiano", Vol. IV, p. 906).

Se sostiene en la demanda la inexistencia del resultado corrupción y por lo mismo la del delito, por cuanto la menor "sale exenta de todo maleficio que hubiera podido contaminarla, y en vez de encontrarse en un estado humillante por efecto del vicio, goza de sus atributos personales de libertad y de dignidad. Esas condiciones biológicas y psíquicas que acompañan a quien ha perdido su autodeterminación en cuestiones sexuales, unida al rebajamiento en prácticas tan anormales, no sólo no tuvieron ocurrencia, sino que no podían tenerla, dadas las calidades morales en la presunta víctima". Que, de otra parte, "la conjunción carnal, caso de darse por establecida, no derivó hacia perversas costumbres, ni abatió las concepciones de la ofendida respecto de la normalidad en la copulación".

Es decir, que en sentir del escritor, para que se consume el delito de corrupción de menores, definido y sancionado en el artículo 326 del Código Penal, es necesario, indispensable, que la menor, luego de las prácticas corruptoras, y como resultado de las mismas, haya terminado indefectiblemente, por lo menos en la prostitución. Si la menor, como lo quiere el censor, por sus frenos morales, por su formación personal y de hogar, por su cultura, o por cualquiera otra razón no se dejó contaminar psicológica y moralmente de las prácticas corruptoras del agente, no se habrá dado el delito de corrupción de menores.

Pero como el casacionista entiende que la forma gramatical como está concebida la nueva disposición fue traída del Código Italiano de 1889, es conveniente citar a uno de los comentaristas de dicho estatuto, que sobre este preciso tema enseña. Así escribe Pasquele Tuozzi:

CORRUPCION: Este es otro elemento que completa el delito en examen. Pero en qué debe consistir la corrupción? Luego de hacer el comentario a la relación Zanardelli sobre el tema, y la opción de diversos autores y de la jurisprudencia italiana de la época dice: "Impallomeni en su código ilustrado observó bien que la corrupción no debe ser una simple perversión ideal, sino una perversión también de los sentidos. Pero estas palabras deben ser entendidas también en el sentido de que la corrupción no puede consistir en una abstracción, sino en algo real, por lo que justamente hubo de afirmar la Cámara de Diputados que un acto fugaz, solamente lesivo del pudor, no puede considerarse como corrupción. Pero, entonces ésta debe ser precisamente de hecho".

"Debe haberse revelado en acciones lascivas posteriores del menor, las cuales demuestren que éste se ha corrompido? Deberá aportarse al proceso la prueba de estas acciones para que quede demostrado que el menor se ha prostituido? El requerir la prueba de la sobrevenida y efectiva corrupción es una exageración no requerida por la índole del delito, puesto que no debe hacerse el proceso a la víctima, sino a quien le ha convertido en tal. La corrupción debe ser sólo un efecto de los actos libidinosos, un efecto que es re-

cogido por el menor, constreñido a asistir o a padecer lascivias, las que naturalmente genera en él nuevos apetitos de naturaleza lujuriosa. Pero de este producirse no es debida la prueba, basta con que los actos libidinosos realizados por el imputado sean verdaderamente tales, es decir, sean capaces de hacer germinar en el ánimo del menor tales apetitos, para que el delito se complete. La corrupción puede ser por tanto solamente moral, y no ocurre que también sea física, ni de la misma corrupción moral deberá aportarse la prueba. Ella es un factor que el juez recaba de los actos atribuidos y probados a cargo del corruptor. '(I delitti contro il buon costume e l' ordine delle famiglie' ". En enciclopedia dirigida por E. Pessina, t. IX. p. 243 ss.).

En el mismo sentido se pronuncia en ya citado MANFREDINI cuando escribe que "al efecto que se requiere de la acción del culpable, es el de que corrompa *al menor. El corromper, para nosotros, significa el hecho de la sustracción del menor de la tutela jurídica constituida para él en relación con la función sexual de la cual es incapaz; por tal situación él se encuentra en estado de corrupción jurídica; es frente al derecho penal sexual,* mandado a mal. *En efecto, si es verdad que el derecho separa de la moral, debe entenderse que aquí no podía la ley preocuparse de la deshonestidad o menos como elemento demostrativo del delito: tales peligros están comprendidos en la defensa pero no representan elementos jurídicos. En cambio parece más seguro que el hecho que se toma como referencia para la sanción es la* antijuridicidad específica *de la acción reprimida; y esta antijuridicidad no puede encontrarse* desde el punto de vista de la necesidad penal, *que en la deficiencia de las garantías por las cuales se evidencia la ya recordada idoneidad del menor. 'Por lo mismo, insiste el autor', es evidente la imposibilidad práctica de una prueba de la contaminación de la conciencia, o de un desconocimiento precedentes de ciertas lascivias... etc' " (op. cit. p. 196).*

Por ello también, debe afirmarse que en tratándose de delitos de corrupción de menores, como ha sido reconocido por la jurisprudencia extranjera, la circunstancia de que se trata de menor ya corrompido, lo excluye el delito, pudiendo perfectamente una mayor corrupción arrastrar a la perdición de todo sentido moral al impúber, que, apenas iniciado en el mal, podía enmendarse y reintegrarse a la vida honesta.

Es indiscutible por tanto, que el fenómeno de la corrupción como aptitud moral y psicofísica del menor, admite diversos grados de intensidad, y que, por consiguiente, cuando por ejemplo, se pretenda afirmar la inexistencia del ilícito por ausencia del objeto jurídico de la tutela penal, habría que demostrarse que el menor estaba suficientemente corrompido siendo por tanto inoperante la tutela penal. Corrupción que se concretaría en un gradual proceso de desviación de los sanos principios éticos, que en un determinado momento histórico disciplinan el orden moral referido al ejercicio de las funciones sexuales.

No cualquier experiencia sexual será fundamento para afirmar que el menor está moralmente corrompido, siendo necesariamente que éste haya logrado aquel estado de insensibilidad, de indiferencia a los reclamos de la conciencia que lo coloquen en situación de realizar sin repulsión aquellas acciones que por su deshonestidad suscitan en la colectividad un sentimiento de repugnancia.

Situación que no es precisamente la de la menor, como parece sospecharlo el Procurador cuando afirma que la menor, "estaba ampliamente ilustrada sobre la naturaleza y consecuencias del acto sexual; conocía en detalles pormenores del mismo y sabía a qué se exponía al unirse carnalmente con el denunciante", por lo que, sería sujeto no idóneo para la configuración del reato.

Con vista en las razones expuestas, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia y en nombre de la República y por autoridad de la ley re-

suelve: *NO CASAR* la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

VEREDICTO

Cuando el Jurado responde: "Sí es responsable pero en legítima defensa de su vida", ese veredicto no es contradictorio

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre diecisiete de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero*

Aprobado: Acta Nº 76

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de 14 de febrero último dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, dentro de la causa seguida contra PEDRO IGNACIO CARRILLO PEREZ por el delito de homicidio.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los narra el juzgado del conocimiento de la siguiente manera:

"...El viernes veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y cinco, en el sitio 'El Ensayadero', zona urbana del municipio de El Cocuy, alrededor de las cinco de la tarde, en la cantina de Rosendo Mora se encontraron José Abigaíl Suárez, Arcenio y Teodor o Teodoro Carrillo y luego de ingerir algunas cervezas, emprendieron su regreso hacia sus casas y como a unos treinta metros de dicha cantina se suscitó una riña entre los hermanos Arcenio y Teodoro Carrillo Daza por una parte y José Abigaíl Suárez por otra, riña a la cual intervino Marco T. Camacho Pérez quien se encontraba en avanzado estado de embriaguez. Dentro de la riña Marco Tulio Camacho Pérez esgrimió una olla y un cuchillo en contra de Teodoro Carillo Daza sin haberlo alcanzado a herir lo que hizo que Arcenio Carrillo Daza interviniera en defensa de su hermano con una piedra con la cual lesionó a Marco Tulio Camacho Pérez. Estando la riña desarrollándose se presentó Hipólito Daza Leal a caballo, trató de servir como mediador invitando a los contendientes a que se calmaran y hacia pasar el caballo por el medio de los contrincantes y en esas comparecieron al lugar de los hechos Pedro Ignacio Carillo Pérez, Ricardo Carrillo Quintana y su esposa María Narcisa Carrillo de Carrillo. Encontrándose en estado de embriaguez Teodoro Carrillo Daza se le enfrentó a Pedro Ignacio Carrillo y éste le dio una cachetada lo que hizo que Hipólito Daza le manifestara a Pedro Ignacio Carrillo Pérez: 'Lo que es con los muchachos es conmigo', desenfundó el revólver hizo un disparo, Pedro Ignacio Carrillo desenfundó su revólver le disparó a Hipólito Daza Leal y luego se trenzaron a disparos los dos contrincantes habiendo caído de muerte Hipólito Daza Leal...".

El Juzgado Promiscuo Municipal de El Cocuy declaró abierta la investigación en auto de 24 de mayo de 1975, recibió numerosos testimonios para su perfeccionamiento. Comisionado el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Viterbo, éste oyó en indagatoria a Pedro I. Carrillo Pérez y a Ricardo Carrillo, decretó la detención preventiva al primero y ordenó la libertad incondicional del segundo.

Practicadas nuevas pruebas dentro de la etapa investigativa, ésta se declaró cerrada por el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo. En auto de 31 de octubre de 1975 sobreseyó temporalmente en favor de Carrillo Pérez y definitivamente a los demás procesados. Recurrida la decisión por la parte civil, el Tribunal Superior de la misma ciudad, residenció en juicio criminal a Pedro Ignacio Carrillo y sobreseyó temporalmente en favor de Ricardo Carrillo.

Llevada a cabo la diligencia de audiencia pública el 26 de agosto de 1976, el Juzgado de Instancia dictó sentencia absolutoria en favor de Carrillo Pérez y dispuso su libertad provisional. Recurrida por el Ministerio Público y la Parte Civil, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo la confirmó el 14 de febrero último.

Admitido el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la Parte Civil, en auto de 5 de agosto del corriente año se declaró ajustada la demanda, por su aspecto formal, y se dispuso la continuación del trámite del recurso.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal tercera de casación, el actor hace un cargo a la sentencia recurrida que expone así:

"En la sentencia impugnada el Tribunal declaró que el procesado Pedro Ignacio Carrillo Pérez, al disparar el arma contra Hipólito Daza lo hizo en legítima defensa de su vida, y por lo tanto exento de toda responsabilidad, en abierta contradicción con el veredicto, el cual en su primera parte, afirma precisamente la responsabilidad del acusado. Por lo tanto, al proferir esa providencia el Honorable Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo acogiendo en parte el veredicto y rechazándolo en otra, aceptó un veredicto contradictorio . . .".

Y para sustentar el cargo arguye:

"Analizando el veredicto del Jurado encontramos dos respuestas; en la primera afirma la responsabilidad del procesado, y en la segunda, lo exime de ella mediante el reconocimiento de la legítima defensa, conteniendo por lo tanto una afirmación y una negación de la responsabilidad".

"Si el jurado no hubiera querido responsabilizar al acusado, le habría bastado con emitir su veredicto conforme se lo solicitó la defensa, en donde se dice que No, por haber obrado en legítima defensa, en contraposición a la parte civil y la Fiscalía que pidieron un Sí es responsable".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita se deseche la demanda y con fundamento en reciente jurisprudencia de esta Sala, concluye que el veredicto emitido por el jurado no es contradictorio por no contener premisas excluyentes entre sí, y que fue acertadamente interpretado y acogido como absolutorio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La contradicción que del veredicto afirmada por el recurrente, lo es tan sólo en apariencia.

Preguntado el jurado de conciencia si "PEDRO IGNACIO CARRILLO PEREZ, hijo de PEDRO IGNACIO CARRILLO y ROSALBINA PEREZ, casado con JUANA PEREZ, de 33 años de edad, agricultor, natural y vecino de El Cocuy, quien hizo un año de estudios primarios, lee y escribe, es responsable, SI o NO, de haber dado muerte, con intención de matar a HIPOLITO DAZA LEAL, en hechos que tuvieron ocurrencia el día 23 de mayo de 1975, en el sitio 'El Ensayadero' zona urbana del municipio de El Cocuy, a eso de las 5 p. m. y a consecuencia de heridas causadas con arma de fuego (revólver)?, contestó por uninimidad:

"SI ES RESPONSABLE DE LA MUERTE DE HIPOLITO DAZA, PERO OBRO EN LEGITIMA DEFENSA DE SU VIDA".

La respuesta no configura de veras una oposición contradictoria que haga imposible la conciliación entre sus extremos.

Obsérvese que el jurado no afirma y niega al tiempo el hecho por el cual se le interroga.

Por el contrario, el jurado contesta al interrogatorio con dos afirmaciones: La primera, SI ES RESPONSABLE, y la segunda, OBRO EN LEGITIMA DEFENSA, antecedida de una preposición adversativa.

Es la clásica oposición polar en que los dos términos se afirman al tiempo, pero en sentido diferente. El segundo no niega al primero. Este afirma la responsabilidad, el segundo su justificación. Y en tales circunstancias, no cabe duda, que una responsabilidad justificada legalmente, no lo es, y, por contraste la oposición jurídica contenida en la respuesta "SI ES RESPONSABLE, PERO OBRO EN LEGITIMA DEFENSA" examinada en su totalidad, en su exacto sentido, evidencia que el jurado reconoce que el procesado sí es el autor del homicidio que se le atribuye, pero en legítima defensa.

De las dos afirmaciones del jurado, una, -la segunda-, es de mayor jerarquía. La primera es su complemento. Las dos conforman un tipo jurídico penal de carácter permisivo. O, como lo dice con acierto el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la afirmación de responsabilidad por el hecho físico de la muerte no significa oposición ni antagonismo con la legítima defensa que reconoce el jurado, puesto que la conjunción que une los términos de la aparente contradicción no es sino la explicación calificada del primero por el segundo. Refiriéndose al segundo de los extremos, legítima defensa en aparente antagonismo, con la afirmación de responsabilidad, ha dicho recientemente la Corte:

"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 cancelar la discusión de si se trata o no de respuesta contradictoria. No ha sido suficiente vincular la primera parte 'sí 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, aún en el propio legislador permite considerar la expresión 'si es responsable', cuando concurre con dos 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. Si, porque entre esta 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". (Sentencia de 26 de febrero de 1976. Magistrado ponente, doctor Gustavo Gómez Velásquez)".

La Corte reitera esta jurisprudencia y con fundamento en ella, en 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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

DICTAMEN PERICIAL

No hay nulidad cuando falta el avalúo pericial, cuando de otras formas se puede determinar la competencia en los delitos contra el patrimonio

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., noviembre diecisiete de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 76 de Noviembre 17/77

V I S T O S

Resuelve la CORTE el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados Hernán Galeano Galeano y Segundo Plinio Hernández, contra la sentencia que por un delito de "Robo" emitió para ellos el Tribunal Superior de Villavicencio el día 10 de junio de 1976. La primera instancia se cumplió en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Acacías. El recurrente presentó dos demandas pero la correspondiente a Galeano Galeano resultó extemporánea y, por tanto, mediante auto del 21 de febrero de este año, se declaró desierto el recurso para él. El examen que emprende la SALA se contrae a lo relacionado con la demanda que se refiere a Hernández.

1. Los hechos que dieron origen a la formación del proceso:

Samuel Augusto Gutiérrez Cohecha estaba encargado de la conducción de un camión de propiedad de Joselín Sanabria Fuentes. Por el día 19 de abril de 1975 fue contratado en Villavicencio para el transporte de plátanos de San Isidro de Chichimene a Bogotá. En el camión viajaban Gutiérrez Cohecha, su mujer Herminia Rojas y uno de los individuos que le contrataron. Este le pidió detuviera el vehículo por los lados de un paraje denominado "Caño Maizaro" y allí lo abordó un segundo personaje. Más tarde y cuando pasaban por el puente de Acacías subió una tercera persona. Adelante, en un sitio de la carretera que conduce a "La Esperalda" se le dio orden de parar el vehículo y los tres individuos le manifestaron que se trataba de un atraco. Gutiérrez Cohecha y su mujer fueron atados y amordazados y llevados a un "rastrojo". A los dos los despojaron de algunas de sus pertenencias y se llevaron el camión. Este vehículo fue decomisado en Melgar el día 23 de abril en poder de Hernán Galeano Galeano y Segundo Plinio Hernández, con las placas cambiadas. En la investigación Gutiérrez Cohecha y su mujer reconocieron en fila de personas a los dos capturados como dos de sus asaltantes. Galeano Galeano y Hernández negaron toda participación en ellos. El tercer individuo no fue individualizado ni identificado.

2. La actuación procesal subsiguiente:

La denuncia en este asunto fue formulada por Samuel Augusto Martínez Cohecha ante la Inspección Primera de Policía Municipal de Acacías el día 20 de abril de 1975. El decomiso del camión se efectuó el 23 de abril en Melgar. Se trata de un vehículo de la marca "Ford", modelo 1961, tipo estacas, colores marfil y rojo, con capacidad para 5 toneladas, Serie F 60DOE-40665, afiliado a la empresa de transportes "Sotrallano". Al momento del decomiso tenía las placas SA-78-52 que se estableció eran falsas. Conducía el camión Hernán Galeano Galeano y fue capturado junto con Segundo Plinio Her-

nández que le acompañaba. Este se había presentado a la Inspección 15 Distrital el mismo día 23 a denunciar la pérdida de los papeles que acreditaban la propiedad del vehículo. Se expidió, en consecuencia, la tarjeta de operación Nº 021220 en donde aparece como propietario Jaime Anzola Hoyos, individuo este de quien dice haber recibido el vehículo Galeano Galeano. Estos papeles también se refutaron falsos. Luego de la indagatoria de los dos capturados se les detuvo mediante providencia del 5 de mayo de 1975 (Fl. 31).

Cerrada la investigación, se calificó la sumaria mediante auto de proceder, para los dos indagados, del 13 de octubre de 1975 (Fl. 134). La delincuencia examinada se ubicó en el artículo 404 del Código Penal, porque, se dijo en la providencia correspondiente, se cometió en despoblado (Num. 1º) y se maniató y amordazó a Gutiérrez Cohecha y a su mujer (Num. 4º). También se dijo que el asunto era agravado por la cuantía superior a diez mil pesos ($ 10.000.00), y se citó el artículo 404 del Código Penal para traer una agravante del hurto, la del numeral 2º del artículo 398, que se cita expresamente y que se refiere a la cuantía superior a dos mil pesos ($ 2.000.00), y la del numeral 5º del mismo artículo por ser tres (3) los autores del hecho. Esto sin perjuicio de traer a colación también el artículo 399 del Código Penal que establece una agravación por cuantías superiores a diez mil pesos ($ 10.000.00). La audiencia pública se realizó el día 26 de enero de 1976 (Fl. 155). y la sentencia de primera instancia, mediante la cual se impuso a los procesados la pena de seis (6) años de presidio, se emitió el día 12 de febrero del mismo año. Por el día 10 de junio siguiente se produjo la sentencia de segunda instancia,, mediante la cual el Tribunal Superior de Villavicencio elevó a diez (10) años de presidio la pena impuesta en la primera instancia. Contra esta última providencia se interpuso el recurso que ahora ocupa a la SALA.

3. La demanda de casación y las causales que invoca:

En primer término agita el demandante la causal 1ª que prevé el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y dice que la sentencia impugnada viola los artículos 215 y 136 del Código de Procedimiento Penal, las normas sustanciales que rigen las penas en el Libro II, Título XVI, Capítulo II del Código Penal, y las contenidas en la Ley 21 de 1973. Para sustentar el cargo afirma que el Tribunal de Villavicencio se refirió y tuvo en cuenta la prueba de cargo pero olvidó que Gutiérrez Cohecha es el denunciante y, por tanto no es testigo, al paso que su mujer, resulta ofendida en este asunto y, por tanto, su narración es interesada como la de su marido. En cambio, agrega, se le niega toda credibilidad a testigos como Felisa Hernández de Arroyo, Marco Tulio Garzón y Saturia Arroyo de Fernández, quienes declararon en apoyo de la coartada de Hernández que dice haber estado en casa de su madre el día de los hechos. En cuanto a los informes policiales, dice, solamente demuestran que en poder de sus patrocinados se encontró el vehículo robado, pero ellos dan explicaciones satisfactorias acerca de cómo llegó ese vehículo a poder de ellos y Manuel Antonio Medina Méndez corrobora sus dichos. Concluye por decir que se viola directamente el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal sobre prueba plena y completa para condenar por que se desconoce todo valor a la prueba de exculpación ya que no se observan en sus análisis las normas que trae el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, y los reconocimientos en fila de personas que se efectuaron tampoco se ajustan a las previsiones legales. Por estas razones, dice, la sentencia impugnada "viola directamente las normas precitadas por cuanto al contexto mismo de la providencia, implica un desconocimiento total y absoluto de tales ordenamientos y el conocimiento de la normatividad es obligatorio, lo contrario constituye su más ostensible y directa violación". La copia es textual.

Un segundo cargo lo califica de "errónea apreciación de hecho" y dice que la sentencia impugnada es violatoria del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal "por cuanto por errónea apreciación en la estimación legal de la prueba, se llegó a la sentencia condenatoria". Para sustentar el cargo afirma que la prueba

arrojaba "una duda verdaderamente insalvable", pues la de cargo es incompleta y la de descargo plantea la duda de que habla. Hay "errónea interpretación de los hechos materia del proceso" y "ello conlleva también un error en el derecho que se trata de aplicar".

Como segunda causal de casación invoca el demandante la establecida en el numeral 4º del artículo 480. Dice que es una nulidad de carácter supralegal la que agita por inobservancia de las formas propias del juicio. Lo anterior porque, alega, no se trajo al proceso la prueba de la cuantía de la infracción y agrega como explicación: "es decir, sobre la materialidad de la misma". Inmediatamente ya habla de la pluralidad de sujetos activos en la consumación de hecho y dice que de ella hablan el denunciante y su mujer y, a pesar de esto, solamente dos de los tres se vincularon al proceso. Esa tercera persona la dice "seriamente comprometida en los hechos" y, bien se ve que no fue indagada ni emplazada (artículos 381 y 386 del Código de Procedimiento Penal), "ni tan siquiera se ordenó su captura". Jaime Anzola Hoyos, de quien los dos sindicados afirman haber recibido el vehículo, "no fue tampoco vinculado al proceso en forma alguna" y "Esa habría sido la única forma de establecer o ratificar la responsabilidad que le hubiera podido corresponder a mis mandantes, de ahí nace la importancia procesal de la nulidad planteada, ya que la inocencia alegada se hubiese declarado". No hubo, en consecuencia, "las debidas garantías de defensa" y ello motivó la decisión en su contra.

"Una tercera causal la encuentra en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal "por aplicación indebida de la norma". Se aplicó indebidamente, dice, el artículo 404 del Código Penal que había sido reformado por el 9º de la Ley 21 de 1973. No se podía hablar de agravante en razón de la cuantía porque ésta no se estableció. Tampoco se tuvo en cuenta que no tenían los procesados antecedentes penales. Y las causales 5ª, 8ª y 9ª del artículo 37, que trata sobre circunstancias de mayor peligrosidad, no están comprobadas. La indebida aplicación de la norma se refiere únicamente a la dosificación de la pena.

Sus solicitudes son: a) Invalidar la sentencia acusada y en su lugar proferir fallo definitivo y absolutorio; b) Invalidar todo lo actuado desde el auto de detención, inclusive, y c) Reformar la sentencia acusada en cuanto a la dosificación de la pena.

4. La contestación del Ministerio Público:

El Ministerio Público, representado esta vez por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita casar parcialmente la sentencia impugnada y dictar la que deba reemplazarla "rebajando la pena impuesta al procesado Segundo Plinio Hernández". En lo demás considera que no debe prosperar ningún otro cargo.

En la eliminación de los otros cargos procede, como es de rigor, el examen de la nulidad del juicio en el cual se emitió la sentencia impugnada, nulidad ésta que apoya el demandante en la cuarta causal de casación. Se refiere aquí a la cuantía del asunto y dice que la falta de un avalúo de bienes no genera nulidad en este caso, ni de orden legal, ni de orden constitucional aunque repercute sí en la fijación de la competencia y en la dosificación de la pena. Tampoco hay nulidad en el hecho de no haber vinculado a una u otra persona al proceso, aunque sean las propias víctimas las que hablan de la presencia de un tercero. Para estos casos, dice el Ministerio Público, trae el Código de Procedimiento previsión expresa en el artículo 482.

El cargo fundamentado en la causal primera lo reduce, en concepto del Ministerio Público, a un análisis de prueba, "sin llegar a demostrar el error en la valoración de los medios de convicción ni la incidencia que dicha equivocación pudo tener en las conclusiones del fallo acusado". Le apunta, además, una contradicción al decir que la prueba inculpatoria que surge de las declaraciones de Gutiérrez y de su esposa fue erróneamente apreciada en la sentencia y al decir, acto seguido, que no pueden ser estimadas como pruebas ni otorgárseles valor alguno. Hay, pues, fallas de técnica en la formulación de la tacha. Agrega que bien sabido es que tan-

to el dicho del denunciante como el de la víctima son testimonios que deben ser analizados por el juzgador de conformidad con lo que establece el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal y que tal labor la cumplieron los juzgadores de instancia. El segundo cargo fundamentado en esta misma causal, dice el Ministerio Público, es repetición del anterior y se resiente de la misma falta de técnica. Parte de la base de que la prueba incriminatoria es incompleta e ilegalmente producida y, sin embargo se la dio por existente y se ignoró que ella planteaba una duda insalvable que debió ser tenida a favor del reo. En este orden de cosas, apunta, se analizaron las pruebas que surgen de las declaraciones de los parientes del procesado Hernández y se les negó credibilidad por las razones que en los fallos se dan y se llegó a la convicción de que la prueba recogida "es de tal gravedad y precisión que descarta completamente el fenómeno de la duda acerca de su autoría y responsabilidad". En este punto opone el demandante su propio criterio al criterio del juzgador pero no demuestra el yerro en que este último incurrió. En relación con el tercero de los cargos, dice el Ministerio Público que la falta de técnica es más relevante pues el demandante se dedicó a hablar de circunstancias de menor peligrosidad no tenidas en cuenta por el juzgador y a las de mayor peligrosidad que éste dedujo para agravar la pena pero, "se limitó a consignar dichos planteamientos sin indicar la forma de violación -directa o indirecta- ni señalar las normas presuntamente infringidas, omisiones suficientes para desestimar la impugnación".

Es en relación con este último punto que el Ministerio Público solicita la rebaja de pena pues afirma que el Tribunal dio muestras "de extremo rigor penológico" al elevarla y al hacerlo se equivocó pues tomó como disposición infringida la del artículo 404 del Código Penal, con la reforma que le introdujo la Ley 21 de 1973, e hizo el aumento sobre la base de que concurría la causal de agravación del artículo 399 del mismo Código, cuandoquiera que desde tiempo atrás la jurisprudencia ha dicho que si se trata de un delito ubicable en el artículo 404 no concurren las circunstancias agravantes de los artículos 398 y 399 del Código Penal. Concluye el Ministerio Público que "En el presente caso es manifiesto el yerro en que incurrió el fallador en la individualización de la pena al aplicar indebidamente el artículo 399 del Código Penal, no obstante las deficiencias de técnica en la formulación del cargo, éste debe prosperar para establecer el derecho violado". Por eso solicita casar parcialmente la sentencia impugnada para que se rebaje la pena impuesta al procesado Segundo Plinio Hernández.

5 Las consideraciones de la SALA:

Se examina, en primer término, el cargo de nulidad que al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal formula el censor y que se refiere, según su alegación, de un lado, a la ausencia de avalúo de la cuantía del ilícito, y, de otro, a falta de las indagatorias de dos otros posibles implicados en la infracción investigada.

La ausencia de estimación de la cuantía influiría, por tratarse de un delito contra el patrimonio, en dos aspectos del problema: 1) en la correcta fijación de la competencia para juzgar el caso, y 2) en la adecuada dosificación de la pena a los condenados. Por el primero de los dos aspectos podría desembocarse en nulidad "por incompetencia del juez" (num. 1º Art. 210, C. de P. P.) y por el segundo en una equivocada aplicación de la sanción imponible. En uno y otro casos, bien se ve el delito no se desfigura. El asunto atinente a la pena no es objeto de reproche en esta parte de la demanda. A la nulidad sí se refiere el censor y considera que ella debe enclavarse en el artículo 26 de la Constitución Nacional, sin precisar cuál y cómo se desconoció una garantía supralegal, pues se refiere, sin precisarlo al desconocimiento de las formas propias del juicio y a las garantías debidas a la defensa. La demanda resulta así falta de técnica y bien podría abandonarse el examen del punto.

Cabe agregar a lo dicho en el párrafo que antecede, que si la nulidad de que se trata puede ubicarse en una disposición del Código de Procedimiento Penal no

hay para qué invocar la Constitución Nacional, como lo ha dicho y repetido ya la SALA. Y cabe observar que, si bien es cierto que en este asunto no se estimó por medio de peritos la cuantía del ilícito, ello no genera nulidad alguna si se tiene en cuenta que el bien sobre el cual recayó la infracción fue decomisado en manos de los procesados, con placas falsificadas, en perfecto estado de funcionamiento, y entró a formar parte de la sumaria. En consecuencia, los funcionarios que conocieron del proceso tuvieron oportunidad de observarlo y apreciarlo. Así, el funcionario de instrucción que emitió el auto de detención, dijo: "Hasta el momento no se ha hecho avalúo del automotor de que se trata, pero sabedor el juzgado de que el camión se encontraba en completo funcionamiento de transporte, para el diez y nueve de abril del presente año, se debe estimar que su valor sobrepasa a los cuarenta mil pesos" (Fl. 37). Más tarde, el Juez Promiscuo del Circuito de Acacías al calificar el mérito de la sumaria, luego de afirmar su competencia mediante cierre de la investigación, consignó en la respectiva providencia lo siguiente: "A pesar de que el funcionario de instrucción no avaluó los objetos que fueron afectados por la conducta, es evidente que el camión por sí solo, tiene un valor superior a diez mil pesos" (Fls. 140 - 141). Finalmente, en la segunda instancia, el Tribunal Superior de Villavicencio en Sala de Decisión Penal, dijo: "Sobre este aspecto la Sala comparte el criterio del señor juez de instancia; pues, aunque no hubo avalúo del camión, teniendo en cuenta que el factor cuantía no es esencial a la tipificación del delito, sino para establecer la competencia, resultaría absurdo pensar que un camión de 5 toneladas y en capacidad de viajar a cualquier parte, valiera menos de diez mil pesos, cuando una motocicleta vale hasta cincuenta mil pesos (Fl. 12 C. 3.).

Las anteriores apreciaciones de los distintos funcionarios que conocieron del proceso son, como lo dice el Ministerio Público que conceptúa, incuestionables, pues no se trata de un algo caprichoso sino de una conclusión lógica que tiene su fundamento en el hecho concreto del decomiso del camión, en el conocimiento exacto de sus características y en el saber que se encontraba en perfectas condiciones de funcionamiento antes y después resulta contrario a la ley proceder de esa manera para asumir el conocimiento por parte del Juez de Circuito, ni es errada la confirmación que a dicha actuación impartió el Tribunal Superior. En consecuencia, no existe la nulidad por incompetencia del juez en este caso y, por tanto, el cargo no prospera. Además, debe apuntarse, al proceso debía asignarse a la competencia del Juez de Circuito toda vez que éste, según el num. 2º del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, conoce: "De la primera instancia en los procesos por infracciones penales, cuyo conocimiento no esté atribuido a otras autoridades", y ante la ausencia de la estimación de la cuantía no podría entregarse ni a las autoridades de policía (Art. 38 del C. de P. P.), ni a los jueces penales municipales (artículo 37 del C. de P. P.).

Otro aspecto de posible nulidad que el censor encuentra en el hecho de no haber vinculado el instructor ni el juez del conocimiento, mediante indagatoria (o emplazamiento, se agrega) a un tercero al cual las víctimas se refieren como participante en el hecho y que para ellos era desconocido, o a otro más de cuyas manos dice uno de los sindicados haber recibido el camión, tampoco existe. Y aun en el caso de que dichos individuos fueran vinculables al proceso, por tratarse de personas individualizadas e identificadas, ello no constituiría motivo de nulidad. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con razonamientos que la SALA acoge, dice así sobre el tema: "La omisión consistente en no haberse vinculado al proceso en calidad de sindicados a la persona que, se afirma, entregó el camión a los acusados, ni al tercero que, según lo expuesto por las víctimas, participó en el ilícito, no está prevista como motivo de nulidad en la legislación vigente. El artículo 482 del Código de Procedimiento Penal regula esta situación disponiendo que en tal caso se expiden las copias para continuar la investigación en relación con los desconocidos". De lo dicho se desprende que tampoco por este segundo aspecto

en el cual el censor ha creído ver una nulidad prospera el cargo.

Al agitar la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal para afirmar que el fallo impugnado es violatorio de los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal sobre "requisitos para dictar sentencia condenatoria", y 236 del mismo Código sobre "capacidad para rendir testimonio" y "valor probatorio" del mismo, dice que se violaron también las normas sustanciales que sobre penas establece el Libro II del Código Penal y también la Ley 21 de 1973.

Apunta el Ministerio Público, y en ello también tiene razón, que la demanda resulta contradictoria al afirmar que la prueba de incriminación constituida por los testimonios de Samuel Gutiérrez Cohecha y de su mujer Herminia Rojas, fue erróneamente apreciada por el sentenciador, y alegar, inmediatamente, que tales declaraciones no tienen valor alguno ni podían ser estimadas como contentivas de verdaderos testimonios. Aquí cabe apuntar que el hecho de que el primero de los nombrados sea el denunciante y lesionado con el hecho, y la segunda su mujer y aparezca también como ofendida, no quiere decir que no puedan emitir testimonios en este asunto, ni esas calidades restan credibilidad a sus dichos, y menos aún en el señalamiento de sus ofensores a pesar de las deficiencias de las diligencias de reconocimiento en fila de personas. Por otra parte, no es la testimonial la única prueba que en este proceso puede volverse en contra de los procesados. Tampoco es exacto decir que los informes policiales sobre decomiso del vehículo en manos de los procesados haya servido para afirmar que no lo recibieron del invididuo a quien nombran. Y en cuanto a los testimonios de los familiares y amigos del sindicado, que declararon en orden a la comprobación de su coartada, bien se ve que fueron objeto de análisis serio y ponderado por parte de los juzgadores. En consecuencia, la tarea del censor se reduce a oponer su criterio sobre valoración de la prueba testimonial al criterio de quienes juzgaron este caso. Tampoco sobra recordar aquí que la ley no asigna un determinado valor probatorio al testimonio sino que al establecerlo como uno de los medios de prueba, deja al juez el apreciar razonablemente su credibilidad "teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración". Del examen de la providencia atacada, y también de la del juzgador de primera instancia, se saca en conclusión que los juzgadores no excedieron las reglas que trae el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal en orden a la valoración de los testimonios que en el proceso aparece, ni en la selección de unos para comprobar el hecho y el rechazo de otros tendientes a la comprobación de la coartada. Este cargo, tampoco prospera.

Dentro de la misma causal de casación invocada coloca el censor un segundo cargo para decir, en esta ocasión, que en el proceso existe una duda insalvable que debió despejarse a favor de los sindicados. De allí extrae lo que considera un error de derecho pues para él la prueba de cargos resulta incompleta y la de descargos es la que viene a introducir esa duda de que habla. Nuevamente se adelanta el censor en el aspecto probatorio del proceso y una vez más opone su criterio estimativo de los testimonios al criterio que tuvieron los juzgadores. Este cargo viene a ser repetición, con distintas palabras, del cargo que se deja examinado y también en su formulación, como lo apunta el Ministerio Público, hay falta de técnica en la demanda. Tampoco puede prosperar la demanda por este que debiera ser otro aspecto del problema y termina por ser el mismo.

Agita el censor una tercera causal de casación, esta vez por "aplicación indebida" del artículo 404 del Código Penal, reformado por el 9º de la Ley 21 de 1973, ya que no se podía hablar de agravante en razón de la cuantía, porque ésta no fue establecida, porque no se tuvieron en cuenta los limpios antecedentes de los sindicados y porque no está comprobado que existieran para ellos las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 5º, 8º y 9º del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. Dice,

concretamente, que la indebida aplicación de la norma se refiere, únicamente, a la dosificación de la pena. Nuevamente la SALA coincide con el Ministerio Público cuando apunta: "La falta de técnica que se advierte en la formulación de los cargos hechos a la sentencia se hace más evidente en cuanto a las circunstancias de menor peligrosidad no tenida en cuenta por el sentenciador, y a las de mayor peligrosidad deducidas por éste para agravar la pena del sindicado, toda vez que el recurrente se limitó a consignar dichos planteameintos sin indicar la forma de violación, -directa o indirecta- ni señalar las normas presuntamente infringidas, omisiones suficientes para desestimar la impugnación". Sin embargo, ante el notorio error en que incurrió el juzgador al dosificar la pena sobre la base de que debía aplicarse el artículo 399 del Código Penal por ser la cuantía superior a diez mil pesos, aplicó indebidamente esta norma, porque, en tratándose de un delito de robo ubicado en el artículo 404 del Código Penal, ya lo ha dicho la CORTE (Casación de 27 de septiembre de 1955, Casación de 21 de mayo de 1956, entre otras, como lo recuerda el Ministerio Público) "sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias calificadoras de los artículos 398 y 399". Por esta indebida aplicación del artículo 399 del Código Penal el juzgador cuya sentencia se impugna aumentó en cuatro (4) años la pena de presidio que se impuso a Segundo Plinio Hernández. El recurso, en relación con el procesado Hernando Galeano G. fue declarado desierto en providencia del 21 de febrero del año en curso.

Prospera, en consecuencia, este último cargo, y la CORTE, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal debe dictar el fallo que deba reemplazar, en este solo aspecto de la pena, al fallo impugnado.

Por las consideraciones que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado y, en su lugar, condenar a SEGUNDO PLINIO HERNANDEZ, de condiciones civiles conocidas de autos, como autor responsable del delito de "ROBO" por el que fue llamado a responder en juicio, a la pena total de SEIS (6) AÑOS y SEIS (6) MESES DE PRESIDIO. Las sanciones accesorias se ajustarán a la nueva pena.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

TECNICA DE CASACION

Violación directa de la ley. Violación indirecta

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., noviembre veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

Maigstrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado: Acta Nº 76 de Nov. 17/77

V I S T O S

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en sentencia de 25 de octubre de 1976, impuso a RAMIRO OLARTE PARRA y RODRIGO OLARTE PARRA, por la comisión de un delito de homicidio frustrado, en la persona de Luis Alberto Pardo Silva, doce (12) años de presidio como pena principal.

En tiempo oportuno se interpuso el recurso de casación, el cual fue declarado admisible en auto de 3 de febrero del año en curso.

En debida ocasión procesal el apoderado especial de los sentenciados presentó dos demandas (idénticas en su contenido y finalidad) para sustentar la impugnación.

HECHOS Y DILIGENCIAS

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, tiene ocasión de repetir la narración de los hechos que se lee en el fallo de la segunda instancia y de precisar la actuación cumplida, en los siguientes términos:

"...Dedicado a arrear sus mulas cargadas con caña se encontraba el labriego Luis Alberto Pardo Silva, en compañía de su menor hijo Luis Armando, cuando personas apostadas a su paso dispararon contra Pardo sus escopetas de fisto, de manera artera y sorpresiva, alcanzándolo con numerosos perdigones que si bien no le causaron la muerte por oportuna asistencia médica, sí dejaron graves y permanentes perturbaciones funcionales en sus miembros superiores. Desde el suelo, Pardo Silva logró identificar a Ramiro y Rodrigo Olarte como sus agresores, pues éstos, para su mala suerte, desde el sitio donde se encontraban ocultos, levantaron la cabeza para verificar el efecto de sus disparos, siendo reconocidos perfectamente por el agredido. Intereses económicos habían separado de tiempo atrás a la víctima y a sus victimarios" (Fls. 14 cuad. 3º).

"Debe agregarse que como queda dicho, tales hechos ocurrieron el día cuatro de noviembre de 1975, alrededor del medio día, en la vereda 'Casas Blancas', jurisdicción del Municipio de La Paz (Santander).

"Recibida la denuncia y abierta la investigación por el Juez Promiscuo Municipal de La Paz, pasó el proceso al Juzgado 10º de Instrucción del Distrito, quien recibió indagatoria a los sindicados Ramiro y Rodrigo Olarte, cuya captura se obtuvo, habiendo negado su intervención en los hechos; oído el lesionado, quien señaló con firmeza a sus atacantes a los cuales logró identificar, se dictó auto de detención contra los mencionados Ramiro y Rodrigo Olarte y se recibieron numerosas declaraciones, entre éstas la del menor hijo del lesionado, quien también reconoció a los atacantes; remitido el negocio al juez competente, se ordenaron otras pruebas, practicadas por el Juez Promiscuo Municipal de La Paz; perfeccionada

la investigación, se cerró y calificó con llamamiento de juicio para los acusados mencionados por homicidio agravado por la indefensión de la víctima (num. 5º Art. 363 C. P.) y en la modalidad de frustrado (Art. 17 C. P.); ejecutoriada dicha providencia y sin que se presentaran solicitudes en el término probatorio de la causa, se efectuó la audiencia en la cual los jurados declararon la responsabilidad de los procesados en la forma contemplada en el enjuiciamiento; y con base en este veredicto se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal al resolver la apelación del defensor, mediante el fallo objeto del recurso de casación...".

De los puntos tratados en las dos demandas de casación.

Ya se dijo que el apoderado especial de los sentenciados presentó dos demandas pero que éstas en su forma, contenido y alcance son idénticas. De ahí que se unifique la referencia que a continuación se hará, sobre los puntos en ellas tratados.

El recurrente invoca, en un principio, el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. El fallador incurrió en error de hecho que ocasionó la *violación indirecta* de la ley sustancial. Para dosificar la pena privativa de la libertad, dedujo dos circunstancias de mayor peligrosidad (3ª -haber obrado por motivos innobles o fútiles-, y 5ª -la preparación ponderada del delito-, del artículo 37 del Código Penal), que no podía tener en cuenta.

Afirma de la primera que a los testimonios de Matilde Mendoza de Pardo ("... eran ... enemigos ... por ... un juicio ... que ... mi esposo lo ganó..."), Luis Alberto Pardo ("...tengo desconfianza de que es por la pérdida de un juicio de un tío de ellos... la señora de Isaac Olarte ha dicho, que eso no me lo dejaban comer así a las buenas...") y Adán Olarte Santamaría ("...se dice que el móvil ... fue precisamente el mencionado juicio ...") se les concedió un sentido que no corresponde a su contenido fáctico. Se dio al hecho que recoge la prueba un alcance objetivo de que carece, el hecho aprehendido fue desfigurado por el sentenciador en sus dimensiones objetivas. Se incurrió, así, en un falso juicio de identidad.

Esta aseveración teórica del error de hecho, la traduce el censor en estos términos: no hay demostración seria de lo que afirma el fallador. La prueba a lo sumo indica que "podían" ser enemigos, pero no que lo fueran. Esto último no es deducible de expresiones testimoniales como "desconfiar", "se dice" o "dicen". Esto a lo sumo es una simple sospecha. La hipótesis creada por el juzgador surge "huérfana por completo de respaldo, como que en el expediente ni siquiera aparece prueba real que demuestre la existencia del pleito y de los resultados adversos de que se habla". Y de ser cierta la circunstancia comentada, indicaría que Isaac Olarte, pero no los condenados, eran los enemigos de los Pardo. Se quebrantó entonces, el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal "pues no se apreció razonadamente los testimonios"; se violó el artículo 36 del Código Penal "al realizar una graduación punitiva que no correspondía a la realidad de los hechos".

En cuanto al segundo factor de mayor peligrosidad, también censura un manifiesto error de hecho, por falso juicio de existencia, al apreciar una prueba imaginaria y, por ende, material y procesalmente inexistente.

Aludir a la preparación ponderada del delito, constituye una mera afirmación, porque no hay prueba que la apoye. La imaginación, el criterio del intérprete, tuvo que llenar este vacío probatorio. De ahí que no se cite en el fallo la prueba que obra al respecto. Apenas pudo deducirse la circunstancia comentada de la modalidad de los hechos. Finalmente, el impugnador propone, para el evento de desecharse su comentario sobre la "preparación ponderada del delito", propone la violación directa de la ley (aparte primero de la causal primera del citado artículo 580 del C. de P. P.).

Textualmente dice sobre este punto: "...Puede acontecer que la H. Corte en su sabiduría, considere que la causal alegada en el capítulo segundo no tiene aplicación en este caso, como que si bien es cierto que el juzgador guardó silencio sobre la prueba que constituye la prepara-

ción ponderada del delito, esa prueba sí existe y está constituida por las declaraciones que ponen de relieve que los hermanos Olarte se ocultaron insidiosamente, acechando a la víctima.

"Si a esta conclusión llega la H. Corte, y *UNICAMENTE EN ESTE CASO,* subsidiariamente acuso el fallo mencionado por haber incurrido el sentenciador en *violación directa,* por aplicación indebida del artículo 37 numeral 5º del Código Penal, como que los hechos mencionados ya habían sido tenidos en cuenta en el auto calificatorio para elevar el delito a la categoría de asesinato. Fácilmente se puede ver que esos hechos, la acechanza, el ocultamiento (Fl. 133), dieron lugar al nacimiento de la causal 5ª del artículo 363 del Código Penal y, mal pueden ahora esgrimirse de nuevo como circunstancia de mayor peligrosidad, porque además de violarse la norma ya citada, se violaría el artículo 37 en su parte inicial, que ordena que las circunstancias de mayor peligrosidad pueden aplicarse en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos de la infracción.

"Se violaría, directamente en igual forma, el artículo 36 *ibídem,* por la errónea graduación de la sanción.

"Quiero dejar clara constancia de que entiendo que es completamente antitécnico e ilógico, alegar, a la vez, violación directa e indirecta de la ley, con respecto a un mismo fenómeno. Pero en el caso presente, en el capítulo segundo, alego el error de hecho, en el evento de que se entienda que no existe prueba de la preparación del delito en el expediente, como en el caso creo que no existe.

"Pero reitero, respetuosamente, si la Honorable Corte encuentra que esa prueba es la que se refiere a los hechos mencionados, que fueron doblemente valorados por el sentenciador, no tenía el suscrito recurrente caminó diferente al de efectuar subsidiariamente el ataque por la vía de la violación directa, ya que diferentes son los casos: uno con inexistencia de prueba; otro partiendo de la base de que la prueba existe.

"Este esfuerzo interpretativo debe hacerse, precisamente ante el silencio del sentenciador, que afirma la causal o circunstancia agravante, pero guarda rotundo silencio sobre las pruebas reales en que fundamenta su conclusión...".

Su petición se dirige a que "se case el fallo recurrido en el sentido de aceptar que las circunstancias de mayor peligrosidad que se tuvieron en cuenta para agravar la pena..., en el proceso de adecuación, tuvieron los efectos jurídicos alegados en los respectivos capítulos. En consecuencia ... que se imponga la pena que real y jurídicamente corresponde".

OPINION DE LA PROCURADURIA

Al cargo primero, responde: "... Las declaraciones examinadas, tanto del lesionado como de su cónyuge permiten deducir la realidad de dicho pleito entre el primero y una tercera persona, pariente de los procesados; y tal situación la corrobora otro testigo, indicado por el demandante y pariente a su vez de aquéllos.

"Por manera, que aunque el proceso no traiga o contenga documentos que acrediten lo expresado, es posible considerar demostrada tal situación, con base en las pruebas mencionadas.

"También puede considerarse establecido que tal litigio existía con tío de los procesados; y así, aunque no relacionado directamente con éstos, podía deducirse que les afectaba por el vínculo aludido, sin que por el solo hecho indicado, pudiera concluirse que no existía interés alguno en aquéllos y eliminado en tal forma este motivo, ya que no aparece acreditado ningún otro, ni lo manifestaron aquéllos dada su negativa.

"Algunos otros testigos hacen también referencia al litigio referido como son Custodio Mateus (Fl. 30), Marco Aurelio Olarte (Fl. 54 vto.), Luis Alfonso Pardo (Fl. 61) y Cecilia Saavedra (Fl. 76 vto.), con lo cual se ratifica lo expresado.

"Si con base en tales consideraciones estimó el fallador que los procesados actuaron en razón de tal decisión o situación adversa a intereses de su familiar y tal motivo podía calificarse de fútil, no se demuestra el error alegado.

"Por otra parte, aunque se admitiera que no se demostró suficientemente, el

motivo, si bien debe reiterarse se acredita el hecho aludido mediante las pruebas dichas, obran en contra de los procesados otros factores que dan lugar al aumento deducido por el Tribunal, por lo que se anotará posteriormente...".

Al cargo segundo, contesta: "..... En cuanto a la falta de demostración de la preparación del delito, encuentra este despacho que si bien el Tribunal, como lo anota la demanda, no hizo referencia a la prueba, de esta sola omisión no puede concluirse que no obrara dicha situación, que el fallador infirió fundadamente con base en la prueba existente en autos; pues si aparece que los dos procesados, debidamente armados, se apostaron y ocultaron al borde del camino o lugar por el cual transitaba la víctima y su pequeño hijo, debe concluirse que obraron con un plan previamente acordado entre los dos y suficientemente preparado.

"A esta conclusión llevan las declaraciones obrantes en autos y la forma en que según éstas tuvieron desarrollo los hechos, como queda dicho; sin que al deducirlo así, con prueba bastante, incurriera el fallador en error manifiesto, aunque no hiciera al respecto, más extensas consideraciones.

"En cuanto a la segunda alegación, considera este Despacho que es procedente la alegación del recurrente, pues la acechanza a la víctima, como aparece demostrada, puede admitirse que se confunde con la preparación ponderada del delito y así lo interpretó esa Honorable Corporación en fallo de 22 de noviembre de 1969 (Casación de Luis Córdoba Triana, homicidio, Magistrado ponente doctor Barrera Domínguez, G. J. Nº 2.318/20 T. CXXXII, pág. 407) en caso que guarda similitud con el que es objeto de este proceso...".

Pero a pesar de admitir la demostración del reproche, concluye anotando al respecto que "como lo expresó el Tribunal y dada la circunstancia que se dejó primeramente mencionada, la pena se encuentra adecuadamente señalada; pues los procesados revelaron gran peligrosidad social, como aparece de la forma en que se cumplieron los hechos, con previo concierto entre los atacantes que justifica ampliamente el aumento de la sanción; ya que no sería procedente aplicar el mínimo previsto; y que además, el Tribunal, gozaba de facultad suficiente para la graduación dicha, dentro de los límites establecidos por la ley para la correspondiente infracción...".

Conviene destacar la siguiente atinada protesta del Ministerio Público en cuanto a la alegación subsidiaria que se dejó reseñada: "...Como lo advierte el recurrente, respecto a la misma circunstancia propone violación indirecta de la ley por afirmar que no existe prueba de la misma; y directa, si se considerara que ésta obra en el proceso, por no poderse imputar al comprenderse dentro del numeral 5º del artículo 363 del Código Penal.

"En realidad, como se advierte en la demanda, resultaría improcedente tal proposición, pues por una parte se negaría la existencia del supuesto y por la otra alegación, se admitiría aunque sin efecto en relación con la graduación de la pena por el motivo expuesto.

"Entiende este despacho que la segunda alegación se presenta subsidiariamente, esto es, en caso de no aceptarse la primera; con todo, no obstante lo anotado, no dejaría de presentarse contradicción en las afirmaciones respectivas, que daría lugar a su desestimación.

"Sin embargo, se considera procedente su estudio, dado lo anotado por el recurrente; y así deben examinarse sus razonamientos...".

CONSIDERACONES DE LA SALA

El impugnador desacierta en cuanto a la forma como ha planteado sus objeciones a la sentencia acusada. Inicialmente propuso la violación indirecta de la ley, enfatizando la ocurrencia de un manifiesto error de hecho pues el juzgador dio por existente lo que carecía de este atributo de realidad. Lo que tuvo por prueba para deducir las dos comentadas circunstancias de mayor peligrosidad, las mismas que le permitieron un intenso aumento de la pena privativa de la libertad, no

aparece en el expediente. Imaginó, supuso, creyó ver, fantaseó, puede ser la calificación que corresponde a la operación mental realizada por el sentenciador, si se atiende la crítica que formula y explica el censor.

Este aspecto aparece nítido en su alegación y fácilmente se observa que constituye el fundamento de su petición. No hay duda alguna en cuanto a lo que repudia ni menos en cuanto a la lógica que acompaña a su raciocinio en estos dos primeros cargos.

Pero cuando cierra su demanda, introduce una argumentación que lleva confusión no sólo a su escrito sino al concepto que puede formarse la Sala sobre la entidad y alcance de sus argumentaciones. En este punto acude a la causal primera, cuerpo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y explana lo que él considera una violación directa, pues se aplicó indebidamente el artículo 37, ordinal 5º del Código Penal, al otorgarle un efecto que la ley no le concede ni permite en el caso *sub judice*, ya que si tal factor fue considerado para elevar el homicidio a asesinato, mal podía conservar, independiente y simultáneamente, la condición de circunstancia de mayor peligrosidad.

La reflexión resulta, entonces, contradictoria, incompatible y excluyente. Si el recurrente empezó por no aceptar la existencia de la prueba que permitió al juzgador intensificar la pena, no puede considerar luego el mismo asunto pero en sentido contrario, esto es, la realidad de esa prueba que llevó a aplicar indebidamente un precepto sustantivo. El casacionista demuestra vacilación en la censura e incurre en confusión de conceptos. El tiene que decidir con firmeza y claridad si admite o no la existencia de una prueba, para ubicar y circunscribir su alegación a uno de los dos aspectos. Pero no le es dable, porque así frustra su gestión, tratar la cuestión del error de hecho (violación indirecta) para luego referirse al mismo tópico pero ya como inadecuada aplicación de una norma (violación directa). Esto es posible en una alegación de instancia pero no para afrontar con éxito un recurso de los llamados de derecho singular.

"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 tienen 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 las que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación".

La pugnacidad inescindible no se salva porque se acuda al expediente de la presentación subsidiaria de la alegación. No porque se diga que un argumento se formula en defecto de otro, que debe considerarse primero, aquél tiene ese carácter accesorio y compatible que se le quiere adjudicar. La noción no muda su esencia porque se introduzca un calificativo que trate de viabilizar lo improcedente. Lo principal y lo accesorio no tienen la misma entidad ni se excluyen mutuamente. Suelen integrarse en forma debida y constituyen el mismo enfoque del problema pero con incorporación de matices. Coexisten las argumentaciones porque la naturaleza del asunto y sus fines auspicien esa apreciación. El analista no incurre en flagrante contradicción si acepta uno y otro planteamiento. Pero cuando el tema así tratado constituye una doble, autónoma e incompatible alternativa, no es admisible la formulación de la censura en forma tan criticable. Los puntos son igualmente transcendentes, eficaces y tienen

una diferente fundamentación, desarrollo y exigencia de técnica. Al sentenciador no le es permitido abstraer los diversos raciocinios, así se expresen éstos en acápites diferentes y desvinculados, sino que debe entenderlos y responderlos de modo simultáneo. Por eso tiene que advertir en el impugnante una indescifrable oscuridad de conceptos, señalar confusión en sus cuestiones y destacar que es imposible dilucidar cuál ha sido su exacto criterio y pretensión precisa. En definitiva se crea confusión respecto de si acepta o no como existente la prueba considerada por el juzgador.

Los términos en que está concebida la alegación no permiten escoger un determinado rumbo de la crítica formulada. Ante la imposibilidad de conciliar las tesis, la argumentación se autodestruye y pierde toda eficacia.

Esto es suficiente para que la CORTE SUPREMA, -SALA DE CASACION PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHE el recurso de casación de que ha hecho mérito y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, José Antonio León Rey. (Conjuez).

J. Evencio Posada V., (Secretario).

REVISION

Para tener derecho a la revisión de una sentencia con base en la causal 3ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal se requieren tres requisitos: a) que el condenado esté cumpliendo condena; b) que demuestre la falsedad de alguno de los medios probatorios, y c) que la falsificación haya tenido influencia definitiva en la sentencia

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

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez*

Aprobado: Acta Nº 73 de noviembre 8/77

VISTOS

Por auto del 25 de julio del año en curso se admitió el recurso de revisión interpuesto por JULIO CESAR OSPINA HENAO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga con fecha 17 de septiembre de 1976, mediante la cual fue confirmada la emanada del Juzgado Cuarto Superior de Tuluá, de fecha primero de julio del citado año, que condenó al recurrente a la pena principal de ocho años de presidio por el homicidio de Alicia Franco Peñaranda, ocurrido el 27 de julio de 1970 en la residencia ubicada en la carrera 27 Nº 35-51 de la ciudad de Tuluá.

En el memorial por medio del cual se solicitó la revisión, se adujo como única causal la tercera de las que enumera el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

Los autos suministran la siguiente información sobre el cumplimiento de la condena impuesta:

a) El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Tuluá, por auto del 4 de agosto de 1970, al definir la situación jurídica del capturado JULIO CESAR OSPINA HENAO, después de haber rendido indagatoria, se abstuvo de decretar su detención preventiva, dispuso su libertad y le impuso la obligación de presentarse a dicho despacho cada ocho días (folios 32 a 36 del cuaderno principal).

b) Por providencia del 25 de los citados mes y año, el mismo juzgado dispuso que las presentaciones de Julio César Ospina Henao se efectuaran en la Sección de Justicia de la Alcaldía de Cali (folio 41).

c) Fue calificada la investigación por el Juzgado Cuarto Superior de Tuluá con auto de proceder expedido el 5 de marzo de 1975, por el cual fue llamado a juicio el procesado por el delito de homicidio simplemente voluntario o intencional, disponiendo al mismo tiempo su detención preventiva (folios 156 a 171).

d) Como no pudo ser localizado el acusado para notificarle el auto de proceder, ni para darle cumplimiento al auto de detención preventiva, fue emplazado y declarado reo ausente, habiéndosele designado defensor de oficio (folios 172 a 176).

e) Confirmado el auto de proceder por el Tribunal Superior de Buga (folios 182

a 186), fue juzgado en contumacia por el Jurado de Conciencia y condenado en los términos del cuestionario que le sometió el Juez de Derecho, habiendo sido representado por el defensor de oficio, porque no compareció a la audiencia, no obstante las múltiples órdenes de captura libradas en su contra (folios 193 a 196 vuelto).

f) Condenado en primera (folios 199 a 204) y en segunda instancia (folios 213 a 217), no se ha logrado la captura del reo para darle comienzo al cumplimiento de la condena, de la cual ha descontado únicamente los nueve días en que estuvo capturado entre el 27 de julio y el 4 de agosto de 1970.

Para tener derecho a impetrar la revisión de una sentencia condenatoria, que se encuentre ejecutoriada, con base en la causal tercera del artículo 584 del estatuto procesal penal, son indispensables tres requisitos: a) que el condenado esté cumpliendo la condena que se le haya impuesto; b) que demuestre la falsedad de alguno de los medios probatorios relacionados en la norma antecitada; y c) que esa falsificación haya tenido influencia decisiva en el fallo.

Como el recurrente JULIO CESAR OSPINA HENAO no está cumpliendo la condena que se le impuso, que es requisito sine qua non *para que pueda solicitar la revisión de la sentencia de segunda instancia que en su contra dictó el Tribunal Superior de Buga, resulta lo jurídico revocar el auto que declaró admisible el recurso de revisión, providencia que se adoptó como consecuencia de la mañosa certificación expedida por el Auxiliar Primero del Departamento Jurídico de la Alcaldía de Cali (folio primero del cuaderno de la Corte), porque de ella parece fluir la aparente consecuencia de que el recurrente se encuentra en libertad concedida por los jueces, en fecha posterior de la sentencia condenatoria, por suspensión de la pena.*

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-,

RESUELVE

Revocar el auto de 25 de julio del año en curso, por el cual se declaró admisible el recurso de revisión a que se refiere esta providencia.

Ejecutoriado este auto, será devuelto el proceso al juzgado de su origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

SALVAMENTO DE VOTO

En forma breve y con el mayor respeto expongo los fundamentos de mi discrepancia respecto al autorizado concepto de la mayoría en relación a lo dispuesto por la providencia que antecede.

La revisión es un medio extraordinario de impugnación que tiene por objeto enmendar errores judiciales en cuya virtud haya sido condenado un individuo inocente.

Es entonces apenas natural suponer que quien recurre a este medio para hacer casar una sentencia que considera injusta quiere, ante todo, evitar que se le someta a una sanción que tiene como no merecida.

Si la ley le otorga ese derecho o si, por lo menos, lo capacita para ejercer la acción revisoria, no se entiende cómo puede exigirle, al mismo tiempo, que se someta a la pena que se le ha impuesto a virtud de un error judicial.

De otro lado, si bien los numerales primero, segundo y tercero del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal emplean la expresión "cumpliendo condena" no es menos verdad que los restantes apartes de esa misma norma o sea los numerales cuarto y quinto no contienen esa frase.

Y como quiera que estos últimos se refieren, lo mismo que los primeros, a circunstancias que han podido inducir los jueces a error y, por esta causa, al pronunciamiento de una sentencia injusta, no se ve por qué haya de considerarse que el legislador ha establecido entre los dos grupos de causales la diferencia de que la invocación de la primera, segunda y tercera de revisión sólo puede hacerse por quien esté sufriendo condena, en tanto que la de los numerales cuarto y quinto es posible por quien no está actualmente detenido.

Tal consideración contraría el principio *"ubi eadem ratio, idem jus"* y la interpretación literal de la ley conduciría, en este caso, a una verdadera falta de equidad.

En consecuencia, teniendo en cuenta las razones que fundamentan el recurso y la consideración que antecede sobre la diferencia de redacción de las causales de revisión en punto a cumplimiento de la pena, he llegado a la conclusión de que la frase mencionada ("cumpliendo condena") no tiene la connotación que le da la providencia aludida. Y que, por lo tanto, no es necesario que quien recurre en revisión, esté cumpliendo la pena que le fue impuesta.

Luis Enrique Romero Soto

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente disentimos de las conclusiones de la sentencia de mayoría, por las siguientes razones.

a) La Constitución Política de la Nación informa con sus principios la plenitud del ordenamiento jurídico colombiano, y no es excepción suya el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal que prescribe las causales del recurso extraordinario de revisión con la finalidad específica de reparar, en sus casos pertinentes, a quienes hayan recibido agravio de la sentencia injusta.

b) La Carta Fundamental contiene los principios de igualdad de los ciudadanos ante la ley, y el de favorabilidad.

c) La norma que disciplina las causales del recurso extraordinario de revisión precisa sus motivos en cinco numerales. Los tres primeros condicionan la posibilidad de interponerlo a que su titular "esté cumpliendo condena". Y los dos últimos inspirados por la misma finalidad, carecen de tal exigencia. Se rompe así la armonía que debe presidir los objetivos del recurso y sufre mengua el principio de equidad que reclama decisiones idénticas para resolver situaciones jurídicas de naturaleza unívoca.

d) Si el Código Institucional informa con sus valores la plenitud del ordenamiento jurídico, el intérprete no puede excluir sus predicados en la aplicación de la ley de que son obligado complemento.

e) Por último. Si los cinco numerales del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, obedecen, como ya se ha dicho, a una misma finalidad, deben ser armonizados con base en el principio de favorabilidad, unificando su contexto de forma que no sea obligatorio, en ningún caso, que la persona a quien la ley presume víctima de una sentencia injusta, deba "estar cumpliendo condena" para poder ejercitar el recurso extraordinario de revisión. Y no resulta fácil de comprender cómo la Corte, guardiana de la Constitución, en sus decisiones, prive de aplicación sus imperativos inexcusables.

Gustavo Gómez Velasquez

José María Velasco Guerrero

IRA E INTENSO DOLOR

Lo que aminora la responsabilidad no es la ira o el intenso dolor, tales estados de ánimo deben ser consecuencia de una provocación, pero no cualquier clase de provocación sino que requiere los requisitos de gravedad e injusticia

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

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez*

Aprobado: Acta Nº 76 de Nov. 17/77

V I S T O S

Se procede a fallar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 1976 dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual condenó a JOSE RUBEN RAMIREZ GONZALEZ como autor del homicidio de Mardonio Pérez Benavides.

ANTECEDENTES

1 En las horas de la tarde del primero de febrero de 1975, Luis Enrique Ramos Pérez invitó a varios de sus parientes y a algunos de sus amigos a su casa de habitación, situada en la vereda Chorrera, jurisdicción del Municipio de Vergara (Cundinamarca), para presenciar dos riñas de gallos. Durante la reunión se consumieron tres canastas de cerveza y al parecer abundante guarapo. Hacía las nueve de la noche se suscitó una discusión entre JOSE RUBEN RAMIREZ GONZALEZ y MARDONIO PEREZ BENAVIDES, porque éste le había quitado una lámpara eléctrica al muchacho Lubín Vargas. Ramírez le solicitó que se la entregara, pero como se negó hubo forcejeo entre ellos, dando por resultado que el artefacto se desarmó, habiéndose quemado Mardonio con una de las pilas. Como éste le dijo a Ramírez que era un "superputas", sonaron dos disparos, de los cuales uno hizo blanco en Mardonio, quien falleció casi instantáneamente. Múltiples testigos señalan a JOSE RUBEN RAMIREZ GONZALEZ como el autor de los disparos.

El sindicado se dio a la fuga, seguido de Lubín Vargas, pero el 28 del citado mes de febrero se hizo presente en el Juzgado Promiscuo Municipal de Vergara, en unión de un abogado, para rendir indagatoria, habiendo negado ser el autor del homicidio de Mardonio Pérez Benavides. Son importantes los siguientes pasajes de su indagatoria:

"El último día que estuve con él (Mardonio Pérez) charlando y todo fue donde Enrique Ramos, el día primero de febrero de este año, nos encontramos por ahí como a las dos de la tarde en la casa de don Enrique Pérez y no charlamos, por ahí nos chanceamos y cuentos de Muzo y cuando nos íbamos para Muzo y no más. PREGUNTADO. Díganos hasta qué horas estuvo usted el día primero de febrero de 1975 con el señor Mardonio Pérez Benavides? Contestó. Por ahí como hasta las nueve o nueve y media de la noche... La última oportunidad (en) que disparé arma de fuego fue la noche que estaba donde don Enrique Ramos, o sea el primero de febrero, hice unos disparos al aire... yo estaba todo contento y disparé por el motivo de que oí un disparo, no sé

que persona lo hizo y casualmente pensé que era un atraco, no sé que sería. El citado disparo salió de la oscuridad, no sé que persona lo hizo... PREGUNTADO. Dígamos a qué distancia se encontraba de usted el señor Mardonio Pérez Benavides, cuando usó su arma de fuego? CONTESTO. Aproximadamente unos cuatro o cinco metros... PREGUNTADO. Díganos si la noche del primero de los corrientes alguna persona de las que se encontraban donde el señor Enrique Ramos le ultrajó a usted; en caso afirmativo, quién? CONTESTO. Sí a mí me dijo Mardonio Pérez que hijueputa, pero como nos chanceábamos con él, me lo dijo en chanza; y en Muzo, para cualquier cosa es: cómo le va hijueputa? PREGUNTADO. Díganos el motivo por el cual Mardonio Pérez, como nos cuenta, lo ultrajó de palabra a usted la noche de autos? CONTESTO. Por la sencilla razón, como nos chanceamos. PREGUNTADO. Díganos si en algún momento sintió dolor moral al escuchar el ultraje de que le hacía víctima Mardonio Pérez Benavides la noche del primero de los corrientes? CONTESTO. No. PREGUNTADO. Díganos si la noche del primero de los corrientes, y cuando usted se encontraba en la casa del señor Enrique Ramos, se trató algo referente a una linterna y a unas pilas para la misma; en caso afirmativo, quién trató esto? CONTESTO. Sí señores, se trató de que Mardonio había cogido una linterna de Aristo Mora y no se la quería entregar, y el muchacho le dijo a Israel Ramos que le hiciera el favor y le hiciera entregar la linterna, y él le dijo que le entregara la linterna, y enseguida él le dijo que no, que no se la entregaba, y en ese momento sacó la linterna y mi suegro Israel Ramos le dio mano y se la quitó y se la entregó al muchacho Aristo Mora, pero se la entregó sin una pila, por que Mardonio, a lo que Israel Ramos le quitó la linterna, se destapó y cayó una pila al suelo y Mardonio la recogió y la echó al bolsillo de la camisa, y en ese momento le dijo que no se la entregaba, y el muchacho le dijo que le diera la pila, y yo le dije: 'Mardonio, entrégale la pila al muchacho, que usted para qué la quiere', y en ese momento fue que el me dijo: 'José Rubén, no sea hijueputa', pero yo no le tomé a mal esa palabra por el motivo de que nos chanceábamos, y en ese momento fue que se oyó el disparo, y no supe qué persona lo haría, y al oirse el disparo fue cuando yo disparé al aire también".

2. El Juzgado 19 Superior de Bogotá dictó auto de proceder el 26 de junio de 1975 contra José Rubén Ramírez González como autor del homicidio voluntario de Mardonio Pérez. Ninguna circunstancia modificadora de la responsabilidad del encausado se reconoció en tal providencia.

3. Al Jurado, que juzgó al procesado, se le sometió al siguiente cuestionario:

"El procesado JOSE RUBEN RAMIREZ GONZALEZ, de las condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable Sí o No, de haber causado la muerte con el propósito de matar a Mardonio Pérez Benavides, utilizando para tal acto arma de fuego (revólver), según hechos ocurridos el día primero de febrero de 1975, a eso de las nueve de la noche aproximadamente, en el corredor de la casa de propiedad del señor Enrique Ramos, situada en la vereda de Chorrera, jurisdicción del municipio de Vergara (Cundinamarca)?".

Y por unanimidad respondió: "Sí es responsable con el atenuante de haber actuado bajo ira e intenso dolor por agresión verbal".

4. Durante la audiencia pública fue interrogado el acusado, para que dijera si sabía el motivo por el cual comparecía a tal diligencia, y contestó: "Pues porque me sindican de un homicidio que yo no he cometido" ... "que Mardonio le dijo que no fuera hijo de puta, pero que él no lo tomó a mal porque así se chanceaba con Mardonio, y que fue en ese momento que se oyó un disparo y acto seguido lo hizo él, pero disparando al aire".

5. Las partes solicitaron al Jurado que contestara así: el Fiscal, que el acusado fuera condenado según los términos del artículo 362 del Código Penal; y el defensor, como petición principal, pidió que el cuestionario fuera respondido diciendo que el procesado "no es responsable por falta de pruebas"; y, como subsidiaria, que si el Jurado consideraba res-

ponsable al acusado, manifestara que "obró en ira e intenso dolor por grave e injusta provocación".

6. El Juez dictó sentencia el once de junio de 1976, por medio de la cual, interpretando el veredicto en el sentido de que el Tribunal Popular había reconocido la circunstancia modificadora de la provocación, que describe el artículo 28 del Código Penal, condenó al procesado a la pena principal de dos años y ocho meses de presidio, equivalente a la tercera parte del mínimo de la sanción contemplada por el artículo 362 *ibídem*.

7. El Tribunal no compartió el criterio del juez en cuanto al presunto reconocimiento que el Jurado hubiera hecho de la circunstancia aminorante del artículo 28, porque aunque en la veredicción se habla de un estado de ira e intenso dolor, se guardó silencio sobre la gravedad e injusticia de la provocación. Agregando que el Jurado lo que reconoció fue la existencia de la circunstancia de menor peligrosidad del ímpetu de ira provocada injustamente, que describe el numeral 3º del artículo 38 del estatuto sancionador. Y por tales razones, el Tribunal confirmó la sentencia de primer grado, pero modificándola en el monto de pena, la cual elevó a ocho años de presidio.

DEMANDA DE CASACION

Dos motivos de impugnación anuncia la demanda:

"a) Violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea (Nº 1º Art. 580 del C. de P. P.)".

"b) Por no estar de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado (Art. 580 Nº 2)".

Con evidente carencia de técnica el demandante afirma que invoca la causal primera de casación, pero aduciendo simultáneamente la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea. Por implicar un planteamiento contradictorio, la Corte estaría en imposibilidad de entrar a estudiarla. Además, no se tendrá en cuenta porque no la sustentó, indicando los textos de la ley sustancial que hubieran sido violados y suministrando las razones jurídicas de la impugnación.

En cambio, en relación con la causal segunda, el demandante desarrolla la segunda parte de ella, por cuanto alega que la sentencia acusada está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Fundamenta el cargo sosteniendo que el Jurado reconoció una circunstancia modificadora de la responsabilidad penal del procesado, al reconocer que actuó dentro del marco del artículo 28 del Código Penal. Tal reconocimiento se hizo en la veredicción porque varios testigos relatan que Mardonio Pérez ultrajó al procesado al decirle "hijueputa", según unos, o "superputas", según otros.

Formula la petición de que se case la sentencia para que la Corte dicte la que corresponda al reconocimiento de la circunstancia aminorante del artículo 28 del Código Penal.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal coadyuva la petición de la demanda de que se case la sentencia, por estimar que el Jurado reconoció la circunstancia modificadora de la responsabilidad que describe el artículo 28 del estatuto sustantivo penal.

Lo esencial de sus razones lo expone en los siguientes términos:

"*Tercera:* En el debate público, el representante de la sociedad reclamó del jurado una respuesta afirmativa a los términos de la acusación consignados en el cuestionario al paso que el vocero y la defensa plantearon como tesis principal la no responsabilidad del procesado por falta de pruebas para condenar y como subsidiaria, el defensor sometió a consideración del Tribunal Popular que si aceptaban la culpabilidad de su representado manifestaran que "obró en ira e intenso dolor por grave e injusta provocación" (Fls. 219 a 229).

"Así pues, entre los planteamientos extremos de la acusación y la defensa se sometió al jurado como única alternativa la aminorante de la provocación.

"En ningún momento se insinuó que el hecho hubiera sido perpetrado en la circunstancia de menor peligrosidad a que alude el artículo 38, ordinal 3º del Código Penal.

"*Cuarta:* El veredicto 'Sí es culpable, con el atenuante de haber actuado bajo ira e intenso dolor, por agresión verbal' emitido por el jurado con fundamento en los planteamientos hechos por las partes en la audiencia pública, afirma la responsabilidad del procesado por el delito de homicidio agregando que el hecho se cometió con el 'atenuante' de la provocación.

"El agregado 'con el atenuante de haber actuado bajo ira e intenso dolor, por agresión verbal', si no contiene expresamente los presupuestos de gravedad e injusticia que califican la provocación, contiene en esencia los elementos de esta figura disminuyente de la responsabilidad y encuentra respaldo probatorio en varios testimonios.

"El Jurado de Conciencia al referirse al 'atenuante' se remitió a la aminorante contemplada en el artículo 28 del Estatuto Penal Sustantivo, toda vez que ésta fue la única alternativa puesta a su consideración entre las tesis extremas debatidas en el plenario.

"Además, como lo afirma el demandante, si el *ad quem* estimó que el veredicto era injusto o contrario a la evidencia de los hechos, debió castigarlo mediante declaratoria de contraevidencia.

"Fluye de lo expuesto, que el Tribunal Superior de Bogotá interpretó erradamente el veredicto situación que lo llevó a aplicar indebidamente el artículo 362 del Código Penal dejando de aplicar el 28 de la misma obra, provocando desarmonía entre la sentencia y el veredicto" (Folios 25, 26 y 27 del cuaderno de la Corte).

SE CONSIDERA

No sólo la reiterada jurisprudencia de la Corte, sino la persistente enseñanza de la doctrina, han sentado la tesis de que lo que aminora la responsabilidad, no es la ira o el intenso dolor. que en el momento de la consumación del hecho delictuoso se hayan enseñoreado de la psíquis del autor. Tales estados anímicos deben ser consecuencia de una provocación, que tenga la finalidad de "irritar o estimular a uno con palabras u obras para que se enoje" (Diccionario de la Lengua Española). Pero no cualquier clase de provocación es suficiente para que integre, junto con la resonancia subjetiva de la ira o del intenso dolor, la circunstancia modificadora de la responsabilidad penal del artículo 28 del Código Penal. Esa norma demanda que la provocación, que haya causado el estado anímico de la ira o del intenso dolor, tenga las características de gravedad e injusticia. La gravedad hace referencia a la importancia que la persona ofendida, o el medio social en que se actúa, le den a las palabras u obras de que se valga el provocador, pues palabras u obras que no envuelven capacidad suficiente para turbar la normalidad psíquica del provocado, carecen de significación jurídica. Si la provocación ataca el honor, que radica esencialmente en el concepto que el ofendido tenga de su decoro y dignidad, la gravedad de la provocación habría que estudiarla en relación con la persona provocada, su vida de corrección, la posición destacada que ocupe en el conglomerado social en que desarrolla sus actividades, el grado de cultura e ilustración que ostente, y, en general, la calidad moral de la persona. Pero si la provocación está dirigida a zaherir la honra, habría que tener en cuenta la buena o mala fama del provocado, el concepto en que los asociados lo tengan, sus antecedentes de depravación o libertinaje o su buena conducta.

En cambio, la injusticia de la provocación apunta hacia la ausencia del derecho que asiste a determinadas personas para emplear palabras u obras en contra del sujeto que se considera provocado. Si un funcionario de policía dicta una resolución para sancionar con multa o arresto a quien haya escandalizado o cometido contravención contra las buenas costumbres, el sancionado no podría invocar la aminorante de la provocación en contra del funcionario que le impuso una sanción prevista en la legislación policiva, por no haber actuado contra derecho.

Pero la provocación bien pudiera localizarse en otro sector, como podría ser el de las actividades profesionales, sociales, deportivas, científicas, artísticas, comerciales, industriales, etc. etc. El mismo criterio antes expuesto debe presidir el examen de la gravedad e injusticia de la provocación. Por ejemplo, un comerciante no podría considerarse provocado si otro comerciante despliega profusa propaganda sobre la buena calidad de las mercancías que expende, auncuando sus ventas se vean desmejoradas, porque dentro de una sociedad en que la libre competencia campea, todos los mercaderes tienen el derecho de recurrir a los medios de comunicación social para hacerle propaganda a los objetos que ofrecen al público. Naturalmente, que sería indispensable examinar hasta qué punto la libre propaganda pudiera convertirse en competencia desleal.

La aminorante de la provocación, para que tenga existencia jurídica y resonancia en la pena imponible, requiere la coexistencia de requisitos objetivos y subjetivos. Entre los primeros, se contarían que alguien provoque a otro, que esa provocación sea grave, y que revista la característica de la gravedad. Entre los segundos, que el agente pierda su normalidad psíquica, por ser convulsionado su psiquismo con uno de los estados de ira o de intenso dolor, en grado tal que su personalidad constante se desquicie, para darle paso a actuaciones extrañas, por constituir episodios reaccionales ajenos a la manera constante de su comportamiento. Por último, entre la realidad objetiva y el estado psíquico del agente debe haber una relación de causalidad estrecha, porque si la provocación no es la causa de la ira o del intenso dolor, la figura aminorante de la provocación prevista por el artículo 28 del Código Penal no alcanza a integrarse.

Suele invocarse la presencia simultánea del estado de ira y del intenso dolor, como si fueran equivalentes o pudieran coexistir. La ira es emoción violenta que actúa en forma impetuosa, cuya duración es efímera. De ahí que Horacio la hubiera descrito diciendo que "ira furor brevis est". En tanto que el intenso dolor es situación anímica de relativa duración, hasta el extremo que bien pudiera persistir por tiempo considerable, comprometiendo todo el ámbito del psiquismo. La causa de la ira radica en una ofensa hecha al sujeto iracundo; la del intenso dolor en el agravio irrogado a personas de los afectos del provocado. En suma, el planteamiento simultáneo de esos dos estados anímicos es erróneo.

Por último, para que nazca la figura jurídica de la circunstancia modificadora de la responsabilidad que describe el artículo 28 del Código Penal, es indispensable que resulten probados todos los elementos objetivos y subjetivos que la conforman.

El sentenciador estimó que las notas de la gravedad e injusticia de la provocación no fueron afirmadas por el jurado, por cuya razón no alcanzó a integrarse la figura jurídica de la circunstancia atenuante de la provocación. Por otra parte, el procesado ha sostenido en forma reiterada que no se conturbó en lo más mínimo por la expresión que Mardonio Pérez Benavides le lanzó, cuando le dijo que era un hijo de puta, porque esa expresión es de uso corriente en la región de Muzo, donde ambos se dedicaban a la búsqueda de esmeraldas, hasta el extremo de que se usa para chancearse o saludarse.

El Tribunal fallador procedió jurídicamente al eliminar la circunstancia modificadora de que se viene hablando, reformando así la sentencia de primera instancia, para sancionar el acusado con pena mínima que establece el artículo 362 del estatuto penal sustantivo, sin rebajas de ninguna naturaleza.

Lo expuesto conduce a no casar la sentencia censurada.

EL FALLO

La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal.-, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por orden de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia a que se refiere la parte motiva.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

DETENCION ARBITRARIA

Elementos para la consumación del delito

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., noviembre veinticuatro de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Alvaro Luna Gómez*

Aprobado: Acta Nº 77 de Nov. 24/77

V I S T O S

Por sentencia de 4 marzo del año que avanza el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a CARLOS HUMBERTO LOPEZ ALVAREZ a la pena principal de seis meses de prisión, a más de las accesorias correspondientes, "como autor responsable del delito de Detención Arbitraria..... del que hizo víctima al señor Evaristo Porras Ardila", cuando aquél ocupaba el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Leticia.

Contra esta determinación interpuso recurso de apelación el defensor de oficio del procesado y, agotados los trámites correspondientes, sin que se observe causal de nulidad capaz de invalidar lo actuado, pasa a resolverse lo de ley, previos los siguientes:

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

1º) HECHOS

El Ministerio Público en anteriores oportunidades, con sujeción a pruebas atendibles, los ha reseñado de la siguiente manera: "En denuncia formulada el 25 de junio de 1973, el ciudadano Evaristo Porras relató que en la noche del primero de los mismos a la una de la mañana, cuando él se hallaba en un establecimiento de diversión en la zona de tolerancia de Leticia, se suscitó una riña 'entre varios' de los allí presentes. A apaciguar los ánimos acudió una patrulla de la policía compuesta por el cabo Alvaro García, el dragoneante de apellido Tuta y el chofer Ramírez. En esos momentos hizo su aparición el doctor Carlos Humberto López, a la sazón Juez Promiscuo del Circuito de Leticia, en completo estado de embriaguez, pues se encontraba en otro establecimiento de la misma índole situado frente al de los hechos, y dio orden a los agentes de la policía de que 'fuera conducido', al parecer, en calidad de arresto. El comandante de la patrulla en vez de cumplir la orden lo llevó a su casa de habitación".

"Posteriormente, el cuatro de junio, fue notificado en el juzgado a cargo del doctor López de la Resolución Nº 002 de esa fecha por medio de la cual se le impuso sanción de arresto inconmutable por tres días y caución de buena conducta de mil pesos".

"En la mencionada Resolución el exfuncionario hizo saber que se hallaba practicando una diligencia de ronda con la policía cuando fue objeto de ultrajes por parte del denunciante. Este, sin embargo, se enteró de que tal diligencia no se efectuó".

2º) En su indagatoria el ex-juez López Alvarez explica lo sucedido así: Que la noche en referencia se encontraba paseando en motocicleta con su amigo Ernesto Gómez; que al pasar por la zona de tolerancia, oyó un escándalo y varios disparos; que a alguien le preguntó por lo que sucedía habiendo sido informado de que Evaristo Porras y un Agente de la Policía, vestidos de civil, estaban peleando y ha-

ciendo disparos, por lo cual fue al cuartel de Policía, le contó al cabo Bernardo García Alemán lo que ocurría, que éste ordenó una patrulla y se dirigieron en el carro de la institución al lugar del escándalo: que al llegar al bar de Jorge Domínguez se ordenó la requisa, a la cual se opusieron varias personas, principalmente Evaristo Porras; que él, que se encontraba en su sano juicio y no embriagado, se le acercó a Evaristo y le dijo que no pusiera problemas, que se dejara requisar porque habían hecho disparos en estado de embriaguez y, continúa: Porras "lo único que hizo fue tratarme en forma soez y demasiado grosera, diciéndome 'hijueputa juez, malparido' y otras expresiones soeces y de mal gusto que no merecen nombrarlas..... Posteriormente a estos hechos y el lunes cuatro de junio, llamé a rendir declaración juramentada al cabo de la Policía, comandante de la patrulla, BERNARDO GARCIA ALEMAN para tener prueba escrita de las injurias lanzadas contra mí, como titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de la población.... Posteriormente a esto, dicté resolución sancionando al señor EVARISTO PORRAS ARDILA, por el término de cinco días, y esto haciendo uso de las facultades consagradas en el artículo 39, numeral segundo, del Código de Procedimiento Civil".

En este punto debe advertirse que la sanción de arresto fue modificada en el sentido de fijar en tres días.

Con relación a las afirmaciones fundamentales del sindicado, se tiene: El suboficial Cabo 2º Bernardo García Alemán, a cuyo mando se encontraba la patrulla a la cual hace referencia el ex-juez, manifiesta que esa noche no estaba practicando ronda ni allanamiento ninguno y "menos con el doctor LOPEZ. Eso es mentira". Manifiesta, sí, que cuando el juez le informó que Porras lo había tratado mal, por lo cual le solicitaba lo llevara al cuartel, entonces Porras lo trató con palabras soeces y, agrega que, en vez de llevarlo a la cárcel, lo condujo a su casa. Aclara que el insulto se produjo después de que el funcionario dio la orden de conducirlo a la cárcel y que aquél se encontraba tomado.

El Dragoneante de la Policía, Luis Hernando Tuta Díaz, quien también formaba parte de la patrulla a la cual se ha hecho referencia, expone: "Una noche, no recuerdo la fecha, fui llamado por el señor comandante de Estación, cabo segundo García Alemán para que fuera con el carro a la zona de tolerancia, a arreglar un caso. Yo iba a llevarlos, ya que soy el segundo que tengo la orden de mover el carro del comando. Fuimos a la zona de tolerancia en compañía del señor cabo segundo Alemán, y no me acuerdo en este momento de quién más. Al llegar a la zona de tolerancia encontramos al doctor López quien acto seguido le dijo al señor suboficial que debía de conducir a la cárcel al señor Evaristo Porras. El señor Evaristo Porras al oír la orden que había dado el doctor López le grito en voz alta que él no tenía derecho ni autoridad en ese momento de mandar a nadie a la cárcel ya que estaba en estado de embriaguez y más aún en la zona de tolerancia. El señor cabo García Alemán, sin embargo le dijo al señor Evaristo Porras que se subiera al carro el cual accedió enseguida y ya dentro del carro le preguntó que dónde era su casa para llevarlo a dormir, y le ordenó después de que lo dejó en la casa, que se presentara al otro día a las ocho de la mañana en la Policía. No se más". PREGUNTADO: Sírvase informarle al Juzgado qué persona fue la que llamó al cuartel de la Policía, la noche referida, solicitando la colaboración que ustedes en efecto prestaron? CONTESTO: "No tengo conocimiento ya que yo no duermo en el cuartel, sino en mi residencia, y allí en mi residencia fue donde me llamaron. Mi residencia queda muy cerca del cuartel". PREGUNTADO: Sírvase informarle al juzgado si usted, el cabo García Alemán, y el doctor LOPEZ ALVAREZ, Juez Promiscuo de este Circuito, se encontraban en la noche y a la hora referidas, practicando una diligencia de allanamiento? CONTESTO: "No, no, no, no, en ningún caso. Cuando nosotros llegamos allá él ya estaba allá. El estaba en la Avenida Internacional, con carrera 8ª, ratifico, con calle 8ª, muy cerca de las cantinas del señor Monroy, Pinocho, y no me acuerdo de quién, pero concretamente en la zona

de tolerancia. Para mi parecer estaba tomando trago, porque a simple vista me di cuenta que todos estaban borrachos, me refiero al doctor López Evaristo Porras y mucha gente más que había ahí" (Fls. 12 ss.).

El propietario del negocio dentro del cual se desarolló la reyerta, Jorge Domínguez Navarro, manifiesta: "La fecha no me acuerdo. Y lo único que me acuerdo es que el doctor López estaba tomando en mi negocio que se llama La Esquina Caliente, en compañía de otro amigo. Haría unas dos horas estaba sentado ahí, y ya como a la una de la mañana se formó una pelea al frente, en el grill Tropical, también de mi propiedad. Ahí estaban los Porras, y entonces el doctor López salió y se fue y llegó con la Policía, llegó armado de un revólver, en compañía de la policía. Y llegó y se paró en la puerta y dijo que dejaran salir a nadie (sic), que nadie podía salir, con el revólver empuñado. Y entonces en esos momentos me pasé del Grill Tropical a mi otro negocio, y no me di cuenta de lo que sucedió ahí en adelante". PREGUNTADO: Sírvase informarle al Juzgado si usted supo por algún conducto de lo que sucedió a continuación, enseguida usted se fue? CONTESTO: "Pues como el doctor López sacó el revólver, yo me fui porque de pronto una bala perdida, y me fui. Supe sí que el doctor López había sancionado a Porras con tres días de arresto". PREGUNTADO: Sírvase informarle al Juzgado si mientras el doctor López estuvo en su establecimiento esa noche, tuvo algún problema con alguna persona, precisamente con una muchacha llamada La Gata y de quien se dice es moza de él? CONTESTO: "Ahí no hubo ningún problema. Y respecto de La Gata, era la moza de él, y se la pasaban peleando cada rato porque ella estaba con otros hombres. Peleaban a diario". PREGUNTADO: Sírvase informarle al Juzgado si el doctor López es amigo de armar escándalos, en especial en la zona de tolerancia, y si frecuenta ésta? CONTESTO: "Si le gustan los escándalos, y se mete en todo. Por ejemplo él ve jugando cara y sello a alguna persona los manda para la cárcel, y una vez me dijo que me iba a hacer cerrar el negocio mío por cosas raras" (Fl. 18).

3º) Como se reseñó anteriormente, el juez investigado para justificar su proceder alega que dictó la Resolución sancionatoria con fundamento en el artículo 39, número 2 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con la norma invocada, entre los poderes disciplinarios de que están investidos los jueces, se encuentra el de "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" (Num. 2). De tal manera que, para poder hacer uso de tal facultad, es condición necesaria el que la falta de respeto al juez en este caso, tenga su origen en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Según las pruebas recogidas en este expediente, cuando se presentó el altercado entre el juez López Alvarez y el ciudadano Porras Ardila, aquél no se encontraba en ejercicio de sus funciones ni obraba por razón de ellas. Sino que, sencillamente, en estado de embriaguez llegó al lugar de los hechos: un prostíbulo, encontró en él a Porras, con quien en ocasiones anteriores había tenido encuentros y de inmediato ordenó su conducción a la cárcel, orden que no fue cumplida por el agente de la Policía y la cual dio motivo a la airada reacción de Porras en su contra. De otra parte y, en atención a lo declarado por el cabo 2º García Alemán y por el dragoneante de la Policía Nacional Tuta Díaz, tampoco es cierto que en aquellos momentos se estuviera realizando ronda o requisa alguna. En consecuencia, el acusado ex-juez López Alvarez carecía de potestad legal para decretar la privación de la libertad del ciudadano Porras Ardila.

Esa privación de la libertad está contemplada como delito de detención arbitraria, en los siguientes términos del artículo 295 del Código Penal: "Al funcionario o empleado público que abusando de sus funciones prive a alguno de su libertad, se le impondrá prisión de seis a dos años".

Esta norma señala tres elementos para la consumación de este ilícito: 1º) Que el

sujeto activo sea un funcionario o empleado público; 2º) Que una persona sea privada de su libertad y 3º) Que esa privación de la libertad se lleva a término por aquél con abuso de sus funciones.

Estos tres elementos se encuentran plenamente establecidos en autos: el primero, con los documentos que obran a los folios 26, 27 y 78 y con la copia del Acta de posesión (Fl. 29); el segundo, con las copias de las Resoluciones por medio de las cuales se impuso la primera sanción de arresto y luego se modificó, en el sentido de rebajar su duración (Fls. 39 ss) y con el efectivo cumplimiento que tuvo tal orden sacionadora y el tercero, al igual que la última parte del anterior, con lo que ya se ha expuesto en el curso de esta providencia.

*4º) Lo dicho, de acuerdo con las pruebas, es suficiente para no aceptar la tesis sostenida por el defensor del sentenciado en el sentido de que las expresiones ofensivas lanzadas por Porras Ardila contra López Alvarez lo fueron para haber actuado anteriormente como juez y que por tanto se le faltó al respeto por razón de sus funciones. Y, también para desechar*le aquélla según la cual, como lo expresa, *"no se ha demostrado su calidad de funcionario o empleado público, requisito este indispensable para que pueda hablarse del delito de que trata el artículo 295 del Código Penal".*

También solicita el defensor que, subsidiariamente, se otorgue a su patrocinado "el subrogado de la Condena Condicional la cual, en forma inexplicable negó el Honorable Tribunal de Bogotá, indicando que si bien el doctor López Alvarez no registraba antecedentes penales, *si podía delinquir en lo sucesivo", sin dar las razones para fundamentar tal aseveración.*

Con relación a esta pretensión y, para rechazarla, la Sala comparte las siguientes argumentaciones del colaborador fiscal, señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal -encargado-: "Las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se sucedieron los hechos y la personalidad del condenado no lo hacen acreedor de tal gracia máxime cuando lo afirma el a quo y lo proclaman los autos, esquivó a *todo trance la acción de la justicia.*

"Es verdad, que el tribunal de instancia admitió la buena conducta anterior del procesado y el hecho de haber obrado en estado de embriaguez, pero afirmó que su comportamiento 'no deja la convicción de que no volverá a delinquir'; apreciación subjetiva exigida por el artículo 80 del Código Penal para ser procedente o no, la gracia impetrada, la que no puede ser desconocida por el ad- quem".

Finalmente cabe observar que en acatamiento a lo dispuesto por los artículos 36 y siguientes del estatuto penal, acertadamente se aplicó el mínimo de la pena y que a cabalidad se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la norma 215 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria.

Por lo expuesto la Corte Suprema -Sala Penal-, de acuerdo con su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *CONFIRMA* en todas sus partes la sentencia recurrida, de la fecha y origen antes dichos, de la cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

La falta de abrir a pruebas el juicio constituye nulidad, pues se viola el derecho de defensa

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., noviembre veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado: Acta Nº 78

V I S T O S

El Juzgado Promiscuo de Circuito de Leticia, en sentencia de 5 de enero de 1977, impuso a JOSE DE JESUS SUAREZ, por violación del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, tres (3) años de presidio y multa por valor de cinco mil pesos ($ 5.000.00). (Fls. 139 a 149).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 7 de marzo del año en referencia, impartió confirmación a la mencionada sentencia, adicionándola con las penas accesorias pertinentes. (Fls. 10 a 15).

El procesado, oportunamente, introdujo la impugnación extraordinaria, recurso que fue admitido en auto de 23 de junio del año en mención.

Ahora el apoderado de SUAREZ, doctor Alfredo Muncker C., presenta la correspondiente demanda de casación.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Se toman éstos del concepto emitido por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"...Alrededor de la una de la tarde del veintisiete de abril de 1976, en el aeropuerto de Leticia (Amazonas), José de Jesús Suárez fue capturado por agentes del DAS cuando pretendía viajar a Bogotá, al establecerse que llevaba diez cajas de sardinas, cuyo contenido era cocaína, según se estableció posteriormente como también su peso neto tres mil ciento treinta gramos, con concentración de 87,6%; explicó que el estupefaciente lo recibió de Libardo Díaz, quien fue capturado en el mismo aeropuerto.

"Cumplidas las primeras diligencias, abrió la investigación el Juzgado Promiscuo del Circuito de Leticia, el cual recibió indagatoria al procesado citado quien en esta oportunidad negó el cargo inicialmente formulado contra Libardo Díaz en cuanto a la procedencia del estupefaciente; se recibieron las ratificaciones y declaraciones de los agentes que actuaron en la captura referida, como también se oyó en indagatoria al mencionado Libardo Díaz; previa diligencia de reconocimiento, con resultados negativos respecto al último, cumplida por Suárez, se resolvió la situación de los indagados en el sentido de dejar en libertad a Díaz y disponer la detención de Suárez; recibidas algunas declaraciones, se oyó en ampliación de indagatoria a Suárez, según petición formulada por su apoderado habiendo expresado que desconocía el contenido de las latas referidas.

"Cerrada la investigación, se calificó con llamamiento a juicio para el procesado José de Jesús Suárez por infracción al Decreto 1188 de 1974 (tráfico de estupefacientes) y se sobreseyó definitivamente a favor de Libardo Díaz Gutiérrez; solicitó el encausado se le nombrara defensor de oficio y designado se notificó del

auto de proceder; constituido apoderado el abogado Muncker C., se le reconoció y se ordenó su posesión; solicitada por el procesado se le concediera detención parcial en el lugar de trabajo (artículo 451 C. de P. P.) fue negada esta petición; posteriormente el acusado revocó el poder otorgado y pidió se le nombrara defensor de oficio; se accedió a esta solicitud y se designó defensor de oficio, el cual interpuso reposición y apelación contra el auto de enjuiciamiento, concediéndose el último de estos recursos, ya que el primero no se sustentó; habiendo desistido el defensor, se aceptó su petición y en la misma providencia se señaló fecha para la audien cia y se dispuso quedara el proceso a disposición de las partes por tres días para presentar sus alegatos; ante nueva solicitud del doctor Muncker se ordenó comunicarle la anterior revocatoria del poder.

"Aplazada la audiencia por solicitud del defensor, se reemplazó a éste y se celebró dicha diligencia; en la cual se formuló la solicitud de absolución para el procesado por no demostrarse su responsabilidad, dadas sus explicaciones; se procedió después a la destrucción del estupefaciente y se dictó la sentencia de primera instancia; consultada ésta, se reformó mediante el fallo del Tribunal, objeto del recurso de casación; y con posterioridad propuso nulidad el señor apoderado, que se rechazó por el Tribunal por ser extemporánea ".

LA DEMANDA

El censor invoca la causal consagrada en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad") y a su amparo formula dos cargos.

Cargo primero: Se ha quebrantado el debido proceso (artículo 26 C. N.) por cuanto al cerrarse la investigación y correrse el traslado a las partes para alegar, por un término de ocho días, no se dejaron transcurrir los términos de ley. En efecto, anota el memorialista, la clausura de la investigación se produjo el primero de septiembre de 1976, auto que fue notificado personalmente a SUAREZ, a su apoderado y al Ministerio Público. La notificación por estados se surtió el día 3 de septiembre, produciéndose su ejecutoria el 7. Al día siguiente, empezó a correr el susodicho término de los ocho días, el cual venció el 17. El 18 debió pasar a despacho del juez, pero esta actuación se cumplió desde el día 14 de septiembre.

Como las alegaciones pertinentes sólo pueden producirse dentro del indicado término, quiere ello decir "que hubo violación a un precepto de carácter obligatorio y de paso al derecho de defensa del acusado, lo que entraña nulidad de prosapia constitucional. Y esta nulidad que va en detrimento de las garantías del procesado, se pone más aún en evidencia, cuando justamente, por el término de traslado a las partes para alegar, no se tuvo en cuenta mi escrito en el cual solicitaba sobreseimiento de carácter temporal para el incriminado, memorial que, dicho sea de paso, no obra en el proceso. De ahí por qué el suscrito en escrito visto al Folio 89, se refirió a él solicitando se informara los resultados de mi solicitud".

Cargo segundo: Luego de comentar parte de la tramitación inicial de la etapa de la causa, particularmente la relacionada con la designación, cambio de defensor, fallida interposición y desistimiento de los recursos de reposición y alzada, termina por destacar que el proceso no fue abierto a pruebas y que la audiencia se llevó a cabo sin que interviniera el doctor Ramiro Cardona, a quien se había designado defensor de oficio, porque éste no pudo asistir, nombrándose entonces al doctor Porfirio Ospina. Anota, entonces, que "en el caso subjúdice... una vez ejecutoriado el auto de proceder el juez del conocimiento ha debido darle impulso regular al juicio con arreglo a la ley ritual de la causa y en consecuencia ha debido dar aplicación a lo preceptuado por el artículo 500 del ordenamiento procesal vigente, vale decir, abrir a juicio a prueba y no fijar fecha para la celebración de la audiencia como lo hizo. Cabe anotar que quien había como defensor solicitó al juzgado se le informara sobre esta etapa del juicio.

"Al fijar el señor juez fecha para la celebración de la audiencia sin que previa-

mente se le diera cumplimiento a la norma anteriormente citada violó los derechos en que tiene interés el Estado y el procesado, puesto que el primero de los nombrados busca una sanción sin trabas en el procedimiento, y el segundo requiere para su juzgamiento el cumplimiento, de todas las formalidades propias del juicio para que no se le violen los derechos y prerrogativas consagradas por la ley en su beneficio; al llegar a prevalecer uno de estos intereses sobre el otro, sin sujeción a norma alguna, la finalidad de los procesos penales se vería violada y desde luego se atentaría contra los intereses de la organización judicial, que por ser de orden público conlleva perjuicios a la sociedad ya que desampara a los ciudadanos y los deja liberados a la arbitrariedad de los jueces.

"En el caso sub-examen a JOSE DE JESUS SUAREZ no se le garantizó la facultad de su defensa, ya que no se le dio la oportunidad de ser oído, y se le condenó sin el lleno de las formas propias del juicio, puesto que al acoger el señor juez un procedimiento totalmente irregular, se le negó a SUAREZ la oportunidad de hacer valer las pruebas tendientes a demostrar, si no su inocencia, las circunstancias que generaron su conducta antijurídica, la cual es tipificada y sancionada por el Decreto 1188 de 1974.

"De lo anteriormente expuesto se deduce que se presenta la causal de nulidad alegada, ya que no se dio cumplimiento a lo establecido por el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal y en consecuencia el juicio se encuentra viciado de nulidad.

Su petición la concreta en estos términos: "...respetuosamente solicito de esa entidad judicial (Sala de Casación Penal) invalide la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y ordene devolver el proceso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Leticia Amazonas, por conducto del Tribunal referido, para efecto de que se reponga el procedimiento afectado de nulidad...".

CONSIDERACIONES DE LA DELEGADA TERCERA Y DE LA SALA

El Ministerio Público entiende que los términos de ejecutoria se respetaron y que en debida oportunidad procesal pasó el expediente para ser calificado de fondo. Afirma que si la notificación por estados se surtió el 3, "a partir del día siguiente, esto es, el 4 de septiembre corrió el término para alegar a que alude el actor".

El comentario resulta desacertado, porque lo que permitía iniciar la notificación por estados era, precisamente, el término de ejecutoria de ese auto de cierre de investigación, que conforme a la ley es de tres días, descontándose los festivos o de vacancia judicial. El censor comenta en debida forma este aspecto. Pero la realidad de sus afirmaciones no implica la aceptación de sus consecuencias, vale decir, la ocurrencia del fenómeno anulatorio. Cabe observar, a este respecto, que siendo fundamental el dejar transcurrir los términos que indica la ley para el correcto trámite de un proceso, el desconocimiento parcial de algunos de ellos no produce indefectiblemente un efecto como el que recomienda el memorialista. El traslado de ocho días constituye una oportunidad para presentar razones que dirijan la apreciación del juzgador. Pero su parcial o deficiente transcurso puede invocarse como vicio si se alega antes de producirse la ejecutoria del auto que califica el sumario. Si la providencia queda en firme y hay subsiguiente intervención de quien podía sufrir sus nocivas consecuencias, la nulidad se subsana porque los fines perseguidos por el indicado término se satisfacen con las posteriores oportunidades de intervención. Nótese que al emitirse el auto de proceder, el defensor intentó la reposición del mismo pero fue omisivo al dejar de presentar el escrito pertinente.

En cuanto al memorial que dice el doctor Muncker presentó en tiempo oportuno y que no aparece en el informativo (Fl. 89 y vto.), conviene señalar que tal manifestación no constituye prueba de su envío ni menos que se extraviara en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Leticia. Como

dicho defensor actuaba desde la ciudad de Bogotá y confiaba al correo sus escritos, en este pudo presentarse el extravío de su alegación. Pero ya se ha visto que la subsiguiente actuación convalida el vicio que se quiere destacar en esta mermada falta de oportunidad para alegar.

Esta censura no prospera.

Pero sí tiene que admitirse el segundo cargo. El proceso, en su etapa de causa, excluyó la posibilidad del término de prueba, aspecto esencial en su trámite, que como tal compromete el debido proceso y expone al enjuiciado a una condenación sin que medien las exigibles oportunidades de defensa.

La exposición que al respecto hace el Ministerio Público resulta acertada y nada tiene que agregar la Sala a esos comentarios. Valga, entonces, su reproducción integral:

"...De la actuación procesal que se mencionó en parte anterior de este concepto, como de la revelación que presenta el recurrente, aparece que efectivamente, habiéndose recurrido en reposición y apelación contra el auto de proceder, sin que tales recursos tuvieran efecto el primero por no haberse sustentado y el segundo por desistimiento aceptado al defensor que los presentó, al admitir esta última manifestación se dispuso que el expediente quedara a disposición de las partes por tres días para presentar alegatos, procediéndose después de otros trámites a la celebración de la audiencia.

"Significa lo anterior que se prescindió del trámite de abrir a pruebas el juicio, como se requería dentro del procedimiento respectivo, que debía observar el juez del conocimiento (artículo 500 del C. de P. P.); no puede entenderse que tuviera tal equivalencia el señalar un término para alegar no contemplado, pues se trata de expresiones de exacto y definido contenido jurídico y que por tanto no pueden equipararse, ya que por otra parte sus efectos difieren. Es decir, que se privó al procesado y a su defensor de la oportunidad de solicitar las pruebas que consideraran convenientes o necesarias para mejorar su posición frente a los cargos formulados.

"Esta falla implica que se quebrantaron las formas propias del juicio y consecuentemente el artículo 26 de la Constitución, lo cual conduce a declarar la nulidad a partir de este momento, para su oportuna reposición; por demás, también resultaría vulnerado su derecho de defensa, *en cuanto se le limitó o desconoció un medio de formular solicitudes destinadas a desvirtuar los cargos o a mejorar su situación en el proceso respecto a los mismos.*

"Desde otro punto de vista, las normas de procedimiento, por razón de lo anteriormente indicado, son de orden público (artículo 6º C. de P. C. artículo 8º C. de P. P.) y en consecuencia deben observarse estrictamente; además, de que si el procedimiento señalado contempla determinadas etapas no podía llegarse válidamente a la sentencia, con omisión de cualquiera de aquéllas, cuya observancia se requiere para el ordenado desenvolvimiento del proceso y para el adecuado ejercicio de los derechos del procesado.

"Conforme a lo dicho, debe invalidarse el proceso a partir de la celebración de la audiencia, para que se disponga la apertura a prueba, de acuerdo con la norma respectiva; lo cual significa que conservan su validez la detención del procesado, suficientemente fundada y la providencia enjuiciatoria...".

De allí que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, -SALA DE CASACION PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el siete de marzo del presente año. Anúlase, en consecuencia, lo actuado a partir del auto de veintiséis de noviembre de 1976 (Fl. 125), inclusive, en cuanto señaló fecha para la celebración de la audiencia y ordenó que el procesado quedara "a disposición de las partes en la mesa de la Secretaría para presen-

tar sus alegatos por el término de tres (3) días"; se dispone reponer la actuación conforme a lo comentado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insertese en la *Gaceta Judicial.*

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

VIOLACION DE LA LEY PENAL

En sus formas, directa e indirecta, no se pueden dar simultáneamente

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., noviembre veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero*

Aprobado: Acta Nº 78

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 16 de diciembre de 1976 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la cual revocó la dictada en primera instancia, el 16 de agosto del mismo año, por el Juzgado Doce Superior de esta capital, para en su lugar condenar a JESUS MARIA QUIÑONES OBANDO por el delito de Falsedad a veintiséis meses de prisión y multa de $ 150.00 moneda legal, a las accesorias de rigor y en abstracto al pago de los perjuicios causados con la infracción.

HECHOS

Fueron resumidos por el Tribunal sentenciador en la siguiente forma:

"...A la escuela de Policía General Santander pudieron entrar, previa comprobación de su carácter de bachilleres, algunos estudiantes, en los pirmeros meses del año de 1975, pero al correr del tiempo los Directivos de la Institución vinieron a descubrir que los documentos que sirvieron para dichos fines a algunos de los principiantes, se habían falsificado en su totalidad y fue así como puestos en guardia algunos oficiales de la aludida Escuela y miembros de los cuerpos secretos de la Policía se descubrió que el individuo que ponía la cara y efectuaba los negocios para la provisión de certificados y diplomas, era el abogado con licencia temporal para ejercer, señor JESUS MARIA QUIÑONES OBANDO".

ACTUACION PROCESAL

El 24 de abril de 1975 el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal profirió auto cabeza de proceso. En desarrollo de la investigación se vinculó entre otros a Jesús María Quiñones Obando contra quien se dictó auto de detención el 6 de mayo de ese año por el delito de falsedad. El 24 de noviembre el juzgado del conocimiento declaró cerrada la investigación y por auto del 23 de diciembre llamó a responder en juicio al procesado por el mencionado reato.

El 6 de abril de 1976. El Tribunal Superior confirma esa determinación. Surtida la causa, el Juzgado Doce Superior de Bogotá, profirió el 16 de agosto de dicho año sentencia absolutoria a favor de Jesús María Quiñones Obando, pronunciamiento que el Tribunal revocó mediante el fallo que es objeto del recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Después de pedir la infirmación de la sentencia porque "...es violatoria de la ley sustancial, por interpretación errónea de las normas que se dicen conculcadas, artículos 231, ordinal 1º, 240 y 19 del Código Penal Colombiano, y por apreciación errónea de algunas pruebas que obran en los autos, y por falta de apreciación de

otras...", hace un resumen de los hechos según su personal punto de vista.

Dos cargos formula en concreto:

1) Afirma que el fallador lo condenó como responsable por complicidad o coparticipación en el delito de falsedad en documento privado. Que esa infracción requiere perjuicio a tercero o la intención de causarlo, y la contrafacción o fingimiento de letra, firma o rúbrica en el documento.

Dice que no se pudo demostrar que su conducta causara daño, que, por el contrario, los diplomas de bachillerato que facilitó y que resultaron apócrifos obedecieron a su deseo de que pudieran estudiar y progresar para que "...fueran útiles a la familia y a la sociedad...", lo que excluye cualquier noción de perjuicio.

Expresa que la prueba grafotécnica no lo señala como autor de la falsedad. Que en el proceso no se estableció quién fue su autor material, circunstancia que no permite imputar complicidad, pues "... a qué autor o autores presté yo auxilio o cooperación sin los cuales el delito no hubiera podido realizarse o de qué manera tomé parte en la ejecución del hecho ...?".

Por este modo, concluye que considera justa, legal y procedente la casación del fallo porque es "...violatorio por interpretación errónea y aplicación indebida, de los artículos 240, 231 y 19 del Código Penal Colombiano...".

2) Sostiene que hubo error de derecho en la apreciación como indicio en su contra de la carta de Rafael Biojó Cortés y de dos de los diplomas de bachiller. Lo primero, porque del contexto de la mencionada misiva no es posible inferir que "... yo me dedicara a las actividades de falsificador de documentos..."; y, lo segundo, porque los referidos diplomas no fueron encontrados en su casa sino que fueron entregados por orden suya, situación que de la cual no es posible deducir "..... que un sujeto que da la dirección exacta de su casa y haga entrega voluntaria de documentos que pudieran servir para las pesquizas de los agentes del F-2, pueda ser un falsificador, o cómplice o copartícipe de falsificación...".

Para terminar este cargo observa que el sentenciador omitió apreciar varias pruebas que simplemente enumera. Y, se remite al resumen escrito de sus alegaciones de audiencia ante el juzgado del conocimiento.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que la demanda se deseche por carencia de técnica.

Al respecto precisa:

"...Insistentemente pregona la H. Corte, sentando como precepto prevalente, que la violación a la ley penal sustancial en sus formas directa e indirecta, no se puede dar simultáneamente porque el principio de contradicción se levanta como muro infranqueable, impidiendo el curso simultáneo de ellas, por ser presupuesto irremplazable de la primera, la aceptación de los hechos imputados al procesado, apuntalándose la segunda en el desconocimiento de esos mismos hechos. Es decir, que una es la posición intelectual que tiene que tomar el censor cuando recrimina al *ad quem* por haber violado directamente la norma sustancial, y otra, diametralmente opuesta, irreconciliables a todas luces, la postura del quejoso por la ofensa indirecta a esta norma legal...".

LA CORTE CONSIDERA

El recurrente acusa la sentencia al amparo de la causal primera de casación (numeral 1º, artículo 580 del C. de P. P.), y en forma simultánea propone los dos motivos que la conforman, esto es, que no sólo aduce la violación directa de los artículos 231, 240 y 19 del Código Penal, sino también la violación indirecta de esas mismas normas a través de la prueba.

Primer cargo: Al precisar el sentido de la violación directa señala que el fallador incurrió en interpretación errónea y en aplicación indebida de los preceptos sustanciales antes anotados.

Ha dicho esta Corporación que sobre una misma norma jurídica no es posible alegar a la vez falta de aplicación, aplica-

ción indebida e interpretación errónea fundada en que dichos sentidos de la violación se excluyen mutuamente.

La aplicación indebida consiste en que el sentenciador yerra en la selección de la norma atinente al caso concreto, lo que implica el rechazo absoluto de la escogida; en cambio, la interpretación errónea estriba en que habiendo acertado el fallador en la selección de la norma yerra sin embargo en el significado de ella, porque le da un alcance que no tiene. Entonces, no es factible en sana lógica expresar que la sentencia es atinada en la determinación de la ley sustancial aplicada a lo que fue materia del proceso y decir, al mismo tiempo, que no es la procedente. Por tanto, cae el actor en un manifiesto desatino de carácter técnico que hace contradictoria la censura, en forma tal que la Corte no puede entrar a enderezar el razonamiento para hallar, de su propio motivo, el sentido verdadero de la violación y desentrañar el cargo diluido en ese discurrir absurdo.

No prospera.

Segundo cargo. Al indicar el sentido de la violación indirecta, por apreciación falsa de algunas pruebas, alega error de derecho como fruto de una distorsión del hecho probado constitutivo de indicios derivados del resultado de la pericia grafotécnica y de la manera como fueron localizados dos diplomas aprócrifos de bachiller.

Se evidencia que el censor no ataca la formación jurídica de las pruebas pericial y documental aludidas que sirvieron para establecer el hecho indicador de los indicios deducidos en su contra por el fallador sino que discute su alcance material para extraer de ellas un hecho distinto al que éste tuvo en cuenta para formular la inferencia incriminatoria. Esta forma de argumentar no responde al error de derecho, pues es de su esencia no debatir el hecho que la prueba revela sino demostrar que su asunción al proceso fue indebida o que se le dio un valor legal que no le corresponde. Confundió el recurrente el error de hecho con el de derecho y cayó por este modo en una falta de técnica ostensible que la Corte no puede corregir de oficio sin convertirse en tribunal de instancia.

No prospera.

Si los cargos adolecen, por separado, de fallas que los hacen sustancialmente ineptos, la demanda analizada en su conjunto resulta inatendible.

En efecto:

Tiene razón el Procurador al observar que el libelo se resiente de un planteamiento antilógico al proponer simultáneamente la violación directa y la indirecta de la ley sustancial. Este proceder comporta un desacierto técnico que afecta la naturaleza del recurso. . . . . . .

La incongruencia emerge con absoluta nitidez del enfrentamiento conceptual de los supuestos sobre los cuales se edifica cada una de esas transgresiones. La violación directa presupone la aceptación de los hechos conforme los apreció la sentencia, mientras que la violación indirecta, a contrario sensu, *los rechaza. En la violación directa el error de juicio del juzgador se origina en la norma sustancial; en la violación indirecta el error de juicio se produce en la prueba o en su precepto regulador. Esto significa que no es posible sostener un argumento si sus bases a tiempo que se ponderan, se niegan, es decir, se destruyen con su contrario.*

De aquí que la Corte reiteradamente expresa: "...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 tienen 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 . . .". (Sent. Cas. Penal, 28 de mayo de 1976).

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal-, de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *NO CASA* la sentencia condenatoria del diez y siete de diciembre del año pasado, proferida en este proceso 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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDADES

Son sanciones que la ley establece en guarda de sí misma y de los derechos de las partes

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., noviembre veintiocho de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 78

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 26 de febrero del año en curso, con la cual se confirmó y adicionó la del 18 de Nov. de 1976 que dictó el Juzgado 15 Superior de esta capital, condenando a JOSE JEREMIAS QUICAZAN MARTINEZ por el delito de homicidio en la persona de Jaime Arturo Rincón Ahumada a la pena de ocho años de presidio, a las accesorias de rigor y, en abstracto, a pagar los daños y perjuicios causados con la infracción.

HECHOS

El juzgado del conocimiento los sintetizó en la siguiente forma:

"...En la noche del veintiséis de noviembre de 1972, en el casco urbano de la población de Silvania comprensión de este Distrito Judicial, departían al -calor del licor varias personas entre quienes se encontraban los señores Nicanor Lasso López, Jaime Arturo Rincón Ahumada y Jeremías Quicazán Martínez. Una vez abandonaron el establecimiento de libaciones, Lasso en actitud amistosa salió con Rincón hacia un puente siendo seguidos por el señor Quicazán, quien al presentarse discusión entre los primeros intervino con arma corto-punzante haciendo impacto en la humanidad de Rincón a causa de lo cual dejó de existir...".

ACTUACION PROCESAL

El 30 de noviembre de 1972, el Juzgado Promiscuo Municipal de Silvania abrió la investigación correspondiente. En el curso de las sumarias el mismo juzgado dictó auto de detención contra varias personas y contra José Jeremías Quicazán Martínez por el delito de homicidio. Posteriormente, el Juzgado Quince Superior de Bogotá cerró la investigación y mediante auto del 31 de julio de 1975 llamó a responder en juicio, por el aludido reato, al procesado Quicazán Martínez y sobreseyó a los otros implicados. Al quedar esta decisión en firme, se ordenó la consulta de los sobreseimientos que fueron confirmados.

Tramitada la causa, realizada la audiencia pública y obtenido el veredicto del jurado, el juzgado del conocimiento emitió sentencia condenatoria, pronunciamiento que confirmó el Tribunal Superior de Bogotá y que es objeto del recurso extraordinario, finalmente admitido por esta Corporación y sustentado en su debida oportunidad.

LA DEMANDA

Después de hacer la relación de los hechos que se declararon probados en las instancias y de consignar los fundamentos del fallo acusado, el recurrente le for-

mula dos cargos al amparo de la causal cuarta de casación (numeral 4, artículo 580 del C. de P. P.), pues considera que se dictó en juicio viciado de nulidad.

1) Sostiene el censor que se incurrió en la nulidad prevista por el numeral 1º del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal al no haberse reemplazado a la señora Gladys Ortiz de Caycedo como miembro del jurado de conciencia que juzgó a su patrocinado, existiendo causa legal para hacerlo.

Fundamenta el cargo en que la citada señora es hermana del magistrado ponente de la sentencia impugnada, condición parental que de conformidad con el artículo 529 del Código de Procedimiento Penal le impedía ser jurado al tener por ello mismo, interés directo o indirecto en la resolución del asunto.

2) Aduce igualmente la nulidad de que trata el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues estima que hubo error en la calificación del proceso porque "...el señor juez ha debido dictar auto de llamamiento a juicio por el artículo 384 del Código Penal *que contempla la riña imprevista*...".

Sustenta su aserto, así: "...Tanto las declaraciones de NICANOR LASSO, como las de los demás testigos presenciales de los hechos concluyen en que no había enemistad entre JEREMIAS QUICAZAN y JAIME RINCON, sino que el primero intervino para separar a LASSO y RINCON y le fue buscada la pelea que no pudo evitar...".

EL MINISTERIO PUBLICO

Solicita que se desechen las pretensiones de la demanda, ya que, en su concepto, ninguno de los cargos está llamado a prosperar. En efecto:

1) Advierte que los impedimentos especiales para ser jurado consagrado en el artículo 520 del Código de Procedimiento Penal son taxativas y que, en consecuencia, a las partes les está prohibido "... crear otros impedimentos empleando sistemas de analogía o extensión...". Que habiendo sido establecidos por la ley en relación con "...cualquiera de las personas que intervienen en la audiencia..." no pueden alegarse con respecto a personas extrañas a ella como lo sería con el Magistrado ponente del Tribunal sentenciador.

Precisa que la señora Gladys Ortiz de Caycedo no le asistía ningún interés directo o indirecto en el asunto, pues su hermano como Magistrado sentenciador de la correspondiente Sala de Decisión del Tribunal redujo su actuación a proyectar y suscribir el auto mediante el cual se confirmaron los sobreseimientos definitivos en donde no se tocó para nada la situación jurídica del procesado llamado a juicio Quicazán Martínez.

2) Señala que la pretendida nulidad por error en la calificación del sumario carece de fundamento, en virtud de que la tacha "...es futil por cuanto homicidio fue el delito cometido por el condenado Quicazán Martínez y como tal tenía que ser calificado en el vocatorio a juicio...", como lo pregona el proceso al demostrar que se destruyó una vida humana por la acción de un semejante.

CONSIDERA LA CORTE

Propone el recurrente dentro del ámbito de la causal cuarta de casación (numeral 4, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) dos cargos de nulidad *legal:* la general para todo proceso, prevista en el numeral 5 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y la especial, para los juicios en que interviene el jurado, consagrada en el numeral 1º del artículo 211 del estatuto procesal.

Como los alcances de estas dos nulidades son distintos, siendo de mayor extensión la inicialmente anunciada, la Corte entrará primero a estudiar ésta, no obstante que el actor las formuló en orden inverso.

1) CUESTION PREVIA

Es menester dejar en claro la naturaleza de la nulidad especial *alegada para fijar sus alcances en el recurso extraordinario de casación. Ciertamente se requieren algunas precisiones.*

En la teoría general del proceso las nulidades son sanciones que la ley esta-

blece en guarda de sí misma y de los derechos de las partes. Por este modo, se garantiza el cumplimiento del debido proceso.

Las nulidades legales relativas admiten saneamiento. Su poder de invalidación es limitado, *sujeto a la acción u omisión de los sujetos procesales. Por regla general la ley defiere a éstos el interés de denunciarlas oportunamente. Su silencio las convalida.*

Entre ellas se encuentran:

La del numeral 3º del artículo 210 porque "...Esta nulidad desaparece si habiendo comparecido el reo al juicio, no la propone dentro de los quince días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal...". Y, la del numeral 1º del artículo 211, pues "...es necesario que quien alegue la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes...".

Se trata, por ende, de nulidades que se subsanan al no ser propuesta o alegadas en las oportunidades y con los requisitos allí señalados. Significa, entonces, que, vencida la ocasión y no cumplidas sus exigencias, el juez no puede declararlas ex-officio ni a petición de parte, porque han desaparecido por ministerio de la ley.

La consecuencia lógica que se desprende de estas premisas, es la de que sólo pueden ser aducidas, en sede de casación, las nulidades relativas que oportunamente fueron reclamadas en las instancias, que no prosperaron o que no fueron tenidas en cuenta a pesar de ello.

2) PRIMERA CAUSAL DE NULIDAD

El impugnante invoca la causal 5ª del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por entender que el juez erró en la calificación del hecho al considerarlo en el auto de proceder homicidio cuando debió denominarlo homicidio en riña improvista de conformidad con el artículo 384 del Código Penal, en razón de que la realidad probatoria, en su concepto, así lo pregona.

Como se observa no discute el nomen iuris *genérico que el juez le dio a los hechos; simplemente, protesta porque no fue reconocida en el auto calificatorio la modalidad específica de la riña imprevista. Esto es, que reclama una circunstancia modal del delito de homicidio por el cual se llamó a responder en juicio a su patrocinado con intervención del jurado.*

Reiteradamente la Corte ha dicho que esta nulidad prospera cuando se demuestra que el juez, de manera ostensible, se equivoca en el auto de proceder al efectuar la adecuación de los hechos probados en el sumario con una norma sustancial impertinente, dándoles una denominación jurídica que no les corresponde.

Entonces, el planteamiento del censor resulta ineficaz por cuanto no discute la calificación genérica del reato, por el contrario, virtualmente la acepta.

El cargo no prospera.

3) SEGUNDA CAUSAL DE NULIDAD

El demandante alega la causal 1ª del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, porque estima que la señora Gladys Ortiz de Caycedo, sorteada como jurado de conciencia, no fue reemplazada existiendo causa legal para hacerlo, pues resultó ser hermana del Magistrado ponente que integró la Sala de Decisión que condenó a su procurado.

Conforma la nulidad con la causal de impedimento consignada en el artículo 529 del Código de Procedimiento Penal que prohíbe ser jurado a "...los que en cualquier forma tuvieren interés directo o indirecto en la resolución del asunto ...", bajo la afirmación de que la citada señora estaba naturalmente determinada a hacer triunfar las tesis de su hermano el Magistrado.

Esta última parte de la censura carece de fundamento como lo anota el Ministerio Público, ya que el Tribunal conoció únicamente de los sobreseimientos definitivos de los otros implicados en el crimen y en ningún momento se ocupó de fondo de la situación jurídica del hoy condenado. Es decir, que ella ignoraba el pensamiento concreto que pudiera tener su hermano al respecto. Por tal razón, mal podía encontrarse interesada en sostener puntos de vista que éste no había

consignado, por sustracción de materia, en el auto de proceder que se debatió en la audiencia.

Admitiendo, en gracia de discución, que esa observación es afortunada y que existía causa legal para que la señora Ortiz de Caycedo fuera reemplazada como jurado, la Corte advierte que la nulidad que se propone es relativa y que se encuentra convalidada por mandato expreso de la ley, pues no se formuló el correspondiente reclamo en el acto de sorteo de jurados ni dentro de los cinco días siguientes. Anota, además, que el hecho de que no se conociera en ese enttonces la situación impeditiva como lo afirma el recurrente, no desvirtúa el saneamiento de la nulidad, porque, precisamente, la norma que la establece extiende a cinco días la oportunidad de reclamo para que las partes, de su propio motivo, averiguen las causas legales que puedan existir a fin de que pidan, si lo estiman conveniente, los cambios a que haya lugar. De aquí, que se entienda, de iure condito, *que precluido este término, el silencio comporta conformidad con la integración del jurado.*

En consecuencia, habiendo quedado saneado en las instancias el motivo de nulidad propuesto, no es jurídicamente posible alegarlo en casación.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *NO CASA* la sentencia condenatoria del veintiséis de febrero del año en curso, proferida en este proceso 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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

REHABILITACION

No tiene duda la Sala en señalar la procedencia de la rehabilitación (artículo 14 Constitución Nacional, 113 Código Penal y 707 y siguientes del Código de Procedimiento Penal) como institución propia para cumplir este cometido y para otras similares hipótesis, v. gr. prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diciembre primero de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gomez Velásquez.*

Aprobado: Acta Nº 80.

VISTOS

En el año de 1966, la doctora LEONORA SALDARRIAGA GOMEZ, se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de Anzá (Antioquia).

El Procurador del Distrito Judicial de Andes, el 20 de agosto del mencionado año, practicó una visita a ese despacho, diligencia de la cual resultaron algunos cargos, los mismos que dieron lugar al correspondiente proceso disciplinario, conforme a Resolución Nº 9 de dos de septiembre del indicado año.

El extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Andes, en proveído de 20 de septiembre del año en mención, declaró "a la doctora LEONORA SALDARRIAGA GOMEZ... responsable de faltas graves contra la disciplina judicial y, como consecuencia, se le destituye del cargo". Se aplicó el Dto. 1698 de 1964.

La sancionada, en escrito de 11 de mayo de 1977, solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, se le rehabilitara. Agregó, a este efecto, copia de la sentencia de destitución, certificado de registro penal y testimonios del doctor José Librado Vásquez y de don José Vicente Arias, sobre conducta de la peticionaria a partir de 1966.

La mencionada Corporación, por mayoría, en providencia de 19 de julio del año en curso, declaró la rehabilitación de la doctora LEONORA SALDARRIAGA GOMEZ, bajo el entendimiento de que la destitución, tal como la señalaba el artículo 48 del Decreto 1698 de 1964 (y lo preceptúa hoy el Decreto 250/70, artículo 16, ordinales 6º y 7º), implica una interdicción de función pública, lo cual posibilita la aplicación del artículo 113 del Código Penal, en armonía con los artículos 33 y 707 del Código de Procedimiento Penal.

Interpuso, entonces, apelación el Ministerio Público de esa instancia, quien se había opuesto a la pretensión por considerar que la sanción de destitución no constituye ni pérdida ni suspensión de los derechos políticos *(ius sufragii, ius honorum).*

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, afirma en su concepto lo siguiente:

"...a) El Decreto 1698 de 1964 fue derogado en sus Títulos I y II por el Decreto 250 de 1970, ordenamiento este que entró a regular el procedimiento aplicable a las faltas disciplinarias cometidas por los jueces de la República".

"b) El artículo 109 del Nuevo Estatuto decía en su inciso segundo:

'La Corte Suprema de Justicia conoce en segunda instancia de los procesos por faltas disciplinarias fallados en primera por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de Aduanas'.

"En virtud de acción pública de inexequibilidad propuesta por el ciudadano Gregorio Rodríguez Vásquez la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del *28 de noviembre de 1974* declaró inexequibles tanto el artículo precitado como sus concordantes 116, 117, 118 y 119 del mismo ordenamiento, por no ajustarse a la previsión del artículo 160 de la constitución Nacional al colocar 'en cabeza de la Corte' la competencia que la Carta 'de modo inequívoco' asignó a los Tribunales del Distrito como superiores inmediatos de los jueces.

Reza la norma constitucional:

'Los Magistrados y los Jueces estarán sujetos a sanciones disciplinarias impuestas por el respectivo superior, que podrán consistir en multas, suspensión o destitución en la forma que determine la ley'.

"En opinión de esta Procuraduría Delegada la Honorable Sala de Casación Penal carece de competencia para conocer en segunda instancia de asuntos disciplinarios de los jueces. Ellos corresponden a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y al Tribunal Superior de Aduanas en única instancia".

"Por lo tanto, a juicio de este despacho carece de competencia esa Honorable Corporación para decidir la apelación impetrada y le solicita de manera comedida así declararlo...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *La pérdida de los empleos oficiales es sanción que no considera expresamente el Código Penal, pero que va insita en la interdicción de derechos y funciones públicas o en la prohibición del ejercicio de un arte o profesión. Lo primero porque conforme al artículo 15 de la Constitución Nacional, "la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa... para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción...", texto desarrollado más ampliamente en el artículo 56 del Código Penal; lo segundo, porque si una determinada calidad profesional, v. gr. ingeniero, abogado, médico, etc., es requisito para desempeñar un determinado cargo y aquélla resulta afectada por una sentencia condenatoria, lógicamente no puede permanecer el sentenciado en el empleo.*

2. *En el régimen disciplinario la destitución no se restringe a ocasionar la pérdida del cargo; también inhabilita para ocupar posteriormente algunos empleos. El Decreto 250/70, para citar sólo lo relacionado con una clase de servidores públicos, preceptúa en su artículo 16: "No podrán ser designados para cargo alguno en la rama jurisdiccional ni en el Ministerio Público, a cualquier título: ....6) Quienes como funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, y por falta disciplinaria, hayan sido destituidos... 7) Quienes por faltas graves hayan sido destituidos de cualquier cargo público".*

3. *Esta inhabilitación es la que afecta a la doctora LEONORA SALDARRIAGA GOMEZ, sancionada bajo la vigencia del Decreto 1698/64, que en su artículo 48 traía previsión muy similar a la citada, y tiene un efecto de duración indefinida, sin que se contemple la forma como pueda desaparecer. Tampoco se prohíbe expresamente su rehabilitación, pudiéndose entonces acudir a su aplicación analógica, pues impedirlo sería constituir la sanción en irredimible o perpetua, lo cual, como adelante se comentará, pugna con el sentido y fines de la Constitución.*

4. *No tiene duda la Sala en señalar la procedencia de la rehabilitación (Arts. 14 C. N. 113 C. P. y 707 y ss. del C. de P. P.) como institución propia y adecuada para cumplir este cometido y para otras similares hipótesis, v. gr. prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión, prohibición de residir en determinado lugar, etc..*

Las razones para fundamentar esta conclusión, son las siguientes:

a) Usualmente la rehabilitación se relaciona con la pérdida de la ciudadanía. Esta es la mención que trae la Constitución Nacional en el citado artículo 14. Y el Código Penal la vincula a la interdicción de derechos y funciones públicas,

pena prevista en el artículo 42, fijada en su duración en el artículo 45 y estimada en sus alcances en el artículo 56. La rehabilitación "tiene por objeto volver a un individuo a la situación legal que perdió por efecto de una justa condena... reintegrar a los condenados al estado de completa capacidad jurídica... ubicar a una persona en la misma situación moral o legal en la que se encontraba y de la cual había sido desposeída", definiciones que de entrada indican su extenso y completo alcance, vale decir que su efecto cubre cualquier clase de sanción (penal, disciplinaria, etc.), sin distinguir su origen (judicial, legislativa, etc.), ni sus modalidades (interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión o pérdida de la patria potestad, prohibición de ejercer un arte o profesión, etc.).

b) El Código de Procedimiento Penal (Art. 707) contempla la rehabilitación no sólo para lo relacionado con la interdicción de derechos y funciones públicas (artículo 56 Código Penal) sino también para la afección del ejercicio de la patria potestad (Art. 708).

c) La rehabilitación está destinada a hacer cesar anticipadamente, siempre que se haya dejado transcurrir el término básico para poder intentar su concesión, una de duración determinada, o para suprimir las consecuencias de una sanción de permanencia indefinida. Sus efectos surgen automáticamente cuando la pena ha sido satisfecha de modo total. Así lo ha reconocido la Corte en decisión de 15 de febrero de 1973, la cual conviene reproducir:

"1. La pena de interdicción de derechos y funciones públicas, principal o accesorias de que se ocupen varias disposiciones legales, particularmente el artículo 113 del Código Penal, tiene en cuanto a su duración y a las condiciones para ponerle fin, un doble sentido: el de la pérdida de tales atributos ciudadanos, y el de la simple suspensión de los mismos, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución. Cuando se pierden, o cuando se establece la pena como perpetua, según el artículo 45 del Código Penal, el condenado debe pedir la rehabilitación al Tribunal Superior del Distrito Judicial en donde se hubiere dictado la sentencia de primera instancia, por mandato expreso del artículo 707 del estatuto procesal, acompañando los medios demostrativos de las condiciones a que se refiere el artículo 709 de la obra últimamente citada.

2. Pero cuando se trata de simple suspensión de derechos y funciones públicas, tal como los puntualiza el artículo 56 del Código Penal, hay que distinguir:

"a) Si se ha cumplido íntegramente esta sanción, el restablecimiento a la vida ciudadana opera por imperio de la ley, a tono con el fallo, como que transcurrido el término interdictivo señalado en éste, no podría extenderse la inhabilidad a un tiempo mayor. Si se exigiera también en este caso la rehabilitación judicial, la duración de esa medida, en la práctica, no resultaría temporal sino indefinida, exceso no autorizado en la ley;

"b) Si no se ha satisfecho el plazo de la interdicción, el sancionado tiene derecho de pedir igualmente su rehabilitación, exactamente igual o como sucede cuando ha perdido la ciudadanía, y esto en cuanto hayan transcurrido por lo menos cuatro años a partir de la ejecutoria de la sentencia, según el artículo 113 del Código Penal, si, de otra parte, cumple las condiciones establecidas y las demuestra en la forma de que trata el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal.

"3. No puede imponerse en todos las circunstancias al condenado la obligación de demandar el restablecimiento de sus derechos y funciones públicas, porque ello será tanto como darle a la pena interdictiva un carácter absoluto que no siempre tiene. De acuerdo con el artículo 113 del Código Penal, el condenado puede pedir que se le rehabilite siempre que haya observado buena conducta y que hayan transcurrido cuatro años a partir del día en que haya cumplido la pena principal o a partir del día de la ejecutoria del fallo condenatorio según el caso. Pero esto no es un deber, sino una facultad que puede ejercitarse mientras no se haya cumplido totalmente la sanción.

"4. De acuerdo con el artículo 665 del Código de Procedimiento Penal, la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al juez que conoció del

proceso en primera o única instancia. Si este funcionario está obligado a comunicar a las autoridades respectivas la decisión final para que se cumplan las penas, también tiene el deber de impartir las instrucciones para que tales dependencias administrativas cancelen los registros o tomen las medidas conducentes al restablecimiento decretado. Tratándose de derechos y funciones públicas, es el juez indicado quien debe tener en cuenta si el sentenciado cumplió el tiempo de la condena accesoria a fin de declarar que se encuentra nuevamente en el ejercicio de la capacidad suspendida, y, como efecto inmediato, dirigirse a las mismas personas a quienes se comunicó la sentencia ...". (G. J. tomo CXLVI, números 2366 a 2371 enero a junio de 1973, págs. 385 y 386).

d) La duración de una sanción puede ser temporal (dura algún tiempo... pasa con el tiempo... no es eterna) o indefinida (sin término conocido o señalado). No es lo mismo sanción o perpetuidad (expresión inexacta que utiliza el Código Penal en su artículo 45 y equivalente de "absoluta", empleada con igual impropiedad por la Constitución Nacional en su artículo 97, ordinal 2º) que pena de duración indefinida. Aquélla significa que dura y permanece para siempre " o es de duración sin fin"; ésta condiciona su desaparición al cumplimiento de ciertos requisitos, v. gr. el transcurso de un tiempo básico (artículo 113 C. P., Dto. 196/71, 64) y otras variables exigencias (artículo 709 C. P. Dto. 196/71, 64 ord. b.).

Hoy en día no existen penas a perpetuidad.

Se dice que estas pugnan con el artículo 37 de la Constitución Nacional ("No habrá en Colombia... obligaciones irredimibles") y no se compaginan con la rehabilitación de la pérdida de la ciudadanía, ya que si la Carta quisiera la perpetuidad de esta sanción, a la que denomina "absoluta", no permitiría su restablecimiento. El Delegatario José María Samper, al comentar la Constitución de 1886, acertadamente escribió: "Está en razón que ninguna pena *sea perpetua, en cuanto su naturaleza misma permite que el culpado y penado se rehabilite con actos de virtud que comprueben su arrepentimiento y enmienda. Por eso la Constitución permite que los que han perdido la ciudadanía puedan obtener su rehabilitación". Cabe recordar que la constante posibilidad de errores judiciales y la previsible, deseada y procurada readaptación del condenado, indican que la pena tiene que ser redimible, esto es, que pueda cesar y originar una restitución o reparación completas; o como anotara la Corte: "Si la esperanza de la rehabilitación induce al reo a la enmienda y facilita, por tanto, su readaptación a la vida en sociedad (misión primordial de la pena), es obvio que procede aún con respecto de quienes han sido reprimidos con una pena perpetua, tanto más cuando el condenado ha puesto de presente su enmienda" (junio 7/65, publicada en "Derecho Colombiano", Nº 43, pág. 270).*

3. Tiénese, entonces, que las sanciones son de carácter temporal o de duración indefinida. Unas y otras permiten la cesación de sus efectos inhabilitantes por aplicación del instituto de la rehabilitación, que es el instrumento general y común establecido por el legislador para restituir a un condenado al estado inicial en que se encontraba antes de recibir condena. La Ley de procedimiento penal se ocupó expresamente de señalar su procedencia en cuanto a la suspensión de la patria potestad y la interdicción de derechos y funciones públicas.

La Corte, en la citada providencia de 7 junio de 1965, rehabilitó a un abogado a quien, "a perpetuidad", se había cancelado su matrícula profesional. Permitió, entonces, que cesara el efecto de esta sanción disciplinaria que se proyectaba en el tiempo sin término ni límite. Indicó, igualmente, que las sanciones señaladas en el Código Penal como de perpetua vigencia, podían tener este control y finalización. Esto se dijo cuando la legislación que se ocupaba del aspecto ético de la profesión de abogado, no señalaba solución alguna para restablecer a estos profesionales en sus perdidos derechos. El actual estatuto del ejercicio de la abogacía (Dto. 196 de 1971) tuvo oportunidad de recoger este rumbo de la doctrina. De ahí que en el artículo 60 determinara las sanciones dis-

ciplinarias imponibles (amonestación, censura, suspensión y exclusión), señalando que la exclusión consistía "en la prohibición definitiva del ejercicio de la abogacía, que conlleva la cancelación de la licencia de abogado". En los artículos 64 y 65, dispuso textualmente: "artículo 64": "El abogado excluido de la profesión podrá ser rehabilitado por el Tribunal Disciplinario, cuando se den las siguientes condiciones:

"a)Que hayan transcurrido no menos de cinco años desde la ejecutoria de la sentencia que le impuso la sanción disciplinaria, y

b) Que, a juicio del Tribunal, aparezca demostrado que la conducta observada por el excluido revela su completa idoneidad moral para reingresar a la profesión".

"Y" artículo 65: "En las actuaciones sobre rehabilitación es parte el Ministerio Público. La decisión se emitirá dentro de los treinta días siguientes a la práctica de las pruebas decretadas de oficio o a solicitud de parte, durante los términos que prudencialmente señale el Tribunal, sin que excedan de treinta días".

f) Es notoria la extensión que la doctrina y la legislación positiva vienen dando a la rehabilitación para anular los efectos indefinidos de las sanciones. De ahí que unas veces se acuda a la ley para cumplir con esta finalidad. v. gr. rehabilitación en el caso de pérdida de la ciudadanía o interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión o pérdida de la patria potestad, exclusión del ejercicio de la abogacía; y otras a la doctrina, que en buena hora desarrolla integralmente las instituciones, permitiendo su aplicación para quienes han sufrido la prohibición de ejercer cualquiera otra profesión, o ha sido destituido o suspendido por segunda vez, tratándose de funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional o del Ministerio público, o destituido por faltas graves de cualquier cargo público, etc.

g) Mientras no se fije un trámite propio, unos requisitos especiales o un organismo de conocimiento exclusivo, la rehabilitación se regirá por lo dispuesto en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, los cuales señalan las condiciones básicas y generales y atribuyen competencia a los Tribunales Superiores del Distrito Judicial en donde se hubiera dictado la sentencia, y a la Corte, por impugnación de quien tenga interés jurídico en presentarla.

5. Por fuera de lo escrito se puede agregar otro argumento en favor de la tesis de la rehabilitación en medidas disciplinarias:

La sanción disciplinaria de suspensión por faltas graves o de destitución, constituye, por efecto que la legislación le da, una inhabilitación comprendida dentro del amplio género de las interdicciones de derechos y funciones públicas ("la interdicción de derechos y funciones públicas priva... del ejercicio... de función pública u oficial... Esta pena incapacita asimismo para adquirir cualquiera de los ...empleos, oficios... de que trata el inciso anterior" artículo 56 C. P.) y por tanto la institución que se ocupa de la cesión de sus efectos no es otra que la rehabilitación, a la cual se refieren los artículos 113 C. P. y 707 y ss. del C. de P. P.

6. La argumentación del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, alude a la incompetencia de la Sala de Casación Penal de la Corte para conocer de sanciones *disciplinarias de los jueces, pero no se refiere a la rehabilitación que pueda presentarse con relación a las mismas. Sobre el primer aspecto incide la decisión de inexequibilidad que comenta, pero sobre la segunda no hay ningún fallo que la afecte. Conservan, por tanto, las partes la facultad de recurrir de las resoluciones sobre rehabilitación proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.*

7. La petición sin embargo, no prospera porque falta uno de los requisitos esenciales, esto es, la buena conducta posterior a la sanción, que haga presumir la reforma de la sancionada. Las declaraciones aportadas a este efecto, son demasiado reticentes, inciertas y sin precisión de circunstancias y razones adecuadas. De otro lado el salvamento de voto que se presentó en el Tribunal, abunda en inquietantes y concretas manifestaciones que tienen que despejarse en forma absoluta por la peticionaria.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, -SALA DE CASACION PENAL-, *revoca* el proveído de 19 de julio de 1977, emanado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

NULIDAD

La falta de firmas del Fiscal, defensor y los jurados en el acta de audiencia pública, no constituye nulidad

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá. D. E. diciembre primero de mil novecientos setenta y siete. . . . .

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 80

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, proferida el 24 de febrero de 1977 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la del 3 de noviembre del año anterior del Juzgado Quinto Superior de esta capital en la cual fue condenado EURIPIDES CARDENAS TRIANA como autor del delito de Homicidio en Luis Alberto Mahecha Pérez y Siervo Tulio Triana Lozano, a la pena principal de diez años de presidio, a las accesorias de rigor y, en abstracto, a pagar los perjuicios causados con la infracción.

HECHOS

Quedaron resumidos en la siguiente forma: "El domingo diez y nueve de marzo del año en curso, los habitantes del sector rural del Municipio de La Peña, acudieron, como de costumbre, a la zona urbana con el fin de encontrar las provisiones más indispensables para el consumo semanal y desde luego, aprovecharon su fugaz descanso, para ingerir bebidas embriagantes con sus compañeros y vecinos".

"El día transcurrió normalmente sin que nada perturbara la calma del poblado, hasta las once y media o doce meridiano, hora en que Adán Cárdenas Avila, campesino de unos setenta años de edad, aproximadamente, por problemas de índole familiar de poca trascendencia, discutió en forma acalorada con Luis Alberto Mahecha Pérez, pasando luego a las vías de hecho, agrediéndose mutuamente con los 'zurriagos' o 'varas' que la gente de esa región colombiana acostumbra portar.

"Sin embargo, a pocos pasos de allí se encontraban Eurípides y José Reyes Cárdenas Triana, hijos de Adán, quienes al enterarse de lo sucedido, entraron al escenario de los hechos, agrediendo violentamente no sólo a Mahecha sino a Siervo Tulio Triana Lozano, también compañero de discordias de la familia Cárdenas Triana.

"Como saldo de esta desproporcional contienda resultaron gravemente lesionados con arma corto punzante Luis Alberto Mahecha Pérez y Siervo Tulio Triana Lozano, quienes fallecieron pocos minutos después. . .".

ACTUACION PROCESAL

Los hechos fueron denunciados ante el señor Alcalde del Municipio de La Peña, quien inició las primeras diligencias. El Juzgado Promiscuo Municipal del lugar dictó auto cabeza de proceso el 21 de marzo de 1972 y el 12 de abril siguiente decretó la detención preventiva del procesado Eurípides Cárdenas Triana.

El Juzgado Quinto Superior de Bogotá cerró la investigación y calificó el sumario con auto de proceder contra el mencionado Cárdenas Triana. El 25 de octubre del mismo año. Surtida la audiencia pública con intervención del jurado se obtuvo veredicto de responsabilidad. El 3 de noviembre de 1976 el Juzgado profirió sentencia condenatoria y el Tribunal el 24 de febrero de 1977, la confirmó.

El recurso de casación fue concedido por haber sido interpuesto en tiempo y admitido por la Corte es sustentado en debida forma.

LA DEMANDA

Después de solicitar la infirmación del fallo pronunciado por el Tribunal, de sintetizar los hechos y de relacionar las actuaciones procesales, el actor le formula, al amparo de la causal cuarta de casación (numeral 4º, artículo 580 del C. de P. P.), dos cargos de nulidad con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por violación de las formas propias del juicio.

Cargo primero: Sostiene que el acta de la audiencia pública efectuada en esta causa el 8 de octubre del año pasado no es documento público al tenor del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal porque, si bien, está firmada por el juez, el procesado y el Secretario, no la suscriben el fiscal, el defensor y los jurados, que intervinieron en la audiencia y quienes debían hacerlo de conformidad con los artículos 214 y 515 del Código de Procedimiento Penal.

Para esta censura, expresa: "...Se violaron por parte del H. Tribunal sentenciador los Arts. 261 y 515 del Cód. de Procedimiento Penal, al darle pleno valor probatorio al acta de audiencia pública sin que en ella se hubieran cumplido las formalidades legales exigidas por el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, consistente dicha formalidad en que el acta no fue firmada por el Fiscal, ni por el defensor ni por los jurados de conciencia. Y esta violación de normas procedimentales conlleva también la nulidad establecida por el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia del acto procesal de la audiencia pública por las informalidades observadas... Todo lo anterior conduce a poder afirmar que en este proceso se quebrantó, en perjuicio del procesado, el artículo 26 de la Constitución Política por cuanto no se observaron las formalidades propias del juicio. ...".

Cargo segundo: Aduce que en el auto de proceder no se incluyeron las circunstancias aminorativas de la responsabilidad, habida consideración de que el procesado obró en defensa de su padre, lo que permitía al menos reconocerle la circunstancia específica de atenuación de la ira y dolor intensos que comtempla el artículo 28 del Código Penal.

De aquí que manifieste: "...al no haberse tomado en cuenta en el auto de proceder a favor del procesado, el estado de ira e intenso dolor ocasionados por grave e injusta provocación por parte de los hoy occisos, circunstancia consagrada en el artículo 28 del Código Penal y amparada por la favorabilidad que determina el artículo 26 de la Constitución Política, se quebrantó en este proceso en forma manifiesta y ostensible el citado artículo 26 de la Constitución en sus dos previsiones: 'falta de aplicación de la ley más favorable', en este caso el artículo 28 del Código Penal, en lugar del artículo 362 del mismo Código, y falta de 'observancia de las formas propias del juicio...'".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se deseche la demanda y se devuelva el proceso al Tribunal de origen, pues, en su concepto, ninguno de los dos cargos está llamado a prosperar.

Con referencia al primero, observa que la Corte "...ha desmontado igual pedimento..." en sentencia del 13 de noviembre de 1971, cuyos conceptos más importantes transcribe, circunstancias "...que excusa al Ministerio Público para formular razonamientos al respecto ...". Y, en cuanto al segundo, anota que el cargo no se ha probado, pues el recurrente tiene la obligación de demostrar "...cómo y por qué erró el calificador legal de la infracción, no por cierto muti-

lando el haz probatorio para aferrarse a uno que otro apartes de testimonios asuntos al proceso, sino haciendo el análisis crítico sobre todo el cuerpo de las probanzas, justamente lo no realizado por el actor en el caso a estudio...".

LA CORTE CONSIDERA

En virtud de que se entablan contra la sentencia dos cargos de nulidad que tienen un alcance diferente, pues, el segundo, de prosperar abarcaría desde el auto de proceder, mientras que, el primero,sólo invalidaría el proceso a partir de una etapa procesal posterior a este pronunciamiento, se empezará el estudio en el orden inverso al propuesto por el recurrente.

1) *Nulidad del Auto de Proceder*

Asegura el actor que en dicho proveído no se tuvo en cuenta el estado de ira e intenso dolor ocasionados por la grave e injusta provocación de las víctimas a su patrocinado (artículo 28 del C. P.). Situación que en su sentir constituye nulidad de jerarquía constitucional, por inobservancia de las formas propias del juicio (artículo 26 de la C. N.).

La tacha carece de entidad pues, es indudable, que el juzgado del conocimiento no pasó inadvertido ese hecho. Precisamente, lo estudió detenidamente encontrando que no se daba en este caso concreto. Las razones que adujo el calificador de primera instancia, con base en el análisis de la prueba recaudada, es de tal vigor que descarta la posibilidad de cualquier censura al respecto.

Lo que se quiere, en consecuencia, es demostrar que el juez pecó por defecto al no reconocer aquella circunstancia específica de atenuación. Y, sin hacer el análisis de todas las pruebas aportadas al proceso sino tomando las que precariamente se concilian con la pretensión, omite la demanda las que vienen a establecer lo contrario. Por este modo, el impugnante intenta que prevalezcan ciertas pruebas sobre otras, que en ningún momento examina y desvirtúa, con el propósito claro de imponer su concepto deficiente sobre el criterio del Juez, éste sí conformado con la totalidad de las probanzas.

Pero, en el supuesto de que la atenuante se hubiera acreditado a plenitud, la imputación no entrañaría la nulidad alegada, porque no puede afectar la forma propia del juicio un error *in iudicando* que no desnaturaliza la calificación genérica del hecho, es decir, que no rompe la estructura fundamental del proceso.

El cargo no prospera.

2) *Inexistencia del Acta de Audiencia*

Discute el demandante la validez del acta de audiencia para señalar que no es documento público al tenor del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, ya que al no haberse firmado por todas las personas que intervinieron en ella como lo manda el artículo 515 del estatuto procesal, resulta inexistente de conformidad con el artículo 214 de la misma codificación.

Observa que la citada pieza procesal lleva las firmas del juez, del procesado y del secretario, pero no tiene las del Ministerio Público, el defensor y los jurados. Por consiguiente, pone en tela de juicio su formación jurídica, circunstancia que a su entender impide tenerla como prueba de haberse realizado el juzgamiento, presupuesto sustancial del fallo, sin cuya preexistencia se violan las formas propias del juicio que garantiza el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Este cargo lo ha aceptado la Corte cuando falta la firma del juez en el acta de la audiencia pública porque considera incompleto y sin autenticidad el documento, imperfección que no permite tenerlo como prueba de los hechos en él consignados, y omisión que comporta quebranto de las formalidades propias del juicio constitutiva de nulidad supralegal. Pero ha rechazado la acusación cuando falta la firma de uno cualquiera de los demás sujetos procesales que actuaron en la audiencia. Así:

En sentencia del 2 de septiembre de 1971, expresó:

"...Si la omisión de la firma de los defensores fuera de carácter insubsanable, resanable solamente por la vía de la nulidad, fácil sería para los defensores pre-

venir 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 diferida 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...".

Y, en fallo del 13 de noviembre del mismo año, precisó:

"...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...". (Véase el artículo 358 del C. de P. C.).

En el presente caso, el acta de la audiencia se encuentra firmada por el juez de la causa, el procesado, y el secretario. Esto significa que dan fe de lo ocurrido en esa diligencia la persona que ejerce la jurisdicción del Estado, el verdadero titular del derecho de defensa y el llamado a dejar constancia de las actuaciones judiciales. Y, si a esto se agrega que los jurados de conciencia suscribieron el veredicto que sustancialmente queda, por modo natural, incorporado al acta, no cabe duda que ella demuestra que el juzgamiento se produjo, porque fue asentida por quienes tienen facultad legal para documentar y por el propio acusado.

Teniendo en cuenta que el censor no tacha de falsa el acta ni controvierte su exactitud, que admite, sin reservas, que los no suscriptores intervinieron en la audiencia pública, las doctrinas transcritas y los breves razonamientos expuestos descartan la eficacia de la impugnación.

El cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *NO CASA* la sentencia condenatoria de veinticuatro de febrero del año en curso, proferida en este proceso 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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

IMPEDIMENTOS

La simple denuncia formulada contra un funcionario no constituye base para recusación o impedimento, a no ser que ésta sea causa eficiente de enemistad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E. diciembre primero de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Fabio Calderón Botero.*

Aprobado: Acta Nº 78.

VISTOS

Corresponde a la Corte decidir de plano el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, doctor Alfonso Cabra Lara, en el proceso contra Edgar Daniel Rincón Puentes y otros, por los posibles delitos de Falsedad y Estafa con base en la denuncia que formulara la señora Nelly Vega de Lizcano.

EL IMPEDIMENTO

Manifiesta en su impedimento el Magistrado Alfonso Cabra Lara que: "...Como quiera que la documentación adjunta, demuestra que la señora NELLY VEGA DE LIZCANO, elevó denuncia penal ante la H. Corte Suprema de Justicia, contra el suscrito Magistrado, como componente de la Sala de Decisión, que presidió el H. Magistrado Víctor J. Chasutre (sic), dentro del proceso seguido contra EDGAR RINCON PUENTES por los delitos de Falsedad y Estafa, es factor determinante para declararme impedido de seguir formando parte de la Sala...".

Los Magistrados restantes de la Sala de Decisión rechazaron el impedimento por las siguientes razones: "...b) No es posible dar aplicación al artículo 8º del Código de Procedimiento Penal que estatuye el fenómeno jurídico de la remisión a otras normas no contenidas en este estatuto, porque ello sólo es factible cuando en el Código Procedimental Penal se haya dejado de consagrar dispositivos legales referentes a un tema determinado como sucede en el recurso de reposición, pero por el contrario, cuando el punto materia de debate ha sido regulado integralmente como sucede con las recusaciones e impedimentos en materia penal, no es dable aplicar normas de otros estatutos, porque tal hecho implicaría sobrepasar los límites establecidos por el legislador... c) La simple denuncia formulada contra un funcionario de la rama penal no constituye base para recusación o impedimento, a no ser que ésta sea causa eficiente de enemistad grave, lo que permitiría dar aplicación al ordinal 5 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, circunstancia no propuesta por el H. Magistrado... Una denuncia por sí sola no origina perturbación en la serenidad del Juez o Magistrado para administrar justicia...".

SE CONSIDERA

En síntesis el Magistrado Alfonso Cabra Lara se declara impedido porque *la presunta perjudicada constituida en parte civil elevó denuncia penal en su contra...*

El hecho parece ser invocado con base en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal que hace expresa remisión a las normas de procedimiento civil "... en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o leyes especiales...".

El numeral 7 del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, consagra como causal de impedimento y recusación el "...Existir denuncia penal contra el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad formulada por alguna de las partes, su representante o apoderado...".

No hay lugar a efectuar incursiones al Código de Procedimiento Civil para encontrar un motivo de impedimento que pueda aducirse en asunto penal, porque tal proceder comporta el desconocimiento expreso de que la materia no se encuentra totalmente reglamentada en el Código de Procedimiento Penal. Por el contrario, se halla regulada con pormenores en el Título II, Capítulo VI, artículos 77 a 89 de dicho ordenamiento. Situación normativa que se opone, por sí misma, a cualquier intento de reenvío.

Igualmente, esa medida resulta extraña y en evidente oposición conceptual, en virtud de que ambos procedimientos las causales de impedimento y recusación son taxativas, es decir, no intercambiables ni susceptibles de aplicación analógica, porque las razones que las justifican obedecen a la naturaleza distinta y peculiar que caracteriza esos dos estatutos en la conformación del proceso y en sus objetivos primordiales.

No siendo el hecho propuesto causal de impedimento en materia penal, la Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal-, *DECLARA INFUNDADO* el impedimento que manifiesta el magistrado doctor Alfonso Cabra Lara en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero, Antonio José Uribe Prada Conjuez

J. Evencio Posada V., (Secretario).

ACLARACION DE VOTO

La causal de recusación señalada en el ordinal 7º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, entendida como debe ser, esto es, cuando ha originado la apertura de proceso contra el funcionario objeto de la denuncia, debe aplicarse en el procedimiento penal. Este criterio nos lleva a apartarnos de la argumentación expuesta en la parte motiva de la providencia acordada por mayoría y que procura ofrecer razones contrarias a esta tesis.

No vemos por qué no pueda invocarse el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, para darle efecto a esa causal. Este artículo prevé sólo la exclusión de disposiciones que se *opongan* a las propias y especiales normaciones de la ley de procedimiento penal. Y en nada se contradicen los artículos 142, ordinal 7º, del Código de Procedimiento Civil y 78 del Código de Procedimiento Penal. Simplemente se integran con tal armonía y utilidad que un aspecto importante aparece definido legalmente y auspicia una solución clara, simple y justa. Es un avance del procedimiento civil que debe aprovecharse por el penal, máxime cuando aquél cumple la función de estatuto básico a todos los códigos de procedimiento, al menos en sus aspectos generales y comunes a todos ellos.

La causal que se comenta implica, en el fondo, un motivo de mayor trascendencia a algunos de los expresamente considerados por la ley penal, o, coincidente con otros cuya índole y alcance se logra por discurso más elaborado y complejo. Si esto es así, no se insinúa la pugnacidad que quiere evitar el artículo 8º. Resaltan sí aspectos de conveniencia, seguridad y justicia, factores determinantes de esta integración. El citado artículo 8º no exige, para permitir esta conjugación de normas, que el Código de Procedimiento Penal no se haya ocupado de reglamentar el tema. Equivaldría a afirmar el absurdo de que sólo es factible esta complementación si él ha omitido toda referencia al punto considerado por el procedimiento civil o por las disposiciones sobre organización judicial. Puede darse el caso de ausencia de preceptos en el estatuto de procedimiento penal y sin embargo, por su espíritu y contexto legal, impedir la incorporación de normas civiles; como también puede sucederse que, no obstante existir un desarrollo en el procedimiento penal, éste resulta perfeccionado con la adición que pueda ofrecer el procedimiento civil. Lo que se quiere evitar, se repite, es la incompatibilidad, menoscabo o distorsión de las instituciones procesales, pero jamás excluir u obstaculizar su mejor aprovechamiento. En casos de posible integración no se empieza por observar si el procedimiento penal atiende específicamente el tema para negar la integración (método seguido por la mayoría de la Sala); se debe estudiar de modo preferente si las normas se repelen o si su integración actualiza, vivifica y proyecta mayor eficacia. En este caso la incorporación no se prohíbe.

Es tan evidente lo dicho que la situación del funcionario que enfrenta una investigación y al mismo tiempo conoce de proceso en el cual es interesado su denunciante, tendrá que resolverse en el mismo sentido que indica el ordinal 7º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, así sea acudiéndose forzadamente a una cualquiera de las causales del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Nadie niega que la denuncia que provoca la apertura de una investigación penal, constituye asunto de interés para el

procedimiento penal en orden a establecer si la capacidad subjetiva de un juez o magistrado subsiste con la integridad exigible, o si ha desaparecido o se ve afectada en grado estimable.

Por eso la previsión del procedimiento civil, en este punto, reclama su aplicación en el penal, como institución propia y específica que lejos de pugnar con lo dispuesto en él para los impedimentos y recusaciones, armoniza admirablemente con sus previsiones.

Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Bogotá, noviembre de 1977.

FIJACION DE LA SANCION

Elementos para la graduación de las penas

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diciembre primero de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero*

Aprobado: Acta Nº 80

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado ARNOLDO OLAYA VALENCIA contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán por los delitos de Abuso de Confianza y Estafa.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los sintetiza el juez de Primera Instancia de la siguiente forma:

"El señor Cupertino Benítez Sánchez, en marzo primero del año de mil novecientos setenta y tres, debidamente identificado, y ante el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada, compareció para formular denuncia penal contra el señor ARNOLDO OLAYA VALENCIA. Dice el denunciante que ha tenido con el señor Olaya Valencia, negocios consistentes en que a dicho señor le dio en calidad de arrendamiento un predio agrícola rural, ubicado en jurisdicción del municipio de Puerto Tejada (Cauca), predio que le pertenece por posesión y por dominio. Que igualmente, le compró al señor Olaya unos implementos para maquinaria agrícola, mediante contrato firmado por ambos, como vendedor Olaya y como comprador el denunciante. Que Olaya inició ante los funcionarios civiles de Puerto Tejada, y en su contra, un juicio ejecutivo en base a unas letras de cambio, y por valor aproximado a los ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.00). Pero que en el instante mismo en que le fuera notificada la demanda civil, él rechazó dichos instrumentos tachándolos de falsos, por lo que considera que en su contra, y por parte del señor Olaya se ha cometido el delito de estafa.

Agrega el denunciante que encontrándose enfermo en su casa de habitación, le firmó alguna vez, pero en blanco seis letras por las sumas de un mil pesos, cinco de tales letras, y otras más por la suma de quinientos pesos, para garantizarle el valor de un rastrillo que le compró, según documento, por la suma total de cinco mil quinientos pesos moneda colombiana ($ 5 500 00). Pero que las letras que sirven de base a la cobranza civil, y en favor del señor Olaya, no las ha firmado por los valores que en tales letras aparecen, o sea por la suma de ochenta y dos mil quinientos cincuenta ($ 82.550.00) cuarenta y nueve mil seiscientos ($ 49.600. 00) y diez mil ($ 10.000.00) pesos. Manifiesta el denunciante Benítez que firmó las letras en blanco y autorizó a Olaya para que llenara los respectivos esqueletos en la forma convenida y por las cantidades aceptadas por él, o sea por el valor total de cinco mil quinientos pesos ($ 5 500 00), que era el valor del rastrillo (implemento agrícola) que Olaya le dio en venta según contrato firmado por ambos. Manifiesta el denunciante, que no le ha pagado a Olaya el valor del rastrillo debido a que Olaya no le ha presentado las letras para su cancelación, pero que en la fecha y en el sitio en donde se elaboró y firmó el contrato de compra-

venta entre él y Olaya, no se firmó letra alguna, sino que tales letras fueron firmadas por él posteriormente en su casa de habitación en la región de las Cañas, en jurisdicción del municipio de Puerto Tejada, tal como lo ha expresado".

Iniciada la investigación por el Juzgado Penal Municipal de Puerto Tejada, se oyó en indagatoria al inculpado y se dispuso la remisión de las diligencias al Juzgado Superior de Santander de Quilichao (Cauca). Practicadas nuevas pruebas, este funcionario ordenó el envío de las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Puerto Tejada quien avocó el conocimiento, oyó en ampliación de indagatoria a Olaya Valencia y decretó su detención preventiva.

Transcurridos ciento ochenta días y por no haberse calificado en mérito del sumario, se le otorgó el beneficio de libertad provisional. Clausurada la investigación se le residenció en juicio criminal por los delitos de Abuso de Confianza y Estafa en concurso material y en la modalidad de frustrado. Recurrido el auto el Tribunal lo revocó y le sobreseyó temporalmente. Practicadas nuevas pruebas se calificó nuevamente con auto de proceder en la forma indicada anteriormente, decisión ratificada por el Tribunal Superior de Popayán, adicionándolo en el sentido de negar el beneficio de libertad demandado por el procesado.

Practicadas las pruebas solicitadas por la defensa en la etapa del juicio, se llevó a cabo la diligencia pública y se dictó sentencia condenándolo a treinta y seis meses de prisión y accesorias de ley. Recurrida la sentencia fue confirmada por el Superior en cuanto a las penas impuestas por la infracción.

Admitido el recurso extraordinario de casación el 24 de marzo último, se declaró ajustada la demanda presentada por el defensor de Olaya Valencia, en su aspecto formal, mediante proveído de 7 de julio del corriente año.

LA DEMANDA

A ella se refiere así el Ministerio Público:

"En su demanda el señor apoderado hace alusión al fallo de segunda instancia que reformó sólo formalmente el del juzgado -por cuanto señaló la pena principal respectiva- dictado en aplicación de los artículos 408, 410, 415, y 17 del Código Penal en relación con el 33 del mismo estatuto; expresa que formula un cargo único consistente en la violación de estas normas y de los artículos 36, 37 y 39 del mismo código, como resultado de error de hecho, lo cual alega para que se invalide parcialmente la sentencia; hace relación a los hechos consistentes en que el denunciante acusó al procesado de haber promovido ejecución en su contra con letras firmadas en blanco y llenadas con cantidades diferentes a las convenidas y en relación con esto se adelantó la investigación, que terminó con fallo condenatorio; se refiere a las bases jurídicas de esta providencia, considerando el fallador que se cometió el delito contemplado por el artículo 415 citado, que es de mera conducta; y que una vez cumplida su actuación, el procesado efectuó todos los actos necesarios para consumar su propósito criminal, sin lograrlo por circunstancias ajenas a su voluntad; transcribe lo pertinente de dicha providencia en cuanto a la graduación de la sanción; e invoca contra la sentencia *la causal primera por violación de la ley sustancial* con proposición del cargo que se procede a examinar.

Consiste el cargo único con fundamento en la causal primera de Casación en que "La sentencia recurrida aplicó indebidamente los artículos 408, 410 y 17 del Código Penal, en relación con el 415 y el 33, pues les dio un alcance distinto del que tienen en la fijación de la pena que corresponde a la estafa agravada por la cuantía, en grado de frustración y en concurso real con el fraude cometido en las hojas firmadas en blanco. Y ello por haber reconocido agravantes genéricos como son los de los numerales tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y décimo primero del artículo 37, sin que tales circunstancias de mayor peligrosidad tengan respaldo probatorio, antes bien, cuando el proceso establece la ausencia absoluta de testimonios, documentos, indicios o cua-

lesquiera otro medio susceptible de acreditarlas".

El fallo enumera agravantes, "...sin advertir en qué proporción concurren al cómputo de la pena, ni por qué la aumentan...", sin que pueda impugnar su fundamento, por su inexistencia; se llegó sí al quebranto de las normas citadas como del artículo 36 y 39, en cuanto a la graduación de la sanción y aplicación del mínimo cuando sólo obran circunstancias de menor peligrosidad.

Alega que la estafa se sanciona con el mínimo de un año (artículo 408 C. P.), aumentada un año más por la cuantía, reducida en una tercera parte, pero "... como no se trata de suma exorbitante, máximo en este tiempo, lejano ya de aquél en que se expidió el código de 1936, es inadecuado duplicar el mínimo, medida aconsejable sólo cuando el infractor lesiona intereses mucho más considerables ..."; y así sólo "debió imponerse seis meses más, totalizándose diez y ocho meses de prisión, reducida en una tercera parte lo cual permite regresar a la primera estimativa, o sea a la base de doce meses ..."; de esta base debe partirse para el aumento por el concurso conforme al artículo 33 del Código Penal y así podría aumentarse hasta en otros doce meses, dos años en total, pero este cómputo sería excesivo "...porque, el artículo 39 del Código sólo lo faculta frente a las circunstancias previstas en el artículo 36...".

Observa que el artículo 33 citado "... obliga a unificar los delitos en una responsabilidad única, que se desenvuelve en una pena única...", sin que haya diferentes responsabilidades y penas como aparece del fallo; y así se equivocó el cómputo, pues sin adoptar una pena básica, hace una mezcla confusa; y señala 36 meses "...pena de todas maneras inadecuada..." no fundamenta el Tribunal la condena, pero si señala tal pena, se debe a reconocer seis circunstancias de mayor peligrosidad e incurre en error, porque no existen aquéllas; además, la peligrosidad del agente "...es parte de la cantidad de pena imponible...", si la punición es consecuencia de delito. "los aumentos sobre el mínimo señalado son parte de esa punición y deben sustentarse en plena prueba exigida para condenar...".

Impugna dichas circunstancias de peligrosidad, pues no se ven los motivos innobles o fútiles, ni las relaciones de parentesco quebrantadas "...ni cómo preparó el delito, ni en qué forma la conducta dificultó la defensa del perjudicado, ni si es un insensible moral, ni de qué manera abusó de las condiciones de inferioridad o aprovechó circunstancias desfavorables para el ofendido, ni como desfraudó la credulidad pública o privada..." no hay constancias sobre estos puntos "... y es imposible formular reparos sobre las situaciones consiguientes..." el acusado afirmó que entregó las letras cuando se hallaba enfermo, pero es prueba insuficiente, porque sólo obra la constancia del Director del Centro de Salud respectivo, de que el denunciante estuvo internado en 1966 y el contrato al que correspondían las letras es de 1971; las actividades del agente, son las propias de los hechos, sin motivaciones, ni razones especiales, ni preparación; no violó vínculos algunos; la conducta no revela "mayor insensibilidad moral" "...sino apenas aquella apetencia que existe en todo ataque al patrimonio ajeno...", si la astucia propia de la estafa se confunde con la insensibilidad, se castiga doblemente "un factor intelectivo emotivo... y con esa sola condición no existe base para aumentar la pena.

Considera que se incurrió en error de hecho manifiesto en cuanto a la afirmación de las circunstancias de mayor peligrosidad indicadas, lo cual condujo a la violación de las normas aludidas por aplicarlas en forma indebida; y concluye que:

"En estas condiciones, la sanción imponible no puede exceder de doce meses de prisión, pues, de acuerdo con el artículo 39 debe reducirse al mínimo, en vista de que existen exclusivamente circunstancias de menor peligrosidad. En cuanto triplicó la duración suponiendo una prueba que el proceso no aportó, la sentencia recurrida violó indirectamente el citado artículo 39".

Solicita se invalide parcialmente el fallo y se dicte el que corresponde, con reducción de la pena en la forma suscitada.

SE RESPONDE

Como aparece de lo anterior, el cargo consiste en que el fallador, al graduar la sanción incurrió en error de hecho manifiesto por haber deducido circunstancias de mayor peligrosidad inexistentes y esto condujo a aplicar indebidamente los artículos 408, 410 y 17 del C. P. en relación con el artículo 415 y el 33 del mismo estatuto.

Examinados los argumentos propuestos por el señor apoderado, considera este despacho que el cargo no resulta demostrado por lo que se expone seguidamente.

El fallo impugnado resume el criterio del Tribunal en cuanto a la fijación de la sanción, en el siguiente aparte, que también se transcribe en la demanda:

"De acuerdo con las circunstancias expuestas por la Sala en su auto de 10 de junio de 1976 (Fls. 309 a 315), es correcta la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de un mil pesos ($ 1 000 00) en favor del Tesoro Nacional. Pues se trata de infracción a los artículos 408, 410 y 17 del Código Penal, en concurso material con el delito previsto por el artículo 415 de la misma obra, estando presentes las circunstancias de mayor peligrosidad que describen los numerales, 3, 4, 5, 6, 7 y 11 del artículo 37 *ibídem*, de modo que la dosificación de la pena se hace teniendo en cuenta las reglas que previenen los artículos 36, 39 y 33 del mismo estatuto represor en su orden".

Aparece que el Tribunal acogió en términos generales el criterio del juzgado en cuanto a la fijación de la sanción y que solo formalmente modificó el fallo respecto a la pena principal para señalar su total, pues consideró con base que la referencia contenida en la parte resolutiva del fallo resultaba impropia, pues, como lo anota la Fiscalía, correspondiente a las motivaciones de la sentencia si bien tales conceptos resultan exactos, puede hacerse referencia a lo expresado por el juzgado en cuanto indica la forma en que procedió para graduar la sanción aludida.

Aparece que se aplicó la pena de 16 meses de prisión, por el delito frustrado de estafa, aumentado en ocho (8) meses en razón del artículo 415 y en vista del 33 del Código Penal y en un año más por las circunstancias de mayor peligrosidad que se consideraron existentes, para totalizar tres años de prisión.

La estafa se sanciona con pena mínima de un (1) año de prisión, que se aumenta hasta en otro tanto si la cuantía de lo estafado es superior a diez mil pesos (artículos 408 y 410 C. P.); en este caso aparece que se partió de tal mínimo, para aumentar la sanción en la forma autorizada por el precepto referido y aplicar la máxima disminución permitida, por tratarse de delito frustrado (artículo 17 C. P.).

Considera el señor apoderado que es inadecuado duplicar el mínimo en razón de la cuantía y que sólo podía aumentarse en seis meses, por este factor, para quedar en doce meses.

Sin embargo, cabe anotar al respecto, que si bien la cuantía es la ya expresada, debe observarse que no fue únicamente la de las letras indicadas, sino está más los intereses que se pretendían cobrar también mediante el juicio ejecutivo instaurado por el procesado; y que representaba una suma bastante elevada, pues sólo el valor de las letras indicadas representaba aproximadamente $ 144 000 00 por manera que el aumento en la forma dicha, aparece con bastante fundamento, además, de que se trata de punto en el cual el fallador tiene amplia facultad legal, lo cual no permite deducir error en la aplicación o graduación en la forma expresada, ni concluir consecuentemente que sólo podía señalar un aumento de seis (6) meses como máximo.

En cuanto al aumento en razón del concurso material, que pueda ser hasta en otro tanto, según la norma pertinente (artículo 33 C. P.) y que el juez consideró debía ser de ocho (8) meses, se pretende igualmente dentro de los límites legales y no aparece exagerada, debiendo agregarse que fueron varios los títulos que el procesado utilizó dolosamente y que la sanción fijada para la otra infracción, que debía tenerse como base, fue de dieciséis meses; no aparece por tanto errado el cálculo, ni que se trate de diferentes penas, ni que se aplicaran mal las normas

dichas, para precisar la sanción, de acuerdo con la pauta señalada por las mismas.

Considera la demanda que no existen las circunstancias de mayor peligrosidad mencionadas, pues el fallo nada expresa para razonar la conducta y que la peligrosidad del agente es parte de la cantidad de pena imponible; al respecto debe anotarse que son factores que determinan la graduación de la sanción (artículo 36 C. P.) y que cuando existan, como ocurre en este caso, no es posible aplicar el mínimo de la sanción, como se pretende.

En cuanto a los motivos innobles o fútiles, puede considerarse que si bien consistieron en el deseo de apoderarse del patrimonio del denunciante y así se comprenderían dentro de la estafa frustrada, por lo cual no estarían claramente determinada esta circunstancia de mayor peligrosidad, las otras se encuentran suficientemente establecidas en autos, no obstante no haber hecho concreto examen de las mismas el fallo acusado pues no puede ignorarse que el procesado tenía el deber de proceder conforme a las instrucciones y a lo convenido con el denunciante, quien depositó en el mismo su confianza y con quien había efectuado negociaciones, como el arrendamiento con bastante anterioridad; no existe duda alguna, dada la modalidad de los hechos, que el mismo acusado preparó cuidadosamente su actuación, logrando mediante la negociación del implemento mencionado, que el acusado le firmara las letras en blanco, para llenar éstas en la forma ilícita mencionada, con miras a la posterior ejecución que le permitiría apoderarse delictuosamente de los bienes del denunciante; por esa misma forma de proceder, dificultó la defensa del acusado, al tratar éste de demostrar la existencia de las obligaciones correspondientes, pues éstas aparecían con sus firmas auténticas, lo cual se desprende de la actuación cumplida en el juicio ejecutivo y que hubo de acudir a la vía penal, requiriéndose una larga y cuidadosa investigación para definir su inexistencia; y además abusó de las condiciones personales del ofendido y de su ingenuidad, al obtener que éste suscribiera en la forma dicha y con los resultados anotados; y debe insistirse que aunque el artificio o engaño es elemento del delito de estafa, no puede desconocerse que el procesado adoptó todos los medios necesarios, en la forma expresada para lograr los fines propuestos.

Por demás, la existencia de algunas de las circunstancias dichas, fundamentaría el aumento de la sanción que se contiene en el fallo; pues debe insistirse en que la ley da al fallador suficiente y amplia facultad que no puede desconocerse, dentro de los límites señalados para la sanción respectiva.

Conforme a lo anterior, no resulta demostrado que el error manifiesto del fallador hubiera incidido en la graduación de la sanción; ni puede considerarse que la sanción imponible sea la de doce meses, como expresa la demanda, pues aún conforme al cálculo presentado en la misma, excedería de dicho término en razón del concurso material.

Por tanto se considera que la sanción se encuentra ampliamente fundamentada; a lo cual puede agregarse la consideración de que si hubiera prosperado u obtenido su resultado de estafa, se había causado el empobrecimiento del procesado, dadas las graves consecuencias sobre su patrimonio de la ejecución adelantada.

Visto lo anterior, no cabe ciertamente concluir, como lo hace el recurrente, que la conducta del sentenciador no exhibe peligrosidad mayor a la que es propia del temperamento generalmente frío del estafador, cuya astucia y habilidad embaucadora capaz de inducir en error a su víctima, con provecho propio o ajeno, configuran su delito y sus caracteres integradores que, por lo mismo, no pueden sancionarse, como tales y, además, como circunstancias de mayor peligrosidad.

Arnoldo Olaya Valencia había tenido negocios con su denunciante Cupertino Benítez Sánchez con anterioridad a la defraudación y a la estafa que en grado de frustración se le imputa en este proceso.

Cupertino estaba recluido en el hospital Universitario del Valle, en la ciudad de

Cali, como lo certifica su director. Allí acudió Olaya Valencia y le propuso venderle el rastrillo y con habilidad suma, aprovechándose de la ingenuidad del primero obtuvo de él que le firmara en blanco seis letras por un valor de $ 5.500.00 que serian cubiertas en los plazos convenidos. Y las llenó a su antojo, por sumas superiores con mucho a los valores pactados y consignó en ellas rata de intereses que no habían sido acordados. Dejó pasar el tiempo para que éstos y los valores caprichosamente consignados por él en los instrumentos negociables colmaran la de $ 189.000.00, lo demandó ejecutivamente y le embargó sus bienes. Lo sometió a un proceso largo de carácter civil y lo obligó a defenderse por los trámites respectivos y a acudir a la justicia penal para demostrar el proceder incorrecto y francamente delictuoso de su demandante. Todo ello con grave perjuicio de sus intereses, dificultándole su defensa y procurando su ruina económica.

Sobra entonces recalcar que en su contra pesa más de una de las circunstancias demostrativas de su peligrosidad; sus procederes innobles, el aprovechamiento de la confianza que le ofreció Cupertino Benítez Sánchez, y de su ingenuidad, e igualmente la forma ponderada como preparó la acción delictiva.

Así las cosas, la Sala no puede menos sino compartir el criterio de su colaborador fiscal cuyos pasos pertinentes transcribe en párrafos anteriores y que son suficientes para que, de acuerdo con él, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CAUSAL 1ª DE CASACION

Técnica en la formulación de los cargos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil— Bogotá, D. E., diciembre dos de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía*

Aprobado: Acta Nº 81 de diciembre 2/77

V I S T O S

En sentencia del 18 de abril del año en curso, el Tribunal Superior de Neiva impuso al procesado Juan Romero Manrique la medida de seguridad consistente en su internamiento en un manicomio criminal por un lapso fijo de dos (2) años, como autor de la muerte de Saúl Moreno Cortés. Contra este fallo se interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

1. Los hechos que originaron el proceso:

Esos hechos se resumieron en las instancias de la siguiente manera:

"En la cantina de Desiderio Mosquera que funciona en el área urbana del municipio de Gigante, el diez de mayo del año que fenece, se dedicaron a ingerir bebidas embriagantes Juan Romero Manrique, Saúl Moreno Cortés y Jorge Quintero Molina. Con el calor de los tragos, hubo un cruce de palabras entre juan Romero y Saúl Moreno, porque éste no le recibió una cerveza que le ofreció aquél. Luego de este incidente abordaron la buseta que conducía Germán Romero y se trasladaron a la Inspección Departamental de Policía de Potrerillos, comprensión municipal de Gigante y siguieron la ingestión de bebidas enervantes en el café de Ignacio Méndez. Allí Romero le dijo a Saúl que tenían que hablar, habiéndole respondido éste que no lo cansara, que no tenía ningún negocio con él. Por este hecho Juan Romero lo desafío a pelea y se dieron de puñetazos, llevando la peor parte el retador. Ante esto, Jorge Quintero los separó y procedió a llevarse a Saúl para su casa y la pelea quedó terminada. No contento con esto, Juan Romero se fue en busca de Saúl para desafiarlo y nuevamente se trabaron en riña, pues Romero, armado de peinilla, lo lesionó mortalmente".

2. La actuación procesal subsiguiente:

La investigación se inició en el Juzgado Unico Penal Municipal de Gigante. Romero Manrique fue indagado y se le dictó auto de detención. Agotada la etapa instructiva se envió el proceso al repartimiento de los Jueces Superiores de Garzón y correspondió al 2º que amplió la investigación y comisionó al efecto. Entre las pruebas recaudadas vino una peritación siquiátrica que dice así:

"1. Examinado el señor Juan Romero Manrique, dictaminamos que para el momento de los hechos por los cuales se encuentra incriminado, se encontraba bajo un estado de grave anomalía psiquica.

"2. Este estado de grave anomalía psíquica es la manifestación clínica de una posible atrofia cerebral que padece el sindicado, detectada por medio del registro electroencefalográfico y por las manifestaciones clínicas exhibidas, tales como baja tolerancia a las bebidas alcohólicas, amnesias parciales, lipotimias, sensación de 'pérdida del sentido', y crisis psicomotoras, estados estos últimos de grave anomalía psíquica considerados transitorios.

"3. El estado mental o psíquico se encuentra dentro de los límites normales, en la actualidad".

Con base en este dictamen Romero Manrique fue llamado a responder en juicio por un delito de "Homicidio" y sin intervención de jurado. Efectuada la audiencia pública, en la cual tanto el Ministerio Público como la defensa solicitaron una condena a reclusión en colonia agrícola penal por un tiempo mínimo de un (1) año, el juez de primera instancia emitió sentencia de conformidad con las peticiones dichas. En la segunda instancia el Tribunal Superior de Neiva reformó dicha sentencia para imponer al procesado "dos (2) años de reclusión en manicomio criminal especial". Es esta la sentencia impugnada.

3. La demanda de casación y la causal que invoca.

Dice el censor: "Acuso en efecto la sentencia materia del recurso con fundamento en la causal primera contemplada en el numeral 1º del artículo 580 del Código de procedimiento Penal" y, acto seguido, al formular el único cargo que agita, dice: "Cargo único. Violación directa de la ley sustancial (artículos 29, 62 y 64 del Código Penal) por aplicación indebida del artículo 63 de la misma obra, originado en error de hecho en la apreciación de la prueba". Establece diferencias entre "enajenación mental" y "anomalía psíquica" para concluir así: "Partiendo de la aceptada premisa de que "alienación mental" es equivalente o sinónimo de "enajenación mental" y por consiguiente "alienado" expresión del artículo 63 del Código Penal es igual a "enajenado" que trae el artículo 29 de la misma obra, ostensible se hace el error cometido por el Tribunal de Neiva al reformar la sentencia de primer grado en el sentido de atribuir al anómalo psíquico de carácter transitorio la reclusión por el mínimo de dos años en un manicomio criminal, máxime si sobre sus alcances, la doctrina toda, la ley y la reiterada jurisprudencia nacional, sostienen la inviabilidad de dicha medida, estas dos últimas raramente extrañas para la Sala Penal que originó la sentencia impugnada".

En el aparte final de la demanda, agrega como resumen de sus alegaciones: "Así las cosas, o lo que es lo mismo, estando comprobado que Romero Manrique no es "alienado", sino que el hecho lo cometió bajo la influencia de una grave anomalía psíquica de carácter transitorio, la medida de seguridad imponible es la de Colonia Agrícola Especial y no la de reclusión en Manicomio Criminal como lo hace la sentencia que se acusa. Al confundir el Tribunal Superior, la grave anomalía psíquica (hecho probado) y consecuencialmente aplicar indebidamente el artículo 63 del Código Penal, violando flagrantemente la ley sustancial (artículos 29, 62 y última parte del 64 *ibídem)*, incurrió en error de hecho manifiesto, protuberante, al apreciar la prueba médico-legal que obra en autos y que sirviera para llamarlo a responder en juicio y en estrecha consonancia pronunciar el fallo de primer grado, fallo este, repito, equivocadamente reformado en la segunda instancia". Concluye por solicitar a la SALA proferir la sentencia que deba reemplazar a la impugnada.

4. La contestación del Ministerio Público:

El Ministerio Público, representado esta vez por el Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que debe casarse la sentencia recurrida por estar demostrado el cargo imputado, y proceder de acuerdo con lo establecido en el ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal. Cita en su apoyo la sentencia de casación del 9 de agosto de 1972 en el proceso seguido a Francisco Orjuela Orjuela, reproduce fragmentos de sus consideraciones y concluye de la siguiente manera: "Oídas las voces del ordenamiento legal transcrito y del pasaje de la sentencia, hay que concluir terminantemente que el H. Tribunal Superior de Neiva violó en forma directa la Ley Penal sustancial al aplicarle al procesado el artículo 63 referido, cuando debió haber sido el 64 del mismo estatuto, pues, no sólo por no ser un alienado mental, sino mayormente en atención a la normalidad síquica suya, recluirlo en un manicomio criminal por un lapso de dos años es una injusticia, un desatino legal, que debe ser corregido casándose la sentencia y dictándose la que deba reemplazarla en cumplimiento al ordinal 1º del artículo 583 de la Ley Procesal Penal".

5. Las consideraciones de la SALA:

Contra el querer del censor y el parecer del Ministerio Público, la demanda no puede prosperar por carencia total de técnica en la formulación del único cargo que se hace a la sentencia impugnada.

En efecto, aduce el demandante que en caso de autos el Tribunal sentenciador incurrió en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida, al enunciar la causal de casación que invoca. Bien puede verse, y él mismo lo dice, que acusa a la sentencia con fundamento en el cuerpo primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Hasta allí ninguna objeción puede formularse. Pero, inmediatamente después, renglones más allá, dice el casacionista que esa violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de una norma determinada, se originó, y son sus propias palabras "en error de hecho en la apreciación de la prueba", esto es, que el fundamento de la demanda se hace consistir en una violación indirecta de la ley sustancial, con apoyo en el cuerpo segundo del mismo, numeral primero del mismo artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Esto último lo repite al promediar la demanda y lo consigna en sus conclusiones.

Si se trataba de agitar la causal de casación contenida en el cuerpo primero del numeral primero del artículo en cita, no tenía el recurrente para qué entrar en el terreno de una pretendida apreciación errónea de la prueba por parte del fallador, por la sencilla razón de que en estos casos se aceptan, expresa o tácitamente, las bases fácticas en que se sustenta la sentencia y el criterio del juzgador en el análisis de la prueba. Cuando de infracción indirecta se trata, cuerpo segundo del numeral primero, sucede todo lo contrario.

Sobre el tema la SALA había dicho: "En conjunto, tanto la infracción directa como la indirecta se comprenden en la misma causal 1ª de casación, ya que se resuelven siempre en el quebrantamiento de la norma. Pero no por ello pueden plantearse en conjunto, sino discriminadamente, con el análisis jurídico que demuestra su viabilidad, a fin de que la Corte tenga puntos concretos de apoyo para su estudio". (Casación de 8 de abril de 1970, CXXXIV, 242).

Por las consideraciones que anteceden, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada por las razones que se dejan consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

POLICIA JUDICIAL

Facultades (numeral 11 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal). Valor probatorio de los informes de la Policía Judicial

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

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón*

Aprobado: Acta Nº 81 de diciembre 2/77

V I S T O S

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación sustentado por el defensor de TULIO ARLEX ZAPATA SALAZAR contra la sentencia de 26 de Nov. de 1976 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se le impuso la pena principal de tres (3) años de prisión por el delito de robo.

Al recurso de casación se le dio el trámite establecido en la ley.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los hechos que motivaron el proceso tuvieron ocurrencia en esta ciudad de Bogotá el día 9 de junio del año de 1975 cuando fue asaltada la sucursal del Banco de Colombia en Usaquén por cuatro sujetos enmascarados que luego de intimidar a los empleados del Banco y algunos ocasionales clientes, se apoderaron de la suma de $ 280.000.00 que posteriormente fueron recuperados casi en su totalidad por la oportuna intervención de las autoridades de Policía que dieron captura al condenado recurrente, entre otros.

La investigación se adelantó en el Juzgado 13 de Instrucción Criminal y posteriormente remitido el proceso al Juzgado 7º Penal del Circuito funcionario que dictó auto de llamamiento a juicio por el delito de robo contra Zapata Salazar y más tarde la sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá y contra la cual se ha propuesto demanda.

LA DEMANDA DE CASACION

Con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación se formularon varios cargos a la sentencia así:

a) "Error de derecho en cuanto a las normas reguladoras de la prueba". Tal error consistiría en que se omitió el reconocimiento en rueda de personas de que trata el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, que también cobijaría el aspecto relativo al juramento de quienes hacen tal reconocimiento. Por lo anterior, afirma el censor "esta violación de la norma reguladora de la referida prueba le quita toda validez. Y, al ser tomados los dichos reconocimientos como elementos de cargo, se ha incurrido en yerro manifiesto, del cual se ha desprendido la responsabilidad que se dice probada, para cumplir con las exigencias del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, también indebidamente aplicado" lo cual condujo a la indebida aplicación del artículo 402 del Código Penal.

"b) Errores de derecho en la estimación de las pruebas". Bajo este renglón el censor analiza las pruebas allegadas al proceso, entre otras las declaraciones de varios testigos de cargo enfrentando su propia opinión a la expresada por el Tribunal al examinar dicha prueba testimonial;

c) "Errores de hecho por falta de apreciación de pruebas". Este cargo se hace consistir primeramente, en que "no se tuvo en cuenta la contradicción del informado por el F-2 con lo ciertamente comprobado en el proceso, siendo así que esa contradicción pone de manifiesto la poca certeza que se desprende del cargo hecho en uno de tales informes al recurrente". La anunciada contradicción se hace consistir en que en el informe del F-2, según afirma el recurrente, se sostiene que el procesado Zapata Salazar fue reconocido, cuando en cambio, algunos de los declarantes no hacen tal afirmación.

Otro error de hecho, consistiría, en que no se recepcionaron algunos testimonios y otros no se apreciaron lo que habría llevado a la condena del procesado.

El demandante entiende que ha demostrado suficientemente los yerros y vicios de la sentencia recurrida y solicita, en consecuencia, que sea casada.

CONCEPTO DEL PROCURADOR Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Procurador Primero Delegado en lo Penal luego de examinar los cargos formulados contra la sentencia pide a la Corte que sea rechazada la demanda por cuanto no se han demostrado a cabalidad las fallas anunciadas.

Dice el Delegado que de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal (numeral 11 del artículo 289) la Policía Judicial está expresamente facultada para la práctica de reconocimientos a través de fotografías todo encaminado a la identidad de sospechosos en la comisión de delitos.

Y en cuanto al error de derecho consistente en no haber reconocido al incriminado en rueda de personas, el artículo 407 del Estatuto Procedimental Penal autoriza al juez o a los interesados cuando "lo crean necesario" *para realizar este tipo de diligencias, siendo entonces apenas facultativo y no obligatorio tal reconocimiento, por tanto, el juez consideró que era suficiente el reconocimiento que se había hecho del incriminado a través de las fotografías que se conservan en los archivos criminalísticos de la Policía Judicial. A lo anterior habría que agregar, como lo recuerda el Procurador, que el Tribunal tuvo muy en cuenta el testimonio del señor Fernando Martínez Rodríguez una de las víctimas del delito quien fue desposeído por los delincuentes de varios objetos personales cuando ocasionalmente se hallaba en las instalaciones del banco asaltado.*

Pero, fundamentalmente, debe tomarse en consideración que la ley no le ha dado un específico valor probatorio a los informes de la Policía Judicial sino que, al igual que el testimonio y la prueba pericial lo ha dejado al examen del juez tal y como lo manda el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que tales informes tienen el carácter de testimonios conforme a la norma citada ya que ellos deben rendirse bajo juramento con la plena identificación, grado y categoría, etc., de quien los rinde (artículo 303 ibídem). *De igual manera, y de acuerdo con la regla del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal quienes ejercen funciones de policía judicial pueden ser requeridos como testigos dentro del proceso y desde luego, su declaración está sometida a las reglas de la crítica del testimonio (artículo 326 C. de P. P.).*

Así mismo, los dictámenes que rinde el personal técnico de la Policía Judicial está sometido a las mismas reglas que establece el Código para la prueba pericial (artículo 278 C. de P. P.).

Por tanto, si la ley, como se dijo antes, no ha dado un específico valor probatorio a las pruebas aportadas al proceso por el personal de la Policía Judicial, y de otra parte, tales pruebas fueron bien aducidas al proceso, no se ve en qué forma se pueda estructurar un error de derecho ya por vicios en su valoración o por defectos en su aducción, formas clásicas del error de derecho.

Y en cuanto al error de hecho consisten en que el sentenciador ignoró la existencia de testimonios que favorecían al sindicado, no demostró el censor en qué forma tales testimonios habría hecho cambiar el sentido del fallo, fuera de que, debe advertirse que el fallador de segundo grado analizó en forma clara no sólo los informes de la Policía Judicial sino

las demás pruebas aportadas a la investigación de suerte tal que al fallo no puede hacérsele el cargo de orfandad en materia probatoria.

Como conclusión de todo lo anterior, la Corte prohija el concepto del Procurador en cuanto se afirma que "los yerros fácticos y jurídicos en los que se pretende colocar al *ad quem* cuando produjo el fallo repudiado no resisten análisis alguno, ya que observó respeto y acatamiento a las normas gobernantes de la prueba, obligando a ésta a producir la certeza que es menester para condenar al procesado, de donde se deduce como conclusión única que los cargos no obtuvieron demostración plena, es decir, no hubo quebranto de la ley sustancial en forma indirecta".

Con vista en las consideraciones expuestas la Corte Suprema -Sala 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.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

PARTE CIVIL

INTERES PARA RECURRIR EN CASACION

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

Magistrado ponente: *Doctor Jesús Bernal Pinzón.*

Aprobado: Acta Nº 81 de diciembre 2/77

V I S T O S

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación sustentado por la apoderada de la parte civil contra la sentencia de 21 de enero del año en curso proferida por el Tribunal Superior de Buga mediante la cual revocó la dictada por el Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago que había condenado al señor EINAR SÁNCHEZ a la pena principal de dos años de presidio por los delitos de "incendio" y "abuso de confianza".

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El ciudadano Einar Sánchez era propietario de la droguería "San Vicente" en el municipio vallecaucano de Ansermanuevo, y el día cuatro de mayo del año de 1976 un incendio de graves proporciones terminó con el establecimiento comercial. El mencionado establecimiento había sido asegurado días antes por la compañía "Seguros Universal" de la ciudad de Cali por un valor de $ 840 000 00. Tanto la cuantía del seguro que se consideró muy superior al valor de las mercancías aseguradas, así como la concurrencia de otras circunstancias hicieron pensar que se trataría de la comisión de un hecho delictuoso que originó la correspondiente denuncia penal por parte de los directivos de la compañía aseguradora.

El Juzgado Penal Municipal de Ansermanuevo abrió la investigación penal y vencido el término de instrucción lo envió a los jueces del circuito habiéndole correspondido al Segundo de la ciudad de Cartago, funcionario que resolvió "residenciar en juicio criminal... a Einar Sánchez... como autor responsable de los delitos de 'incendio' y "abuso de confianza...' " y sobreseyó temporalmente a otros incriminados. Más tarde, el 4 de noviembre dictó la sentencia condenatoria a que se hizo referencia y por los delitos de que da cuenta el auto de llamamiento a juicio.

Apelada ella, el Tribunal, tal como se anotó, la revocó, y en su lugar absolvió al incriminado.

Debe tomarse en cuenta que el defensor del procesado solicitó al Juzgado decretara la nulidad del auto vocatorio a juicio "por error en la denominación jurídica de la infracción", nulidad que no fue decretada por el *a quo* y que tampoco le mereció atención al Tribunal.

Al recurso extraordinario de casación se le dio el trámite de ley.

LA DEMANDA DE CASACION

Con apoyo en las causales 4ª y 1ª de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal la demandante impugna el fallo absolutorio, así:

1. *Causal cuarta:* Con citas en los diversos folios del proceso, la demandante afirma la existencia de una nulidad de rango constitucional que esencialmente consistiría en el hecho de que tanto el juzgado de instancia como el Tribunal no se ocuparán de la nulidad alegada por el defensor del procesado y relativa al

error en la denominación jurídica de la infracción, de donde surgiría la violación al artículo 26 de la Carta por cuanto "que al defensor se le ha negado el derecho de petición... y esas nulidades pueden alegarse en cualquier estado del proceso y que dictada la sentencia de segunda instancia, se pueden alegar en casación".

De igual manera, al rechazarse la nulidad reclamada por error en la denominación jurídica del delito, "se le negó a la parte civil el derecho de valorar los intereses económicos que con el delito incurrió en perjuicio de la institución llamada Seguros Universal S. A., ya que si éstas se hubieran decretado o si sobre ellas se hubiese resuelto el seguro a quien representó, hubiese podido valorar en concreto los perjuicios que recibió".

2. *Causal primera:* Se afirma en la demanda, que el Tribunal, incurrió en "error de derecho... al negarle el valor probatorio que en realidad tiene el testimonio del agente de la Policía Nacional Manuel de Jesús Obando Obando, y de los demás indicios que operan en el expediente..." y en desarrollo del cargo cita *in extenso* varios apartes los dos fallos proferidos en el proceso.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte desechar la demanda en estudio. Las razones del Procurador se examinan en seguida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Entre los titulares del recurso de casación la ley incluye a la parte civil (artículo 570 C. de P. P.) obviamente para fines no diversos de los que están vinculados con su actuación dentro del proceso que no pueden ser diversos de los que tocan con la indemnización de los daños causados por el delito que la ley expresamente ordena deben ser tazados en la respectiva sentencia condenatoria (artículo 92 del C. P.), por lo que también, como en el caso presente, en tratándose de sentencias absolutorias es procedente el recurso extraordinario de casación por cuanto que una sentencia de tal naturaleza constituye una decisión que lesiona los intereses de la parte civil que busca esencialmente el resarcimiento de los daños ocasionados, de suerte tal que si la sentencia absolutoria quedara en firme, se extinguiría la acción indemnizatoria de los perjuicios cuando éstos se han reclamado dentro del proceso penal (Art. 27 C. P.).

Sin embargo de lo anterior, es claro que el interés de la parte civil, por estar, como se ha dejado dicho, vinculado expresamente al aspecto puramente patrimonial, no puede tocar con factores relativos a la mayor o menor responsabilidad del procesado deducible de la naturaleza de la infracción que se le imputa, y menos, desde luego, con la agravación o atenuación de la pena por el concurso de circunstancia de una u otra naturaleza.

Por lo anterior, y en relación con la nulidad alegada, que como se vio, versa sobre la denominación jurídica de la infracción, no se advierte la correspondencia que ésta tenga en relación con la cuantía de los perjuicios causados con el delito. Dice bien el Procurador, cuando al examinar el cargo afirma que "la nulidad de la regla 5ª del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, así se haya reclamado por el defensor antes del juzgamiento y no se hubiera concedido, en nada puede incidir sobre los intereses jurídicos de la parte civil, pues a ella no le afecta que se denomine robo o hurto el delito cometido, toda vez que este problema ha de resolverse dentro del campo estrictamente penal, no por cierto de libre tránsito para la parte civil".

Finalmente, y conforme lo aprecia el Ministerio Público, no se dijo expresa y claramente en qué forma el no reconocimiento de la alegada nulidad pudo haber incidido en la mengua de los intereses patrimoniales reclamados por la parte civil.

Por lo anterior, el cargo propuesto contra la sentencia no prospera.

Causal primera: Ha sido reiterada la opinión de la Corte respecto a las hipótesis en que es posible plantear una censura en casación por error de derecho, y en una de sus últimas sentencias expresó que son dos las versiones del error de derecho en la apreciación de las pruebas: 1.)Cuando el sentenciador ADMITE y le CONCEDE VALOR PROBATORIO a un hecho aducido al proceso, IRREGULAR-

MENTE, CON OMISION de las formalidades que la ley exige para su aducción; y 2.) Cuando el sentenciador VALORA un hecho probatorio y le otorga mérito SUPERIOR o INFERIOR al que LE FIJA EL LEGISLADOR (Sentencia de 1º de septiembre de 1977).

En el presente caso, la censura versa sobre el valor probatorio que el Tribunal dio al testimonio del agente de la Policía Manuel de Jesús Obando. La señora demandante pretende enfrentar su propio criterio en la valoración de este testimonio al del Tribunal, lo cual resulta a todas luces extravagante. La ley (artículo 236 del C. de P. P.) dispone que corresponde al juez la apreciación del valor probatorio que el testimonio pueda tener como prueba en un proceso penal, sin que le haya fijado previamente un determinado valor porque como se sabe, la ley sustituyó el sistema probatorio de la tarifa legal por el de la libre convicción del juez, situación que en cuanto toca con la prueba testimonial, hace jurídicamente imposible la formulación de un cargo a la sentencia por error de derecho cuando éste se hace consistir en la segunda modalidad antes enunciada.

De otra parte, téngase en cuenta las muy pertinentes observaciones del Procurador respecto a la forma como el Tribunal analizó el testimonio del agente.

Por lo anterior el cargo no prospera.

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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bersal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Manicomio criminal, colonia agrícola penal. Cuándo se aplica la una en la otra

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

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez*

Aprobado: Acta Nº 81 de diciembre 2/77

V I S T O S

Se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 1977, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y por la cual fue condenada CECILIA PINZON PEÑA por el delito de abandono y exposición de niños.

ANTECEDENTES

1) El 9 de mayo de 1974, CECILIA PINZON PEÑA dio a luz una criatura de sexo femenino en un cafetal ubicado en la Vereda La Ruidosa del municipio de Viotá (Cundinamarca), sin asistencia de ninguna otra persona. En el lugar del alumbramiento dejó abandonada la hija quien falleció como consecuencia del abandono.

2) El Juzgado 14 Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario el 20 de marzo de 1975 con auto de enjuiciamiento en contra de CECILIA PINZON PEÑA, como autora del delito de abandono de una recién nacida, que describe el Capítulo VI, Título XV, Libro II del Código Penal.

3.) La acusada fue sometida a examen psiquiátrico, con el siguiente resultado:

El 16 de septiembre de 1974 el Instituto de Medicina Legal de Bogotá por conducto del psiquiatra forense doctor Fernán Orjuela Mancera, después de un prolijo estudio de la personalidad de la acusada, llegó a las conclusiones que pasan a copiarse:

"A) CECILIA PINZON PEÑA padece de un retardo mental moderado, entidad que facilitó y que explica el comportamiento y actitud asumida el día de los hechos.

"B) Se encontraba en un estado de grave anomalía psíquica de carácter reversible y transitorio, pues la situación vivida la llevó a un estado de obnubilación de su conciencia impidiéndole tomar una decisión adecuada y obvia.

"C) La entidad médica psiquiátrica que padece no implica alta peligrosidad social, por el contrario en ciertas circunstancias la pueden llevar a hacerse daño físico tal y como aconteció durante el proceso del parto y postparto, razón por la que fue necesaria su hospitalización.

"D) Deberá ser ayudada hasta donde sea posible con un tratamiento médico especializado y para tal efecto valorada por algún médico psiquiatra en una de las instituciones estatales para que a través de la psicoterapia maneje adecuadamente su angustia, y conozca en parte su conflictiva" (Folio 48 del sumario).

El segundo examen psiquiátrico que se le hizo a la encausada el 30 de octubre de 1975, arrojó las siguientes conclusiones:

"A) La procesada CECILIA PINZON PEÑA no se encuentra en la actualidad bajo ninguno de los aspectos contemplados dentro del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal.

"B) La grave anomalía psíquica bajo la cual cometió el ilícito ha desaparecido puesto que las circunstancias que la llevaron a ello no están presentes.

"C) Deberá ser ayudada psicoterapéuticamente en algunas de las instituciones que el Estado tiene para el tratamiento de entidades psiconeuróticas pues a través del mismo conciencializará aún más su conflictiva inconciente y podrá buscar a través del mismo respuestas adecuadas a las situaciones que generan en ella un alto monto de angustia y sentimientos de culpa.

"D) Teniendo en cuenta que piensa trabajar en alguna empresa una vez salga libre, se le indicó cómo a través del Seguro Social podrá recibir la ayuda psicoterapéutica a la cual he hecho alusión en el rubro anterior" (Folio 174 del sumario).

4.) Tramitada la primera instancia del juicio, culminó con la sentencia del 9 de noviembre de 1976 que ordenó:

"1º) Disponer medidas de seguridad consistentes en reclusión en un establecimiento de los que trata el numeral a) del artículo 61 del Código Penal, a CECILIA PINZON PEÑA, de condiciones civiles y personales anotadas en la parte motiva de este proveído, por un término de dos años, por haber cometido el delito de abandono y exposición de su hija recién nacida, lo cual le ocasionó la muerte en las circunstancias de tiempo, modo y lugar determinados en este proceso.

"2.) Declarar que la procesada CECILIA PINZON PEÑA, ya cumplió sus medidas de seguridad y que por ende habiendo cesado o desaparecido la grave anomalía psíquica bajo la cual cometió el ilícito, puede proseguir disfrutando del beneficio de libertad, tal como fue decretado" (Folio 219).

5.) En el grado de jurisdicción de la consulta, el Tribunal de Bogotá revisó la sentencia de primera instancia, la cual confirmó pero con la modificación de "revocar el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo consultado, y ordenar en consecuencia que Cecilia Pinzón sea internada en un manicomio criminal, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia".

DEMANDA DE CASACION

La demanda presentada, para sustentar el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada, acusa la sentencia del Tribunal de haber violado, en forma directa, el artículo 63 del Código Penal, por aplicación indebida, esto es, adujo la causal primera de casación.

Al amparo de tal causal formula el cargo de que, no siendo la procesada alienada, o enajenada mental, el fallo censurado ordenó recluirla en un manicomio criminal por el término mínimo de dos años, cuando debió disponer que lo fuera en una colonia agrícola especial, por lapso no inferior a un año, según lo manda el artículo 64 *ibídem*.

Como petición principal formula la de que se case la sentencia acusada y que la Corte dicte la que deba reemplazarlo, según los planteamientos de la demanda.

CONTESTACION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal comparte el criterio del demandante, fundándose en la consideración de que el manicomio criminal se destina para los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, hipótesis que no es la contemplada en el caso de autos, por cuanto a la procesada no la declaró la Sección de Psiquiatría del Instituto de Medicina Legal como alienada, y la infracción por la cual fue encausada tiene pena de prisión (artículo 396 del Código Penal). Por otra parte, si bien es cierto que "se encontraba en un estado de grave anomalía psíquica de carácter reversible y transitorio" (Folio 48 del sumario) cuando cometió el delito por el cual se le juzgó, también lo es que para el 30 de octubre de 1975, fecha en que se le practicó el segundo examen psiquiátrico, ya no estaba "bajo ninguno de los aspectos contemplados por el artículo 29 del Código Penal", porque "la grave anomalía psíquica bajo la cual cometió el ilícito ha desaparecido puesto que las circunstancias que la llevaron a ello no están presentes" (Folio 174).

Solicita que se case parcialmente la sentencia, en el sentido de recluir a la procesada en una colonia agrícola especial por el término de cuatro meses y cinco días, por haber estado en la Cárcel de Mujeres sometida a tratamiento médico durante siete meses y veinticinco días.

SE CONSIDERA

Según las constancias procesales, la acusada fue enjuiciada y condenada como autora de un delito de abandono de una niña recién nacida, quien murió como consecuencia de semejante comportamiento. La pena imponible habría sido la de uno a seis años de prisión (artículo 396 del Código Penal), pero como la autora obró en "estado de grave anomalía psíquica de carácter reversible y transitorio", el cual había desaparecido para el 30 de octubre de 1975, no era sujeto pasible de penas, sino de medidas de seguridad, como lo serían el manicomio criminal o la colonia agrícola especial.

El manicomio queda descartado porque la acusada no es alienada ni tampoco su estado transitorio de anomalía psíquica, la hace especialmente peligrosa, por cuanto el perito dictaminó que "la entidad médica psiquiátrica que padece no implica alta peligrosidad social" (Folio 48), de lo cual se desprende la consecuencia de que la medida de seguridad imponible sería la de reclusión en una colonia agrícola especial. El término mínimo que se debe permanecer en tales instituciones, es la de dos años en el manicomio criminal y la de un año en la colonia agrícola especial (artículo 64 ibidem).

De lo cual se desprende la consecuencia de que la sentencia censurada aplicó indebidamente el artículo 63 del Código Penal, porque no siendo la procesada alienada, no mereciendo pena de presidio la infracción incriminada, ni presentando características de una especial peligrosidad, la ordenación adecuada debió ser la de su reclusión en una colonia agrícola especial por lapso cuyo mínimo fuera la de un año. Como acertadamente lo anota el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la medida de seguridad aconsejada era la de reclusión en una colonia agrícola especial, de conformidad con los artículos 61 y 64, por tratarse de una enferma de la mente no comprendida en el artículo 63.

En consecuencia, prospera el cargo, por cuya razón será casada parcialmente la sentencia acusada, para en su lugar disponer que la acusada debió ser recluida en una colonia agrícola especial por el término de un año, el cual se declarará cumplido por cuanto ha permanecido privada de su libertad por lapso mayor, dentro del cual se le sometió a tratamiento médico. Además, conforme al experticio de la oficina de Medicina Legal, ya ha desaparecido la grave anomalía psíquica que la afectaba cuando consumó la infracción que se le imputó, porque fue transitoria, y no presenta síntomas de ser un peligro para la sociedad.

LA DECISION

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, y oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

RESUELVE

Casar parcialmente la sentencia acusada, para disponer que la acusada sea recluida en una colonia agrícola especial por el término de un año, como mínimo, o hasta cuando haya recobrado completamente su normalidad psíquica.

Declarar que la procesada ha cumplido la medida de seguridad que se le impone y no constituye un peligro para la seguridad, por cuya razón se dispone que continúe disfrutando de su libertad.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

COMPETENCIA PARA JUZGAR A LOS MIEMBROS DE LA POLICIA CUANDO EL PAIS SE ENCUENTRA EN ESTADO DE SITIO

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía*

Aprobado: Acta Nº 82 de diciembre 7/77

V I S T O S

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 10 de diciembre de 1976, confirmó la que dictó el Juzgado 15 Superior para condenar a VALENTIN ROMERO VANEGAS, por los delitos de homicidio en Luis Alberto Mondragón Fonseca y lesiones personales en José Miguel Gómez Castillo, a la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal y, en forma genérica, condenación al pago de perjuicios civiles. Contra esta sentencia el propio procesado interpuso recurso extraordinario de casación que luego sustentó su apoderado especial.

1.) Los hechos que originaron el proceso fueron resumidos en las instancias de la siguiente manera:

"El ocho de diciembre de 1971, con motivo de las festividades en la localidad de Villa Pinzón, llegó a esta población el sargento de la Policía Valentín Romero Vanegas de civil, y empezó a ingerir bebidas embriagantes en compañía de varias personas, hasta cuando se presentó un altercado con uno de los ciudadanos que allí se encontraban y fue desarmado. Posteriormente el sargento referido disparó otra arma de fuego causando la muerte al señor Luis Alberto Mondragón Fonseca y lesionando al señor José Miguel Gómez Castillo".

2.) La actuación procesal siguiente:

Se inició la investigación en el Juzgado Promiscuo Municipal de Chocontá. Valentín Romero Vanegas fue indagado y se le detuvo. Continuó la investigación un funcionario de instrucción penal militar y, finalmente, el proceso pasó al Juzgado 15 Superior que amplió la indagación mediante comisión que impartió al juzgado que la había iniciado.

El procesado fue excarcelado provisionalmente por haber permanecido seis (6) meses en prisión sin que se calificara su proceso. Cerrada la investigación se le llamó a responder en juicio y se definió la situación de otros implicados en el caso. En la audiencia pública se decretó la nulidad de la calificación por no haber comprendido el delito de lesiones personales. Nuevamente se calificó el proceso para llamar a responder en juicio a Romero Vanegas por los delitos concursantes de homicidio y de lesiones personales, y volvió a definirse la situación de otros vinculados al proceso.

Celebrada la audiencia pública se recogió un veredicto que decía: "Responsable, sin intensión de matar". El veredicto para las lesiones fue afirmativo. No se tocó este último pero el primero fue considerado contradictorio y confuso y el juez lo desconoció para ordenar la convocatoria de una nueva audiencia al final de la cual se escuchó veredicto afirmativo para el homicidio. Sobre la base de dichos veredictos se emitió la sentencia que es ahora impugnada en casación.

3.) La demanda de casación y las causales que invoca.

En primer término y con apoyo en la causal 4ª del artículo 580 del Código de

Procedimiento Penal dice el censor que la sentencia se emitió en juicio viciado de nulidad, por: a) no se cumplieron las normas sobre investigación y juzgamiento en un mismo proceso de los delitos conexos de homicidio y lesiones personales; b) por mala confección de los cuestionarios; c) por carencia absoluta de defensa; y d) porque el procesado, en su carácter de Sargento de la Policía debió ser juzgado por la justicia penal militar.

En segundo lugar, y con apoyo esta vez en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ataca a la sentencia porque dice: "es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, consistente en la violación directa de los artículos 215, 216, del artículo 1º del Código de Procedimiento Penal y del 26 de la Constitución Nacional, en la cual violación determina la violación indirecta del artículo 25 del Código Penal en su numeral 2º. Esta infracción directa consiste en la violación de la ley proviene de la apreciación errónea de las declaraciones que aparecen en el expediente y del no estudio de la reconstrucción que obra en el mismo, por lo cual procederé a demostrar el error de hecho y de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos". Se advierte que la copia es textual.

Finalmente formula otro cargo según el cual aparece de autos que el hecho se cometió en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, o en estado de enajenación mental. Solicita se dicte sentencia "declarando la contraevidencia del veredicto y reconociendo la ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación". Y también, que se declare la nulidad del proceso.

4.) La contestación del Ministerio Público.

Critica el Procurador Tercero Delegado en lo Penal la demanda que se deja resumida en el aparte anterior, por imprecisión de razonamientos en relación con los cargos que se hace a la sentencia impugnada, desconexión entre ellos para presentarlos en una misma alegación, proposición simultánea de alegaciones de violación directa con violación indirecta de la ley sustancial, etc. Es decir, un cúmulo tal de imperfecciones que bastaría su sola enunciación para no casar la sentencia. A pesar de esto, el Ministerio Público detiene su atención en varios temas como son: la conexidad de delitos, la confección adecuada de los cuestionarios, la incompetencia del juez que no la encuentra, la defensa del procesado que dice se cumplió, etc., para concluir que nada de lo dicho por el censor se da en el caso de autos y, en consecuencia, no debe casarse la sentencia que ataca.

5.) Las consideraciones de la SALA:

Entre las varias nulidades que alega el censor solamente una se da: "la incompetencia del juez" (numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal). Y ella basta para que se case la sentencia impugnada y se releve la SALA de examinar las demás causales de casación que plantea en una confusa e intrincada demanda. Dice el recurrente que el procesado, en su carácter de Sargento de la Policía Nacional, debió ser juzgado por su propia arma en la Justicia Penal Militar. Y resulta comprobado que su juzgamiento se hizo en el Juzgado 15 Superior de Bogotá en la primera instancia y en el Tribunal de Bogotá en la segunda. ...

Comprobado está también que por el día de los hechos de sangre que protagonizó, Valentín Romero Vanegas pertenecía a la Policía Nacional. Nada importa que se encontraba en traje de civil y se hubiera dedicado a la ingestión de bebidas embriagantes en lugar de cumplir funciones oficiales. Lo anteriormente dicho porque para la fecha de los hechos de sangre investigados, 8 de diciembre de 1971, el país se encontraba en estado de sitio, que fue declarado mediante Decreto 250 del 26 de febrero de dicho año y que sólo vino a levantarse por Decreto 2725 del 29 de diciembre de 1973.

Establece el artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, en su numeral segundo, que la jurisdicción militar conoce: "de los delitos establecidos en las leyes comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempo de güerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior". La CORTE en sentencia del 4 de

octubre de 1971 declaró exequible dicha disposición. Por otra parte, el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar dispone que: "Para los efectos de este Código, los términos militar, o militares, se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título LV, Libro II . La CORTE, en fallo del 20 de septiembre de 1973 declaró la constitucionalidad de tal disposición".

En consecuencia, por encontrarse el país en estado de sitio (artículo 121 de la Constitución Nacional y Decreto 250 de 26 de febrero de 1971), por ser el sindicado miembro de la Policía Nacional asimilado a militar y en servicio activo (artículos 284 y numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar), el juzgamiento de los hechos que se le imputan correspondía a la jurisdicción militar (artículos 308, numeral 2º y 309 del Código de Justicia Penal Militar). Su juzgamiento se produjo por parte de la justicia ordinaria y, por tanto, este proceso es nulo desde el auto que ordenó se cerrara la investigación (artículo 210, numeral 1º, Código de Procedimiento Penal).

Como consecuencia de la nulidad que aquí se decretará y de la retrotracción del proceso, el procesado Valetín Romero V. tiene derecho a que se le excarcele provisionalmente porque ha pasado un tiempo considerable sin que se califique el mérito de la sumaria (num. 9, artículo 7º de la Ley 17 de 1975), mediante caución de quinientos pesos ($ 500.00).

Por las consideraciones que anteceden, 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) CASAR la sentencia impugnada y, en su lugar, DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado en este proceso desde el auto que cerró la investigación, inclusive, y ORDENAR que se reponga el procedimiento por parte del JUEZ COMPETENTE (Justicia Penal Militar), según razonamientos y conclusiones de la parte motiva de esta providencia.

2º) DECRETAR la libertad provisional del procesado VALENTIN ROMERO VANEGAS, mediante caución de quinientos pesos ($ 500.00). Efectuado el depósito correspondiente, asiéntese la diligencia de rigor y líbrese boleta de libertad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CAUSAL 1ª DE CASACION

No prospera en los juicios en que interviene el jurado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor José María Velasco Guerrero*

Aprobado: Acta Nº 82

V I S T O S

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado PARMENIO DE JESUS RESTREPO ARANGO contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 14 de enero último por el delito de Homicidio.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El Tribunal de Instancia los sintetiza así:

"Parmenio de Jesús Restrepo Arango fue llamado a responder en juicio como autor presuntamente responsable de homicidio intencional de la especie que define y sanciona el artículo 362 del estatuto represor, con base en los siguientes hechos que estructuran el núcleo de la acusación: El 16 de noviembre de 1975, a eso de las cinco y media de la tarde, como remate de algunas inocuas desaveniencias por cuestiones de trabajo en la finca de Noé Vargas Díaz, ubicada en la vereda 'Cestillal' del municipio de Barbosa, el acusado quiso censurar en presencia del patrono de ambos a Rigoberto Taborda Alzate, enrostrándole su falta de ayuda en ciertas faenas asignadas al inconforme. Como el aludido dio algunas explicaciones que no fueron del agrado de Restrepo Arango, propuso que en adelante cada uno actuara de manera independiente a sus específicas tareas y llegó hasta sugerir que abandonaría el inmueble, la colérica reacción no se dejó esperar, pues uniendo al desafío y a la amenaza de muerte el ataque, Restrepo le acometió a tiros de revólver en el preciso momento en que se levantaba de una piedra donde estaba sentado en asocio de Vergara. Dentro de la sorpresa y rapidez de las acciones, Taborda Alzate apenas si alcanzó a ensayar inútil movimiento defensivo tocando el sombrero del agresor con una 'varita de camargo' (no garrote como se pretende) y lanzándole una piedra. El atacante, que había incrustado dos de los tres proyectiles en el organismo de la indefensa víctima, se lio con ella en fugaz lucha, cuerpo a cuerpo y armado ya de machete hasta caer en tierra, de donde los separaron varios de los circunstantes".

Con base en diligencias previas practicadas por la Alcaldía Municipal de Don Matías, el Juzgado Penal Municipal de Barbosa (Antioquia) inició la correspondiente investigación. Oyó en indagatoria a Parmenio de Jesús Restrepo Arango y le decretó la detención preventiva.

Recibida declaración a varios ciudadanos que presenciaron los hechos y practicadas otras pruebas, el Juzgado Tercero Superior de Medellín clausuró la investigación y residenció en juicio criminal, con intervención del jurado popular, a Parmenio de Jesús Restrepo Arango por el delito de homicidio en la persona de Rigoberto Taborda Alzate. Recurrido por la defensa el Tribunal Superior de Medellín impartió confirmación al auto protestado.

Practicadas nuevas pruebas en la etapa del juicio, se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública y se dictó sentencia condenatoria de conformidad con el veredicto del *iure*. El Tribunal de instancia confirmó la decisión impugnada por el procesado.

Admitido el recurso extraordinario de casación el 24 de marzo último, se declaró ajustada la demanda presentada por el defensor de Restrepo Arango, en su aspecto formal, mediante proveído de 4 de julio del corriente año.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal pimera de casación, cuerpo segundo, el actor hace cuatro cargos a la sentencia recurrida y los determina en la siguiente forma:

1º) Hubo violación indirecta de los artículos 362, 37 numerales 2º, 3º y 6º y Art. 39 del Código Penal, "aplicados indebidamente" en la sentencia, como consecuencia de errores de hecho manifiestamente notorios en los cuales incurrió el *ad quem*.

El actor funda el cargo en el estudio de varios testimonios reunidos dentro del plenario, negándoles sus cualidades demostrativas de responsabilidad y que dieron base al auto de proceder. Los analiza con referencia a los atributos personales de los deponentes, sus cualidades sociales y las "condiciones del objeto u objetos del testimonio".

2º) La falta de apreciación del dictamen de balística, sobre lo cual se asevera que faltó el verdadero y crítico análisis de esta prueba en base a lo anotado por el laboratorio forense, estableciendo vínculo entre esta prueba y los testimonios criticados en el cargo anterior, sacando como conclusión que no esta específicamente determinada el arma empleada según el experticio de balística.

3º) La falta de apreciación de la prueba testimonial en los declarantes Noé Vergara, María Trinidad Restrepo de Restrepo, Orlando Restrepo y Raúl Lopera. Asegura el actor que de ellos se infiere que "sí fue el autor Restrepo Arango de la muerte de Rigoberto Taborda, pero que obró para ello impulsado por la ira causada en forma grave e injusta de parte del occiso.

4º) Acusa el fallo recurrido "por haber incurrido el *ad quem* en error de hecho manifiesto y notorio por aplicación indebida de los artículos 36, 37 numerales 2º, 3º y 6º y artículo 39 del Código Penal.

"Es que la sanción Penal tiene como fundamento el buscar y lograr el que el condenado se amolde a la convivencia social, a la readaptación a las elementales normas del medio ambiente en el cual vive y tenemos de como Parmenio de Jesús Restrepo desde 1967 que terminó de purgar la condena por el delito de homicidio, el veredicto fue por mayoría, se incorporó al seno de la sociedad no sólo a trabajar pacíficamente, sino que buscó como compañera de su vida a María Trinidad Restrepo con quien contrajo matrimonio, es decir, que así dio prueba de su readaptación al medio social y por lo mismo desde ese entonces no registra antecedentes judiciales o de policía.

Siendo Parmenio Restrepo un hombre de sana convivencia social se le impuso en la sentencia materia del recurso, dos años más al mínimo previsto en el artículo 362 del Código Penal, con lo cual se esta afirmando el que su buen comportamiento en nada se apreció por el fallador y se le hizo más gravosa su pena privativa de la libertad con detrimento de personalidad reintegrada a la sociedad".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Sala desechar la demanda y contesta los cargos en la siguiente forma:

"...reiteradamente la jurisprudencia ha explicado que el juez de derecho cuando acepta la veredicción dada por el *Juri*, reduce su actuación a desarrollarla en la sentencia respectiva, adecuando dicha respuesta en la norma legal sustantiva que delinea el modelo abstracto con que se describe el delito cometido por el procesado, del cual fue declarado responsable por los jueces de hecho. Es decir, que parte de este momento procesal, el de la confección de la sentencia montada sobre el

veredicto, ha precluido toda oportunidad para valorar la prueba que deviene del sumario y desembocó en el vocatorio a juicio, como también la que fue recogida con posterioridad a éste, pues que la una y la otra forman indestructible unidad, convertida en fuente de 'convicción íntima sobre los hechos...' a los cuales se interrogó al Tribunal Popular.

Obviamente que cuando la veredicción fue castigada en una u otra instancia con la contraevidencia, es rigurosamente necesario que el juzgador que tal decisión toma revalorice el haz probatorio para comparar con él la respuesta o veredicto ya que no es otra la operación intelectual que tiene que anteceder al decreto de contraevidente con que es calificada la voluntad manifestada por los jueces de conciencia, discurso intelectual que no se presenta al consentir el juzgador en derecho la declaratoria de responsabilidad o de absolución que hizo el de hecho.

De ahí que es grave atacar en casación la sentencia que ha sido dictada en concordancia con el veredicto, empleándose como arma única presuntos errores de hecho manifiestamente notorios en los cuales incurrió el *ad quem* núcleo central del razonamiento con que se hizo el primer cargo, por cuanto si la decisión del Tribunal Popular guardó fidelidad inobjetable a la realidad o evidencia del proceso, es decir, sino se contrariaron la verdad y certidumbre de éste, es inocua, por no decir impertinente, la censura, amén de otra incontestable razón para desechar el cargo".

Las razones expuestas por el Ministerio Público en el primer cargo, las hace valer para el segundo y tercero y concluye que estos cargos igualmente deben ser desechados.

Y en cuanto al cuarto y último cargo el Procurador Primero Delegado en lo Penal se limita a contestar con los mismos argumentos del *ad quem* los que transcribe y que considera son suficientes para desechar el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los cargos primeros, segundo y tercero han sido propuestos por el censor al amparo de la causal primera, cuerpo segundo. Es decir por la vía indirecta y con la especificación de que el sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho cuando dejó de apreciar algunos testimonios y le otorgó valor probatorio al "espertisio balístico" practicado para ver de comprobar si el revólver correspondía al calibre del plomo encontrado en el cuerpo de la víctima.

Es muy conocida y ha sido constante y no variable la doctrina de la Corte según la cual en los juicios en que interviene el jurado popular, no es de recibo que por el recurrente se acuda para acusar la sentencia al cuerpo segundo de la causal primera de casación. Y la razón no es otra sino que, de prosperar la causal propuesta por dicha vía, la Corte deberá convertirse en Tribunal de Instancia para reemplazar con la suya la sentencia dictada por el ad quem, *violando por este modo las formas propias del juicio que obligan en esta clase de juicios a dictar el fallo de conformidad con el veredicto del jurado.*

Así pues, si el veredicto del iure *fue acogido por los juzgadores de instancia y la sentencia acusada lo tradujo en sus conclusiones, el error de hecho manifiesto que se predica a cargo de aquéllos solamente puede ser reclamado en casación al través de la causal cuarta, si con causa en él o como consecuencia suya se dio un nombre inadecuado a los hechos del proceso.*

Los cargos no prosperan.

Cargo cuarto: También se hace consistir en el error manifiesto de hecho cometido por el sentenciador al haber deducido en contra del procesado recurrente, en forma indebida los artículos 36, 37 numerales 2º, 3º y 6º y 39 del estatuto represor.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal encuentra que para desechar el cargo basta con transcribir el siguiente pasaje de la sentencia recurrida.

"Los motivos nimios o baladíes del acto homicida y las singulares modalidades que enmarcaron su ejecución, revelan en el justiciable una susceptibilidad excesiva y lo muestran como delincuente instintivo de grave peligrosidad temperamental. Es que en el año de 1962 eliminó a Alonso de Jesús Foronda Vásquez por

causas de nimia trascendencia, siendo condenado a ocho años de presidio (folio 86 a 90), y en la comisión del delito porque ahora se le juzga demostró notoria insensibilidad moral. El incremento de dos años sobre el mínimo es admisible entonces, según las voces de los artículos 37, numerales 2º, 3º y 6º en armonía con los artículos 36, 39 y 362 del estatuto represor, aspecto en el cual se corrige la motivación que trae el fallo de primera instancia en orden al aumento de la pena privativa de la libertad, fijada en diez años de presidio".

Visto lo anterior, la Sala considera que estuvieron bien deducidas por el Tribunal sentenciador las circunstancias de mayor peligrosidad al tenor de los artículos 37 numerales 2º, 3º y 6º, en armonía con los artículos 36, 39, y 362 del Código Penal.

El cargo no prospera.

Por lo brevemente expuesto, 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 al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

CONSEJO DE GUERRA VERBAL

Los cuestionarios equivalen al auto de proceder

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos setenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez*

Aprobado: Acta Nº 82 de diciembre 7/77

V I S T O S

Contra la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 21 de octubre de 1976, interpusieron recurso de casación los condenados ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ, GILDARDO DE JESUS CASTAÑO RINCON (a. La Mirla) y LIBARDO ESCOBAR RAMIREZ (a. Mano Liano), pero como sólo el primero de los mencionados presentó la respectiva demanda, por intermedio de un abogado, la decisión del recurso se concretará a dicho libelo, ya que fue declarado desierto el recurso en cuanto se refiere a los otros dos procesados.

ANTECEDENTES

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sintetiza los hechos, en forma acertada, en los siguientes términos:

"Se trata de dos procesos acumulados: el secuestro y el rescate mediante pago de dinero de los señores Gonzalo Sierra y Gustavo Alberto Velásquez y el secuestro y rescate también por entrega de dinero del señor Eugenio Mora.

"El 9 de septiembre de 1975 en la carretera entre Amagá y Fredonia, ocho sujetos privaron de la libertad a los señores Gonzalo Sierra y Gustavo Alberto Velásquez y los condujeron a una finca de propiedad de Aristides Ortiz situada en el Municipio de Supía (Caldas). Los dos quedaron libres el veintiocho del mismo mes cuando sus familiares pagaron un millón y medio de pesos a los autores del ilícito.

"El 2 de octubre de 1975 cuando el señor Eugenio Mora se dirigía del centro de Medellín a su casa de habitación, fué interceptado por cuatro individuos quienes lo privaron de la libertad y lo condujeron a una finca de propiedad de Aristides Ortiz en el municipio de Supía (Caldas). El quince del mismo mes el señor Mora recuperó la libertad mediante el pago de cuatro millones de pesos.

"La justicia militar adelantó la investigación por encontrarse el país en estado de sitio y previo concepto del Auditor Principal de Guerra de la Cuarta Brigada, su Comandante convocó a consejo de guerra verbal para juzgar a los acusados de la privación ilícita de la libertad de los señores Gonzalo Sierra, Gustavo Alberto Velásquez y Eugenio Mora y del recibo de dinero por el rescate, el cual culminó con la sentencia del 29 de enero de 1976 que condenó a Aristides Ortiz a dieciocho años de presidio como cómplice necesario del delito de secuestro en Gonzalo Sierra, Gustavo Alberto Velásquez y Eugenio Mora, y a veinticuatro años de presidio a Gildardo de Jesús Castaño y a Libardo Escobar como autores de secuestro y extorsión en la persona de Eugenio Mora. Otros acusados declarados reos ausentes también fueron condenados.

"Recurrido el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Medellín lo modificó en el sentido de rebajar la pena principal a doce años de presidio para los tres

acusados arriba nombrados" (Folios 36 y 37 del cuaderno de la Corte).

LA DEMANDA DE CASACION

El apoderado de ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ censuró la sentencia del Tribunal por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, expresando que aducía la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Formula dos cargos, al amparo de la causal alegada.

Primer cargo: "La sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la cual se condenó a ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ como responsable de los delitos de Secuestro cometidos en contra de los señores Eugenio Mora Montoya, Gonzalo Sierra y Gustavo Velásquez, se dictó en un proceso viciado de nulidad, en razón de que en el acto de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra no se determinó adecuada y jurídicamente el género, ni la especie del delito por el cual habría de procederse, lo cual indudablemente constituye una flagrante violación al derecho de defensa, por cuanto la imprecisión en la formulación de la acusación es motivo de una irregularidad procedimental que ataca las bases mismas de la organización judicial incurriendo en la causal de nulidad supralegal contemplada en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto se inobservaron la plenitud de las formalidades propias del juicio con grave deterioro del derecho de defensa" (Folio 9 del cuaderno de la Corte).

Para demostrar este cargo, la demanda expresa que tanto el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal como el artículo 540 del Código de Justicia Penal Militar exigen que el auto de proceder debe determinar con exactitud el delito por el cual se acusa al procesado, dejando constancia de las circunstancias conocidas que lo especifiquen. Agrega que el artículo 567 del Estatuto Penal Militar ordena que la resolución de convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal debe indicar "qué delito o delitos se estructuran de acuerdo con lo actuado", y por tal motivo dicha resolución debe precisar "en forma categórica y concreta el tipo delictuoso por el cual habrá de procederse, como que una perfecta armonía debe existir entre esa resolución y los cuestionarios sometidos al juicio de los vocales, y posteriormente, entre el veredicto de éstos y la sentencia que corresponde dictar al Presidente del Consejo". Afirma que la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal que juzgó al demandante, no contiene la calificación genérica "de la especie delictiva por la cual habría de procederse", pues está concebida "con indeterminaciones graves e indudables".

Termina diciendo que como los artículos 576, 559 y 560 del Código Militar ordenan que los cuestionarios deben ser redactados conforme el auto de proceder, y que en tratándose del procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, la resolución de su convocatoria "equivale al formal auto de proceder", la vaguedad e indeterminación de que adolece esa resolución no le permitió al acusado, ni a su apoderado, conocer la acusación concreta que se le hizo al procesado. Expresa que Aristides Ortiz Ramírez fue señalado en la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal como autor de secuestro, y sinembargo en los respectivos cuestionarios fue acusado de cómplice necesario, en cuya calidad fue finalmente condenado.

Pide que se decrete la anulación de lo actuado a partir de la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y, por conducto del Tribunal sentenciador, se envíe el expediente al Juzgado Penal del Circuito "a efectos de que se proceda a reponer la actuación procesal en debida forma".

Segundo cargo: Lo enuncia la demanda así:

"La sentencia del Tribunal Superior de Medellín a que se ha hecho referencia, se dictó en un proceso viciado de nulidad legal al haberse incurrido en el acto de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra en error en cuanto al nombre y apellidos de algunos de los procesados, causal de nulidad consagrada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal" (Folio 9 del cuaderno de la Corte).

Esta censura la funda la demanda en la circunstancia de que Peregrino Gaviria o Carlos Mario Agudelo y José Manuel Montoya fueron juzgados en ausencia, quienes no fueron lo suficientemente identificados en el proceso, ni a ciencia cierta se sabe cuál es el verdadero nombre de ellos.

Como consecuencia de este cargo, la demanda formula similar petición a la que expresó como culminación de la censura que hace dentro del marco del primer cargo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de hacer un amplio análisis de los cargos que formula la demanda, llega a la conclusión de que la Corte no debe casar la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ como cómplice necesario del delito de secuestro de que fueron víctimas EUGENIO MORA, GONZALO SIERRA, y GUSTAVO ALBERTO VELASQUEZ.

Los planteamientos jurídicos del Ministerio Público servirán de base para la decisión que se adoptará.

SE CONSIDERA

Primer cargo: La nulidad del proceso, según la demanda, consiste en que la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal que juzgó y condenó a ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ "no determinó adecuada y jurídicamente el género, ni la especie del delito por el cual habría de procederse, lo cual indudablemente constituye una flagrante violación del derecho de defensa", agregando que esa irregularidad procesal constituye violación del artículo 26 de la Constitución. por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio, que es una de las especies de nulidad supralegal.

La Resolución número 4 de 20 de enero de 1976, "por medio de la cual se convocá un Consejo de Guerra en la Guarnición de Medellín" para juzgar a los responsables de los delitos de secuestro y extorsión de que fue víctima Eugenio Mora Montoya, expresa en lo pertinente:

"C) Que el señor Auditor Pincipal de Guerra de esta Brigada conceptúa que en el presente negocio existe mérito legal y suficiente para convocar un Consejo de Guerra Verbal que juzgue a los particulares sindicados presentes ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ, LIBARDO ESCOBAR RAMIREZ, GILDARDO DE JESUS CASTAÑO RINCON y RUBIEL ARANA BARAHONA y sindicado ausente PEREGRINO GAVIRIA o CARLOS MARIO AGUDELO, por los delitos de secuestro y extorsión de que fuera víctima el señor Eugenio Mora Montoya".

RESUELVE

"1º) Convocar en la Guarnición de Medellín, un Consejo de Guerra Verbal para que mediante el procedimiento establecido en el Código de Justicia Penal Militar juzgue a los siguientes sindicados por los delitos de secuestro y extorsión, así: presentes, ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ, LIBARDO ESCOBAR RAMIREZ, GILDARDO DE JESUS CASTAÑO RINCON y RUBIEL ARANA BARAHONA; ausente: PEREGRINO GAVIRIA o CARLOS MARIO AGUDELO" (Folio 142 del cuaderno principal).

Y la resolución número 5 de 20 de enero de 1976, por la cual se convocó un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los autores del secuestro y extorsión cometidos en las personas de Gonzalo Sierra y Gustavo Velásquez, en lo pertinente, reza:

"C) Que el señor Auditor Principal de Guerra de esta Brigada conceptúa que dentro de la presente investigación existe mérito legal y suficiente para convocar un Consejo de Guerra Verbal que juzgue a los particulares ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ (sindicado presente) y JOSE MANUEL MONTOYA (sindicado ausente), por los delitos de secuestro y extorsión en que aparecen como ofendidos los jóvenes Gonzalo Sierra y Gustavo Velásquez y sus familiares".

RESUELVE

"1º) Convocar en la Guarnición de Medellín, un Consejo de Guerra Verbal para

que mediante el procedimiento establecido en el Código de Justicia Penal Militar juzgue a los particulares ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ (sindicado presente) y JOSE MANUEL MONTOYA (sindicado ausente), por los delitos de secuestro y extorsión". (Folio 207 del cuaderno principal).

El texto de las dos resoluciones de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal que se deja transcrito, señala quiénes son los procesados que deben ser juzgados; cuáles son los delitos por los cuales están acusados, y quiénes son las víctimas de las infracciones penales incriminadas a los acusados. Por lo tanto, no acierta la demanda cuando habla de vaguedad e indeterminación en el señalamiento de los ilícitos imputados a quienes concurrieron a cometerlos y que fueron juzgados y condenados.

Las resoluciones mencionadas fueron expedidas en consonancia con lo que dispone el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar. En efecto, esa norma lo que exige es que se señale la persona o personas sindicadas, "qué delito o delitos se estructuran de acuerdo con lo actuado", las personas que deben integrar el Consejo de Guerra Verbal, y el lugar en que debe reunirse, pues la fecha y hora puede determinarlas su Presidente, cuando se le haya delegado esa atribución.

El error de la demanda parte de la tesis que sienta de que la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal equivale al auto de proceder, y por tal razón en ella debe indicarse no sólo el género sino la especie del delito por el cual se habrá de proceder, sino también los términos exactos de la acusación. Y se trata de un error porque el artículo 493 del Código de Justicia Penal Militar define que hay juicio a partir de la ejecutoria del auto de proceder, para los procesos ordinarios, pero también dispone que "en el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales se considera que hay causa a partir de la formulación de los cuestionarios". De donde se extrae la conclusión correcta de que en esta clase de procedimientos, los cuestionarios son los que equivalen al auto de proceder, y no la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, como lo estima la demanda.

El artículo 576 ibidem *determina que los cuestionarios "se redactarán en la forma indicada en los artículos 559 y 560 de este Código", que hacen parte de la reglamentación atinente al procedimiento militar ordinario. El 559 manda que el cuestionario será plasmado conforme a lo que el auto de proceder determine sobre el hecho materia de la causa, regla esta que, en tratándose del procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, debe referirse a "lo actuado" (literal b del artículo 567) y a lo que "apareciere demostrado" en la etapa investigativa (artículo 577), porque no hay auto de proceder.*

El cuestionario, en esta clase especial de procedimiento militar, contiene el pliego de cargos que se le formula al acusado, siendo esa la razón porque el artículo 576 le ordena al Presidente del Consejo que, terminada la etapa investigativa, elabore el cuestionario o cuestionarios, pero con la colaboración del asesor jurídico, por ser dicho funcionario conocedor del sumario. Y es entonces cuando se surtirán los traslados al Fiscal y a los apoderados (artículo 580), precisamente para que conozcan la acusación, a efecto de que, oralmente, aleguen ante el Consejo.

Los cuestionarios visibles a folios 285 289 y 293 del cuaderno principal son claros y categóricos en el interrogante sobre si Aristides Ortiz Ramírez prestó a los autores de los secuestros de Eugenio Mora Montoya, Gonzalo Sierra Mejía y Gustavo Alberto Velásquez Lemus "un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiese sido posible la consumación del hecho, auxilio consistente en haber proporcionado o facilitado en forma voluntaria y consciente su finca de campo denominada Pizano, ubicada en jurisdicción del municipio de Supía (Caldas), para mantener a la víctima en dicho lugar privada de su capacidad de autodeterminación", a Mora por trece días y a Sierra y Velásquez, por diez y nueve días.

En el acta que recogió las incidencias del juzgamiento consta que el defensor de ARISTIDES ORTIZ RAMIREZ analizó extensamente la acusación que se le hizo a su defendido, precisamente como cómplice necesario de los tres secuestros. La petición final hecha al Consejo de Guerra Verbal la describe el acta así: "Termina pidiendo a los señores vocales respondan los cuestionarios relacionados con su defendido con un 'No es responsable', o, subsidiariamente, si lo consideran responsable, contestar "Si pero por insuperable caución ajena' ". (Folios 361 y 362 del Cuaderno principal)".

De lo expuesto se concluye que el recurrente concurrió ante el Consejo de Guerra Verbal que lo juzgó, y se defendió ante él, por conducto de su defensor, de la imputación que se le hizo en los cuestionarios de haber actuado, en la ejecución de tres secuestros, como cómplice necesario. Por lo tanto, no prospera el cargo de que no pudo defenderse, por no haber conocido los términos de la acusación.

SEGUNDO CARGO

La censura, en relación, con este cargo, la comenta el colaborador fiscal en términos tan jurídicamente exactos, que la Corte comparte y por ello se limita a transcribirlos:

"Se hace consistir en que el Tribunal Superior de Medellín en su fallo de octubre del año pasado anuló el proceso en cuanto a los sujetos Peregrino Sánchez y José Manuel Montoya, por ignorarse su identidad (Folios 495 a 498).

"Esta falla esencialmente subjetiva no puede transmitirse al recurrente en casación cuya identidad está perfectamente establecida en el informativo.

"Basta lo expuesto para rechazar de plano el segundo motivo de impugnación". (Folio 45 del cuaderno de la Corte).

LA DECISION

En consecuencia, 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 impugnada.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

DICTAMEN PERICIAL

Valor probatorio, corresponde al Juez apreciarlo

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 83 de diciembre 12/77.

V I S T O S

Procede la SALA a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado BOLIVAR MUÑOZ DUQUE, en contra de la sentencia condenatoria de cinco (5) de noviembre de 1976, del Tribunal Superior de Neiva, en el proceso por robo que se siguió en su contra y en contra de José Elías Pedreros Garcés.

1.) Los hechos que dieron origen al proceso.

El 9 de junio de 1975, Humberto Ortiz Fernández formuló denuncia ante el Juzgado 1º Penal Municipal de Garzón para dar cuenta de que en la noche comprendida entre el 7 y el 8 anterior, se llevaron de la finca "La Pastora", vereda del Espinal, de propiedad de Carmen Elisa Prada de Ortiz, "un motor monofásico de 2 HP. y una motobomba Golden Jet, equipada con un motor eléctrico monofásico con 1 HP., estimado en la suma de $ 20.000.00, de la sociedad Cornea Ltda., de que es gerente el doctor Alvaro Prada Cuenca". El caso empezó como "averiguatorio" pero más tarde el denunciante arrojó sospechas sobre Bolívar Muñoz Duque, residente en Gigante y mecánico autor de la instalación del motor desaparecido.

Bolívar Muñoz Duque, tanto en su declaración preliminar como en su indagatoria, negó cualquier participación suya en el hecho y dijo que por la noche de autos se encontraba en otra parte. Entretanto fue capturado José Elías Pedreros, quien no sólo admitió su participación en los hechos, sino que formuló cargos directos en contra de Muñoz Duque y los sostuvo a todo lo largo del proceso. El motor y la motobomba fueron encontrados, por señalamiento de Pedreros, en terrenos de la finca de Gilma V. de Polanía. La captura de Pedreros y el decomiso subsiguiente se produjeron el día 17 de junio de 1975.

2.) La actuación procesal cumplida.

La investigación se abrió en el Juzgado 2º Penal Municipal de Garzón. Allí fueron indagados Muñoz Duque y Pedreros Garcés, y luego se les careó y fueron detenidos. El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Garzón que cerró la investigación y calificó el asunto el 28 de octubre de 1975, con enjuiciamiento por robo contra Pedreros y sobreseimiento definitivo para Muñoz Duque. Luego de una declaración de nulidad el proceso volvió a calificarse de la misma manera el 20 de febrero de 1976.

En la segunda instancia el sobreseimiento definitivo para Muñoz Duque fue revocado en providencia del 4 de mayo de 1976 y quedó llamado a responder en juicio por robo y en coautoría con Pedreros Garcés. Vuelto el proceso a la primera instancia y realizada la audiencia pública el juzgado de primera instancia dictó sentencia el día 7 de septiembre de 1976 para condenar a Pedreros Garcés y absolver a Muñoz Duque. El Fiscal 4º del Tribunal que había conceptuado por la confirmación del auto de calificación conceptuó también favorablemente para la confirmación de dicha sentencia. El Tribu-

nal de Neiva optó por rebajar la pena impuesta a Pedreros para condenarle a un total de 30 meses de presidio como cómplice no necesario, y revocar la absolución de Muñoz Duque, para cambiarla por una condena a 5 años de presidio como autor principal del robo. Contra esta sentencia se levantó en casación el defensor del procesado Muñoz Duque.

3.) La demanda de casación y la causal que invoca.

Dice el defensor recurrente: "Impugno la sentencia recurrida con base en la causal de casación prevista en el numeral 1º, inciso 2º, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de la ley sustancial, en atención a que el Tribunal Superior incurrió en error de derecho al hacer la evaluación de la prueba, por haber dado a algunos hechos un valor probatorio que no tenían y haber negado a otros, plenamente probados, el que tenían, con lo cual el H. Tribunal Superior llegó, por violación indirecta al quebrantamiento de los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal, profiriendo un fallo condenatorio que no tiene respaldo probatorio que exige la ley, con negación del principio *"in dubio pro reo"*.

Con base en la causal invocada formula dos cargos. En el primero dice que el Tribunal desestimó, sin razón, la coartada plenamente comprobada que, en combinación con el dictamen pericial obtenido, establecía la imposibilidad física por parte de Muñoz Duque de participar en la infracción o, al menos, permitía plantear una duda imposible de eliminar que debía inclinarse a su favor para absolverle. Dice, por ejemplo, que no se sabe a qué horas se encontró Muñoz Duque con Pedreros, según éste lo dice y el primero lo niega; que Pedreros en una ocasión dice que para transportar los objetos robados se utilizó un camión y luego dice que un "jeep" que conducía Muñoz Duque; Pedreros dice que Muñoz Duque sacó el vehículo a las once de la noche y hay prueba testimonial abundante en contra que comprueba que por esa hora Muñoz Duque estaba en una fiesta que se celebraba en la discoteca "El Escorpión"; Pedreros fija horas diferentes, en versiones diferentes, para la llegada al sitio de los hechos, y la misma prueba testimonial aludida le contradice; Muñoz Duque aceptó haber salido, más o menos brevemente, en dos ocasiones de la discoteca "El Escorpión" y la prueba testimonial confirma su dicho, al paso que el resultado de la peritación recogida sobre la cantidad de tiempo requerido para la consumación del hecho, permite afirmar la imposibilidad física en que se encontraba para estar en uno y otro sitios en tiempos comunes. Critica al Tribunal cuando descarta la coartada y plantea 5 puntos de discrepancia para arribar a la conclusión de que al desestimar la coartada el Tribunal incurrió en error de derecho por infracción de los artículos 217, 236 y 278 del Código de Procedimiento Penal, error este que le llevó a emitir un fallo de condena con violación directa del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

En un segundo cargo se refiere el censor a la calificación de indicios que dio el Tribunal a hechos a los cuales, según dice, la ley no otorga tal carácter. Así: "rayones" o huellas encontrados en el campero que le habían entregado a Muñoz Duque para su reparación que al Tribunal le parecieron producidos por objetos pesados en él transportados; coincidencia de las huellas de las llantas del vehículo utilizado para el robo y el que manejaba Muñoz Duque, huellas estas que no fueron verificadas mediante inspección judicial; la sacada del vehículo del taller de mecánica de Muñoz Duque y la ausencia de comprobación de que no fuera cierto que lo hizo para ensayarlo ("chequearlo", dice); mala apreciación de los testimonios de los empleados de la finca acerca de los dos viajes que a ella hizo Muñoz Duque el mismo día de los hechos etcétera. En fin, que el error de derecho del Tribunal consiste en dar valor de indicios a aquellos hechos a los cuales el censor no les concede valor probatorio alguno. Por este aspecto, dice, el sentenciador violó los artículos 229 y 235 del Código de Procedimiento Penal.

4.) La contestación del Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal no encuentra demostración alguna

para el error de derecho que alega el recurrente, ni en relación con el descarte de la coartada combinada con la inspección judicial que recogió el dictamen de peritos, ni en relación con todo cuanto dice a la prueba indiciaria que tuvo en cuenta el sentenciador y que el Ministerio Público considera debe analizarse en conjunto, sin perjuicio de que uno de los hechos apreciados como indicio pueda eliminarse por no haber sido producido legalmente: el de las huellas del vehículo, pues quedan otros, como los que surgen de las declaraciones de los empleados de la finca, del uso abusivo del vehículo por parte de Muñoz Duque, de las declaraciones de personas que sí les vieron hablar en la población, etcétera.

Por lo que hace a la coartada, que constituye el núcleo de la alegación del censor, dice el Ministerio Público que el solo hecho de encontrar imprecisiones en cuanto a las horas en las versiones de Pedreros no es motivo suficiente para descartar todo cuanto éste dice, pues debe aceptarse, porque existe prueba de ello, que estuvo en la población y que se entrevistó con Muñoz Duque; que el que Pedreros se refiriera inicialmente a un tipo de vehículo tampoco es obstáculo probatorio, pues en la misma diligencia dijo que se trataba de un "Jeep"; en cuanto a la cuestión cronológica, si Pedreros no es exacto tampoco lo son los declarantes con los cuales se pretende comprobar la coartada, pues todos dan horas con aproximación; que también resulta comprobado que el procesado se ausentó de la discoteca "El Escorpión", sin que pueda asegurarse que sus ausencias fueron tan breves, dado lo impreciso de quienes declaran, como para que no pudiera acudir a la consumación de los hechos, y, finalmente, que de ninguna manera puede negarse el valor probatorio que tiene la confesión de Pedreros y la acusación que de ella surge para Muñoz Duque.

5.) Las consideraciones de la SALA.

Acierta el censor cuando al desarrollar los cargos de violación indirecta de la ley sustancial (cuerpo 2º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) emprende la crítica, abundante por cierto, a todo lo largo de la extensa demanda, de la apreciación que el juzgador cuyo fallo impugna hizo de la prueba que recogió el proceso. Sólo que equivoca el camino y ello es suficiente para determinar el fracaso del recurso, pues habla, en multiplicidad de expresiones, de errores de derecho como determinantes de dicha indirecta violación, cuando la técnica de la casación indica, para el caso concreto, una obligada referencia al error de hecho y una demostración convincente de qué manifiesto y trascendente.

Si se tratara de errores de derecho el censor estaba obligado a demostrar que el juzgador acogió y otorgó valor probatorio a hechos llevados al proceso con subversión de las reglas legales de procedimiento que informan su producción, o, que al evaluar un hecho probatorio le concedió mérito superior, o inferior, de aquel que la ley le concede. Bien se ve que nada de esto aparece en la demanda, pues el impugnador se queja del rechazo de la coartada que se monta sobre testimonios y que considera concordante con un dictamen de peritos que se recogió en el curso de una inspección judicial al sitio de los hechos, y en la calificación de indicios para una serie de hechos que, en su concepto, no debieron recibir tal denominación. Tal es el resumen de los dos cargos que elabora.

En el caso de autos, el Tribunal rechazó la coartada porque, según su examen, los testimonios con que se pretendió probarla fueron imprecisos en el campo cronológico y, por tanto, no permitían afirmar que quienes los rindieron vieron constantemente al sindicado en los sitios de diversión en que dice estuvo durante un tiempo suficiente como para que se hiciera imposible su presencia en el sitio en donde el robo se consumó. En este punto no puede encontrarse un error de derecho en la valoración de tales testimonios si se tiene en cuenta que la ley, artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, no concede un valor determinado y exacto a dicho medio probatorio, sino que dispone que "al juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las

condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración".

Cabe agregar a lo dicho, que tampoco a la prueba por peritos que el censor resalta, la ley le concede valor preciso. La inspección judicial, artículo 228 del Código de Procedimiento Penal sí tiene valor de plena prueba "respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos, observados personalmente por el Juez y los peritos que en ella hayan intervenido y la suscriban". Pero, como sucede en el presente caso, "en cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se apreciará conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre prueba pericial". Así las cosas y para saber que el dictamen pericial no tiene un valor probatorio determinado, basta saber que el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal deja su apreciación al juez o al funcionario de instrucción "quienes para acogerlo o desecharlo, total o parcialmente, han de expresar clara y precisamente las razones en que fundan su decisión". Como bien se ve, tampoco por este lado puede encontrarse error de derecho en el juzgador.

Lo anteriormente dicho es suficiente para rechazar el cargo. Pero, aunque hubiera planteado y desarrollado correctamente la causal el censor, bastaría reproducir aquí los análisis y razonamientos del Ministerio Público para llegar a la misma conclusión por vía distinta a la de la técnica de casación que se deja consignada en los párrafos que anteceden.

Y en cuanto al segundo cargo, el que ataca la serie de indicios, se desemboca en conclusión igual, pues la alegación de error de derecho sólo cabe si se trata del llamado "indicio necesario", al cual la ley, artículo 230 y 231 del Código de Procedimiento Penal sí otorga valor de plena prueba. Nadie ha planteado en este proceso la existencia de un indicio de tal categoría y, por tanto, no hay error de derecho posible. Lo dicho, sin perjuicio de aceptar, como lo alega el censor y lo corrobora el Ministerio Público, que el llamado "indicio de las huellas de llantas", carece de todo valor por no estar comprobado, en debida forma, el correspondiente "hecho indicador" (artículo 235 del C. de P. P.). Esto porque los demás, y el Ministerio Público trae un examen de recibo sobre el tema, si se fundamentan en hechos indicadores comprobados, y se suman a la prueba, que no es única como dice el censor, de la acusación del cómplice al confesar. Tampoco prospera, en consecuencia, este segundo y último cargo.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

ENCUBRIMIENTO

El delito de encubrimiento, por ser autónomo, no puede ser conexo

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

Magistrado ponente: *Doctor Pedro Elías Serrano Abadía.*

Aprobado: Acta Nº 83 de diciembre 12/77.

VISTOS

El día 30 de octubre de 1976 el Tribunal Superior de Buga dictó sentencia para confirmar la de condena que había proferido el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartago y en la cual se impuso a Carlos Enrique Zapata Cañaveral la pena principal de siete años y medio de presidio como autor responsable de un delito de robo con agravantes, y a Amador Padilla García la de seis meses de prisión como autor del delito de encubrimiento. En contra de esta sentencia recurrieron en casación el procesado Zapata Cañaveral, el defensor de Padilla García y el Fiscal 1º del Tribunal de Buga.

Mediante providencia del 18 de agosto del año en curso la SALA declaró desierto el recurso interpuesto por el procesado Zapata Cañaveral y por el Fiscal de la segunda instancia. El asunto se contrae a la demanda presentada por el apoderado del procesado Padilla García.

1.) Los hechos que originaron el proceso:

El 19 de diciembre de 1974, en la ciudad de Cartago, dos individuos abordaron el taxi de placas MN-0580 que conducía Helio Gabio Díaz. Iban con destino a la hacienda llamada "Guacas". Al llegar allí los pasajeros del vehículo, armados de cuchillo y revólver, sometieron al conductor, le amordazaron, le maniataron y le abandonaron en un pastizal y se apoderaron del automóvil. El día 4 de enero de 1975, agentes del F-2 de la Policía encontraron en la población de Roldanillo el carro robado. Estaba en un garaje de propiedad de Néstor Padilla y lo habían desbaratado y "pelado". Allí fue capturado Amador Padilla García, quien dijo haberlo adquirido de un desconocido y ofreció dinero a sus captores para que le dejaran en libertad. En el curso de la investigación apareció Carlos Enrique Zapata Cañaveral como implicado en el delito de robo investigado.

2) La actuación procesal subsiguiente:

El 7 de enero de 1975 se inició la investigación en el Juzgado 3º Penal Municipal de Cartago. El asunto pasó luego a la competencia del Juzgado 1º Penal del Circuito que ordenó la detención preventiva de Carlos Enrique Zapata Cañaveral, Armando Padilla García y Amador Padilla García. Al calificar el mérito de la sumaria se llamó a responder en juicio a Zapata Cañaveral por un delito de robo con agravantes y a Amador Padilla García por un delito de encubrimiento. Se sobreseyó a los demás implicados en el caso. Recurrida la calificación fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga, mediante providencia del 27 de febrero de 1976.

Agotada la etapa de la causa y realizada la audiencia pública, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartago emitió sentencia de condena para Zapata Cañaveral y Padilla García en la forma dicha al principio de esta providencia. El fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de Buga en providencia que es ahora materia del recurso de casación.

3) La demanda de casación y la causal que invoca.

El recurrente se apoya en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y formula a la sentencia impugnada un solo cargo de nulidad que hace consistir en la incompetencia del juez (numeral 1º del artículo 210 del C. de P. P.). Dice que el delito de encubrimiento que se imputó a Padilla García se consumó en jurisdicción del Circuito de Roldanillo. Que el de encubrimiento "es delito autónomo e independiente al de robo" que aparece cometido en circunstancias de lugar y tiempo distintos y por distintas personas. Agrega que entre las dos infracciones no hay conexidad posible y trae citas de jurisprudencias de la CORTE y del Tribunal Superior de Cali. Por tanto, concluye, la competencia territorial "sólo es prorrogable por razones de conexidad, evento que no se da en el caso *sub judice*", precisamente por la autonomía e independencia que predica del delito de encubrimiento. Así las cosas, dicha infracción no podía ser juzgada en sitio distinto a Roldanillo y por el juez competente en razón de dicho factor territorial y, claro está, por la naturaleza del hecho.

4) La contestación del Ministerio Público:

El Ministerio Público expone las distintas clases de conexidad que, según afirma, doctrinantes y tratadistas han encontrado y termina por estar de acuerdo con la tesis de que el delito de encubrimiento, tanto en su forma de favorecimiento como en la de la receptación, es delito independiente y autónomo y, en consecuencia, el encubridor no concurre al delito ni como autor, ni como partícipe de él. Concluye por solicitar se invalide el fallo impugnado porque encuentra la nulidad por incompetencia del juez que el censor alega.

5.) Las consideraciones de la SALA:

El fuerte de la censura a la providencia impugnada radica, como bien se ve, en asegurar la autonomía e independencia del delito de encubrimiento con relación al delito encubierto. Sobre este particular, la SALA, en reciente providencia (Casación del 5 de julio de 1977) precisó en contenido dicha autonomía, así:

"4. *La autonomía del delito de encubrimiento debe entenderse más allá de su verdadero valor, o sea, que sus varias modalidades (bien que se agrupen en un título contra la administración de justicia, -como acontece en Colombia, o que se dividan en dos- administración de justicia y contra la propiedad como en Italia y Ecuador) no constituyen diversas formas de participación en el delito encubierto. A esta precisión se dirige la autonomía o independencia del delito de encubrimiento, sin que se quiera significar con ello que pierda su vínculo con el hecho que se protege. La legislación y la doctrina, por mucho tiempo, no distinguieron esta fundamental noción. Dilucidó el asunto los aportes debidos a los estudios sobre la causalidad. Hoy la cuestión se mira como tema elemental que se sustenta en este claro raciocinio; si el encubridor actúa con posterioridad a la consumación del delito la figura de un cómplice subsiguiente es tan extraña e ilógica como aceptar que puede darse una causa posterior al efecto.*

"El aspecto comentado establece a ciencia cierta que el delito de encubrimiento es una entidad delictiva perse, independiente, autónoma, especial o distinta del delito encubierto. Sus varias modalidades (ayuda al delincuente para eludir la acción de la autoridad, el entorpecimiento o desvío de la investigación, el ocultamiento o ayuda a ocultar o asegurar el producto del delito o su compra o expendio) no se insertan en la teoría de la participación o complicidad. De ahí que no sea comentario exacto ni conveniente, aunque se procure una enseñanza eminentemente práctica, aludir a dos grandes grupos de participación; la anterior o concomitante, *en la cual los partícipes o cómplices saben lo que va a realizarse y actúan, y, la posterior, caso en que aquéllos (ya denominables encubridores) actúan después de consumado el delito y con información posterior a su ocurrencia, o sea en acción* ex post facto *no prometida previamente".*

Por el aspecto dicho, no hay discrepancia alguna entre lo alegado por el censor y la jurisprudencia que únicamente pre-

cisa lo que debe entenderse por autonomía en el delito de encubrimiento. En cuanto a la conexidad entre este delito y el delito encubierto sí existe divergencia, pues al paso que el censor le niega y se apoya en pasadas jurisprudencias, la SALA, en el criterio actual predominante, la afirma de la siguiente manera:

"5) Autonomía y conexidad. Lo dicho no quiere decir que el fenómeno de la conexidad, instituto procesal, sea incompatible o contradiga la afirmada independencia. Esta pretende dotar cada figura delictiva de sus tipos, mientras aquélla busca principalmente salvar dificultades investigativas y hacer de esta labor una empresa segura, eficaz, justa y poco costosa.

"Si no se admitiera esta reflexión, tendría que reconocerse una inaceptable excepción a las muy conocidas reglas de la conexidad: el delito de encubrimiento, por ser autónomo, no puede ser conexo. El simple enunciado destaca el despropósito jurídico y más sobresale cuando se observa que nadie ha negado que el homicidio, delito per se *pueda ser conexo a uno de abuso de autoridad o de violencia carnal, igualmente especiales y distintos.*

"La conexidad puede darse con el surgimiento mismo del proceso que atiende al esclarecimiento de delitos autónomos: o producirse a medida que las investigaciones se realicen y sus resultados señalen la necesidad de esta unificación; o aparecer tardíamente pero todavía en circunstancias de ser considerada mediante la llamada acumulación de causas (Art. 90) que, en algunos de sus aspectos, se apoya en elementos propios de aquella institución.

"Lo deseable es que el delito primero, generalmente conexo con el que lo encubre, se investigue en un proceso. La autonomía que caracteriza a uno y otro no impide ni excluye, como se deja visto, esta posibilidad procesal. Por el contrario la reclama como atributo propio. Pero el que no se atienda a esa exigencia no es argumento para invalidar los logros obtenidos en cada una de las investigaciones efectuadas, las mismas que marcharon separadamente cuando se imponía su unidad, ni menos para recargar de demostraciones inútiles uno y otro expediente. Así como en el caso sub judice, *por razones territoriales, no fue factible unir la investigación del delito de robo, cometido en el Ecuador, a la de encubrimiento consumado en Cali, también puede acontecer idéntico fenómeno para infracciones consumadas en nuestro territorio. El legislador prefiere la unidad procesal de los delitos conexos pero no constituye su quebrantamiento en causal de anulación, máxime cuando ella se debe a explicables omisiones, divergencias conceptuales o imposibilidades físicas o jurídicas".*

De lo dicho en la transcripción que antecede se desprende que, por tratarse de delitos conexos, en el caso de autos el robo y el encubrimiento, deben ir en un mismo proceso de acuerdo con el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal que dispone: "Investigación y fallo de delitos conexos. Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso". Es esta norma la que se aplicó en este proceso y, por tanto, no existe la nulidad por incompetencia del juez que el censor plantea y que el Ministerio Público coadyuva. Por tanto, no prospera la demanda.

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

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

SALVAMENTO DE VOTO

Como en la ponencia que elaboré como Magistrado Ponente, y que la Sala de Casación Penal no compartió, se encuentran las razones jurídicas que me distancian de la sentencia, me permito presentarla para que desempeñe el papel de salvamento de voto.

JULIO SALGADO VASQUEZ

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, D.E.

Magistrado ponente: *Doctor Julio Salgado Vásquez.*

Aprobado: Acta N°

VISTOS

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha 13 de octubre de 1976, dictó sentencia para confirmar la proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago, el 22 de junio anterior, por medio de la cual fueron condenados CARLOS ENRIQUE ZAPATA CAÑAVERAL, a siete años y medio de presidio como autor de un delito de robo, y AMADOR PADILLA GARCIA, a seis meses de prisión por encubrimiento.

Los dos procesados y el Fiscal del Tribunal interpusieron recurso de casación, pero Zapata no presentó demanda por intermedio de un abogado, y la que formuló el Fiscal no fue introducida en tiempo, de tal manera que únicamente se entra a estudiar la formulada por el defensor de AMADOR PADILLA GARCIA.

ANTECEDENTES

1.) Hacia las ocho y media de la noche del 19 de diciembre de 1974, dos sujetos requirieron los servicios de transporte de Helio Fabio Díaz Marín, quien era el conductor del taxi MN 0580 de propiedad de Betsabé Pinilla viuda de Montoya, para efectuar un viaje de Cartago a Zaragoza. La carrera fue ajustada en treinta pesos ($ 30.00). Cuando se desplazaban a la altura del predio rural denominado Guascas, los dos pasajeros se apoderaron del vehículo, y, maniatando a su chofer, lo dejaron en un pastizal.

Quince días después, dos agentes de la Policía localizaron el automotor en Roldanillo, en la casa en construcción de propiedad de Néstor Padilla García. En el lugar se encontraba AMADOR PADILLA GARCIA, hermano de aquél, quien al ser sorprendido quitándole la pintura al taxi, manifestó que lo había comprado, pero que todavía los documentos que acreditaban su calidad de propietario no se los habían entregado.

2.) El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartago (Valle), con fecha 9 de octubre de 1975, calificó el mérito del sumario mediante auto de proceder por el cual abrió causa criminal contra CARLOS ENRIQUE ZAPATA CAÑAVERAL, como autor del delito de robo, y contra AMADOR PADILLA GARCIA por encubrimiento, en la modalidad de receptación.

3.) El mismo juzgado dictó sentencia de primera instancia el 22 de junio de 1976 para condenar a CARLOS ENRIQUE ZAPATA CAÑAVERAL, a la pena de siete años y medio de presidio y a AMADOR PADILLA GARCIA a seis meses de prisión, como autores de las infracciones por las cuales fueron llamados a juicio.

4.) El 13 de octubre siguiente, el Tribunal Superior de Buga confirmó la sentencia del juzgado.

DEMANDA DE CASACION

CARLOS ENRIQUE ZAPATA CAÑAVERAL interpuso recurso de casación, pero no lo sustentó dentro del término señalado por el artículo 577 del Código de Procedimiento Penal. El Fiscal Primero del Tribunal Superior de Buga también interpuso recurso de casación, pero la respectiva demanda la presentó una vez vencido el término que tenía para hacerlo, por cuyo motivo no se tendrá en cuenta. En

cambio, fue introducida en tiempo la demanda relacionada con el recurso interpuesto por el defensor de AMADOR PADILLA GARCIA.

La censura a la sentencia del Tribunal se hace invocando la causal cuarta de casación (artículo 580 *ibidem)*, por haber sido dictada en un juicio de nulidad.

La nulidad consiste en la incompetencia del Juez Primero Penal del Circuito de Cartago al enjuiciar y condenar a AMADOR PADILLA GARCIA como autor de un delito de encubrimiento que fue cometido en Roldanillo, que es cabecera de un circuito penal distinto al de Cartago. Sostiene que se está en presencia de la causal de nulidad contemplada por el numeral primero del artículo 210 del estatuto procesal penal, ya que se ha violado el artículo 41 *ibidem,* en cuanto dispone que la competencia por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, le corresponde al juez del territorio donde se cometió la infracción. También señala como violado el artículo 168 del mismo código, porque no habiendo conexidad entre el delito encubierto, que es el robo, y el ilícito posterior del encubrimiento, debieron adelantarse dos procesos por los jueces competentes por razón del territorio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, partiendo de la tesis de la autonomía del delito de encubrimiento con respecto al ilícito encubierto, sin que entre ellos se presente el fenómeno de la conexidad, se pronuncia en favor de la casación inpetrada, la cual debe concretarse únicamente respecto del recurrente, y decretarse la nulidad del juicio "a partir del auto calificatorio del proceso", disponiendo que se envíe copia del sumario al Juez Penal del Circuito de Roldanillo.

SE CONSIDERA

Desde el primero de julio de 1938, fecha en que por mandato del artículo 13 de la Ley 124 de 1937 comenzó a regir el actual Código Penal, el encubrimiento alcanzó la categoría de delito autónomo, pues en el anterior estatuto penal sustantivo formaba parte de la complicidad.

El código vigente consulta los principios de la ciencia penal, porque el encubrimiento atenta contra la administración de justicia y no contra el bien jurídico vulnerado por el delito encubierto. Cometido un delito, la actividad desplegada por terceros, en la forma de favorecimiento, receptación u omisión de denuncia, obstaculiza a los encargados de la persecución de los delitos.

Si alguien oculta a un homicida, o declara para desviar la investigación hacia falsos responsables, o la entorpece oponiéndose a la práctica de pruebas conducentes al esclarecimiento del ilícito, o al descubrimiento de los autores, no estaría cooperando en la comisión del homicidio, por cuanto ya esa infracción forma parte del pasado. Esa conducta sería punible porque la administración de justicia estaría obstaculizada en su desarrollo y culminación por ella.

A no ser que cualquiera de las conductas encubridoras se haya pactado por anticipado, porque en dicha hipótesis se convertiría en cómplice quien "preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores" a la ejecución del hecho (artículo 20 del Código Penal). Esto significa que la posibilidad de la conexidad entre el encubrimiento y el delito encubierto resultaría poco menos que imposible, pues si el supuesto encubridor actúa en cumplimiento de promesas anteriores, no sería encubridor sino cooperador del delito pretendidamente encubierto.

En el caso de autos se tiene que en Cartago se consumó el robo del taxi MN 0580 conducido por Helio Fabio Díaz Marín el 19 de diciembre de 1974, y, quince días después, la Policía descubrió el vehículo en Roldanillo, en poder de AMADOR PADILLA GARCIA, quien estaba transformándolo, por lo menos en cuanto a la pintura, y le confesó a los agentes que lo capturaron que lo había comprado. El elemento a sabiendas de la mala procedencia del automotor se deduce de múltiples indicios, tal como quedó analizado en la sentencia acusada.

Si el robo del taxi y su receptación son delitos autónomos, y si una de esas infrac-

ciones se consumó en Cartago y la otra en Roldanillo, -ciudades que ambas son cabeceras de circuito penales-, es incuestionable que el Juez de Cartago no tenía competencia para conocer del encubrimiento, ya que tal delito se consumó en Roldanillo, por lo cual tiene razón la demanda cuando sostiene que el juicio, en cuanto se refiere al encubridor, está afectado de nulidad, por incompetencia del juez. Al prosperar el cargo, será casada parcialmente la sentencia impugnada; se decretará la nulidad del proceso a partir del auto que cerró la investigación y por el Juez de Cartago se enviará copia del sumario al Juez Penal del Circuito de Roldanillo para que conozca del delito de encubrimiento en que figura como sindicado AMADOR PADILLA GARCIA.

LA DECISION

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Casar parcialmente la sentencia acusada en cuanto confirmó la sentencia que condenó a AMADOR PADILLA GARCIA como encubridor, anular el proceso a partir del auto que cerró la investigación y disponer que el Juez Primero Penal del Circuito de Cartago envíe copia del sumario al Juez Penal del Circuito de Roldanillo para que conozca del encubrimiento de que se acusa a AMADOR PADILLA GARCIA.

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

Gustavo Gómez Velásquez, Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., (Secretario).

INDICE DEL PRIMER TRIMESTRE DE 1977

CONFESION. CONFESION CALIFICADA.

La Corte, por sentencia de 10 de febrero de 1977, NO CASA la de 24 de mayo del año 1976 del Tribunal Superior de Barranquilla que condenó a Domingo Héctor Cuadra Etchart a la pena de 6 años de presidio como responsable de un delito contra la salubridad pública (tráfico de estupefacientes). Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón. 7

NULIDADES.— *Técnica en la presentación de la demanda.*— La Corte, por sentencia de 11 de febrero de 1977, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 22 de abril de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Flavio Pastor Arias Jiménez a la pena principal de 48 meses de presidio como responsable de un delito contra la salubridad pública (Decreto 1188 de 1974). Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 12

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA, POR GRAVE ENFERMEDAD DEL SINDICADO.— Por auto de 11 de febrero de 1977, NO REPONE el auto por medio del cual la Sala concedió a Hernando Cristancho Guevara la suspensión de la detención preventiva, en términos de los artículos 452 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 673 *ibídem.* Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 22

TESTIMONIO. VALOR PROBATORIO. FACULTAD DEL JUEZ PARA ESTIMAR LAS PRUEBAS.— La Corte, por sentencia de 11 de febrero de 1977, NO CASA la de 9 de diciembre de 1975 que condenó a Pedro Alfonso Medina Tovar, Rafael Hernán Rodríguez Rojas, Efraín Monsalve Silva y Víctor Julio Cortés Ballesteros, a la pena principal de 32 meses de presidio como responsables de los delitos de uso de documentos públicos y estafa contra la Hacienda Pública. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 24

BIENES DECOMISADOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 52 DEL DECRETO 1188 DE 1974 *(marihuana, cocaína, morfina, etc). Entrega de dichos bienes.* Por auto de 23 de febrero de 1977, la Corte ORDENA la devolución del automóvil Renault 6, modelo 1973, color azul, 4 puertas y demás características, el que fue secuestrado dentro del proceso seguido contra David Merril Martín y Carol Snaza, por infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 30

CAUSAL 4ª DE CASACION. *Su procedencia. Su improcedencia. La Corte,* por sentencia de 24 de febrero de 1977, NO CASA la de 16 de junio de 1976 del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a José Ignacio Cabrera Cedeño, a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 32

COCAINA.— *Dosis personal.*— Por sentencia de 24 de febrero de 1977, la Corte NO CASA la de 20 de agosto de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Arietta Cecilia Young a la pena principal de 36 meses de presidio por violación al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 38

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION Y A LA EPOCA EN QUE SE COMETIO EL DELITO.— La Corte, por sentencia de 24 de febrero de 1977, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Darío de Jesús Garcés Montoya contra la sentencia de 28 de febrero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín lo condenó a la pena principal de 18 meses de prisión como responsable del delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 41

TECNICA DE CASACION.— La Corte, por sentencia de 24 de febrero de 1977, NO CASA la de 26 de junio de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Gonzalo Afanador Vacca y a Jaime Pineda Acero a la pena principal de 30 meses de prisión por el delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 46

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.— *Sus funciones.*— Por auto de 25 de febrero de 1977, la Corte NO ACEPTA el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Fabio Calderón Botero para seguir conociendo del proceso seguido contra el señor Alberto Samper Gómez. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 50

DICTAMEN PERICIAL.— *Su valor probatorio al tenor del artículo 278 del Código de Procedimiento Penal.* — La Corte por sentencia de 25 de febrero de 1977, NO CASA la de 24 de noviembre de 1975 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Alvaro Puentes Angel a la pena principal de 32 meses de presidio como responsable del delito de falsedad en documentos privados. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 54

NULIDAD.— *No toda irregularidad genera nulidad. La intervención verbal de los defensores en los procesos en que no interviene el Jurado de Conciencia, no constituye nulidad.* — La Corte por sentencia de 28 de febrero de 1977, NO CASA la del Tribunal Superior de Medellín de 13 de mayo de 1976 que condenó a Darío Antonio Londoño Mesa, Nelson Sánchez Trujillo y Carlos Arturo Vélez Figueroa y otros a las penas de 63 meses de presidio como responsables del delito de robo. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Vélasquez 60

AGRAVANTES. — *El previsto en el numeral 1º del artículo 43 del Decreto 1188 1974. — "Valiéndose de la actividad de menores de 21 años".* Por sentencia de 3 de marzo de 1977, la Corte NO CASA la de 1º de julio de 1976 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Carlos Arturo Méndez (a. El mono Carlos) a la pena principal de 73 meses de presidio como infractor al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 67

ALCANCE DEL ARTICULO 18 DE LA LEY 20 DE 1975.— La Corte, por auto de 4 de marzo de 1977. RECONOCE al doctor Raúl Ospina Salazar como apoderado del señor Contralor de la República, para que se constituya parte civil dentro del proceso penal de estas diligencias. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 73

TESTIMONIO. SU CRITICA. PRUEBAS JUDICIALES.— La Corte, por sentencia de 10 de marzo de 1977, NO CASA la de 29 de mayo de 1976 del Tribunal Superior de Barranquilla que condenó a Luis Alberto Estrada Arias a la pena principal de 5 años y 6 meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 76

HABEAS CORPUS.— *Es un derecho sin distingos de ninguna naturaleza.*— Mediante providencia de 10 de marzo de 1977, la Corte CONFIRMA en todas sus partes la del sobreseimiento definitivo dictada por el Tribunal Superior de Cali en favor del doctor Darío León López Pérez, Juez 2º Penal Municipal de Cali, sindicado de prevaricato. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 82

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO.— *En los juicios en que interviene el Jurado, no se puede alegar.*— La Corte, por sentencia de 10 de marzo de 1977, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 22 de abril de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Celso Tulio Olaya Rojas a la pena principal de 8 años de presidio como autor del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 90

CUESTIONARIOS AL JURADO DE CONCIENCIA.— *Alcance de los artículos* 519 y 535 *del Código de Procedimiento Penal.*— La Corte, por sentencia de 10 de marzo de 1977, CASA PARCIALMENTE la de 30 de enero de 1976 del Tribunal Superior de Cali que condenó a Gerardo Antonio Valencia Andrade a la pena de 8 años y 6 meses de presidio y en su lugar lo condena a la principal de 32 meses de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 94

MARIHUANA.— *Dosis personal.*— Mediante sentencia de 10 de marzo de 1977, la Corte CASA la de 13 de mayo de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Luis Alfredo González Serrato a 3 años de presidio como infractor al Decreto 1188 de 1974 y en su lugar lo condena a un mes de arresto y $ 200.00 de multa, por el mismo hecho. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 103

CONFESION.— *Qué es. Sus presupuestos para aceptarla.*— La Corte, por sentencia de 11 de marzo de 1977, NO CASA la del Tribunal Superior de Buga de 24 de junio de 1976 que absolvió a Luis Varela y Milton Antonio Bedoya a quienes se le formularon cargos por violación a las normas sobre el tráfico de estupefacientes. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 106

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION.— *Aquello que la ley sanciona como nulidad ..es el error en el* "Nomen Juris" *de la conducta ilícita.*— La Corte, por sentencia de 11 de marzo de 1977, NO CASA la de 28 de febrero de 1976 del Tribunal Surior de Cali que condenó a José Hernando Echeverry Roldán y Harold Fiesco Andrade a las penas indicadas en el Código Penal como responsables del delito de falsedad en documentos. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón .. 109

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN EL HURTO CONTINUADO.— Por Sentencia de 17 de marzo de 1977, la Corte NO CASA la del Tribunal Superior de Manizales de 24 de agosto de 1976 que condenó a Eduardo Salamanca Hoyos a la pena principal de 20 meses de prisión como responsable del delito de hurto agravado y continuado. Magistrado Ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadia. 112

RESPONSABILIDAD.— *Condiciones que exige el artículo* 382 *del Código Penal, para que se dé esta modalidad penal.*

PRUEBAS.— En materia penal el estado civil de las personas puede demostrarse según el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, por cualquiera de los medios probatorios ordinarios. La Corte, por sentencia de 17 de marzo de 1977, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 26 de mayo de 1976 del Tribunal Superior de Buga que condenó a Jair Antonio Ortiz Soto a la pena de 10 años de presidio como responsable del delito de homicidio imperfecto. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 116

TESTIMONIO.— *Valor probatorio.*— Por sentencia de 17 de marzo de 1977, la Corte NO CASA la de 26 de agosto de 1976 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Jhon Ramiro Uribe Palacio a la pena principal de 5 años y 6 meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadia 121

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.— *Interpretación del numeral* 4º *del artículo* 78 *del Código de Procedimiento Penal.* Mediante auto de 24 de marzo de 1977, la Corte DECLARA infundada la recusa-

ción propuesta por el acusado Carlos Giraldo Posada contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Ramiro Martínez Vesga, Jorge I. Medina Anzola y Ricardo Medina Moyano. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 125

CONFESION JUDICIAL. CONFESION EXTRAJUDICIAL.— *Su apreciación en los procesos penales.*— La Corte, por sentencia de 24 de marzo de 1977, NO CASA la de 17 de diciembre de 1975 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a los procesados Arnulfo Pérez Stefan, Luis Angel Guzmán y Cristóbal Delgado Gardeazábal, a las penas principales de 5 años de presidio como responsables del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 127

PRUEBA PERICIAL O PRUEBA POR PERITOS.— *Su finalidad. La razón de ser de la prueba por peritos está en la necesidad de poseer "conocimientos especiales" en determinada rama del saber humano, sobre la base de que el juez no es omnisapiente.*

CASACION. DEMANDA.— *Si la casación va dirigida contra la sentencia de 2ª instancia, por haber infringido el fallador normas sustanciales, de manera directa, o a través del quebrantamiento de textos relacionados con las pruebas, la demanda no puede silenciar los textos infringidos.* Por sentencia de 24 de marzo de 1977, la Corte NO CASA la de 16 de marzo de 1976 del Tribunal Superior Militar que condenó a Luis Eduardo Mesa Martínez a la pena principal de 4 años y medio de presidio como responsable del cultivo de marihuana. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 134

DELITOS CONTRA FUNCIONARIO PUBLICO.— *Elementos.*— La Corte por auto de 25 de marzo de 1977, CONFIRMA el de 18 de noviembre de 1976 del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que llamó a juicio a Juan María Mojica Patiño por el delito contra funcionario público cuando cumplía funciones de Juez Promiscuo Municipal de Hato Corozal, (Boyacá). Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 140

INDICE DEL SEGUNDO TRIMESTRE DE 1977

PECULADO.— *Su tipificación y elementos que son necesarios para su demostración.* La Corte, por sentencia de 14 de abril de 1977, CONDENO a Perfecto Francisco Caballero Villazón a la pena principal de 7 años de presidio como responsable de los delitos de peculado y falsedad por los cuales se le había llamado a juicio. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 142

HOMICIDIO.— *Cometido dentro de las circunstancias del artículo 382 del Código Penal. Sus consecuencias. Dosificación de la pena partiendo del Art. 362 y nó del 363 del C. P.*— Sus razones. Por sentencia de 15 de abril de 1977, la Corte CASA la sentencia de 14 de julio de 1976 del Tribunal Superior de Montería que condenó a Manuel Antonio Plaza Galvas a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio, y en su lugar se le condena a la pena principal de 5 años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. 149

PECULADO POR APROPIACION.— *Elementos del Dto. 1858 de 1951.*— La Corte, por providencia de 20 de abril de 1977 REVOCA el auto de 29 de noviembre de 1976 del Tribunal Superior de Medellín por medio del cual sobreseyó temporalmente a Hernando Castellanos Navas por el delito de peculado y en su lugar DISPONE llamarlo a juicio por el mismo delito que cometió cuando desempeñaba las funciones de Juez Penal Municipal de Chirigodó (Antioquia). Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 158

IMPEDIMENTOS.— Causal prescrita en el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil. La Corte, providencia de 21 de abril de 1977 DECLARA FUNDADO el impedimento, manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena, doctor Carmelo Martínez Conn, para conocer del proceso contra el doctor Arnoldo Vélez Suárez, por los delitos de abuso de autoridad y prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 163

ERROR ESENCIAL DE HECHO.— *En qué consiste?.*— La Corte, por sentencia de 21 de abril de 1977, NO CASA la de 2 de agosto de 1976 del Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual condenó a Herenia Salazar Gallo a la pena principal de 4 años de presidio como responsable del delito de aborto. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 166

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. Mediante providencia de 21 de abril de de 1977, la Corte REVOCA el proveído de 7 de abril de 1976 mediante el cual el Tribunal Superior de Tunja llamó a responder en juicio criminal a Alfonso Salinas Clavijo y en su lugar DECRETA la prescripción de la acción penal por el delito de concusión y en consecuencia ordena cesar todo procedimiento en relación con el mismo. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez. 169

VEREDICTO.— *"Ira e intenso dolor". "Provocación".*— La Corte, por sentencia de 21 de abril de 1977, NO CASA la de 7 de julio de 1976 del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Aquilino Sanabria Amaya a la pena de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez. 173

CASACION. TECNICA.— La Corte, por sentencia de 22 de abril de 1977, NO CASA

la del Tribunal Superior de Medellín de 21 de septiembre del año de 1976 que condenó a Laureano Meneses Pabón a la pena principal de 7 años de presidio como infractor del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 177

PECULADO.— *Aplicación oficial diferente de los causales que tiene bajo su administración el empleado.*— La Corte, por providencia de 22 de abril de 1977, ABRE CAUSA criminal contra el doctor Gonzalo Vallejo Restrepo, Gobernador del Departamento de Risaralda, por el delito de peculado. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 183

NULIDAD.— *En qué consiste la falta de defensa del procesado.*— La Corte, por sentencia de 22 de abril de 1977, NO CASA la de 24 de enero de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Ana Inés Flórez Muñoz, a la pena principal de 23 años y 3 meses de presidio como responsable del delito de asesinato. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 191

JURADOS DE CONCIENCIA.— *Su integración. No constituye nulidad el hecho de que un principal sea reemplazado por un suplente, cuando el primero alega una excusa que el Juez acepta.*— Por sentencia de 25 de abril de 1977, la Corte CASA la sentencia de 31 de julio de 1976 del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Fulgencio Tolosa Cáceres a 8 años de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar DECLARA NULO todo lo actuado en el proceso a partir de la sentencia, inclusive, de fecha 13 de mayo de 1976, y ORDENA reponer el procedimiento. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerreo 202

REVISION.— *Inexistencia del delito como hecho nuevo en revisión.*— Por providencia de 25 de abril de 1977, la Corte ORDENA la revisión de la causa seguida contra Jaime Pinzón Santos y señala para tal fin al Juzgado Penal del Circuito de Bogotá (Reparto), distinto del que ya conoció y decidió el asunto. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 207

CONCUSION.— *Concusión implícita. Cuando se presenta.*— La Corte, por providencia de 25 de abril de 1977, REVOCA la sentencia de 29 de julio de 1976 del Tribunal Superior de Buga, que absolvió al doctor Israel Moreno, ex-Juez Municipal de Tulúa, y en su lugar condena al procesado a la pena principal de 1 año de prisión como responsable del delito de concusión. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 211

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. *Interpretación de los artículos* 105 *y* 107 *del Código Penal. Interpretación de la prescripción por el auto de proceder. Su interpretación.* La Corte, por sentencia *de* 25 *de abril de* 1977 CASA la de 18 de junio de 1976 que condenó a Horacio Loaiza Orozco a la pena principal de 8 años de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar DECLARA prescrita la acción penal y en consecuencia se ordena la cesación de todo procedimiento. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 218

CONCUSION.— *Elementos básicos al tenor del artículo* 156 *del Código Penal.*— Por sentencia de 2 de mayo de 1977, la Corte CONFIRMA con reformas, la del Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual se condenó a Gustavo Ordóñez y David Antonio Bonilla Suárez, como responsables del delito de concusión, a las penas de 1 año de prisión, agravándose la pena del último a 2 años. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 225

CAUSAL 1ª DE CASACION.— *La casación obedece a una técnica precisa y debidamente delimitada, que permita a la Corte adelantar el estudio del juicio sin dudas* ni vacilaciones acerca de los cargos formulados. La Corte, por sentencia de 2 de mayo de 1977, NO CASA la del 12 de marzo de 1976 del Tribunal Superior de San Gil que condenó a los procesados Gonzalo y Reinaldo Vesga Gómez a la pena principal de 7 años y 8 meses de pre-

sidio, como responsables de los delitos de robo, lesiones personales e infracción a la Ley 21 de 1973. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 233

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.— *a). Infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. b). Error de hecho y error de derecho.*— La Corte, por sentencia de 2 de mayo de 1977, NO CASA la de 8 de julio último del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Mario Arias Arenas a 26 meses de presidio como responsable de los delitos de falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 239

NULIDAD.— *Para la instalación de la audiencia no es indispensable la presencia del procesado detenido.*— Por sentencia de 3 de mayo de 1977, la Corte NO CASA la de 11 de octubre de 1975 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Abel García Carvajal a la pena principal de 96 meses de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 242

PRUEBAS.— *Cuando la capacidad para la est'mación valorativa de la prueba se agota sin contradecir los textos legales que la disciplinan, no puede el impugnador respaldar el cargo al fallo, únicamente contraponiéndole su criterio personal, por cuanto debe primar el del sentenciador.* Por sentencia de 9 de mayo de 1977, la Corte NO CASA la del 17 de marzo de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Juan Francisco Ferreira García y otros a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de secuestro. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 247

NULIDADES.— *Cómo se pueden alegar y sus motivos.*— La Corte, por sentencia de 10 de mayo de 1977, NO CASA la de 16 de julio de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Capitolino Herrera Medina a la pena principal de 16 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 253

PREVARICATO.— *Conducta comisiva u omisiva. Su estructura jurídica.*— Mediante providencia de 12 de mayo de 1977, la Corte REVOCA el numeral 3º de la parte resolutiva del auto de 15 de octubre de 1975 del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual llamó a responder en juicio criminal a Mariano José Garrido y CONFIRMA el resto de la providencia. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 259

PRUEBA TESTIMONIAL.— *Su estimación.* La Corte, por sentencia de 13 de mayo de 1977, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 16 de agosto de 1976 del Tribunal Superior de Aduanas que condenó a Luis Fernando Gualdrón Vargas a la pena principal de 21 meses de prisión como responsable de los delitos de contrabando y falsedad. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero .. 267

AUTOS.— *Cuáles corresponden al Magistrado Sustanciador y cuáles a la Sala de Decisión. Interpretación del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal en el recurso de Revisión.*— Por auto de 13 de mayo de 1977, la Corte se ABSTIENE de iniciar sumario contra los doctores Conrado Correa Gutiérrez, Evelio Gómez Botero y Héctor López Obando en su calidad de Conjueces de la Sala Civil del Tribunal Superior de Pereira, por no haber existido los delitos de que se les acusó. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 272

PERJUICIOS CIVILES DENTRO DE UN PROCESO PENAL.— *Condena* ultra petita. *Cuándo no se dá.*— La Corte, por sentencia de 13 de mayo de 1977, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 11 de agosto de 1976 del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Teodosio Ríos Quintero y a Amira Galindo de Ríos a la pena principal de 18 meses de prisión como responsables del delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 286

NULIDAD.— *El Decreto* 1188 *de* 1974 *en su artículo* 70 *dispone que el Acta de decomiso se firma por los funcionarios.* que intervienen y por el sindicado, pero no ordena el cumplimiento de ningún otro requisito. La Corte, por sentencia de 14 de mayo de 1977, NO CASA la de 21 de agosto de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Gilles Groleau a la pena principal de 3 años y 6 meses de presidio como infroctor al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 291

PRUEBAS.— *Es improcedente acusar el auto de proceder por errores en la estimación de la prueba al amparo de la causal 4ª de casación.*— Por sentencia de 30 de mayo de 1976, La Corte NO CASA la del Tribunal Superior de Cali de 20 de enero del año anterior que condenó a los procesados Luis Angel Salazar Ramirez y Arnobio de Jesús Díaz a las penas de 12 y 8 años de presidio respectivamente, como responsables del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 296

MARIHUANA.— *El experticio del artículo* 39 *del Decreto* 1188 *de* 1974, *sólo señala pautas a seguir para el establecimiento de la dosis personal, pero no implica que esa peritación científica deba realizarse en todo proceso. Cómo puede establecerse la dosis personal y qué es esa dosis.*— *La* Corte, por sentencia de 26 de enero de 1977, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 24 de febrero de 1976 por medio de la cual el Tribunal Militar condenó a Mercedes Pabón de Cardona a la pena de 3 años de presidio como infractora al artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero .. 302

INDICE TERCER TRIMESTRE DE 1977

EXTORCION.— *Características.*— La Corte por sentencia de 23 de junio de 1977 NO CASA la de 29 de octubre de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Héctor Fabio Zuluaga Noreña a la pena de 10 años de presidio como responsable de los delitos de secuestro y extorsión. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 308

NULIDAD CONSTITUCIONAL.— *Requisitos para poder declarar a un sindicado reo ausente (artículo 382 del Código de Procedimiento Penal).*— La Corte, por sentencia de 23 de junio de 1977 CASA la de 16 de septiembre de 1976 del Tribunal Superior de Cali que condenó a Hugo René Padilla, José Hernán Galeano Londoño y a Julián Gerardo Cañón a las penas de 20 meses de prisión, como responsables del delito de hurto. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadia 314

LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA.— *Requisitos exigidos por el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975 que modificó el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.*— La Corte por auto de 30 de junio DECRETA la libertad provisional por pena cumplida en favor de Jesús Armando Molina, mediante caución por la suma de $ 500.00 pesos M/cte. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadia 319

CAUSAL 4ª DE CASACION.— *Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Cómo debe presentarse. La Corte no procede de oficio, sino en presencia de nulidad ostensible que advierta al estudiar uno o más cargos de los que se le proponen contra la decisión impugnada.* La Corte, por sentencia de 4 de julio de 1977 NO CASA la de 13 de septiembre de 1976 del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Benjamín Orozco Restrepo a la pena principal de 76 meses de presidio como responsable de los delitos de robo y encubrimiento. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 321

CONSEJO DE GUERRA VERBAL.— *Los ejemplares de los cuestionarios que se entregan a los Vocales, no necesitan la firma del Presidente ni su fecha. Los cuestionarios en que se hace el escrutinio, deben llevar a firma de Presidente y del Asesor Jurídico*— Por sentencia de 5 de julio de 1977, la Corte NO CASA la del 7 de julio de 1975 del Tribunal Superior Militar que condenó a Pedro Antonio Gutiérrez Cabra a la pena principal de 8 años de presidio como responsable de los delitos de peculado y falsedad. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 328

ENCUBRIMIENTO.— *El delito de encubrimiento es una entidad delictiva aparte* per se, *independiente, autónoma, especial o distinto del delito encubrimiento, con varias modalidades.*— La Corte, por sentencia de 5 de julio de 1977, NO CASA la de 6 de mayo de 1976 del Tribunal Superior de Cali que condenó a Nabil Chahine Karam, Octavio Alvarez Duque y Luz Marina Peña de Calderón a las penas de 6 meses de prisión como responsables del delito de encubrimiento. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 332

CAMBIO DE RADICACION.— *El hecho de no encontrar el sindicado abogados para su defensa, es motivo para cambio de radicación.*— La Corte, por providencia

de 11 de julio de 1977, conceptúa favorablemente el cambio de radicación propuesto, para el proceso que se sigue en el Juzgado 4º Superior del Socorro, en causas acumuladas por asociación para delinquir, homicidio y robos, en contra de Segundo Raimundo Chacón u Holguín, Miguel Antonio Morales Díaz, Segundo Serrano y otros. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 341

FALSEDAD Y ESTAFA.— *Concurso de delitos.*— Por sentencia de 12 de julio de 1977, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 2 de julio de 1976, dictada por el Tribunal Superior de Neiva que condenó a Aurelio Antonio Pineda Fonseca a la pena de 5 años de presidio como responsable de los delitos de falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 344

NULIDAD POR FALTA DE DEFENSA DEL PROCESADO.— *Cuándo opera. La Corte,* por sentencia de 12 de julio de 1977, NO CASA la de 16 de julio de 1976 del Tribunal Superior Militar que condenó a José Cristóbal Gómez Villanueva y Henry Villalba Jaramillo a la pena principal de 7 años de presidio por el delito de robo. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 351

AUTO DE PROCEDER.— *No constituye nulidad el hecho de haberse hecho mención de la especie del delito en la parte resolutiva del auto de proceder.*— La Corte, por sentencia de 14 de julio de 1977 NO CASA la del 24 de octubre de 1975 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Juan Pinzón Rodríguez a la pena principal de 17 años de presidio como responsable del delito de homicidio y robo. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 356

NULIDAD.— *Error relativo al nombre y apellido del sujeto responsable (artículo 210, numeral 5º) Determinación física y precisa de la persona procesada.*— Por sentencia de 14 de julio de 1977, la Corte NO CASA la de fecha 20 de agosto de 1976 del Tribunal Superior de Buga que condenó a Carlos Antonio Carmona Muñoz a la pena principal de 18 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y homicidio imperfecto. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 360

CONSEJOS DE GUERRA.— *Facultad del Juez de primera instancia y atribuciones del Presidente del Consejo Verbal de Guerra. Atributo de cada uno de ellos. El Juez de 1ª instancia puede sustituir al Presidente del Consejo en el acto de dictar sentencia.*— Por sentencia de 15 de julio de 1977, la Corte NO CASA la del 31 de julio de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Carlos Alberto Perlaza a la pena de 18 meses de prisión como responsable del delito de extorsión. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 365

NULIDAD.— *Por no haberse llevado a cabo la audiencia dentro de la hora judicial. HORA JUDICIAL. La hora judicial de acuerdo con el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil empieza cuando el reloj la anuncia.*— Por sentencia de 18 de julio de 1977, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Armenia de 25 de octubre de 1975 que condenó a Pedro Antonio García Henao a la pena principal de 18 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y robo. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 376

POLICIA JUDICIAL.— *La policía judicial está autorizada expresamente por el artículo 296, numeral 8º del Código de Procedimiento Penal para recibir por escrito y con fidelidad la versión libre y expontánea del imputado. Y el artículo 306 de la misma obra señala el valor probatorio de las diligencias realizadas por la policía judicial*— La Corte, por sentencia de 19 de julio de 1977 NO CASA la de 7 de julio de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Hernán Ortiz Rimolo a la pena principal

de 51 meses de presidio como responsable de los delitos de secuestro y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 381

CASACION. TECNICA.— La Corte, por sentencia de 21 de julio de 1977 NO CASA la del Tribunal Superior de Ibagué de 30 de junio de 1976 que condenó a Miguel Ramón Guevara Balaguera a 10 años y 3 meses de presidio como coautor de secuestro y robo, a Marcela Guevara Balaguera a 9 años y 3 meses de presidio por el delito de secuestro y a Antonio José Molina Niño a 9 años y 6 meses de presidio como cómplice necesario en el delito de secuestro. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 388

CAUSAL 2ª DE CASACION.— *Haberse dictado la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado. El actor tiene que aceptar el veredicto y discutir la interpretación que le de el fallador en la sentencia.*— La Corte, por sentencia de 25 de julio de 1977 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 24 de septiembre de 1976 mediante la cual el Tribunal Superior de Buga condenó a José Arturo Quintero Giraldo a la pena principal de 32 meses de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 397

VEREDICTO.— *El veredicto para que sea llamado tal, se requiere que sea existente, que sea válido, a fin de que pueda operar el mandato del inciso 3º del artículo 565 del Código de Procedimiento Penal que ordena que el veredicto del 2º jurado es obligatorio.*— La Corte, por sentencia de 26 de julio de 1977, NO CASA la de 9 de julio de 1976 del Tribunal Superior de Villavicencio por medio de la cual condenó a Norberto Salazar Cubides a la pena de 10 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 400

CAUSAL 4ª DE CASACION.— *Cómo debe alegarse.*— Por sentencia de 29 de julio de 1977, la Corte NO CASA la de 26 de enero del año anterior del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Julio Milton Blanco y Ariosto Espinel a la pena principal de 27 meses de prisión y a Alberto Gómez Gutiérrez a la de 26 meses como autores del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 404

DUDA EN LOS PROCESOS PENALES.— *Interpretación del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.*— La Corte por sentencia de 5 de agosto de 1977, CONFIRMA la de 11 de abril del mismo año del Tribunal de Medellín que condenó a Luis Byron Jaramillo Toro a la pena principal de 2 años de prisión como responsable del delito de concusión. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 411

IRA E INTENSO DOLOR.— *Celos. Provocación. Ofensa grave e injusta.*— La Corte por sentencia de 5 de agosto de 1977, NO CASA la del Tribunal Superior de San Gil de 19 de noviembre de 1976 que condenó a José Antonio Castro León a la pena de 9 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 415

ALEVOSIA.— *En qué consiste. Su diferencia con la venganza.*— Por sentencia de 10 de agosto de 1977, la Corte NO CASA la de 8 de octubre de 1976 del Tribunal Superior de Cúcuta que condenó a Diofanel Guerrero Cabrera y a Luis Ramón Gutiérrez Suárez a la pena principal de 15 años de presidio como responsables del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 422

NULIDAD POR VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO.— *Agravantes de los numerales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal. Cuando hay error de nomenclatura.*— La Corte por sentencia de 11 de agosto de 1977 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 10 de septiembre de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a

Fernando González a la pena de 180 meses de presidio por el delito de homicidio con caracteristicas de asesinato. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero .. 428

PARTE CIVIL.— *Para que pueda aceptarse una demanda de paret civil, debe aparecer la legitimación en causa. (Artículo* 131, *inciso* 1º *del Código de Procedimiento Penal).*— Mediante auto de 16 de agosto de 1977, la Corte RECHAZA la demanda de Parte Civil solicitada por el doctor Eduardo Riveros Castro. Magistrado ponente Doctor Alvaro Luna Gómez 438

JUECES DE 1ª INSTANCIA DENTRO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR.— *Sus facultades. Cuándo y por qué pueden comisionar y a qué funcionarios. Sus actuaciones son válidas.*— La Corte, por sentencia de 16 de agosto de 1977 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 13 de septiembre de 1976 del Tribunal Superior de Popayán que condenó a Silvio Cobo Delgado, Raúl Contreras, Eliodoro Orejuela Escobar e Isnar Enrique Molina como responsables a la violación de las normas del Estatuto Nacional de Estupefacientes. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón .. 440

NULIDAD CONSTITUCIONAL.— *Consistente en ordenar al Tribunal convocar al mismo jurado para practicar una nueva audiencia, violando abiertamente las normas procedimentales (artículo* 529 *del Código de Procedimiento Penal y* 26 *de la Constitución Nacional).*— La Corte mediante sentencia de 16 de agosto de 1977 CASA la de 2 de septiembre de 1976 del Tribunal Superior de Pasto que absolvió a Segundo Otoniel Pantoja Betancourt por los delitos de homicidio y homicidio frustrado y en su lugar DECRETA la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha 23 de julio de 1975 inclusive. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 447

ERROR DE HECHO MANIFIESTO.— Lo manifiesto es lo que no requiere demostración. La Corte por sentencia de 17 de agosto de 1977 NO CASA la de 5 de noviembre de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Luis Antonio Tapias Carrillo a 5 años de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 452

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. *Cómo opera en el concurso de delitos.* La Corte por sentencia de 18 de agosto to de 1977 CASA la de 2 de septiembre de 1976 del Tribunal Superior de Vilavicencio que condenó a Miguel Antonio Rondón Rivera a 4 años y 8 meses de prisión, a José Antonio Aldana, José Abel Arce, Blas Mario Jiménez y Benjamín Hernández Cruz a las penas de 3 años y 7 meses de prisión como responsables de invasión y robo y en su lugar DECRETA la nulidad del juicio a partir del auto de proceder inclusive y decreta la prescripción. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 455

EXTORSION.— *Consiste, ante todo, en el ejercicio de amenazas y violencias.* Por sentencia de 2 de septiembre de 1977, la Corte NO CASA la del 27 de septiembre de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Héctor Nefario Peña Bernal a la pena de 16 meses de presidio como responsable del delito de extorsión. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 459

CAUSAL 4ª DE CASACION.— Con ella no se trata de revivir la instancia. Por sentencia de 20 de septiembre de 1977, a Corte NO CASA la del 23 de agosto de 1976 del Tribunal Superior Militar que condenó a Gabriel Isidoro Vásquez Lopera a la pena principal de 8 años de prisión como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 464

INDICE CUARTO TRIMESTRE DE 1977

DICTAMEN PERICIAL.— *Valor probatorio de los emitidos por la Policía Judicial. Término para su impugnación.*—La Corte por sentencia de 3 de octubre de 1977 NO CASA la de 10 de noviembre de 1976 del Tribunal Superior de Medellín que Condenó a Gustavo Aristizábal Monsalve, a la pena principal de 4 años de presidio como responsable por la violación del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 466

ASOCIACION PARA DELINQUIR.— *Es un delito autónomo, diferente de los demás ilicitos que puedan cometer los asociados*— Por sentencia de 3 de octubre de 1977, la Corte NO CASA la del Tribunal de Pamplona del 16 de diciembre de 1976 que condenó a Adonay Villamizar Cáceres, Eudoro Cala, Serafín Martínez, Alirio Cáceres Villamizar y José Israel Rodríguez a la pena principal de 5 años de presidio por el delito de robo. Magistrado ponente: Luis Enrique Romero Soto 470

CASACION. DEMANDA. TECNICA.— *Causales. Cómo se deben proponer. Infracción directa. Aplicación indebida. Interpretación errónea.*— La Corte, por sentencia de 27 de octubre de 1977 CASA PARCIALMENTE la de 2 de abril de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Alberto Samper Gómez como responsable del delito de falsedad en documento público, y en su lugar DISPONE condenarlo a la pena principal de 36 meses de presidio y le NIEGA el perdón judicial y la condena condicional. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 477

FUNCIONARIO Y EMPLEADO PUBLICO. *Son los árbitros funcionarios públicos? La falsedad que comete un árbitro, en ejercicio de sus funciones, lo hace reo de un delito de responsabilidad?.*— Segunda parte de la providencia anterior, de fecha 27 de octubre de 1977. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 477

VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO.— *Cómo debe plantearse este cargo.*— La Corte por sentencia de 8 de noviembre de 1977, NO CASA la de 18 de noviembre de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó al doctor Ciro Medina Santos a la pena principal de 13 meses de presidio como responsable del delito de falsas imputaciones. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 498

REDUCCION DE LA PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO.— *Interpretación del Dereto 2119 de 1977 y de la Ley 32 de 1971. Tiempo legal de estudio y trabajo.*— Por providencia de 15 de noviembre de 1977, la Corte NIEGA el beneficio de libertad impetrado por el sentenciado César Alirio León García. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 505

CORRUPCION DE MENORES.— *El corromper significa el hecho de la sustracción de la tutela jurídica constituida para él en relación con la función sexual de la cual es incapaz. La corrupción admite diversos grados de intensidad.*— La Corte por sentencia de 17 de noviembre de 1977 NO CASA la del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a José Vélez Pérez a la pena principal de 13 meses de prisión como responsable del delito de corrupción de menores. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 507

VEREDICTO.— *Cuando el Jurado responde: "Sí es responsable pero en legítima defensa de su vida", ese veredicto no es contradictorio.*— La Corte, por sentencia de 17 de noviembre de 1977 NO CASA la de 14 de febrero del mismo año del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que condenó a Pedro Ignacio Carrillo Pérez por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 515

DICTAMEN PERICIAL.— *No hay nulidad Cuando falta el avalúo pericial cuando de otras formas se puede determinar la competencia en los delitos contra el patrimonio.*— La Corte, por sentencia de 17 de noviembre de 1977 CASA PARCIALMENTE la de 10 de junio de 1976 del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó a Hernán Galeano y Segundo Alirio Hernández por el delito de robo, y en su lugar condenó a Segundo Alirio Hernández a la pena principal de 6 años y 6 meses de presidio. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 519

TECNICA DE CASACION.— *Violación directa de la ley. Violación indirecta.* Por sentencia de 21 de noviembre de 1977, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 25 de octubre de 1976 del Tribunal de San Gil que condenó a Ramiro Olarte Parra y Rodrigo Olarte Parra a la pena de 12 años de presidio como responsable del delito de homicidio frustrado. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 526

REVISION.— *Para tener derecho a la revisión de una sentencia con base en la causal 3ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, se requieren tres requisitos: a) que el condenado esté cumpliendo condena, b) que demuestre la falsedad de alguno de los medios probatorios, y c) que la falsificación haya tenido influencia definitiva en la sentencia.*— La Corte, por providencia de 22 de noviembre de 1977, REVOCA el auto de 25 de julio del mismo año por medio del cual se declaró ADMISIBLE el recurso de revisión de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga de fecha 17 de septiembre de 1976 que condenó a Julio César Ospina Henao como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 532

IRA E INTENSO DOLOR.— Lo que *aminora la responsabilidad no es la ira o el intenso dolor, tales estados de ánimo deben ser consecuencia de una provocación, pero no cualquier clase de provocación sino que requiere los requisitos de gravedad e injusticia.*— Por sentencia de 23 de noviembre de 1977, la Corte NO CASA la de 23 de octubre de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a José Rubén Ramírez González como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 536

DETENCION ARBITRARIA.— *Elementos para la consumación del delito.*— La Corte, por sentencia de 24 de noviembre de 1977 CONFIRMA la de 4 de marzo del mismo año del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Carlos Humberto López Alvarez a la pena principal de de 6 meses de prisión como resposnable del delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: Doctor Doctor Alvaro Luna Gómez 542

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.— *La falta de abrir a pruebas el juicio constituye nulidad, pues se viola el derecho de defensa.* La Corte, por sentencia de 25 de noviembre de 1977 CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha 7 de marzo del corriente año que condenó a José de Jesús Suárez a la pena principal de 3 años de presidio como infractor al artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y en su lugar DECRETA LA NULIDAD de todo lo actuado desde el auto que señaló fecha para la audiencia inclusive, y se ordena reponer el procedimiento. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 546

VIOLACION DE LA LEY PENAL.— *En sus formas, directa e indirecta no se pueden dar simultáneamente.*— Por sentencia de

25 de noviembre de 1977, la Corte NO CASA la del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Jesús Mario Quiñones Obando a la pena principal de 26 meses de prisión como responsable del delito de falsedad. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 551

NULIDADES.— *Son sanciones que la ley establece en guarda de sí misma y de los derechos de las partes.*— La Corte, por sentencia de 28 de noviembre de 1977 NO CASA la del Tribunal Superior de Bogotá de 26 de febrero del año en curso que condenó a José J. Quicazan Martínez a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 555

REHABILITACION.— *No tiene duda la Sala en señalar la procedencia de la rehabilitación (artículo 14 Constitución Nacional, 113 Código Penal y 707 y ss. del Código de Procedimiento Penal) como institución propia para cumplir este cometido y para otras similares hipótesis, v. gr. prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión.*— Mediante providencia de 1º de diciembre de 1977, la Corte REVOCA la de 19 de julio del año en curso del Tribunal Superior de Medellín que rehabilitó a la Doctora Leonora Saldarriaga Gómez. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 559

NULIDAD.— *La falta de firmas del Fiscal, el defensor y los jurados en el acta de audiencia pública, no consittuye nulidad.* La Corte por sentencia de 1º de diciembre de 1977 NO CASA la de 24 de febrero del presente año del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Eurípides Cárdenas Triana como autor del delito de homicidio, a la pena de 10 años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 565

IMPEDIMENTOS.— *La simple denuncia formulada contra un funcionario no constituye base para recusación o impedimento, a no ser que ésta sea causa eficiente de enemistad.*— Mediante providencia de 1º de diciembre de 1977, la Corte DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el doctor Alfonso Cabra Lara, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso penal que se sigue contra Edgar Daniel Rincón Puentes y otros, por los delitos de falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Fabio Calderón Botero 569

FIJACION DE LA SANCION.— *Elementos para la graduación de las penas.*— La Corte, por sentencia de 1º de diciembre de 1977, NO CASA la del Tribunal Superior de Popayán que condenó a Arnoldo Olaya Valencia por los delitos de abuso de confianza y estafa. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 573

CAUSAL PRIMERA DE CASACION.— *Técnica en la formulación de los cargos.*— La Corte, por sentencia de 2 de diciembre de 1977 NO CASA la de 18 de abril del mismo año del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Juan Romero Manrique a la medida de seguridad de 2 años de manicomio criminal. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 579

POLICIA JUDICIAL.— *Facultades (numeral 11 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal). Valor probatorio de los informes de la Policía Judicial.*— La Corte, por sentencia de 5 de diciembre de 1977, NO CASA la de 26 de noviembre de 1976 del Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual impuso la pena principal de 3 años de presidio a Tulio Alex Zapata Salazar, como responsable del delito de robo, Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 582

PARTE CIVIL.— *Intereses para recurrir en casación.*— La Corte, por sentencia de 5 de diciembre de 1977, NO CASA la de 21 de enero del mismo año del Tribunal Superior de Buga que absolvió a Einar Sánchez de los delitos de incendio y abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 585

MEDIDAS DE SEGURIDAD.— *Manicomio criminal, Colonia Agrícola Penal. Cuándo*

se aplica la una en la otra.— Por sentencia de 6 de diciembre de 1977, la Corte CASA PARCIALMENTE la de 18 de marzo del mismo año, del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Cecilia Pinzón Peña por el delito de abandono y exposición de niños y en su lugar dispone que la acusada sea recluida en una colonia agrícola penal. Magistrado ponente: Doctor Julio Salgado Vásquez 588

COMPETENCIA PARA JUZGAR A LOS MIEMBROS DE LA POLICIA CUANDO EL PAIS SE ENCUENTRA EN ESTADO DE SITIO.— Por sentencia de 7 de diciembre de 1977 la Corte CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de 10 de diciembre de 1976 que condenó a Valentino Romero Vanegas a la pena principal de 8 años y 6 meses de presidio por los delitos de homicidio y lesiones personales y en su lugar dispone decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que cerró la investigación inclusive y ordena remitirlo a la Justicia Penal Militar. Magistrado ponente: Doctor Pedro lías Serrano Abadia 591

CAUSAL 1ª DE CASACION.— *Cuerpo 2º. No prospera en los juicios en que interviene el Jurado.*— Por sentencia de 7 de diciembre de 1977, la Corte NO CASA la de 14 de enero del mismo año, del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Parmenio de Jesús Restrepo Arango como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 594

CONSEJO DE GUERRA VERBAL.— *Los cuestionarios equivalen al auto de proceder.*— La Corte, por sentencia de 7 de diciembre de 1977, NO CASA la de 21 de octubre de 1976 que condenó a Aristides Ortiz Ramírez, Gildardo de Jesús Castaño Rincón y Libardo Escobar Ramírez, como responsables de los delitos de secuestro y extorsión, a la pena principal de 12 años de presidio. Magistrado ponente: Julio Salgado Vásquez 598

DICTAMEN PERICIAL.— *Valor probatorio, corresponde al Juez apreciarlo.*— La Corte, por sentencia de 12 de diciembre de 1977, NO CASA la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Neiva contra los procesados Bolívar Muñoz Duque y José Elías Pedreros Garcés por el delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía 603

ENCUBRIMIENTO.— *El delito de encubrimiento, por ser autónomo, no puede ser conexo.*— La Corte, por sentencia de 12 de diciembre de 1977, CASA PARCIALMENTE la de 30 de octubre de 1976 del Tribunal Superior de Buga que condenó a Amador Padilla García a la pena principal de 6 meses de prisión como responsable del delito de encubrimiento y decreta la nulidad del proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación y DISPONE enviar el proceso al Juzgado de Roldanillo. Magistrado ponente: Doctor Pedro Elías Serrano Abadía ... 607

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
TALLERES DE ARTES GRAFICAS
PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA
Bogotá, D. E., febrero de 1984